

**ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ  
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ  
ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ  
«САРАТОВСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ»**

*На правах рукописи*

**НИКИТИН Александр Александрович**

**ПРАВОВОЕ УСМОТРЕНИЕ:  
ТЕОРИЯ, ПРАКТИКА, ТЕХНИКА**

12.00.01 – теория и история права и государства; история  
учений о праве и государстве

**ДИССЕРТАЦИЯ**  
на соискание ученой степени  
доктора юридических наук

**Научный консультант:**  
доктор юридических наук, профессор,  
заслуженный юрист РФ  
**СЕНЯКИН Иван Николаевич**

САРАТОВ – 2021

## ОГЛАВЛЕНИЕ

<b>ВВЕДЕНИЕ.....</b>	<b>4</b>
<b>ГЛАВА 1. УСМОТРЕНИЕ В ПРАВЕ КАК ОБЪЕКТ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ.....</b>	<b>31</b>
§ 1. Общая характеристика правового усмотрения: понятие, признаки и виды .....	31
§ 2. Объективные и субъективные причины усмотрения в праве: комплексный анализ .....	62
§ 3. Пределы правового усмотрения .....	82
§ 4. Усмотрение в публичном и частном праве.....	107
<b>ГЛАВА 2. УСМОТРЕНИЕ В СФЕРЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВА .....</b>	<b>124</b>
§ 1. Усмотрение в законотворческой деятельности: понятие и специфика .....	124
§ 2. Правовые и внеправовые пределы усмотрения субъекта правотворчества.....	148
§ 3. Усмотрение при определении целей законодательных актов и выборе правовых средств их достижения.....	177
§ 4. Правовое усмотрение в процессе систематизации нормативных правовых актов .....	200
<b>ГЛАВА 3. УСМОТРЕНИЕ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....</b>	<b>221</b>
§ 1. Понятие правоприменительного усмотрения и механизм его формирования.....	221
§ 2. Усмотрение в процессе толкования правовых норм.....	250

§ 3. Зависимость усмотрения правоприменителя от правовой системы .....	278
§ 4. Судебное усмотрение как особый вид правоприменительного усмотрения.....	309
§ 5. Судебное усмотрение и судебный прецедент.....	335
<b>ГЛАВА 4. УСМОТРЕНИЕ СУБЪЕКТА ПРАВА ПРИ ВЫБОРЕ ФОРМЫ ПРАВОВОГО ПОВЕДЕНИЯ.....</b>	<b>357</b>
§ 1. Осуществление правового усмотрения субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями, в процессе реализации правовых норм .....	357
§ 2. Реализация правового усмотрения в правомерном, маргинальном и противоправном поведении.....	381
§ 3. Усмотрение субъекта при выборе противоправных способов реализации права. Обход закона и злоупотребление правом.....	408
<b>ГЛАВА 5. ЗАКОННОСТЬ И ПРАВОВОЕ УСМОТРЕНИЕ.....</b>	<b>434</b>
<b>ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....</b>	<b>458</b>
<b>БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК.....</b>	<b>465</b>

## ВВЕДЕНИЕ

**Актуальность темы исследования.** В условиях экономических, социальных, политических и правовых преобразований, происходящих в нашей стране, важнейшей задачей, стоящей перед обществом и государством, является обеспечение достойного уровня жизни для каждого гражданина РФ. В правовом срезе эта задача предполагает обеспечение беспрепятственной реализации гарантированных законом прав, свобод и законных интересов, защиту их от всяческих посягательств и нарушений. Наряду с совершенствованием механизмов охраны прав, свобод и законных интересов, их восстановления в случае нарушения для решения названной проблемы необходимо выявить и изучить все правовые явления, оказывающие влияние на обеспечение прав, свобод и законных интересов человека. Одним из основополагающих правовых явлений, пронизывающих всю правовую сферу жизни общества, является правовое усмотрение.

Отсутствие комплексных научных исследований усмотрения в праве создает препятствие для формирования как в профессиональной юридической среде, так и у населения в целом адекватного представления о названном правовом феномене и его роли в позитивных и негативных процессах, происходящих в правовой жизни общества. Восприятие правового усмотрения в качестве исключительно негативного явления зачастую складывается из поверхностных, отрывочных и весьма необъективных данных о его проявлениях.

Очевидно, что результаты исследования усмотрения в праве как общеправового феномена способны обогатить в первую очередь теорию государства и права. Однако широчайший спектр вопросов, изучаемых в рамках названной проблемы, не позволяет ограничиваться лишь общетеоретическим анализом. Масштаб исследуемых сфер юридической деятельности: правотворчества, правореализации (в том числе правоприменения) в которых осуществляется усмотрение, предполагает

необходимость обращения к отраслевым юридическим наукам, а также использования междисциплинарного подхода. Соответствующий комплексный характер исследования позволит сформировать единую концепцию усмотрения в праве, имеющую значение не только для юриспруденции, но и для иных отраслей научного знания.

Наряду с недостаточностью комплексных исследований правового усмотрения в целом, следует отметить также слабую изученность отдельных аспектов данной проблемы. Практически не подвергалось научному осмыслению правотворческое усмотрение. Между тем значение усмотрения субъектов, разрабатывающих и принимающих (утверждающих) юридические нормы, влияет на состояние законности в обществе не меньше, чем дискреция правоприменителя.

Важнейшую роль играет выбор сфер, общественные отношения в которых подлежат правовому регулированию, а также очередность такого регулирования. Приобретение определенной группой общественных отношений качества особой социальной значимости, необходимого для их правового опосредования, далеко не всегда приводит к немедленному отклику законодателя, в результате чего отношения в этой сфере формируются хаотично и могут получить нежелательную для общества и государства направленность. Это показывает, что наличие объективных предпосылок законодательного регулирования тех или иных отношений не исключает дискреционной составляющей в деятельности субъекта, осуществляющего правотворчество. Выбор типа и способов правового регулирования, уровня абстрактности принимаемых правовых норм, оптимального сочетания норм, обладающих различной юридической силой, использование в законодательстве специальной терминологии, определение объема дискреционных полномочий, предоставляемых правоприменителю, а также решение множества других вопросов есть результат интеллектуально-волевой деятельности субъекта (единоличного или коллегиального), осуществляющего правотворчество.

Огромный пласт для исследователей правового усмотрения представляет собой сфера правоприменения. Основное внимание ученых до настоящего времени было обращено на изучение отдельных аспектов правоприменительного и судебного усмотрения. Это обусловлено тем, что именно в данной сфере большинство людей сталкивается с очевидными проявлениями усмотрения в праве, оказывающими существенное влияние на правовой статус лиц, соблюдение их прав, свобод и законных интересов. Любая несправедливость, любое нарушение прав, допускаемые правоприменителем в отношении индивида, зачастую интерпретируются последним как единственно возможное следствие правового усмотрения. Это приводит к крайне негативному результату — отождествлению усмотрения с произволом. Причем данный ошибочный вывод, сложившийся на бытовом уровне, начинает распространяться и в профессиональной юридической среде, в том числе среди лиц, осуществляющих правотворческую деятельность.

Устранение из законодательных норм дискреционных полномочий суда, прокуратуры, других правоохранительных органов, а также органов и должностных лиц, осуществляющих иные государственные функции, зачастую приводит не к желаемому результату (устранению произвола), а к снижению эффективности деятельности соответствующих правоприменителей, а порой и к полному параличу их работы. Это доказывает, что, во-первых, в числе причин нарушения требований закона правоприменителями правовое усмотрение не играет определяющей роли. Во-вторых, усмотрение в праве имеет не только нормативный тип, в связи с чем возможность дискреции сохраняется у субъекта даже после корректировки правовых норм в сторону уменьшения или полного устранения вариативности. В-третьих, правовое усмотрение является объективно необходимым для правоприменительной деятельности, что обусловлено самой системой права, базовым элементом которой выступает юридическая норма.

Недостаточно внимания уделяется изучению правового усмотрения в контексте других форм реализации права. В массовом сознании, равно как и в сознании некоторых исследователей, еще не сложилось четкого понимания того, что правовое поведение индивида, как правило, является выражением его правового усмотрения, хотя действующее законодательство (например, гражданское) использует соответствующий термин применительно к реализации отдельных прав.

На многогранный характер усмотрения, выражающегося в правовом поведении, заставляет обратить внимание наличие таких дефектных (противоправных) способов реализации юридических норм, как злоупотребление правом и обход закона. Сведение усмотрения исключительно к нормативному типу, к выбору одного из вариантов поведения, предусмотренного статьей закона, не позволяет раскрыть противоправной сущности названных деяний, в связи с чем необходимо оценивать субъективно-поведенческий тип усмотрения лица.

Названные обстоятельства, не нашедшие должного научного осмысления, а также отсутствие комплексного подхода при изучении усмотрения в праве предопределили актуальность и перспективность общетеоретического исследования названного правового явления.

**Степень научной разработанности темы.** Вопросы, связанные с усмотрением в праве, находятся в поле зрения ученых, исследующих данный феномен как в рамках теории государства и права, так и в отраслевых юридических аспектах. Результаты научных трудов, в той или иной степени затрагивающих проблему дискреции, автор, разумеется, принимал во внимание в ходе написания диссертационной работы.

Вместе с тем, несмотря на очевидную научную и практическую значимость исследования проблем усмотрения в праве, их анализ в рамках общей теории права следует признать явно недостаточным. Большинство существующих в настоящее время научных работ посвящено изучению отдельных разновидностей правового усмотрения: правоприменительного,

судебного (судейского) или отдельных аспектов данной проблемы (например, пределов усмотрения). В частности, на уровне докторских диссертационных исследований изучались вопросы усмотрения следователя (Марфицин П. Г. Усмотрение следователя (Уголовно-процессуальный аспект). Омск, 2003), судейского усмотрения в уголовном праве (Грачева Ю. В. Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законодательства, теории и практики. Москва, 2011), усмотрения в конституционном праве (Шарнина Л. А. Усмотрение в конституционном праве. Москва, 2019). В рамках кандидатских диссертаций, выполненных как по общей теории права, так и по отраслевым юридическим наукам, преимущественно исследовались вопросы судейского (судебного) усмотрения и его пределов, а также различные аспекты правоприменительного усмотрения.

В число ученых, в той или иной плоскости затрагивающих в своих трудах тему правового усмотрения, входят как отечественные, так и зарубежные авторы, в частности Д. Б. Абушенко, В. Г. Антропов, А. Барак (A. Barak), Л. Н. Берг, Д. В. Бойко, А. Т. Боннер, М. Галантер (M. Galanter), Д. Галлиган (D. J. Galligan), А. В. Гирвиц, Ю. В. Грачева, Р. Дворкин (R. Dworkin), К. Дэвис (K. C. Davis), К. И. Комиссаров, Р. Кросс (R. Cross), А. А. Малиновский, Н. А. Никонов, О. А. Папкова, В. Д. Подмосковский, А. И. Парог, Р. Сарториас (R. Sartorius), И. Н. Сенякин, А. Б. Степин, Ю. А. Тихомиров, А. А. Хайдаров, Г. Л. А. Харт (H. L. A. Hart), А. Хатчинсон (A. C. Hutchinson), К. Хоукинс (K. Hawkins), Д. М. Чечот.

Учитывая, что проблема усмотрения в праве носит фундаментальный характер, а само это явление пронизывает всю правовую сферу, его исследование немислимо в отрыве от целого ряда основополагающих проблем юридической науки, связанных с изучением системы права, юридической нормы, правовой системы, правового поведения, целей и средств в праве, правотворчества, толкования юридических норм, правоприменения и иных форм реализации права, источников права,

законности и др. Названные проблемы, в контексте которых изучается правовое усмотрение, исследовались в работах таких авторов, как С. С. Алексеев, М. И. Байтин, В. В. Борисов, П. А. Гук, И. Ю. Козлихин, А. Б. Лисюткин, А. В. Малько, А. А. Малиновский, М. Н. Марченко, Н. И. Матузов, А. В. Осипов, Д. Е. Петров, А. С. Пиголкин, И. Н. Сенякин, В. Н. Синюков, С. Ю. Суменков, В. М. Сырых, Ю. А. Тихомиров, К. В. Шундииков, Л. С. Явич. Также в работе рассматривались взаимосвязанные с правовым усмотрением проблемы отраслевых юридических наук: функции и полномочия суда в уголовном и гражданском процессах, конституционном судопроизводстве, пределы осуществления гражданских прав и многие другие. Исследованием перечисленных вопросов занимались такие представители отраслевых юридических наук, как Р. С. Белкин, А. Т. Боннер, Е. В. Вавилин, А. В. Волков, В. Л. Вольфсон, Ю. В. Грачева, Е. В. Колесников, К. И. Комиссаров, Ф. М. Кудин, В. Н. Кудрявцев, Н. А. Лопашенко, О. А. Папкина, И. Л. Петрухин, К. В. Пронин, А. И. Рарог, М. С. Рыбак, М. С. Строгович, Д. М. Чечот.

Безусловно, высоко оценивая работы всех перечисленных авторов, следует отметить, что они затрагивают лишь отдельные аспекты проблемы правового усмотрения и не охватывают всей сущности данного феномена.

Представленная работа является первым комплексным исследованием усмотрения в праве монографического плана, предпринятым в рамках общей теории права и затрагивающим широкий спектр вопросов, возникающих в связи с существованием правового усмотрения.

**Объектом диссертационного исследования** выступает совокупность урегулированных юридическими нормами общественных отношений, в которых проявляются различные типы и виды правового усмотрения.

**Предметом настоящего исследования** являются общие закономерности формирования правового усмотрения, признаки и формы выражения данного явления, а также его взаимосвязь с юридическими нормами.

**Цель и задачи исследования.** *Цель* диссертационной работы — формирование научной концепции правового усмотрения, отражающей сущность и общеправовой характер данного явления, а также получение на основе комплексного общетеоретического исследования усмотрения в праве новых знаний о его причинах, типах и видах, пределах, формах проявления.

Для достижения указанной цели определены следующие *задачи исследования*:

сформулировать дефиницию правового усмотрения, выявить и раскрыть его характерные черты, а также провести классификацию типов и видов правового усмотрения;

рассмотреть объективные и субъективные причины усмотрения в праве;

определить понятие «пределы правового усмотрения», классифицировать и раскрыть их содержание;

выявить общие и специфические черты усмотрения, реализуемого в сфере публичного и в сфере частного права;

исследовать допустимость усмотрения в законотворческом процессе, определить его специфику, пределы, соотношение с иным правотворческим усмотрением, а также установить субъектов, его осуществляющих;

охарактеризовать значение правового усмотрения при установлении целей законодательных актов и выборе правовых средств их достижения;

разработать понятие и структуру механизма формирования правоприменительного усмотрения, изучить содержание элементов, его составляющих;

показать интерпретационное усмотрение, его элементы и оценить характер влияния на выбор субъектом способов толкования юридических норм, а также на объем их толкования;

проанализировать характер и степень зависимости усмотрения правоприменителя от особенностей правовой системы, в которой он осуществляет свою деятельность;

установить специфические свойства, характеризующие судебное усмотрение, доказать их взаимосвязь с функциями судебной власти и ее особенностями;

уточнить соотношение судебного усмотрения и судебного прецедента; указать отличительные особенности механизма формирования усмотрения при реализации правовых норм в форме соблюдения, исполнения или использования;

оценить влияние правового усмотрения на состояние законности, а также на формирование правового поведения индивида.

#### **Методологическая основа диссертационного исследования.**

Диссертация базируется на познавательном инструментарии, определяемом спецификой предмета исследования, а также его целью и задачами. Базовым методом был избран диалектический, позволяющий наиболее полно понять природу усмотрения в праве и оценить объективность его существования. Наряду с диалектическим методом использовалась система общенаучных и специальных методов научного познания. В качестве общенаучных методов применялись системный, исторический, функциональный, а также методы анализа и синтеза, дедукции и индукции, обобщения и сравнения; в качестве частнонаучных — формально-юридический, сравнительно-правовой, историко-правовой, логический, лингвистический и другие методы.

Цель, задачи и предмет исследования обусловили необходимость использования междисциплинарного подхода, позволяющего наиболее полно изучить многообразие проявлений правового усмотрения.

**Теоретическая основа исследования.** При разработке концепции усмотрения в праве автор опирался на труды таких представителей общей теории права, как С. С. Алексеев, М. И. Байтин, П. А. Гук, И. Ю. Козлихин, А. Б. Лисюткин, А. В. Малько, А. А. Малиновский, М. Н. Марченко, Н. И. Матузов, Д. Е. Петров, А. С. Пиголкин, И. Н. Сенякин, В. Н. Синюков, С. Ю. Суменков, В. М. Сырых, Л. С. Явич.

Изучение правового усмотрения носит междисциплинарный характер,

поэтому в диссертации, помимо работ представителей теории государства и права, использовались труды ученых, представляющих отраслевые юридические науки: конституционное, административное, гражданское право, уголовное право, уголовный процесс и др. В связи с этим к теоретической основе диссертационного исследования можно отнести труды таких ученых, как Р. С. Белкин, А. Т. Боннер, Е. В. Вавилин, А. В. Волков, Ю. В. Грачева, Е. В. Колесников, К. И. Комиссаров, Ф. М. Кудин, В. Н. Кудрявцев, Н. А. Лопашенко, И. Л. Петрухин, А. И. Рарог, М. С. Рыбак, М. С. Строгович, Д. М. Чечот.

Для раскрытия темы диссертации в качестве теоретической базы использовались и труды зарубежных мыслителей, в частности таких авторов, как А. Барак, М. Галантер, Д. Галлиган, Р. Давид, Р. Дворкин, К. Дэвис, Р. Кросс, Р. Уолкер, Г. Л. А. Харт, К. Хоукинс.

**Нормативно-правовая основа исследования** включает в себя целый комплекс различных нормативных правовых актов. В диссертации изучены и проанализированы: Конституция РФ, федеральные конституционные законы, федеральные законы, в том числе большинство кодифицированных актов, законы отдельных субъектов РФ, подзаконные нормативно-правовые акты: указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, ведомственные нормативные правовые акты, включая приказы и указания Генерального прокурора РФ. В целях определения тенденций развития законодательства применительно к исследуемой теме изучению и анализу были подвергнуты как действующие нормативно-правовые акты, так и утратившие силу.

Всего в работе рассмотрено свыше 100 нормативных правовых актов различного уровня.

**Эмпирическую основу исследования** составляют правоприменительные и интерпретационные акты органов государственной власти, связанные с реализацией соответствующими субъектами правового усмотрения. К числу таких актов относятся постановления Конституционного Суда РФ, постановления Пленума Верховного Суда РФ,

обзоры судебной практики, утвержденные Президиумом Верховного Суда РФ.

**Научная новизна исследования** обусловлена тем, что оно представляет собой одно из первых доктринальных исследований монографического уровня, посвященное комплексному общетеоретическому анализу усмотрения в праве как многостороннего феномена, проявляющегося во всех сферах юридической деятельности.

Разработана новая научная концепция правового усмотрения, в рамках которой исследуемое правовое явление позиционируется в качестве общеправового, обусловленного, прежде всего, нормативностью права и выступающего необходимым условием правотворческой, интерпретационной, правореализационной, в том числе и правоприменительной деятельности. В предложенной теоретической модели правовое усмотрение предстает не только в связке с содержанием конкретных юридических норм, предусматривающих вариативность поведения адресата нормы или содержащих безальтернативное предписание. Проведенный анализ доказывает, что нормативным типом и конкретно-нормативным видом правовое усмотрение не исчерпывается. Выявлены иные типы усмотрения в праве, формирующие правовые установки субъекта, которые имеют определяющее значение при принятии юридически значимого решения на нормативном уровне.

Доказывается необходимость установления для нормативного типа правового усмотрения баланса между юридическими нормами, предоставляющими возможность дискреции (при использовании субъективных прав, осуществлении властных полномочий, исполнении альтернативных юридических обязанностей), и нормами, не предусматривающими напрямую вариативности. Обосновывается, что современная тенденция к исключению из нормативно-правовых актов положений, прямо закрепляющих возможности дискреции, зачастую негативно сказывается на эффективности правового регулирования,

поскольку существенно затрудняется процесс реализации правовых предписаний.

Безусловным новаторством работы является изучение правотворческого усмотрения. Формирование системы права не может происходить исключительно под влиянием объективных факторов. Важную роль в данном процессе играет комплекс решений, принимаемых субъектом (индивидуальным или коллективным), осуществляющим правотворческую деятельность. Влияние таких решений на эффективность механизма правового регулирования может быть как положительным, так и отрицательным.

Для минимизации возможных негативных для права последствий реализации правотворческого усмотрения теоретически обоснована система специфических пределов усмотрения субъекта, осуществляющего разработку и (или) принятие юридических норм.

Аргументируется вывод об обусловленности усмотрения, осуществляемого в правореализационной и интерпретационной деятельности, правотворческой дискрецией. Субъект, осуществляющий правотворческую деятельность, не только закладывает определенный объем дискреционных полномочий в содержание юридических норм, напрямую влияя на нормативный тип усмотрения при их реализации, но и создает условия, в которых формируются информационные, оценочные, регулятивные и когнитивные мотивы, влияющие на принятие субъектом решений в рамках иных типов усмотрения.

Новеллой диссертационной работы является обоснование авторской модели механизма формирования правоприменительного усмотрения, разработанной в ходе исследования. Данная модель позволяет адекватно оценить влияние каждого элемента механизма формирования правоприменительного усмотрения на принятие итогового решения (т.е. собственно на усмотрение) и определить возможности целенаправленного воздействия на эти элементы в целях предупреждения негативных

проявлений усмотрения. Кроме того, разработаны механизмы формирования усмотрения при реализации юридических норм в форме соблюдения, исполнения и использования, а также при осуществлении дефектных противоправных способов правореализации (злоупотребление правом, обход закона) и исследованы их особенности.

Утверждается зависимость характера и степени свободы усмотрения правоприменителя от правовой системы, в рамках которой он действует. Правовая система выступает одной из объективных причин определенной насыщенности права усмотрением и его распределением между правотворчеством, правоприменением и реализацией права в иных формах.

Раскрывается специфика судебного усмотрения, способного сочетать в себе элементы правоприменительной и правотворческой дискреции, что обусловлено особой ролью судебной ветви власти в системе разделения властей. Особым видом усмотрения соответствующих судебных органов, объединяющим правотворческий и правоприменительный элементы, является судебный прецедент.

Представлен механизм формирования субъективно-поведенческого типа усмотрения индивида. Исследованы специфика выражения данного типа правового усмотрения, особенности его оценки и влияние, оказываемое на другие типы усмотрения в праве. Подвергнуты анализу основные общие модели правового поведения, в которых выражается субъективно-поведенческое усмотрение лица: правомерная, маргинальная, противоправная.

Проведенное диссертационное исследование устраняет существенный пробел юридической науки, доказывая общеправовой характер усмотрения в праве, предполагающий (помимо общетеоретического изучения понятия, признаков, видов правового усмотрения) возможность дальнейшей разработки данной проблемы отраслевыми юридическими науками на базе результатов, достигнутых общей теорией права.

**На защиту выносятся следующие основные положения,**

**отражающие новизну диссертационного исследования:**

1. Дается авторская трактовка понятия «правового усмотрения». Под правовым усмотрением (усмотрением в праве) понимается результат интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта (индивидуального или коллективного) — выбранное на основе представлений и (или) знаний о предписаниях правовых норм решение по вопросу, имеющему юридическое значение, и выраженное в определенных деяниях в правотворческой, правореализационной, правоинтерпретационной сферах, либо в общей модели правового поведения данного субъекта.

Предложенное определение правового (юридического) усмотрения предполагает его тождественность термину «усмотрение в праве» и возможность их использования в качестве синонимов.

Основными характерными чертами правового усмотрения являются следующие. Во-первых, усмотрением следует считать само решение (мнение, позицию) субъекта, а не процесс выбора. Это обусловлено тем, что принятое в итоге решение находит выражение в поведении субъекта, которое в необходимых случаях подлежит правовой оценке. Во-вторых, обязательным предшественником усмотрения должна являться интеллектуально-практическая волевая деятельность субъекта по принятию соответствующего решения. В-третьих, решение должно приниматься на основе знаний или представлений субъекта о праве, которые в разных типах усмотрения обладают неодинаковой степенью конкретизации. В-четвертых, вопрос, по которому субъектом принимается решение, должен обладать правовым характером: быть связанным с созданием норм права, их толкованием или реализацией. В-пятых, усмотрение внешне выражается в правовом поведении субъекта.

2. Правовое усмотрение делится на типы в зависимости от степени конкретизации решаемого правового вопроса и связи принимаемого решения с конкретным содержанием юридических норм. По данному основанию следует различать:

субъективно-поведенческий тип правового усмотрения;  
общий или базисный тип правового усмотрения;  
нормативный (нормативно-закрепленный) тип правового усмотрения.

Порядок расположения названных типов — от абстрактной дискреции субъекта, не связанной с решением определенного правового казуса, к конкретной. В деятельности субъекта в определенном сочетании реализуются все типы усмотрения. Более абстрактный тип усмотрения субъекта оказывает влияние на принятие им решений по конкретным правовым вопросам.

3. По мнению автора, нормативный тип правового усмотрения может быть классифицирован по различным основаниям:

а) в зависимости от закрепления права на осуществление нормативного усмотрения в правовых нормах следует выделять три его разновидности: конкретно-нормативное, институциональное, компетенционное;

б) в зависимости от характеристики субъекта, которому принадлежит право на усмотрение, и порядка принятия им решения следует различать: индивидуальное (единоличное или единичное) и коллегиальное (коллективное);

в) в зависимости от сферы юридической деятельности, в которой реализуется усмотрение, выделяются: правотворческое, правоприменительное, судебное (являющееся специфической разновидностью правоприменительного), правореализационное (осуществляется иными субъектами права, не являющимися правоприменителями), интерпретационное, научное;

г) в зависимости от степени свободы выбора вариантов поведения субъектами права необходимо разграничивать: абсолютно-определенное, относительно определенное и свободно-вариативное;

д) в зависимости от структуры усмотрения можно говорить о двух видах: простое (микроусмотрение) и комплексное (макроусмотрение). Комплексное усмотрение, в свою очередь, может быть моносубъектным (все

входящие в его состав простые усмотрения и итоговое решение принимаются одним субъектом) и полисубъектным.

Некоторые классификационные основания можно применять и к другим типам усмотрения, если это не противоречит их сущности.

4. Обозначен комплекс причин правового усмотрения, среди которых следует различать две категории: объективные (неустраняемые) и субъективные (корректируемые).

К объективным причинам существования усмотрения в праве относятся: исторические; сущностно-правовые; причины, обусловленные сложившейся правовой системой.

Исторические существования усмотрения в праве связаны с процессом преобразования способов выбора вариантов решений, использовавшихся людьми в догосударственный период истории, в урегулированные правом процедуры, характеризуемые определенной степенью свободы лиц, принимающих решения.

Сущностно-правовые причины обусловлены наличием у права, выступающего регулятором общественных отношений, таких свойств, как государственно-волевой характер и нормативность. Государственно-волевой характер предполагает, что законодатель (коллективный субъект) по своему усмотрению определяет каким интересам государства, общества, социальных групп, индивида придать властный характер, закрепив их в нормах права (причина правотворческого усмотрения). Нормы, являясь первичным элементом права, представляют собой общие правила поведения, при реализации которых необходимо усмотреть наличие тождества фактических обстоятельств конкретной ситуации и установленных нормой юридических фактов (причина правоприменительного и иного правореализационного усмотрения).

Сложившаяся в обществе правовая система детерминирует распределение разновидностей правовой дискреции между различными субъектами, а также степень свободы этих субъектов при реализации

усмотрения.

В качестве субъективных причин усмотрения в праве можно выделить: целенаправленное закрепление возможности усмотрения законодателем, выбранный тип правового регулирования, конкуренцию правовых норм, ошибки правотворческой техники, юридические коллизии, пробелы в праве.

5. Определены пределы правового усмотрения, как правовые, морально-правовые и внеправовые (экономические, политические, социальные и др.) границы, в рамках которых допустима дискреция, а выбранное и реализуемое субъектом решение будет являться правомерным.

К числу основных правовых границ усмотрения в праве относятся: законность и правопорядок; нормативно закрепленные пределы, включающие принципы права, нормы-цели, закрытые исчерпывающие перечни (списки) вариантов, правовые запреты, сервитуты, уточнения, некоторые виды исключений; коллизионные нормы и выработанные наукой и практикой правила преодоления пробелов в праве; компетенционные пределы; толкование юридических норм; устоявшиеся типовые решения, принимаемые в юридической практике.

Морально-правовые пределы усмотрения в праве представляют собой границы возможного правового поведения субъекта, сформированные на основе нравственных требований, прямо закрепленных в праве. Они применимы к ситуациям, когда поступки субъекта оцениваются, прежде всего, с позиции норм морали, а в случае их нарушения приобретают также качество противоправности.

Внеправовые пределы усмотрения в праве — это политические, экономические, социальные и иные внеправовые условия, ограничивающие свободу выбора субъектом права варианта правового поведения.

Существующие пределы усмотрения в праве можно подразделить: на внутренние и внешние, количественные и качественные.

6. Правотворческое усмотрение представляет собой основанные на общих принципах права, положениях Основного закона и текущего

законодательства решения законодателя либо иного субъекта, которому делегированы правотворческие полномочия, по вопросам о потребности, последовательности, детализированности, типе и способах правового регулирования определенных общественных отношений и выбор оптимальных технико-юридических приемов, методов и средств, принятые в пределах компетенции соответствующего субъекта и нашедшие отражение в законе или подзаконном нормативно-правовом акте.

Специальным видом правотворческого усмотрения является законотворческое усмотрение, которое представляет собой основанные на общих принципах права и положениях Основного закона решения законодателя по вопросам о потребности, последовательности, детализированности, типе и способах правового регулирования определенных общественных отношений и выбор оптимальных технико-юридических приемов, методов и средств, нашедшие отражение в принятом законе.

Правотворческое усмотрение формируется в рамках трех взаимосвязанных процессов: инициирования принятия нормативно-правового акта; разработки его проекта (в строгом понимании законодательной процедуры эти процессы могут находиться за ее пределами) и непосредственно в принятии нормативно-правового акта.

Субъектом права на правотворческое усмотрение является «законодатель» в широком смысле этого слова или иное лицо, обладающее полномочиями разработки и принятия подзаконных нормативных правовых актов, т.е. индивидуальный или коллективный субъект, принимающий участие в названных процессах, направленных на создание любого нормативно-правового акта.

7. Раскрыты пределы правотворческого усмотрения — это комплекс правовых, морально-правовых и внеправовых (социальных, финансово-экономических, политических) ограничений, соблюдение которых законодателем или иным субъектом правотворческой деятельности

обеспечивает высокую эффективность процесса разработки и принятия правовых норм, а также правореализационный потенциал его результатов.

К числу основных пределов правотворческого усмотрения относятся: законность и правопорядок, обеспечиваемые эффективностью механизма правового регулирования; положения Основного закона государства, в частности Конституции РФ, а также ограничения, производные от них; принципы права. Особым внеправовым пределом правотворческого усмотрения является общественное мнение о праве (в целом либо об отдельных его частях, а также об элементах правовой системы).

8. Уточняется существующая трактовка усмотрения в процессе применения права. По мнению автора, правоприменительное усмотрение — это результат интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта, осуществляющего функцию правоприменения, представляющий собой выбранное на основе предписаний правовых норм решение по юридически значимому вопросу и выраженное в определенном правоприменительном акте.

Правоприменительное усмотрение субъекта складывается из нескольких элементов, не всегда имеющих внешнее выражение и не обладающих самостоятельным значением. Совокупность таких элементов образует механизм формирования правоприменительного усмотрения — систему взаимосвязанных действий и (или) выводов правоприменителя, последовательно осуществляемых на стадиях процесса применения права, каждое из которых в определенной степени детерминирует выбор итогового решения по делу и его исполнение.

В число элементов механизма формирования правоприменительного усмотрения, соответствующих стадиям правоприменительного процесса, входят: усмотрение при установлении фактических обстоятельств дела; усмотрение при юридической квалификации дела; усмотрение при проверке и толковании выбранной правовой нормы (или их совокупности); непосредственно выбор варианта решения дела и его отражение в

правоприменительном акте; усмотрение при исполнении принятого решения (может носить факультативный характер). В рамках перечисленных основных элементов возможно более подробное деление.

9. Усмотрение при толковании юридической нормы представляет собой основанный на интеллектуально-практической волевой деятельности интерпретатора выбор способа (комплекса способов) толкования и формулирование предмета выяснения (т.е. — системы обстоятельств, подлежащих установлению и необходимых для уяснения содержания и смысла правовой нормы, а также подлинной воли законодателя заключенной в ней), определяющих результат данного процесса.

В зависимости от того, осуществляется ли толкование юридических норм субъектом при их реализации для собственных нужд или оно распространяется на другие субъекты, интерпретационное усмотрение может быть однокомпонентным (толкование-уяснение) и двухкомпонентным (толкование-разъяснение).

Двухкомпонентное усмотрение интерпретатора может являться одним из пределов правоприменительного или иного правореализационного усмотрения тех субъектов, которым разъяснения адресованы (при официальном толковании).

Спецификой однокомпонентного интерпретационного усмотрения является то, что оно не имеет внешнего выражения и самостоятельного значения, а влияет на итоговое решение субъекта в рамках одной из форм реализации права.

10. Факторами, оказывающими положительное влияние на интерпретационное усмотрение и способными предупредить возникновение негативных последствий, являются: совершенствование правотворческой техники; включение в нормативно-правовые акты, прежде всего, в законы, четко выраженных норм-целей; практическое применение научных разработок по вопросу толкования юридических норм; толкование, осуществляемое субъектом более высокого уровня; наличие установленного

законом контроля и (или) надзора за правоприменительными решениями, выражающими уяснение юридических норм соответствующим субъектом, а также возможности их обжалования.

Кроме того, снижению количества ошибок и нарушений при толковании юридических норм должна способствовать систематизация нормативных правовых актов, которая осуществляется по усмотрению уполномоченного субъекта, определяющего сферу общественных отношений, в которой она будет производиться, ее форму, объем и уровень (общий, федеральный, региональный, муниципальный), а также сроки и исполнителей данной работы.

11. Показана роль правовой системы общества как детерминанты специфики реализации правового усмотрения в определенном государстве. Особенности реализации правового усмотрения, обусловленными правовой системой, являются, прежде всего, соотношение правоприменительного, иного правореализационного и правотворческого усмотрений; степень свободы этих усмотрений; их распределение между разными субъектами, реализующими отдельные виды правового усмотрения или их сочетания; пределы разных видов правового усмотрения.

Названные особенности можно считать основными, поскольку они обусловлены наиболее важными характеристиками правовых систем, исходя из общности которых правовые системы группируют в правовые семьи: романо-германского (континентального) права, англосаксонского (общего) права, религиозного права и традиционного (обычного) права. Специфические черты, отличающие системы друг от друга, могут предопределять и иные особенности правового усмотрения, реализуемого в конкретной правовой системе.

12. Предлагается авторская трактовка судебного усмотрения, учитывающая не только правоприменительный, но и интерпретационный и правотворческий аспекты. Судебное усмотрение — это вывод суда (судьи), сделанный в ходе его интеллектуально-практической волевой деятельности,

осуществляемой в строгой процедурной форме, по вопросу, отнесенному к компетенции судебной власти, и направленный на применение, создание (при наличии соответствующих полномочий) и интерпретацию правовых норм, способный обеспечить законность правоприменительной и правореализационной дискреции иных органов, организаций, граждан и должностных лиц.

Судебное усмотрение можно рассматривать как особый вид правоприменительного усмотрения, которое (при определенных условиях) сочетается с правотворческим и интерпретационным.

В зависимости от характера полномочий судебной власти и формы их реализации судебное усмотрение, основанное на данных полномочиях, может быть дифференцировано на следующие виды:

основное судебное усмотрение (в рамках основных полномочий судебной власти);

организационное судебное усмотрение, включающее разновидности, соответствующие реализуемым судами (судьями) организационным полномочиям.

Основное судебное усмотрение включает: процессуальное усмотрение суда (в рамках которого можно различать усмотрение суда при осуществлении правосудия и иное процессуальное усмотрение суда), а также усмотрение суда, осуществляемое в других процедурных формах.

13. По мнению диссертанта, в контексте исследования правовой дискреции создание судебного прецедента следует определить как особую разновидность усмотрения судебных органов, наделенных соответствующими полномочиями, сочетающего правоприменительный и правотворческий элементы, выраженного в форме официально опубликованного решения суда по конкретному делу, подлежащего использованию в качестве образца для разрешения аналогичных дел. Предложенное определение призвано дополнить имеющиеся знания о судебном прецеденте. Оно не должно противопоставляться имеющимся в

науке трактовкам судебного прецедента, отражающим другие стороны данного феномена.

Анализ характеристик решений, принимаемых высшими судебными органами России, с позиции их соответствия качествам судебного прецедента позволяет сделать вывод, что названными органами судебных прецедентов не создается. Вместе с тем решения Конституционного Суда РФ в определенных условиях приобретают характер нормативности, потому предлагается законодательно закрепить полномочие данного судебного органа в принимаемых по результатам осуществления конституционного судопроизводства решениях устанавливать временные нормативные положения, действующие до принятия законодателем необходимых поправок в текущее законодательство.

14. Юридическое усмотрение субъекта, реализующего нормы права в форме соблюдения, исполнения или использования, выражается в волевых действиях (бездействии), совершаемых на основе интеллектуально-практической оценки фактической ситуации и направленных на осуществление закрепленного правовой нормой запрета, юридической обязанности, субъективного права (свободы).

Структура механизма формирования усмотрения при реализации юридических норм в форме соблюдения, исполнения, использования в целом аналогична структуре механизма формирования правоприменительного усмотрения и включает в себя следующие этапы: усмотрение при установлении фактических обстоятельств дела; усмотрение при обыденной юридической квалификации дела; усмотрение при проверке и уяснении смысла выбранных норм права; непосредственно выбор варианта решения дела и его отражение в правовом поступке. Однако отдельные элементы данного механизма могут носить усеченный характер либо обладать спецификой, обусловленной формой реализации права и характеристиками субъекта. В частности, не во всех случаях присутствует необходимость точной юридической квалификации лицом установленных фактических

обстоятельств.

15. Под субъективно-поведенческим типом усмотрения понимается перманентное определение лицом перспективных целей собственного правового поведения, потенциальных средств их достижения, а также принятие с учетом различных мотивов решений о выборе средств, выражающихся в общей модели правового поведения, обуславливающей совершение отдельных юридически значимых поступков.

В отличие от механизмов формирования усмотрения нормативного типа, механизм формирования субъективно-поведенческого усмотрения включает три основных элемента: определение перспективных целей, достижение которых возможно в рамках правового поведения; определение и анализ известных лицу потенциальных средств достижения таких целей (без привязки к конкретным юридическим нормам); принятие с учетом различных мотивов решения. Данный механизм и все его элементы являются постоянно действующими.

Общая модель правового поведения может использоваться для оценки характера субъективно-поведенческого типа усмотрения лица. Под ней необходимо понимать не единичный поведенческий акт, а их систему, обладающую внутренним единством, целенаправленностью, стабильностью и рассматриваемую на протяжении длительного периода времени. Предлагается различать три общих модели правового поведения: правомерную, маргинальную и противоправную.

Воздействие субъективно-поведенческого типа усмотрения на другие осуществляется посредством правовых установок, в значительной степени определяющих решения субъекта в рамках других типов дискреции.

16. Раскрывается специфика усмотрения лиц, совершающих поступки, обладающие внешними признаками соблюдения, исполнения и использования юридических норм, но не приводящие к достижению социально полезного или допустимого обществом результата. Разновидностями осознанного поведения, не обладающего внешними

признаками правонарушений, но причиняющего (или способного причинить) вред общественным отношениям, являются обход закона и злоупотребление правом. Названные разновидности поведения могут рассматриваться как дефектные противоправные способы реализации права.

Под обходом закона следует понимать дефектный способ реализации юридических норм, выражающийся в умышленном совершении лицом комплекса действий, носящих противоправный характер, подменяющих правовое регулирование объективно сложившихся общественных отношений действительно соответствующими им правовыми нормами на регулирование более благоприятными для удовлетворения интересов субъекта нормами права, положения которых исполняются (соблюдаются, используются) лишь формально.

Усмотрение лица, действующего в обход закона, представляет собой комплексное правореализационное решение, направленное на достижение противоправной цели, включающее отказ от осуществления правовой нормы, подлежащей реализации, и принятие мер по корректировке фактической основы дела, обеспечивающей возможность реализации заинтересованным лицом наиболее благоприятной для удовлетворения его интересов нормы права, приводящей к искомому противоправному результату. Механизм формирования усмотрения субъекта, действующего в обход закона, включает две части.

Первая часть представляет собой систему элементов, типичных для соответствующей формы реализации права (соблюдения, исполнения, использования, применения), по результатам функционирования которых субъектом принимается решение о том, что для удовлетворения собственных интересов реализация правовых норм, действительно подлежащих осуществлению, неприемлема. Данное решение может оставаться исключительно в сознании индивида и не иметь внешнего выражения.

Вторая часть механизма включает те же элементы, но в другом порядке. Первичным становится подбор и толкование наиболее

благоприятной для удовлетворения интересов лица правовой нормы, для обеспечения которой корректируется установленная фактическая основа дела.

17. Усмотрение субъекта, злоупотребляющего правом, представляет собой правореализационное решение, при котором выбирается ориентированный на достижение противоправной цели вариант использования субъективного права, выражающееся в совершении не запрещенных законом действий, приводящих к причинению (реальной угрозе причинения) вреда интересам других лиц или публичным интересам.

В отличие от обхода закона механизм формирования усмотрения субъекта, злоупотребляющего правом, структурно идентичен механизму формирования правореализационного усмотрения. Исходя из выявленных различий механизма формирования усмотрения лица, действующего в обход закона, и лица, злоупотребляющего правом, делается вывод о том, что обход закона целесообразно рассматривать как отдельный дефектный противоправный способ реализации права, а не как одну из форм злоупотребления правом.

**Теоретическая и практическая значимость диссертационной работы.** Результаты диссертационного исследования способствуют дальнейшему изучению феномена «усмотрение в праве», его характерных черт, типов, разновидностей, сфер реализации.

В результате проведенного исследования выработана совокупность новых теоретико-правовых выводов и положений, позволяющих обосновать, что усмотрение в праве является комплексным общеправовым многогранным явлением, обеспечивающим претворение в жизнь юридических норм и функционирование правовой системы.

В процессе изучения правового усмотрения были освещены такие важные проблемы юридической науки, как правотворчество и факторы, влияющие на его эффективность, соотношение абстрактности и конкретности в правовых нормах, механизм правового регулирования, типы

и способы правового регулирования, корреляция целей и средств в праве, правовая система, ее структура и виды, правоприменительный процесс, правосудие, толкование юридических норм, источники права, формы реализации права, правовое поведение, обход закона и злоупотребление правом.

Выводы, сформулированные в работе, могут использоваться: в научных исследованиях проблематики, смежной с усмотрением в праве или касающейся вопросов, затронутых в работе; для подготовки учебников и учебных пособий для обучающихся юридических и неюридических высших учебных заведений; в преподавании учебных курсов теории государства и права, правоохранительных органов, прокурорского надзора, а также связанных с названными курсами специальных учебных дисциплин.

С практической точки зрения предложенная в диссертации концепция усмотрения в праве может использоваться в процессе совершенствования законодательства как субъектами, непосредственно участвующими в законодательной деятельности, так и лицами, задействованными в общественном обсуждении или общественной экспертизе проектов нормативно-правовых актов.

Пределы правового усмотрения, в том числе правотворческого, проанализированные в работе, способны послужить ориентирами при разработке проектов нормативно-правовых актов разного уровня, проведении их антикоррупционной экспертизы, выработке предложений по совершенствованию правоприменительной деятельности правоохранительных и иных государственных и муниципальных органов, а также их должностных лиц.

**Апробация результатов исследования.** Работа выполнена на кафедре теории государства и права ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия», где проводилось ее рецензирование и обсуждение.

По теме диссертации опубликовано более пятидесяти работ, в том числе восемь монографий, включая коллективные с разделенным участием,

двадцать шесть статей, опубликованных в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных ВАК при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации для опубликования основных научных результатов диссертационных исследований, а также публикация в зарубежном издании.

Полученные результаты исследования используются в учебном процессе в ходе чтения курса лекций, проведения практических и семинарских занятий по дисциплинам «Прокурорский надзор», «Правоохранительные органы», «Координация деятельности правоохранительных органов», а также связанных с ними дисциплин, преподаваемых в ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия».

Основные положения диссертации были также апробированы автором в ходе выступления на научно-практических конференциях, форумах, «круглых столах» международного, всероссийского и межрегионального уровня.

**Структура работы** обусловлена логикой исследования, а также его целью и задачами. Диссертация состоит из введения, пяти глав, объединяющих шестнадцать параграфов, заключения и библиографического списка.

## ГЛАВА 1. УСМОТРЕНИЕ В ПРАВЕ КАК ОБЪЕКТ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

### § 1. Общая характеристика правового усмотрения: понятие, признаки и виды

Одной из наиболее сложных и дискуссионных проблем, характерных для российской правовой системы, является проблема усмотрения в праве. При этом, в отличие от некоторых других правовых вопросов, которые либо вызывают бурные споры среди практикующих юристов, либо наоборот, привлекают внимание только ученых-правоведов, усмотрение в праве интересует и тех и других.

В правовой науке большинство публикаций, диссертационных и монографических работ в основном сводится к исследованию категории «усмотрение» по двум аспектам: к изучению правоприменительного усмотрения в общетеоретическом ракурсе<sup>1</sup>, или с точки зрения отраслевых особенностей<sup>2</sup>, и судейского (судебного) усмотрения как особой

---

<sup>1</sup> См.: *Антропов, В. Г.* Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование: логико-семантический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1995; *Малиновский, А. А.* Усмотрение в праве // Государство и право. 2006. № 4. С. 102 – 104; *Березин, А. А.* Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007; *Кораблина, О. В.* Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспекты): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009; *Бойко, Д. В.* Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности: вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011; и др.

<sup>2</sup> См.: *Марфицин, П. Г.* Усмотрение следователя (Уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук. Омск, 2003; *Михайлова, О. Р.* Методы ограничения усмотрения налоговых органов при осуществлении налогового контроля // Государство и право. 2005. № 7. С. 90 – 96; *Подовинникова, Ю. В.* Усмотрение в налоговом праве: несовершенство законодательной техники или результат культурно-исторического развития правового государства? // Юридические записки. Вып. 18: Современный этап развития российского государства: на пути к «сильному» или правовому государству? Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2005. С. 261 – 270; *Старых, Ю. В.* Типы источников усмотрения в налоговом правоприменении // Вестник Воронежского государственного университета. Серия Право. 2006. № 1. С. 246 – 256; *Старых, Ю. В.* Теоретические аспекты влияния законодательной техники на усмотрение в налоговом праве // Вестник Саратовской государственной академии права. 2007. № 2. С. 180 – 186; *Слюсарева, Т. Г.* Административное усмотрение в деятельности государственных служащих: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013; *Пархоменко, Д. А.* Усмотрение в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015; *Гирвиц, А. В.* Полицейское усмотрение в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2017; *Кунашев, М. А.* Усмотрение следователя в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019; и др.

разновидности правоприменительного<sup>1</sup>. В зарубежной научной литературе, включая современную, так же внимание уделяется преимущественно названным аспектам исследуемой проблемы: судебскому усмотрению<sup>2</sup> и дискреции при исполнении судебных актов<sup>3</sup>, административному<sup>4</sup> усмотрению и инструментам контроля за ним<sup>5</sup>, дискреции бюрократии, реализуемой в процессе взаимодействия с гражданами<sup>6</sup>. Подобные подходы необоснованно сужают категорию «усмотрение в праве», исключая из нее, например, усмотрение законодателя или усмотрение субъектов права при выборе возможных вариантов поведения. Однако указанные пробелы постепенно восполняются, появляются труды, в которых исследуется, в частности, злоупотребление правом как результат усмотрения в праве<sup>7</sup>, либо усмотрение в процессе реализации права<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> См.: Барак, А. Судейское усмотрение / Пер. с англ.; Науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун; Вступ. статья М. В. Баглая. М.: Норма, 1999; Абушенко, Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Изд-во НОРМА, 2002; Степин, А. Б. Судебное усмотрение в частном праве: Учебное пособие. Астрахань, 2002; Парог, А. И., Степалин, В. П. Судейское усмотрение при назначении наказания // Государство и право. 2002. № 2. С. 36 – 42; Парог, А. И., Грачева, Ю. В. Законодательная техника как средство ограничения судебскому усмотрению // Государство и право. 2002. № 11. С. 93 – 100; Сенякин, И. Н., Степин, А. Б., Подмосковский, В. Д. Судебное усмотрение в частном праве (общетеоретический анализ). Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2005; Берг, Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008; Янюшкина, О. А. Виды судебного усмотрения в арбитражном судопроизводстве // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 1. С. 54 – 58; Пивоварова, А. А. Правосознание и усмотрение судьи: соотношение понятий, роль при назначении наказания: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2009; Ермакова, К. П. Пределы судебного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; Грачева, Ю. В. Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011; Никонов, М. А. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014; и др.

<sup>2</sup> См.: Cooper, E. H. Timing as Jurisdiction: Federal Civil Appeals in Context // Law and Contemporary. 1984. Vol. 47. № 3. Pp. 157–164.

<sup>3</sup> См.: Szczekocki, P. Axiology of Judicial Application of Enforcement Law: View on the Bailiff's Discretion // Studia Iuridica Lublinensia. 2020. Vol. 29. № 3. Pp. 149–162.

<sup>4</sup> См.: Hawkins, K. The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science // The Uses of Discretion / K. Hawkins (ed.). Oxford: Clarendon Press, 1992. Pp. 11–46; Heath J. The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State. Oxford: Oxford University Press, 2020. Pp. 254–299.

<sup>5</sup> См.: Neimanis, J. Discretion of institutions // Administrative Law and Process. 2020. № 4(27). Pp. 41–46.

<sup>6</sup> См.: Handler, J. F. The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy. New York: Russell Sage Foundation, 1986; Jowell, J. L. Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action. New York: Dunellen Pub. Co., 1975.

<sup>7</sup> См., например: Малиновский, А. А. Злоупотребление правом (основы концепции). М., 2000; Он же. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007; Дурново, Н. А. Злоупотребление правом как особый вид правового поведения (теоретико-правовой анализ): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2006.

<sup>8</sup> См.: Белозерова, К. А. Пределы усмотрения сторон трудового правоотношения: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2013; Скударнов, А. С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2014.

Что касается юридической практики, сложившейся в России, то здесь также не сформировалось единого отношения к усмотрению в праве, однако существуют доминирующие точки зрения. Как правило, сами практикующие юристы и лица, столкнувшиеся с проблемами правоприменения в деятельности государственного механизма, склонны определять усмотрение как едва ли не основную причину большинства негативных процессов, происходящих в правовой жизни российского общества. Если речь идет о коррупции, то закрепление в правовых актах возможности должностного лица — правоприменителя — принимать решение по усмотрению считается коррупциогенным фактором данного правового акта. Аналогичные мнения о роли усмотрения в праве высказываются и при нарушении принципа «неотвратимости ответственности за совершенное правонарушение».

Таким образом, в основном позиции участников дискуссии среди лиц, участвующих в юридической практике, сводятся к необходимости ограничения, уменьшения возможности «усмотрения в праве». Бесспорно, данная точка зрения заслуживает самого пристального внимания, и во многих случаях требование о необходимости ограничения усмотрения в праве полностью обосновано. Но следует отметить существование «обратной стороны» усмотрения, положительно влияющей на процессы, происходящие в правовой системе государства, которую надлежит выявлять и исследовать.

Обращаясь к изучению «усмотрения в праве», в первую очередь необходимо определить словарное значение самого термина «усмотрение». Слово «усмотрение» образовано от глагола «усмотреть», имеющего несколько значений: усмотреть — значит не потерять из виду, уследить, устеречь, открыть, установить, распознать наблюдением (простореч.), прийти к заключению о наличии чего-нибудь, в чем-нибудь, установить, признать существующим, счесть что-нибудь, чем-нибудь<sup>1</sup>. Соответственно, сам термин «усмотрение» в толковом словаре русского языка под редакцией

---

<sup>1</sup> См.: Толковый словарь русского языка. Репринтное издание: В 3 т. / Под ред. Д. Н. Ушакова. М., 2001. Т. 2. С. 389.

Д. Н. Ушакова рассматривается как «действие, решение или склонность. Действовать, решать по собственному желанию, а не по закону, произвол»<sup>1</sup>.

В «Словаре русского языка» С. И. Ожегова слово «усмотрение» рассматривается в нескольких значениях: решение, заключение, мнение; а усмотреть — значит: установить, обнаружить, признать<sup>2</sup>.

В «Толковом словаре живого великорусского языка» В. Даля усмотреть, усматривать — означает: увидеть, открыть, узреть очами, распознать, заметить<sup>3</sup>.

В «Словаре русского языка» под редакцией А. П. Евгеньевой «усмотрение» означает: заключение, мнение, решение. Усмотреть — значит: прийти к заключению о наличии чего-либо, признать существующим и т. д.<sup>4</sup>.

Обобщая предложенные в словарях определения, следует отметить, что усмотрение — это решение, принятое определенным субъектом, или сложившееся у него мнение, исходя из имеющихся у данного субъекта вариантов и предпосылок принятия решения.

Очень близко по значению слову «усмотрение» и иногда в официальных документах используется в качестве его синонима термин «дискреция» («дискреционный»), произошедший от латинского «*discretion*», что означает решение должностным лицом или государственным органом какого-либо вопроса по собственному усмотрению<sup>5</sup>. Например, при указании коррупциогенных факторов в п. 3 Методики проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной постановлением Правительства Российской

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> См.: Ожегов, С. И. Толковый словарь русского языка: Около 100000 слов, терминов и фразеологических выражений / С. И. Ожегов; Под ред. проф. Л. И. Скворцова. 27-е изд., испр. М.: Изд-во АСТ; Мир и образование, 2018. С. 1234.

<sup>3</sup> См.: Даль, В. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. М.: Рус. яз., 1998. Т. 4: Р — γ. 1998. С. 513.

<sup>4</sup> См.: Словарь русского языка: В 4-х т. / АН СССР, Ин-т рус. яз.; Под ред. А. П. Евгеньевой. 2-е изд., испр. и доп. М.: Русский язык, 1981–1984. Т. 4. С — Я. 1984. С. 520.

<sup>5</sup> См.: Современный словарь иностранных слов. М.: Рус. яз., 1992. С. 56.

Федерации<sup>1</sup>, используется и термин «усмотрение» и «дискреционные полномочия». В рамках данной работы термины «усмотрение» и «дискреция» будут использоваться в качестве синонимов.

Стоит обратить внимание, что различные субъекты права, и прежде всего человек, могут как свободно решать стоящие перед ними вопросы, так и принимать вынужденные решения (например, решения человека, обусловленные действием природных законов). Представляется, что суть усмотрения составляют лишь свободные решения, принимаемые человеком или вырабатываемые несколькими людьми (в случаях, если речь идет об усмотрении коллективного субъекта).

Согласно философии И. Канта, свобода является единственным первоначальным правом, которое дано человеку в силу принадлежности к человеческому роду, имеющим важное социально-регулятивное значение<sup>2</sup>. Содержание данного права включает два аспекта: негативный и позитивный. Первый означает, что человек независим от принуждения со стороны другого лица, а второй — возможность начинать и осуществлять действие на основе собственной воли, самостоятельно определяя цели и мотивы поступка. Для определения правового усмотрения важны оба названных аспекта свободы. Это обусловлено тем, что усмотрение в праве, реализуемое в определенных деяниях, может оцениваться через призму правомерности/противоправности. А принуждение человека к совершению того или иного деяния, либо неспособность лица самостоятельно определять цели, мотивы, характер собственных действий, зачастую, исключают применение такой оценки.

Основываясь на таком понимании свободы и ее ключевых элементов можно сделать вывод, что свобода является неременным условием усмотрения человека, в том числе и правового.

Однако необходимо отметить, что свобода как философская категория,

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. (в ред. от 10 июля 2017 г.) № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2010. № 10. Ст. 1084; 2017. № 29. Ст. 4374.

<sup>2</sup> См.: Кант, И. Метафизика нравов // Собрание сочинений в восьми томах: Юбилейное издание 1794–1994 / Под общ. ред. проф. А. В. Гулыги. М.: Изд-во «Чоро», 1994. Т. 6. С. 242–243, 261.

безусловно, гораздо объемнее, многограннее и сочетает в себе множество содержательных элементов, помимо названных. Возможность человека являться собственным господином и действовать по своему усмотрению, самостоятельно — это важное, но не единственное право составляющее свободу<sup>1</sup>. В этой связи, представляется ошибочной точка зрения тех исследователей, которые определяют усмотрение (юридическое) как свободу.

Еще одной характеристикой принятого решения, позволяющего относить его к усмотрению субъекта, является разумность. Решение, объективированное определенным образом, является ответной реакцией организма, связанной с функционированием его сознания. Различные направления науки, изучающие природу сознания (от нейробиологии до социопсихологии), устанавливают существование нескольких этапов сознания, которые в упрощенном виде можно свести к восприятию внешней информации, ее обработке (осмыслению) и ответной реакции, выраженной в вербальной форме или в поведении<sup>2</sup>. Полагаем, что в этой цепочке этапов функционирования сознания именно этап обработки, осмысления информации на основе человеческого разума является необходимым качеством усмотрения. Это обусловлено тем, что разум наделяет человека способностями логического мышления, распознавания законов развития, постижения смысла явлений и связей между ними<sup>3</sup>. Возможна сознательная деятельность человека, в которой пропущен этап осмысления (например, инстинктивные реакции на опасность). Решения, принятые в ходе такой деятельности и внешне выраженные в определенном деянии, не являются продуктом свободной воли человека и не могут рассматриваться как его усмотрение.

Хотя разум является одним из свойств личности, качество разумности

---

<sup>1</sup> См.: Семенов, В. Е. Морально-правовые принципы в истории философии права // Lex russica (Русский закон). 2015. № 11. С. 27.

<sup>2</sup> См.: Вершок, И. Л. Междисциплинарный подход к анализу динамики правового сознания // Сибирское юридическое обозрение. 2020. Т. 17. № 4. С. 444.

<sup>3</sup> См.: Власенко, Н. А. Разумность и право: связь явлений и пути исследования // Журнал российского права. 2011. № 11. С. 45.

присуще не только решениям индивида, но и решениям коллективных субъектов (организаций, государственных и муниципальных органов). Решения коллективных субъектов представляют собой продукт согласования индивидуальных разумных решений тех членов коллектива, которые участвуют в формулировании общего вывода.

Названные явления представляют собой необходимые условия существования любого усмотрения, в том числе и правового. Безусловно, что наряду с названными общими условиями, усмотрение в праве, как особая разновидность дискреции, обладает и рядом специфических качеств, которые следует рассмотреть подробнее.

В юридической литературе под усмотрением понимают субъективное решение, мнение, обусловленное личной оценкой субъектом обстоятельств разрешаемого вопроса. На основании такой трактовки «усмотрения» и в зависимости от предмета научного исследования предлагаются различные дефиниции. В основном определения даются правоприменительному усмотрению и судебному (судейскому). Однако среди ученых, исследующих правоприменительное или судебное (судейское) усмотрение, отсутствует единство в определении соответствующего вида усмотрения. Изначально в системе существовавших научных дефиниций достаточно четко прослеживалось две тенденции: во-первых, определять усмотрение как принадлежащие субъекту свободу, право, полномочие на выбор определенного решения; во-вторых — как специфический вид деятельности. Первая позиция была представлена в работах таких ученых, как Д. М. Чечот, К. И. Комиссаров, Ю. А. Тихомиров, А. Барак, А. П. Коренев, вторая — в работах В. Г. Антропова, В. Ф. Бохана, А. Т. Боннера, О. А. Папковой и др.

Так, по мнению Д. М. Чечота, усмотрение предполагает, что соответствующий орган или должностное лицо действует по своей воле, не связанной при принятии решения какой-либо нормой. В пределах предоставленных ему полномочий орган государства свободен в выборе

соответствующего решения<sup>1</sup>.

К. И. Комиссаров отмечает, что судебное усмотрение — это предоставленное суду правомочие принимать, сообразуясь с конкретными условиями, такое решение по вопросам права, возможность которого вытекает из общих и лишь относительно определенных условий закона<sup>2</sup>.

Ю. А. Тихомиров полагает, что судебное усмотрение — это гарантированные возможности выбора судом варианта решения из ряда законных альтернатив<sup>3</sup>.

По мнению А. Барака, судебное усмотрение — это полномочие выбирать между двумя или более линиями действия, каждая из которых считается разрешенной<sup>4</sup>.

А. П. Корнев под административным усмотрением понимает «определенную рамками законодательства известную степень свободы органа в правовом разрешении индивидуального конкретного управленческого дела, которая предоставляется в целях принятия оптимального административного акта»<sup>5</sup>.

В приведенных выдержках из научных работ первой группы ученых ярко выделяется общая черта формулируемых ими дефиниций усмотрения. Усмотрение здесь — это свобода, правомочие или полномочие. Аналогичную трактовку усмотрения, наряду с названными авторами, дают в своих работах и М. А. Кунашев<sup>6</sup>, А. А. Пивоварова<sup>7</sup>, А. С. Скударнов<sup>8</sup>,

---

<sup>1</sup> См.: *Чечот, Д. М.* Административная юстиция (теоретические проблемы). Л.: Изд-во ЛГУ, 1973. С. 68.

<sup>2</sup> См.: *Комиссаров, К. И.* Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 50.

<sup>3</sup> См.: *Тихомиров, Ю. А.* Теория компетенции. М.: Юринформцентр, 2001. С. 271.

<sup>4</sup> См.: *Барак, А.* Судейское усмотрение / Пер. с англ.; Науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун; Вступ. статья М. В. Баглая. М.: Норма, 1999. С. 13.

<sup>5</sup> *Корнев, А. П.* Толкование и применение норм советского административного права // Государство и право. 1971. № 1. С. 49.

<sup>6</sup> См.: *Кунашев, М. А.* Усмотрение следователя в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019. С. 12.

<sup>7</sup> См.: *Пивоварова, А. А.* Правосознание и усмотрение судьи: соотношение понятий, роль при назначении наказания: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2009. С. 7.

<sup>8</sup> См.: *Скударнов, А. С.* Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2014. С. 8.

Т. Г. Слюсарева<sup>1</sup>.

Полагаем, что право выбора или свобода принятия решения, прямо или косвенно предусмотренные правовыми нормами, являются не усмотрением в праве, а его предпосылкой.

Несколько иные смысловые акценты расставлены в определениях, предложенных второй группой ученых, исследующих усмотрение. Здесь большее внимание уделяется «усмотрительному процессу». Так, В. Г. Антропов, определяя не судебное усмотрение, а более широкое, родовое по отношению к нему правоприменительное, полагает, что усмотрение — это предоставленная правом властная интеллектуально-волевая деятельность правоприменителя по выбору субъективно-оптимального решения<sup>2</sup>.

В интерпретации В. Ф. Бохана правоприменительное усмотрение — это творческая, интеллектуально-волевая деятельность компетентного субъекта, в процессе которой окончательно формируется его нравственная позиция по рассматриваемому делу<sup>3</sup>.

Другой ученый, А. Т. Боннер, определяет усмотрение государственных органов и должностных лиц как «деятельность по отысканию наиболее оптимального решения в рамках закона, которая обусловлена поставленными перед ними задачами, соответствует интересам государства и общества и основана на фактах объективной действительности»<sup>4</sup>.

По мнению О. А. Папковой, судебное усмотрение представляет собой деятельность суда по рассмотрению спорных правовых вопросов, под которыми понимаются вопросы, возникающие при рассмотрении дел, разрешение которых осуществляется на основании усмотрения суда в силу соответствующего указания в норме закона<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Слюсарева, Т. Г.* Административное усмотрение в деятельности государственных служащих: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 7.

<sup>2</sup> См.: *Антропов, В. Г.* Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование: логико-семантический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1995. С. 14.

<sup>3</sup> См.: *Бохан, В. Ф.* Формирование убеждений суда. Минск: Изд-во БГУ, 1973. С. 94.

<sup>4</sup> *Боннер, А. Т.* Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право. 1979. № 6. С. 35.

<sup>5</sup> См.: *Папкова, О. А.* Судейское усмотрение в гражданском процессуальном праве // Законодательство. 1999. № 2. С. 63 – 64.

Ю. В. Грачева отмечает, что судебское усмотрение (в уголовном праве) — это один из аспектов правоприменительной деятельности, заключающийся в использовании судьей предоставленных ему полномочий по выбору решения в установленных законом пределах<sup>1</sup>.

В качестве особой деятельности, процесса выбора решения усмотрение рассматривается также такими учеными как К. А. Белозерова<sup>2</sup>, Л. Н. Берг<sup>3</sup>, П. В. Марков<sup>4</sup>, М. А. Никонов<sup>5</sup>, Д. А. Пархоменко<sup>6</sup>. Такое понимание правового усмотрения, в целом, согласуется с взглядами на данную проблему зарубежных ученых. Однако, наряду со спецификой соответствующей деятельности, они обращают внимание на второй необходимый аспект усмотрения — наличие у субъекта, осуществляющего правоприменительную деятельность, определенных качеств<sup>7</sup>. Кроме того, важно отметить, что многими зарубежными авторами (в первую очередь, представляющими англо-саксонскую юридическую науку) усмотрение воспринимается не как абстрактная возможность выбора, а в контексте практического решения спора<sup>8</sup>.

Анализируя рассмотренные определения «усмотрения», следует отметить, что и первая, и вторая группа дефиниций имеет свои преимущества и свои недостатки.

Справедливость определений, предлагаемых первой группой ученых,

<sup>1</sup> См.: Грачева, Ю. В. Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 8.

<sup>2</sup> См.: Белозерова, К. А. Пределы усмотрения сторон трудового правоотношения: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2013. С. 7.

<sup>3</sup> См.: Берг, Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 8.

<sup>4</sup> См.: Марков, П. В. Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 8.

<sup>5</sup> См.: Никонов, М. А. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 8.

<sup>6</sup> См.: Пархоменко, Д. А. Усмотрение в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 8.

<sup>7</sup> См., например: Davis, K. C. Discretionary justice: a preliminary inquiry. Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1969. P. 60; Lempert, R. Docket Data and «Local Knowledge»: Studying the Court and Society Link Over Time // Law & Society Review. 1990. № 24. Pp. 321–324.

<sup>8</sup> См., например: Frank, J. Courts on Trial. Princeton: Princeton University Press, 1949. Pp. 200–205; Hutchinson, A. C., Wakefield, J. N. A Hard Look at «Hard Cases»: The Nightmare of a Noble Dreamer // Oxford Journal of Legal Studies. 1982. № 2. Pp. 86–110; Galanter, M. Adjudication, Litigation and Related phenomena // Law and the Social Sciences / L. Lipson and S. Wheeler (eds.). New York: Russell Sage Foundation, 1986. Pp. 153–154; Schneider, C. E. Discretion and Rules: A Lawyer's View // The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. Oxford: Clarendon Press, 1992. Pp. 47–88.

подтверждает сложившаяся юридическая практика. Так, в уже упоминавшемся постановлении Правительства Российской Федерации<sup>1</sup> при указании на факторы, необоснованно расширяющие пределы усмотрения, используется именно словосочетание «дискреционные полномочия». Кроме того, определение усмотрения через категории «право», «свобода» или «полномочие» придает ему необходимую степень объективированности, позволяя в правовых нормах устанавливать пределы реализации определенного права, свободы или полномочия, т. е. пределы усмотрения. Однако этот подход имеет и обратную сторону, поскольку дает представление об усмотрении не как о процессе принятия решения и, тем более, не о самом решении, а как о статичной возможности этого. Здесь следует согласиться с А. А. Березиным, полагающим, что следует различать усмотрение и субъективное право на такую деятельность<sup>2</sup>, и, как отмечалось ранее, первая группа дефиниций как раз и определяет не само усмотрение, а право на такую деятельность.

Для второй группы определений усмотрения, в которых оно рассматривается как особый вид деятельности, в качестве положительных качеств следует выделить то, что дискреция здесь не статична, а берется в динамике как определенный процесс. Также позитивным является тот факт, что в большинстве дефиниций содержится указание на интеллектуально-волевой аспект в поиске субъектом оптимального решения по конкретному делу. Едва ли можно говорить об усмотрении со стороны лиц, имеющих нарушение интеллекта или воли, например в силу психического заболевания или болезненных зависимостей (алкогольной, наркотической и т. п.).

Но, на наш взгляд, обращаясь к данным дефинициям усмотрения, нельзя не отметить в них и следующий существенный недостаток.

В определениях таких ученых, как В. Г. Антропов, В. Ф. Бохан,

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. (в ред. от 10 июля 2017 г.) № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2010. № 10. Ст. 1084; 2017. № 29. Ст. 4374.

<sup>2</sup> См.: Березин, А. А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007. С. 12.

А. Т. Боннер практически отсутствуют признак или черта, которые бы четко отграничивали «творческую», «интеллектуально-волевою» деятельность компетентного органа, представляющую собой правоприменительное (судебное) усмотрение, от иной правоприменительной деятельности этого же органа, которая усмотрением не является. В связи с этим складывается впечатление, что вся правоприменительная деятельность представляет собой усмотрение соответствующего органа. Аналогичный недостаток присутствует и в позиции О. А. Папковой, полагающей, что судебное усмотрение — это деятельность суда по рассмотрению спорных правовых вопросов. Но в упрощенном виде подобным образом дается определение понятию «правосудие»<sup>1</sup>. Даже уточнение автора, что «спорные вопросы» — это вопросы, возникающие при рассмотрении дел, разрешение которых осуществляется на основании *усмотрения суда* в силу соответствующего указания в норме закона<sup>2</sup>, не вносит необходимой ясности, так как вопрос — что такое усмотрение суда, — остается без ответа. Представляется, что таким признаком, отграничивающим усмотрение от иной правоприменительной деятельности, является свобода выбора решения, варианта поведения, т.е. то, на что делают акцент представители первой группы<sup>3</sup>. В случае, если у субъекта отсутствует реальная возможность принять альтернативное решение и вывод по делу жестко детерминирован исходными обстоятельствами, то говорить об усмотрении не приходится.

Еще одним недостатком, содержащимся в определениях усмотрения, предлагаемых как первой, так и второй группой ученых, является то, что самому результату выбора, принятому решению внимание не уделяется, или уделяется недостаточно. А ведь именно решение, выраженное в

---

<sup>1</sup> См.: Организация судебной и правоохранительной деятельности в России: Учебное пособие: в 3 ч. / сост. А. Ф. Соколов, В. А. Телегина; под ред. А. Ф. Соколова. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2007. Ч. 1. С. 20–22.

<sup>2</sup> См.: Папкова, О. А. Судейское усмотрение в гражданском процессуальном праве // Законодательство. 1999. № 2. С. 63–64.

<sup>3</sup> Вопрос о признаках правового усмотрения изложен в следующей работе автора: Никитин, А. А. Усмотрение в праве и его признаки // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 6. С. 34–41.

определенной форме, объективирует выбор субъекта, позволяя оценить его с юридической точки зрения.

В этой связи более точными представляются трактовки усмотрения, в которых акцентируется внимание не только на выборе, но и на его результате. Так, П. Г. Марфицин указывает, что усмотрение (следователя) — это выбранный вариант поведения (решения)<sup>1</sup>.

Интересным представляется подход Л. А. Шарниной, определяющей усмотрение в конституционном праве как повелевающее упорядочивающее воздействие властных субъектов на конкретные конституционные отношения на основе свободного выбора одного из возможных вариантов решения вопроса<sup>2</sup>. Воздействие должно базироваться на определенном выводе, решении, полученном в процессе выбора из имеющихся вариантов.

По мнению Д. В. Бойко<sup>3</sup>, А. В. Гирвиц<sup>4</sup> и А. С. Игнатьева<sup>5</sup> усмотрение в праве — это сочетание процесса выбора и его результата.

Трактовка усмотрения в праве, предложенная названными учеными, свидетельствует о формировании третьего подхода к пониманию данного явления. Полагаем, что определения «усмотрения в праве», сформулированные третьей группой ученых, наиболее точно раскрывают его сущность, но и они не охватывают в полной мере такое сложное, многоаспектное, обладающее множеством разновидностей явление. Исходя из этого, представляется важным выработать новую дефиницию, в которой были бы учтены положительные качества существующих в науке определений, но в то же время лишенной их недостатков. Для этого необходимо выявить и проанализировать признаки, характеризующие

---

<sup>1</sup> См.: *Марфицин, П. Г.* Усмотрение следователя (Уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук. Омск, 2003. С. 14.

<sup>2</sup> См.: *Шарнина, Л. А.* Усмотрение в конституционном праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019. С. 9.

<sup>3</sup> См.: *Бойко, Д. В.* Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности: вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011. С. 9.

<sup>4</sup> См.: *Гирвиц, А. В.* Полицейское усмотрение в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2017. С. 15.

<sup>5</sup> См.: *Игнатьев, А. С.* Усмотрение как правовая общетеоретическая категория и алгоритм его отраслевого анализа (на примере сферы судебного конституционного контроля): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2016. С. 7.

категорию «правовое усмотрение (усмотрение в праве)»<sup>1</sup>.

1. При формулировании научной дефиниции «усмотрения в праве» следует отталкиваться от словарного определения термина «усмотрение». В словарном значении усмотрение — решение, заключение, мнение, т. е. определенный результат, но не процесс выбора. Правовая же наука в своих определениях практически не рассматривает правоприменительное или судебное усмотрение как некий итог. В юридической науке, как уже отмечалось, усмотрение — это либо право (полномочие) на выбор определенного варианта решения (т. е., строго говоря, это предпосылка для усмотрения, так как право на выбор не всегда означает, что этот выбор будет сделан), либо сам процесс (деятельность) выбора субъективно оптимального варианта решения вопроса.

2. Если в определении усмотрения сместить акценты на результат — мнение субъекта права по определенному вопросу, определенным образом выраженное (поступком или, наоборот, отказом от какого-либо действия), то более явно прослеживается различие субъективного права и усмотрения. Субъективное право — предоставленная субъекту свобода выбора варианта возможного поведения, а усмотрение — это уже реализованное лицом субъективное право. Например, в ч. 2 ст. 209 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>2</sup> (далее ГК РФ) закреплено, что собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону. Это является субъективным правом собственности, принадлежащим определенному лицу в отношении конкретной вещи. А вот решение о судьбе данной вещи,

<sup>1</sup> Вопросы о понятии и признаках усмотрения в праве, а также о специфике усмотрения в частноправовых и публично-правовых отраслях изложены в следующих работах автора: *Никитин, А. А.* Усмотрение в публичном праве // *Право и его реализация в XXI веке: сб. науч. тр. (по материалам Междунар. науч.–практ. конф., посвящ. 80-летию Саратовской государственной юридической академии, Саратов, 29 – 30 сентября 2011 г.): в 2 ч. / Под общ. ред. С. Н. Туманова; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия».* – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2011. Ч. 1. С. 249–250; *Его же.* Усмотрение в праве и его признаки // *Вестник Саратовской государственной юридической академии.* 2012. № 6. С. 34–41; *Его же.* Усмотрение в частном праве // *Евразийский союз ученых.* 2015. № 8. С. 151–153; *Его же.* Общие вопросы усмотрения в праве. Саратов: ИЦ «Наука», 2019; *Его же.* Феномен усмотрения в праве. Саратов: ИЦ «Наука», 2021.

<sup>2</sup> См.: *Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)* от 30 ноября 1994 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 51-ФЗ // *СЗ РФ.* 1994. № 32. Ст. 3301; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5053.

объективно выраженное в ее уничтожении или дарении, является усмотрением собственника.

Однако следует отметить, что и в юридической обязанности возможно существование усмотрения. Так, профессор М. И. Байтин, выделяя по форме выражения диспозиции правовой нормы такую разновидность, как обязывающие нормы, указывал, что в обязывающих диспозициях используются слова «обязан», «должен» и др.<sup>1</sup> Однако диспозиция нормы, заключая в себе модель правового поведения даже в обязывающих нормах, может содержать в себе требование выполнить одно из нескольких альтернативных действий. Например, в ст. 144 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее УПК РФ) указано: «Дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа обязаны принять, проверить сообщение о любом совершенном или готовящемся преступлении в пределах компетенции, установленной настоящим Кодексом, принять по нему решение ...»<sup>2</sup>. Статья 145 УПК РФ закрепляет три варианта процессуальных решений, одно из которых обязан принять соответствующий орган или лицо.

Исходя из этого, в данном контексте «субъективное право» следует понимать не только в традиционном значении, закрепившемся за данным понятием в юридической науке, но и как возможность для субъекта выбрать один из вариантов исполнения возложенной на него юридической обязанности.

3. Усмотрение в праве всегда осуществляется в сфере действия правовых норм и, как правило, на основе их предписаний. Тот выбор, который делает субъект права вне сферы реализации правовых норм, т. е. вне правоотношений, считаться юридическим усмотрением не может.

4. Как следствие предыдущего пункта, необходимо указать, что

---

<sup>1</sup> См.: Байтин, М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е доп. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 222, 263.

<sup>2</sup> См.: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 174-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. I). Ст. 4921; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5122.

правовое усмотрение находит объективное выражение в правовом поведении субъекта, которое может быть: активным или пассивным (воздержание от определенных действий), простым (состоящим в единичном действии) и сложным (требующим от субъекта совершения комплекса действий), правомерным и противоправным. Следует также отметить, что усмотрение может выражаться в общей модели правового поведения (правомерной, маргинальной или противоправной), которая объединяет систему поведенческих актов субъекта, осуществляемых на протяжении длительного времени и обладающих определенной стабильностью.

Изначально может сложиться мнение о парадоксальности позиции, что правовое поведение лица, выбранное им из вариантов, содержащихся в норме права, и являющееся реализацией принадлежащего ему субъективного права, может оказаться противоправным. А в некоторых определениях правоприменительного или судебного усмотрения прямо подчеркивается, что выбор осуществляется из двух или более альтернатив, каждая из которых является разрешенной (законной)<sup>1</sup>.

В качестве обоснования точки зрения о том, что усмотрение в праве может проявляться как в правомерном, так и в противоправном поведении, следует привести следующие доводы. Субъект осуществляет свой выбор действительно из нескольких альтернативных линий поведений, предусмотренных правовыми нормами и, соответственно, являющимися правомерными. Однако правовые нормы содержат только модели возможного поведения, которые под воздействием ряда объективных факторов при их реализации в действительности могут существенно менять свой характер. Примером подобного является злоупотребление правом, когда субъект совершает противоправное деяние посредством осуществления своего субъективного права (правомочия)<sup>2</sup>. Кроме того, Р. Дворкин,

---

<sup>1</sup> См., например: *Тихомиров, Ю. А.* Теория компетенции. М.: Юринформцентр, 2001. С. 271; *Барак, А.* Судейское усмотрение / Пер. с англ.; Науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун; Вступ. статья М. В. Баглая. М.: Норма, 1999. С. 13; и др.

<sup>2</sup> См.: *Малиновский, А. А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. С. 234.

рассуждая о судебском усмотрении, полагал, что правовая норма, содержащая несколько возможностей, заставляет судью выбрать лишь одну из них, которая и является для данного дела единственным законным решением<sup>1</sup> (т.е. возможность судебного усмотрения, по сути, отвергается<sup>2</sup>). Исходя из этого, выбор какой-либо иной возможности, предусмотренной нормой права, окажется фактически противоправным, что, например, может быть установлено решением вышестоящей судебной инстанции, отменившей судебный акт нижестоящего судьи.

В качестве примера для третьего и четвертого признака можно привести следующую ситуацию. Свободу выбора лицом круга собственного общения, находится в сфере морали и по общему правилу правовыми нормами не регулируется. Соответственно решение, принятое субъектом относительно общения с другим лицом будет его усмотрением, но не правовым. Однако, этот же вопрос может находиться и в правовой плоскости. Так, например, в соответствии с ч. 1 ст. 6 Кодекса судейской этики судья должен избегать всего, что могло бы причинить ущерб его репутации и умалить авторитет судебной власти<sup>3</sup>. Таким образом, общение с конкретным лицом, если этим будет нанесен ущерб судейской репутации, уже является правовым усмотрением судьи, так как для него вопрос взаимоотношений даже во внесудебной деятельности урегулирован правовой нормой, содержащейся в Кодексе судейской этики, за нарушение которого предусмотрена возможность наложения дисциплинарного взыскания.

5. Усмотрение в праве представляет собой решение, принятое по вопросу, имеющему определенное юридическое значение. Следует различать решаемые субъектом права вопросы: «Какую получить профессию?» и «Каким образом реализовать предоставленное ст. 43 Конституции РФ право на образование?». В первом случае ответ на поставленный вопрос не будет

---

<sup>1</sup> См.: *Dworkin R. Law Ambitions for Itself // Virginia Law Review. 1985. Vol. 71. № 2. P. 173–174.*

<sup>2</sup> См.: *Dworkin R. Judicial Discretion // Journal of Philosophy. 1963. № 60. Pp. 624–638; Sartorius R. The Justification of the Judicial Decision // Ethics. 1968. № 78. Pp. 171–187.*

<sup>3</sup> См.: Кодекс судейской этики (утв. VIII Всероссийским съездом судей 19 декабря 2012 г. (в ред. от 8 декабря 2016 г.)) // Бюллетень актов по судебной системе. 2013. № 2; Судья. 2017. № 1.

находиться в сфере права, и решение получить определенную профессию будет выражено в подготовке к дальнейшему получению соответствующего профессионального образования (например, усиленные занятия по определенным учебным дисциплинам, обращение за помощью к репетиторам и т. п.). А вот ответ на второй вопрос будет состоять в определенном правовом поведении, направленном на реализацию субъективного права на образование (направление соответствующих документов в выбранное учебное заведение для участия в отборе). Соответственно, во втором случае будет иметь место правовое усмотрение.

6. Логическим выводом из предыдущего пункта является то, что решение, принятое субъектом по определенному вопросу, должно быть объективно выражено *не просто в правовом поведении*, а в таком, которое влечет за собой определенные *правовые последствия* именно для того вопроса, в рамках которого реализовано правовое усмотрение. Если обратиться к примеру из пятого пункта, то можно сказать, что принятое решение о том, какую профессию выберет субъект, также может быть выражено в правовом поведении (например, гражданско-правовой договор с репетитором), однако данные действия не находятся в прямой связи с деятельностью по получению выбранной профессии. В частности, после занятий с репетитором у лица может пропасть желание получать выбранную профессию, и, таким образом, оно не предпримет установленных нормативно-правовыми актами действий для поступления в соответствующее учебное заведение.

7. Усмотрение в праве есть ***результат интеллектуально-волевой*** деятельности субъекта. Данный признак необходимо рассматривать в контексте общих условий усмотрения, которые были определены, и прежде всего, в контексте свободы. Волевым можно считать и такой осознанный поступок, который лицо в силу определенных детерминант вынуждено совершить. Но только при наличии ***свободной воли*** принятое решение и основанное на нем деяние можно считать усмотрением.

Кроме того, необходимость указания на интеллектуально-волевой аспект процесса формирования усмотрения обусловлена тем, что на усмотрение, выраженное в правомерном или противоправном поведении, проецируется соответствующая юридическая оценка данного поведения со стороны социума, т. е. усмотрение также может быть правомерным и противоправным. Следовательно, субъект усмотрения должен нести юридическую ответственность (в позитивном или негативном аспектах) за принятое решение, что требует наличия юридического состава. Интеллектуально-волевой компонент, т. е. возможность субъекта права осознавать характер принимаемого решения и руководить своими действиями при этом, является ядром субъективной стороны юридического состава правонарушения, которая помимо этого компонента включает в себя цели, мотивы и установки, влиявшие на принятое решение. Поэтому решение, принятое по принуждению с чьей-либо стороны, либо лицом, не осознающим смысл своих решений, усмотрением не является. Например, в соответствии со ст. 3 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее ГПК РФ) заинтересованное лицо вправе в порядке, установленном законодательством о гражданском судопроизводстве, обратиться в суд за защитой нарушенных или оспариваемых прав<sup>1</sup>. Такая формулировка указывает, что решение вопроса — обращаться или нет в суд за защитой субъективного права — отдано на усмотрение лица, чье право нарушено, или считающего, что его право нарушено. Однако в соответствии со ст. 45 ГПК РФ прокурор вправе обратиться в суд с заявлением в защиту нарушенного права лица, не способного самостоятельно в полной мере защищать свои права. Отсутствие заявлений в суд от таких лиц не означает их усмотрения на отказ от судебной защиты своего права, а указывает на то, что они или не осознают нарушения собственных прав (например, психически больные лица), либо осознают, но не способны предпринять

---

<sup>1</sup> См.: Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002 № 46. Ст. 4532; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5071.

необходимых действий в их защиту (например, лица, страдающие тяжелыми заболеваниями и прикованные к постели).

Помимо усмотрения индивида интеллектуально-волевой признак применим и к дискреции коллективных субъектов (органов, организаций, и т.д.). Но здесь основной упор необходимо сделать на волевою составляющую, поскольку наличие разума у лиц, принимающих участие в выработке единого решения организации, государственного или муниципального органа, иной общности, презюмируется. Свобода же воли у таких субъектов присутствует далеко не всегда. Принятие решения может быть предопределено требованиями действующего законодательства, руководящими приказами и указаниями вышестоящих структур и другими причинами, воздействие которых на принятое решение не позволяет говорить об усмотрении субъекта.

Сочетание данного признака с первым и вторым предполагает, что усмотрение, являясь решением, итоговым выводом, не возникает «на пустом месте», оно формируется, проходя определенные этапы, составляющие механизм формирования правового усмотрения (структура которого для разных видов усмотрения будет рассмотрена в следующих главах работы).

Рассмотрев названный признак, следует сделать оговорку о том, что говоря об усмотрении любого субъекта, мы всегда подразумеваем наличие у него большей или меньшей степени свободы, позволяющей принимать решение без принуждения со стороны каких-либо внешних факторов.

Также в качестве признаков, характеризующих усмотрение как правовое явление, предлагается относить правоспособность и дееспособность субъекта усмотрения<sup>1</sup>. Представляется, что отдельно выделение данных признаков нецелесообразно по следующим причинам.

Во-первых, правовое усмотрение как категория рассматривается применительно ко всем субъектам права, у которых презюмируется наличие общей либо специальной (для отдельных видов усмотрения)

---

<sup>1</sup> См.: *Малиновский, А. А. Усмотрение в праве // Государство и право. 2006. № 4. С. 102.*

правоспособности. Это обусловлено тем, что правоспособность есть неотъемлемое качество любого субъекта права<sup>1</sup>.

Во-вторых, такая важная правовая характеристика субъекта права, как дееспособность, не может быть однозначно отнесена к необходимым качествам лица, осуществляющего усмотрение. Полагаем, что хотя возможность осуществлять правовое усмотрение зачастую признается за дееспособными лицами, а отсутствие такого права — за недееспособными, определяющим является именно центральный элемент дееспособности — интеллектуально-волевой компонент (возможность осознавать характер своих действий и руководить ими), а не дееспособность в целом. Например, в соответствии со ст. 57 Семейного кодекса Российской Федерации (далее СК РФ) в ходе любого судебного или административного разбирательства обязательно учитывается мнение ребенка, достигшего десятилетнего возраста, за исключением случаев, когда это противоречит его интересам<sup>2</sup>. В частности, мнение детей, достигших десятилетнего возраста, учитывается судом при решении вопроса о том, с кем из родителей они будут проживать после развода. В данном случае мы видим сплетение двух правовых усмотрений: усмотрение несовершеннолетнего, а соответственно, не полностью дееспособного лица по выбору места жительства, которое по общему правилу должно быть учтено судом, и судебное усмотрение — учитывать данное мнение или нет. Суд в этом случае может определить, осознает ли ребенок смысл и последствия принимаемого им решения, не воздействует ли кто-то из родителей на волю ребенка при принятии такого решения. То есть судом оценивается именно интеллектуально-волевой компонент усмотрения ребенка, достигшего десятилетнего возраста.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что выделение в качестве признака усмотрения в праве наличие интеллектуально-волевого компонента у субъекта, принимающего решение, является более предпочтительным, чем

---

<sup>1</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 390–393.

<sup>2</sup> См.: Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5138.

отнесение к числу признаков таких правовых качеств субъекта, как правоспособность и дееспособность.

Рассмотренные признаки правового усмотрения позволяют сделать вывод о том, что усмотрение органически связано с любым субъективным правом, а также с диспозитивными юридическими нормами, поскольку является итогом их реализации.

Полагаем, что предложенный подход значительно расширяет сферу существования усмотрения в праве, указывает на его всеобъемлющий характер и распространяет данное явление далеко за пределы судебной и иной правоприменительной деятельности. Комплексный характер усмотрения в праве предполагает, что для более полного и глубокого его исследования необходимо провести структурирование данного правового явления и отдельно изучить входящие в него элементы (типы и виды).

Представляется, что анализ усмотрения в праве — явления многоаспектного, реализация которого происходит в различных плоскостях, позволяет говорить о существовании трех его типов:

- **первый тип** — *субъективно-поведенческое* правовое усмотрение;
- **второй тип** — *общее* или *базисное* правовое усмотрение;
- **третий тип** — *нормативное (нормативно-закрепленное)* правовое усмотрение.

Такая дифференциация проводится исходя из уровня конкретизации решаемого юридически значимого вопроса и степени соотнесения принимаемого решения с конкретным содержанием юридических норм. Предложенные типы расположены от абстрактных решений (выводов) субъекта, основанных на общем представлении о праве, к конкретным, связанным с содержанием определенных норм.

**Первый тип** представляет собой результат выбора субъектом права определенного вектора собственного правового поведения — **общей модели**

**правового поведения**<sup>1</sup>. Особенности данного типа являются:

а) в данном случае очень сложно выделить конкретную правовую норму или правовой институт, являющиеся основой усмотрения. Усмотрение в данном случае — результат осуществления индивидуумом свободы определения собственной судьбы, закрепленной в целой совокупности правовых норм высшего порядка (это исходные или учредительные правовые нормы, содержащиеся, прежде всего, в конституциях и уставах, в конвенциях, декларациях и иных международных правовых актах, посвященных правам и свободам человека). При этом речь идет не о реализации конкретного права или свободы, закрепленных в названных нормах, а о претворении в жизнь общих представлений лица о правомерном или противоправном, должном либо возможном поведении;

б) в отличие от других типов и разновидностей усмотрения, здесь для субъекта изначально возможен выбор противоправной общей модели правового поведения. Естественно, что конкретные внешние проявления такого выбора, являющиеся правонарушениями, должны предупреждаться или пресекаться, а лицо, в чьем поведении они присутствуют, — привлекаться к юридической ответственности;

в) усмотрение данного типа обладает высокой степенью абстрактности. Выбор, совершаемый субъектом права, не связан напрямую с конкретным правовым казусом, он представляет собой программу поведения субъекта на длительный период времени. Следовательно, усмотрение субъекта и его внешнее выражение в правовом поведении могут быть отдалены по времени;

г) субъективно-поведенческое усмотрение является фактором, оказывающим существенное влияние на другие типы усмотрения, поскольку в рамках субъективно-поведенческой дискреции формируются правовые поведенческие установки, на которые субъект ориентируется при принятии решений, реализуя базисное и нормативное усмотрение.

---

<sup>1</sup> Более подробно вопрос о понятии, специфике «общей модели правового поведения» и ее формировании в рамках субъективно-поведенческого типа усмотрения рассмотрен в §2 главы 4 данной работы.

д) рассматриваемый тип усмотрения изначально присущ только физическому лицу, однако влияние выработанных в рамках субъективно-поведенческой дискреции правовых установок и общей модели правового поведения индивида будет сказываться на его деятельности в качестве должностного лица, либо служащего государственного или муниципального органа (члена коллективного субъекта права, реализующего усмотрение). Так, например, отдельные лица стремятся занять должности государственной или муниципальной службы, заведомо предполагая использовать должностные полномочия в личных целях, что во многом предопределяет выбор ими варианта поведения при разрешении конкретного правового вопроса в рамках исполнения должностных полномочий.

**Второй тип** правового усмотрения — *общее* или *базисное* усмотрение. Оно представляет собой решение индивида, основанное на органически присущей любому субъективному праву двувариантности его реализации (реализовывать право и отказаться от реализации права). Из этого следует, что усмотрение присутствует в любых правоотношениях, так как в их содержание обязательно включено субъективное право и юридическая обязанность. В качестве черт, характеризующих усмотрение данного типа, можно выделить следующие обстоятельства.

Во-первых, в отличие от усмотрения предыдущего типа здесь можно конкретно определить правовую норму или определенную совокупность правовых норм, являющихся основой усмотрения. Это будет юридическая норма, предусматривающая соответствующее субъективное право. Однако в рамках данного типа решается исключительно вопрос об использовании (либо отказе от использования) субъективного права, а не о способах его использования, которые регулируются соответствующей нормой (нормами).

Во-вторых, «субъективное право» в данном случае должно пониматься в специально-юридическом значении, принятом в теории государства и права, а следовательно, в юридических обязанностях, допускающих альтернативные способы исполнения и соответствующий выбор со стороны

обязанного лица, *базисным усмотрением* не является.

В-третьих, по сравнению с нормативным усмотрением в праве (третьим типом) базисное усмотрение весьма устойчиво и практически не подвержено внешнему воздействию со стороны общества или государства. Фактически возможно только отказаться от усмотрения определенного субъекта по какому-то конкретному вопросу, преобразовав соответствующее субъективное право в юридическую обязанность. Но диапазон таких преобразований ограничен, так как нормальное функционирование правовой системы основано на балансе субъективных прав и юридических обязанностей, и как субъективное право корреспондирует другому участнику (участникам) правоотношения соответствующую юридическую обязанность, так и наоборот — юридическая обязанность одного лица предполагает наличие другого субъекта, обладающего правом требования исполнить данную обязанность. Поэтому в подобных преобразованиях изменится только субъект усмотрения.

Базисное усмотрение является промежуточным типом между субъективно-поведенческим и нормативным. Он определяет степень позитивной (правомерной) правовой активности лица. В этом типе усмотрения правовые поведенческие установки, сформированные в рамках субъективно-поведенческой дискреции и ориентированные на правомерную общую модель поведения, преобразуются в положительные или отрицательные решения лица по поводу использования принадлежащих ему субъективных прав. Чем больше принимается положительных решений, тем выше правовая активность субъекта. Однако отказ лица от осуществления многих субъективных прав, принадлежащих ему, не означает отступления от правомерной модели поведения, которая в этом случае будет характеризоваться лишь как менее активная.

**Третий тип** — *нормативное или нормативно-закрепленное усмотрение* в праве. Данный тип усмотрения наиболее конкретен из перечисленных, так как основан на закреплении в правовых нормах возможности принятия

решения по конкретному правовому вопросу на основе усмотрения соответствующего лица. Именно этот уровень правового усмотрения, в частности такие его разновидности, как правоприменительное и судебное, наиболее часто становятся объектом научных исследований.

Проиллюстрировать разницу между вторым и третьим типом можно на примере двух норм гражданского законодательства. Примером базисного усмотрения является ст. 15 ГК РФ, которая закрепляет, что лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере. Усмотрение субъекта в данном случае напрямую в норме законодательства не предусмотрено, но для данного субъективного права, как и для любого другого, оно существует и состоит в решении вопроса — реализовывать данное право или нет, требовать возмещения убытков или нет.

Примером нормативно-закрепленного усмотрения является ст. 323 ГК РФ, указывающая, что при солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга. Здесь уже сам текст правовой нормы предусматривает несколько вариантов реализации кредитором принадлежащего ему субъективного права.

В качестве отличительных особенностей нормативного усмотрения следует отметить:

– нормативное усмотрение в отличие от общего возможно как при реализации субъективных прав, так и при исполнении юридических обязанностей, предполагающих возможность выбора одного варианта действий или решений из нескольких. Примером является ст. 308.1 ГК РФ, предусматривающая, что должнику, обязанному совершить одно из двух или нескольких действий (воздержаться от совершения действий), принадлежит право выбора, если законом, другими правовыми актами или договором не предусмотрено иное;

– нормативное усмотрение, в связи с его прямой зависимостью от текста правовой нормы (норм), подчинено внешнему регулированию со стороны человека.

В зависимости от закрепления права на осуществление нормативного усмотрения в правовых нормах следует выделять три его разновидности:

1. **Конкретно-нормативное** — усмотрение прямо предусмотрено одной нормой права.
2. **Институциональное** — усмотрение предусмотрено несколькими правовыми нормами, образующими правовой институт.
3. **Компетенционное** — усмотрение уполномоченного органа или должностного лица предлагается исходя из характера закрепленной за ними компетенции (например, суд, прокурор, органы предварительного расследования и т. п.).

Кроме того, нормативное усмотрение может быть классифицировано в зависимости от характеристики субъекта, которому принадлежит право на усмотрение, и порядка принятия им решения на: *индивидуальное* или *единоличное (единичное)* (усмотрение следователя, прокурора, судьи и др.) и *коллегиальное* либо *коллективное* (усмотрение коллегиального состава суда, усмотрение коллегиального исполнительного или законодательного органа и др.). *Коллегиальное* усмотрение представляет собой решение, сочетающее единоличные усмотрения лиц, входящих в соответствующий коллегиальный орган, и выработанное по определенным правилам (например, по правилам ст. 15 и 194 ГПК РФ или 301 УПК РФ, устанавливающих порядок принятия решений при рассмотрении дел коллегиальным составом суда).

В зависимости от сферы юридической деятельности усмотрение можно подразделить на: *правотворческое* (включая *законотворческое*), *правоприменительное*, *судебное* (являющееся специфической разновидностью правоприменительного), *правореализационное* (осуществляется иными субъектами права, не являющимися правоприменителями или законодателями), *интерпретационное*, *научное*.

В зависимости от степени свободы выбора вариантов поведения субъектами права нормативное усмотрение следует разделять на три группы:

– **абсолютно-определенное** — позволяет субъекту усмотрения осуществить выбор одного решения и реализовать его в соответствующем правовом поведении из содержащегося в правовой норме перечня альтернативных вариантов решения. Такой вид усмотрения характерен, прежде всего, для правоприменительного (в том числе и судебного) усмотрения, когда законодатель четко закрепил в норме права два или более конкретных варианта решений (действий), одно из которых должен выбрать правоприменитель на определенном этапе рассмотрения юридического дела;

– **относительно-определенное** нормативное усмотрение — норма права не содержит полностью готовых вариантов решения правового вопроса, устанавливая только пределы, в рамках которых должно лежать решение (например, за совершение определенного преступления в санкции уголовно-правовой нормы может быть указан вид наказания и его высший и низший пределы). Данный вид усмотрения, как правило, связан с применением альтернативных (но только, если альтернативная санкция предлагает несколько вариантов наказания с возможностью варьирования каждого между высшим и низшим пределами) или относительно определенных санкций;

– **свободно-вариативное** нормативное усмотрение — поведение субъекта усмотрения не связано с содержащимися в правовой норме вариантами (возможные варианты поведения могут вообще не указываться, либо указываться в открытом перечне), а ограничивается только общими пределами усмотрения — законностью выбранного варианта. Этот вид усмотрения характерен для правореализационной сферы, когда законодатель для определенного субъективного права указывает, что оно осуществляется на основе усмотрения правообладателя. Также данный вид усмотрения возможен и в рамках правоприменительного (судебного) при разрешении правового вопроса, по которому в действующем законодательстве допущен

пробел.

Еще одной важной классификацией представляется разграничение усмотрения на **простое (микроусмотрение)** и **комплексное (макроусмотрение)**.

**Простым** усмотрением можно считать выбор субъектом варианта решения единичного правового вопроса, не предполагающего деления на более конкретные вопросы, подлежащие разрешению по усмотрению субъекта. Простым усмотрением будет являться, например, решение следователя о возбуждении уголовного дела или об отказе в возбуждении уголовного дела, о производстве следственного действия (обыска, выемки и т. п.), об избрании меры пресечения и др.

**Комплексное** усмотрение представляет собой итоговое решение основной юридической задачи, стоящей перед субъектом, базирующееся на системе результатов более конкретных усмотрений (микроусмотрений) по частным вопросам. К комплексному усмотрению можно отнести, например, решение следователя об окончании предварительного следствия с обвинительным заключением, если он признает, что все следственные действия по уголовному делу произведены, а собранные доказательства достаточны для составления обвинительного заключения (ст. 215 УПК РФ). Для формирования достаточной доказательственной базы следователю в течение срока предварительного следствия необходимо было реализовать комплекс микроусмотрений по производству следственных и иных процессуальных действий.

В зависимости от субъектов, осуществляющих микроусмотрение, комплексное усмотрение может быть моносубъектным (микроусмотрения реализуются тем же субъектом, что и макроусмотрение) и полисубъектным. Такая классификация актуальна не только для правоприменительного, но и для правотворческого усмотрения.

Комплексное правоприменительное усмотрение не следует смешивать с механизмом формирования такого усмотрения. Основными чертами,

отличающими их друг от друга, являются:

– элементы (усмотрения), входящие в механизм формирования правоприменительного усмотрения, самостоятельного значения не имеют, а микроусмотрения, являющиеся составными частями комплексного, обладают собственным значением. Например, существует возможность обжалования решений следователя, которые он принимает в ходе предварительного следствия по уголовному делу;

– механизм формирования каждого правоприменительного микроусмотрения аналогичен механизму формирования комплексного усмотрения, тогда как структура элементов, образующих механизм формирования микроусмотрения, отлична;

– набор элементов, образующих механизм формирования усмотрения, постоянен, а состав микроусмотрений, входящих в комплексное, точно не определен и варьируется в зависимости от конкретных обстоятельств. Кроме того, элементы механизма находятся в определенной последовательности, а последовательность микроусмотрений в каждом случае может в некоторой степени меняться;

– комплексное усмотрение может быть полисубъектным, а механизм формирования правоприменительного усмотрения всегда моносубъектен, т. е. каждый элемент реализуется тем же субъектом, что и усмотрение в целом. Определенную специфику в данном случае будет иметь коллегиальное усмотрение. Поскольку оно осуществляется коллективным субъектом, то отдельные элементы, входящие в механизм формирования такого усмотрения, могут реализовываться разными лицами, участвующими в этом коллективе. Так, например, в соответствии со ст. 49 закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» для подготовки дела к слушанию и составления проекта решения назначаются один или несколько

судей-докладчиков<sup>1</sup>. Этими лицами осуществляются основные элементы, входящие в механизм формирования усмотрения, а усмотрение в целом выражается в решении Конституционного Суда РФ (всех судей, участвовавших в рассмотрении данного дела).

Некоторые из перечисленных оснований классификации нормативного типа усмотрения можно применять и к другим типам, если это не противоречит их сущности.

Предложенная классификация усмотрения в праве по разным основаниям должна способствовать фундаментальному изучению данного феномена юридической наукой, а также научному определению средств и способов воздействия на отдельные разновидности усмотрения в целях повышения эффективности функционирования правовой системы, обеспечения законности и правового порядка.

**Таким образом, правовое усмотрение (усмотрение в праве) — это результат интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта (индивидуального или коллективного) — выбранное на основе представлений и (или) знаний о предписаниях правовых норм решение по вопросу, имеющему юридическое значение, и выраженное в определенных деяниях в правотворческой, правореализационной и правоинтерпретационной сферах, либо в общей модели правового поведения данного субъекта.**

Предложенное определение можно назвать широкой трактовкой усмотрения в праве, предполагающей тождество данного понятия с правовым (юридическим) усмотрением. Соответственно в работе термины «усмотрение в праве» и «правовое усмотрение» («юридическое усмотрение») используются в качестве синонимов. Представляется важным акцентировать на этом внимание, поскольку существует и другой подход, согласно которому понятия «усмотрение в праве» и «правовое усмотрение» различны

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5045.

по своему содержанию. Под первым термином понимается лишь правовые нормы или их совокупность, устанавливающих право на усмотрение, а под вторым — реализация этих норм. Как уже отмечалось, на наш взгляд, проводить такое различие между правовым усмотрением и усмотрением в праве, отождествляя последнее лишь с нормативно закрепленным правом на дискрецию, является ошибкой.

## **§ 2. Объективные и субъективные причины усмотрения в праве: комплексный анализ**

Исследование вопроса о возможности повышения эффективности использования такого правового явления, как усмотрение в праве, невозможно без выявления причин его возникновения и существования. «Даже если допустить, что общество научилось создавать (открывать) идеальные законы, на долю усмотрения все равно останется немалая часть социальной среды»<sup>1</sup>. Следовательно, для социума одной из приоритетных проблем в правовой сфере является определение способов преодоления недостатков и наиболее эффективного использования преимуществ такого правового явления, как усмотрение в праве.

Представляется, что изучение причин существования юридического усмотрения способно предоставить в «руки общества» мощный инструмент управления им. В первую очередь это касается разрешения таких вопросов, как: определение оптимальной степени «концентрации» усмотрения в действующем праве; выбор правовых вопросов, при решении которых наличие усмотрения наиболее продуктивно, или наоборот, по которым недопустимо существование усмотрения; оценка существующих видов усмотрения в праве с точки зрения их влияния на сложившуюся юридическую практику и др.

---

<sup>1</sup> Лукьянова, Е. Г. Строгость закона следует предпочесть обманчивой мягкости усмотрения // Правоведение. 2009. № 3. С. 17.

Изучая причины усмотрения в праве — явления сложного и многостороннего, имеющего несколько видов, необходимо отметить, что некоторые из существующих причин характерны для правового усмотрения в целом, а другие только для определенного типа. Характеризуя *субъективно-поведенческое* и *базисное* усмотрение в праве, следует отметить, что наличие указанных типов правового усмотрения не зависит от человеческой деятельности в юридической сфере. Первое обусловлено человеческой природой, а второе — сущностью самого права, как регулятора общественных отношений. *Нормативное* усмотрение напрямую зависимо от действующих правовых норм, а следовательно, и от воли законодателя. В целом, причины существования усмотрения в праве следует разделить на две категории: объективные (неустранимые) и субъективные (корректируемые).

К объективным причинам существования усмотрения в праве относятся: исторические, сущностно-правовые, причины, обусловленные сложившейся правовой системой.

*Исторические* причины существования правового усмотрения характеризуют преобразование присущей внутренне человеку свободы выбора способов ответа на внешние раздражители в усмотрение — выбор вариантов поведения в определенном социуме. Такое преобразование идет параллельно пути, который проходит человечество: дикость, варварство и цивилизация<sup>1</sup>. Уже в догосударственную эпоху ряд важнейших вопросов решался людьми по усмотрению, основой которого являлись нормы обычаев: например, род выбирал своего сахема (старейшину для мирного времени) и вождя (военного предводителя); род по своему *усмотрению* мог сместить сахема и военного вождя; усыновление (торжественное принятие в род) по предложению отдельных членов рода и др.<sup>2</sup>.

Таким образом, усмотрение — принятие решения по важнейшему вопросу из нескольких возможных вариантов — существовало еще до

---

<sup>1</sup> См.: *Энгельс, Ф.* Происхождение семьи, частной собственности и государства // *Маркс К., Энгельс Ф.* Избранные произведения в 3-х т. Т. 3. М.: Политиздат, 1985. С. 225–230.

<sup>2</sup> См.: *Там же.* С. 284–286.

возникновения и государства, и права. Такое внеправовое усмотрение, являвшееся одним из регуляторов поведения индивида в обществе, можно назвать социальным.

Преобразование социального усмотрения в усмотрение правовое, соответственно, связано с возникновением на определенной ступени человеческого развития государства и права. О появлении правового усмотрения можно говорить тогда, когда важнейшие вопросы общественной жизни в государстве начинают регулироваться не нормами обычаев, а нормами права, общественные отношения приобретают характер правоотношений, и в качестве основы для выбора субъектом варианта поведения по урегулированному правом вопросу становится взамен обычной нормы — правовая норма.

Исторические причины характерны для возникновения и существования всех трех типов правового усмотрения. Так, субъективно-поведенческое усмотрение индивида из социального становится правовым, когда поведение из социально желательного (выгодного) или нежелательного (порицаемого) внутри *рода* становится правовым (правомерным или противоправным) внутри *государства*. Появление правового регулирования приводит к возникновению правоотношений, ядром которых выступают субъективные права и юридические обязанности, наличие же субъективных прав предполагает и существование *базисного* типа усмотрения.

Вторая группа объективных причин — *сущностно-правовые*, т. е. причины, проистекающие из самой сущности права. В соответствии с господствовавшей долгое время на территории СССР материалистической (марксистско-ленинской) теорией права [социалистическое] право (в объективном смысле) — это «выражающая интересы рабочего класса и всех трудящихся (всего народа) и определяемая материальными условиями жизни общества государственная воля, объективируемая государством в системе норм (правил поведения), направленных на регулирование общественных отношений в целях построения ..., обеспечиваемых системой

организационных и идеологических средств и охраняемых принудительной силой государства»<sup>1</sup>. Во многом схожее определение права содержится в работах представителей современного нормативного правопонимания: «право — это система общеобязательных, формально-определенных норм, которые выражают государственную волю общества, ее общечеловеческий и классовый характер; издаются или санкционируются государством и охраняются от нарушений возможностью государственного принуждения; являются властно-официальным регулятором общественных отношений»<sup>2</sup>. В приведенных определениях права наиболее существенными признаками, в контексте причин существования усмотрения в праве, являются два: государственно-волевой характер и нормативность.

Государственно-волевой характер предполагает, что государством «возводится в закон» воля всего общества или господствующего в обществе класса (социальной группы). Но общество, вне зависимости от того, существует ли в нем господствующий класс, или все социальные слои находятся в равном положении, представляет собой переплетение противоречивых интересов его членов. С одной стороны, конфликт общественных интересов порой удается преодолеть и прийти к консенсусу по вопросу, по которому принимается закон. В этом случае закон как форма права будет действительно выражением воли всего общества. При этом таких областей общественных отношений, по которым существует консолидированная позиция большинства групп социума о необходимости правового урегулирования определенных отношений, больше чем принимаемых нормативно-правовых актов. Следовательно, здесь действует усмотрение законодателя: по какому вопросу воля общества должна быть возведена в закон, а по какому — нет. Естественно, существуют определенные объективные предпосылки для принятия решения о правовом

---

<sup>1</sup> Марксистско-ленинская общая теория государства и права / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М.: «Юридическая литература», 1973. С. 24.

<sup>2</sup> Байтин, М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е доп. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 80.

урегулировании тех или иных общественных отношений, но данные предпосылки не всегда претворяются в реальных действиях — принятии нормативно-правового акта. Это значит, что некоторые важнейшие вопросы жизни социума остаются законодательно не урегулированными. Но не менее опасна и обратная ситуация, порожденная правовым идеализмом публичной власти. Как правильно отмечает профессор Н. И. Матузов, закон есть официальное признание факта и не более того, и хотя проводимые в нашем обществе преобразования нуждаются в надежном правовом обеспечении, оно не может быть чисто волевым<sup>1</sup>. На практике же по усмотрению органов законодательной власти регулярно принимаются изначально «неработоспособные» нормативно-правовые акты, вливающиеся в российскую правовую систему.

С другой стороны, иногда сам закон должен выполнять функцию «миротворца» в разрешении конфликта юридических интересов. В этом случае усмотрение законодателя шире — он решает, насколько при реализации создаваемых правовых норм должны быть удовлетворены интересы каждой конфликтующей стороны. Показательным примером такого конфликта интересов, по которому российское общество не пришло к единому мнению, и который должен быть урегулирован соответствующим законом, — конфликт курильщиков и некурящих людей, разрешению которого должен способствовать федеральный закон «Об ограничении курения табака»<sup>2</sup>. Исходя из содержания норм указанного закона можно судить о том, чьей воле отдал предпочтение законодатель при возведении ее в закон.

Таким образом, государственно-волевой характер права предполагает наличие юридического усмотрения в самом процессе трансформации воли общества или определенной социальной группы в нормы законов.

---

<sup>1</sup> См.: Матузов, Н. И. Правовой идеализм как «родимое пятно» российского общественного сознания // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 2. С. 10.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 10 июля 2001 г. (ред. от 22 декабря 2008 г.) № 87-ФЗ «Об ограничении курения табака» (утратил силу) // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2942; 2008. № 52 (часть 1). Ст. 6223.

Второй признак права, являющийся сущностно-правовой причиной существования правового усмотрения, — нормативность. Исходным структурным элементом права является правовая норма. В теории права принято подразделять правовые нормы на две категории: *отправные* или *исходные* нормы, устанавливающие общие начала, исходные положения и направления правового регулирования общественных отношений, и *нормы-правила поведения*<sup>1</sup>. В свою очередь, отправные нормы подразделяются на: нормы-начала, нормы-принципы, определительно-установочные нормы и нормы-дефиниции<sup>2</sup>.

Право как важнейший регулятор общественных отношений по большей части состоит именно из норм-правил поведения. Специфической чертой правовой нормы является то, что она представляет собой предписание общего характера. Известная абстрактность правила поведения, содержащегося в правовой норме, позволяет использовать его не к разовому отношению между конкретными лицами, а к неопределенному множеству отношений и лиц, подпадающих под закрепленные в правовой норме условия. При этом степень абстрактности нормы права не одинакова, в зависимости от нее можно подразделять правовые нормы на общие и специальные. Если в общей норме содержится определенное множество правил поведения, то в специальной из данного множества выбирается один или несколько возможных вариантов, обусловленных модификациями фактических ситуаций<sup>3</sup>. Степень абстрактности в специальной норме снижается, но не исчезает полностью.

Какова связь между общим характером правовых предписаний, содержащихся в норме права, и правовым усмотрением?

Очевидно, что реализация правовой нормы, претворение содержащейся в ней модели правового поведения в конкретное правоотношение изначально

---

<sup>1</sup> См.: Петров, Д. Е. Отрасль права / Под ред. М. И. Байтина. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. С. 36.

<sup>2</sup> См.: Там же. С. 37.

<sup>3</sup> См.: Сенякин, И. Н. Специальные нормы советского права / Под ред. проф. М. И. Байтина. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1987. С. 20.

предполагает наличие усмотрения. Решение вопроса о наличии в конкретном общественном отношении всех необходимых признаков и условий, обуславливающих действие правовой нормы, по всем характерным чертам является правовым усмотрением. Очень показателен в этом смысле гражданско-правовой институт исковой давности. В соответствии со ст. 200 ГК РФ течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. Здесь явно прослеживается, что законодатель заложил в данной норме два возможных варианта:

– во-первых, лицо узнает о каких-то фактических деяниях другого субъекта и, соотнеся их с условиями предписания конкретной правовой нормы (группы норм), осознает (усматривает), что его субъективное право нарушено;

– во-вторых, лицо узнает о каких-то фактических деяниях другого субъекта и, соотнеся их с условиями предписания конкретной правовой нормы (группы норм), не осознает, что его субъективное право нарушено, поскольку не усматривает связи фактической ситуации и модели правового отношения, содержащегося в норме.

Исходя из этого, можно сделать вывод, что абстрактный характер предписаний правовых норм, из которых состоит объективное право, безусловно предполагает существование правового усмотрения в процессе реализации права. В большей степени названная причина относится к возникновению *нормативного* типа юридического усмотрения, в меньшей — к *субъективно-поведенческому* и *базисному* типам усмотрения в праве.

*Причины, обусловленные сложившейся правовой системой.* В каждом государстве и в каждой эпохе его исторического развития под воздействием объективных причин (особенности социально-экономического уровня развития, национального и конфессионального состава жителей, территории и формы государственного устройства и др.) складывается своя «оригинальная» правовая система. Хотя в настоящее время наблюдается

активное сближение различных правовых систем, обусловленное происходящим в мире процессом глобализации, сложно или даже невозможно найти две полностью идентичные правовые системы.

Наличие в правовых системах общих черт (пути формирования и развития, принципы регулирования, унифицированность юридической терминологии) позволяет сгруппировать родственные национальные правовые системы в правовые семьи.

Основными правовыми семьями являются:

- романо-германская (семья континентального права);
- англосаксонская (семья общего права);
- семья религиозного права (мусульманского и индуистского права);
- семья традиционного (обычного) права<sup>1</sup>.

Особенности, характеризующие правовые системы, входящие в названные семьи, будут определять и специфику усмотрения в праве. Например, одной из отличительных черт правовых систем, относящихся к англосаксонской правовой семье, является широкое использование в качестве источника права судебного прецедента, хотя применяется и законодательное регулирование общественных отношений. В таком случае суд занимает совершенно иное положение в системе государственных органов, по сравнению с аналогичным органом, действующим в государстве с правовой системой, входящей в семью континентального права. Суд (а точнее судебная власть, поскольку судебное решение не каждого суда может являться прецедентом) сочетает в себе функции отправления правосудия и правотворчества. В данной ситуации роль судебного усмотрения существенно возрастает, а его пределы расширяются. По иному относится общество к судебному усмотрению: оно воспринимается не как правовое явление, с которым нужно бороться, или которое следует ограничивать, а наоборот, весьма позитивно — в качестве одной из важнейших гарантий защиты прав и свобод человека.

---

<sup>1</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 176.

Кроме того, в правовой системе, относящейся к англосаксонской правовой семье, существенно возрастает значение личного усмотрения в процессе реализации индивидом права на судебную защиту. Это обусловлено тем, что в романо-германских правовых системах субъект обращается за судебной защитой при наличии определенных фактических обстоятельств (например, действия или бездействие других лиц), негативных для него, в которых он усматривает нарушение правовых предписаний, содержащихся в определенной норме или в правовом институте. При реализации индивидом права на судебную защиту можно выделить два правовых усмотрения. Первое усмотрение — обращаться или не обращаться в суд, соответственно, реализовывать или не реализовывать данное право. Второе усмотрение — это решение субъекта о том, какое именно принадлежащее ему субъективное право он считает нарушенным, выраженное в определенном правовом поведении «потерпевшего» (составление искового заявления, содержащего требования о применении тех последствий, которые предусмотрены в правовых нормах за нарушение данного субъективного права). Выбор условно нарушенного субъективного права во многом предопределяет условия его защиты.

В правовой системе общего права юридическое усмотрение субъекта в той же ситуации, с одной стороны, будет включать больше компонентов, с другой — будет более широким. Большее число компонентов обусловлено тем, что субъект: во-первых, решает реализовывать или нет право на судебную защиту; во-вторых, выбирает субъективное право, которое он считает нарушенным; в-третьих, определяет условия защиты нарушенного права. В рамках третьего компонента усмотрения происходит выбор судебного прецедента, применение или требование о применении которого более выгодно для обращающегося в суд лица. Третий компонент усмотрения обеспечивает ему большую широту (большую вариативность), поскольку по конкретному правовому конфликту количество судебных прецедентов в англосаксонской правовой системе может быть гораздо

больше (включая возможность существования противоположных решений по аналогичным спорам), чем применимых к такому же правовому конфликту норм в континентальной правовой системе (а наличие противоречивых норм права должно быть полностью исключено).

Приведенные примеры достаточно схематичны, а подобные ситуации в действительности могут содержать и большее число возможных вариантов поведения (например, самостоятельно защищать свое право в суде или обратиться за квалифицированной юридической помощью), но в целом отражают особенности усмотрения в правовых системах семей общего и континентального права.

Не лишено своеобразие существование усмотрения в правовых системах традиционного и религиозного права. Данное своеобразие также обусловлено особенностями источников права в указанных правовых семьях.

В семье религиозного права юридические нормы представляют собой некое продолжение, конкретизацию, развитие религиозно-нравственных предписаний, содержащихся в религиозных текстах<sup>1</sup>. Божественное происхождение религиозных постулатов предполагает крайне незначительную степень свободы для «земных законотворцев», создающих юридическую норму на базе религиозной. Следовательно, в правовых системах религиозного права такая разновидность правового усмотрения, как усмотрение субъектов правотворчества, будет выражена незначительно.

Для характеристики особенности усмотрения иных субъектов религиозного права важное значение будет иметь специфика закрепленных в нем норм. Важным качеством правовой нормы (в первую очередь нормы-правила поведения) является ее предоставительно-обязывающий характер, что выражается в закреплении в данных нормах взаимных субъективных прав и юридических обязанностей участников общественных отношений<sup>2</sup>. Полагаем, что применительно к нормам религиозного права будет

---

<sup>1</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 179.

<sup>2</sup> См.: Петров, Д. Е. Отрасль права / Под ред. М. И. Байтина. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. С. 38–39.

доминировать обязывающий характер. Это связано с тесным переплетением в рамках правила поведения, закрепленного в норме права, собственно юридической, моральной и религиозной сторон, с преобладанием последней. Являясь, как и право, регулятором поведения внутри социума, религия для упорядочения общественных отношений преимущественно использует способы обязывания и запрещения, что и придает созданным на ее основе правовым нормам специфический характер. Естественно, что преобладание обязывающего характера правовых норм приводит к уменьшению возможностей усмотрения в религиозном праве.

Для правовых систем, относящихся к семье традиционного права, также будет характерно уменьшение возможностей усмотрения в сфере правотворчества, обусловленное особенностями процесса формирования права и его источников. В связи с тем, что в регулировании общественных отношений важная роль принадлежит национальным, исторически сложившимся традициям и обычаям, усиливается по сравнению с другими правовыми семьями значение правового обычая как источника права. Процесс правотворчества в таких правовых системах зачастую представляет собой либо закрепление традиции в законе, либо в санкционировании обычая и придании ему статуса правового. Такая особенность оставляет достаточно мало возможностей именно для «творчества» при создании норм права.

Кроме того, в правовой системе традиционного права будут более тесными пределы усмотрения в праве, поскольку для упорядочения общественных отношений параллельно действуют право и внеправовые регуляторы. Следствием этого является то, что усмотрение по некоторым важнейшим вопросам следует относить не к юридическому, а к внеправовому социальному усмотрению, так как в его основе отсутствует правовая норма.

Подводя черту под исследованием особенностей правовой системы в качестве причины возникновения и существования усмотрения в праве, следует отметить, что правовое усмотрение присутствует в любой правовой

системе. Поэтому специфику сложившейся в государстве правовой системы более точно определять не как причину возникновения правового усмотрения, а как причину *существования определенной насыщенности права усмотрением*.

Необходимо обратить внимание, что анализу специфики правового усмотрения в различных правовых системах уделяется определенное внимание зарубежных ученых<sup>1</sup>, которые подтверждают вывод о наличии некоторых отличительных признаков у юридического усмотрения, обусловленных особенностями правовой системы, в которой оно реализуется.

Как и две другие объективные причины, сложившаяся в государстве правовая система затрагивает концентрацию всех трех типов усмотрения в праве. Однако степень зависимости каждого типа правового усмотрения от типа правовой системы различен. Например, правовые системы, относящиеся к семье религиозного права и к семье традиционного права, предполагают меньшую степень личной свободы субъектов права, а значит, и меньший объем субъективно-поведенческого правового усмотрения (в сознании людей, живущих в странах с указанными правовыми системами, преобладают представления о должном, необходимом поведении, исключающем свободу выбора).

Второй категорией причин возникновения и существования усмотрения в праве являются субъективные причины. Необходимо отметить следующие их отличия от объективных причин:

- возможность оперативной корректировки (устранения, создания или изменения) субъективных причин;
- влияние субъективных причин в основном на нормативный тип правового усмотрения;
- объективные причины более абстрактны, чем субъективные, т. е.

---

<sup>1</sup> Данной проблеме, например, посвящена книга Д. Дж. Галлигана (*Galligan, D. J. Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1986. 401 pp.*).

объективные причины отвечают на вопросы: «Почему в праве существует такое явление, как усмотрение, и почему в данном государстве оно более или менее распространено?». Субъективные причины могут относиться не только к усмотрению в целом как к правовому явлению, но и к усмотрению по конкретному правовому вопросу, давая объяснение вопросу: «Почему действующее законодательство допускает разрешение именно этого казуса на основе усмотрения субъекта?»;

– зависимость субъективных причин от существующих в конкретный период времени внеправовых факторов (уровень социально-экономического развития, сложившаяся в государстве политическая система, внешняя и внутренняя безопасность в государстве и др.).

В качестве субъективных причин возникновения и существования усмотрения в праве можно выделить: целенаправленное закрепление возможности усмотрения законодателем («замысел» законодателя), выбранный тип правового регулирования, конкуренция правовых норм, ошибки правотворческой техники, юридические коллизии, пробелы в праве.

Усмотрение в праве — явление сложное и неоднозначное, оно может быть как следствием негативным процессов в праве (наличие пробелов, правовых коллизий), так и результатом целенаправленного закрепления законодателем соответствующей возможности в правовых нормах. Целенаправленно возможность правового усмотрения закрепляется в ряде отраслей права, в которых преобладающим методом правового регулирования является диспозитивный (гражданское, семейное, трудовое), для оптимального функционирования некоторых государственных органов (например, судебных), для стимулирования правовой активности населения в некоторых сферах социальной жизни (так, возрастает роль усмотрения граждан в решении вопросов, связанных с жильем, пенсионным обеспечением: создание товариществ собственников жилья, выбор частного пенсионного фонда и т. п.). Однако даже «замысел» законодателя при закреплении возможности усмотрения не всегда позволяет положительно

оценивать наличие данной возможности. Во-первых, избыточные дискреционные полномочия правоприменительных органов, целенаправленно закрепленные в соответствующем правовом акте, могут являться предпосылками для увеличения коррупционных проявлений в деятельности данного органа. На необходимость такой оценки, а именно как коррупциогенного фактора, указывает утвержденная Правительством РФ Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов<sup>1</sup>. Во-вторых, передача разрешения правового вопроса на усмотрение субъекта права (в первую очередь гражданина) нередко означает желание государственной власти снять с себя ответственность за данный вопрос.

Поэтому наряду с закреплением возможности усмотрения по конкретному правовому вопросу государством должны определяться возможные мероприятия, направленные на формирование положительной практики разрешения данного вопроса, являющейся одним из правовых пределов усмотрения в праве.

Второй субъективной причиной существования усмотрения в праве является выбранный государством тип правового регулирования той или иной сферы общественных отношений. Там где используется общедозволительный тип правового регулирования, определяемый формулой «разрешено все то, что прямо не запрещено законом», пределы усмотрения в праве будут шире, чем в областях с разрешительным типом правового регулирования.

Третья причина правового усмотрения — конкуренция норм права. При конкуренции правовых норм регулируется один и тот же круг родственных общественных отношений, только с разной степенью детализации, конкретизации, объема<sup>2</sup>. Конкуренцию норм от коллизии

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. (в ред. от 10 июля 2017 г.) № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2010. № 10. Ст. 1084; 2017. № 29. Ст. 4374.

<sup>2</sup> См.: Манджиева, Э. Г. Конкуренция и коллизия норм права: соотношение и взаимосвязь // Вестник Саратовской государственной академии права. 2005. № 3. С. 34.

отличают два обстоятельства. Во-первых, при коллизии нормы находятся в противоречии друг с другом, а при конкуренции такого противоречия нет. Во-вторых, коллизия — это несогласованность двух или более норм по содержанию, имеющая место независимо от наличия фактов, подпадающих под действие этих норм, а конкуренция возможна только в процессе применения закона, когда выясняется, что одно деяние подпадает под признаки двух или более правовых предписаний<sup>1</sup>.

Конкуренция правовых норм является следствием конкретизации правовых предписаний, поэтому в отличие от юридических коллизий конкуренция в теории права считается явлением нормальным, не имеющим негативной окраски. Этим же объясняется отнесение конкуренции норм к числу субъективных, в данном случае зависящих от правотворческого органа причин усмотрения.

По последствиям в отношении усмотрения в праве конкуренция правовых норм аналогична юридической коллизии — она представляет для правоприменителя возможность по своему усмотрению выбрать подходящую в данном конкретном случае правовую норму и применить ее.

Три перечисленных субъективных причины усмотрения в праве условно можно отнести к положительным причинам, т. е. установление возможности осуществления правового усмотрения является прямым и «желательным» результатом указанных явлений, тогда как для негативных причин усмотрение в праве — продукт побочный. Так, прибегая к конкретизации правовых предписаний, законодатель должен знать о том, что существование общей и специальной норм, регулирующих однородные отношения, приведут к их конкуренции, которая разрешается усмотрением правоприменительного органа.

Четвертая субъективная причина наличия усмотрения в праве — это ошибки, погрешности правотворческой техники, которые в правореализационной практике восполняются усмотрением субъекта права.

---

<sup>1</sup> См.: Кудрявцев, В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений. М.: Госюриздат, 1963. С. 252.

К числу таких ошибок, в частности, можно отнести: неоправданное использование в нормативно-правовых актах оценочных понятий; отсутствие нормативно закрепленных верхних и (или) нижних пределов оценочных понятий (когда установление таких пределов возможно); употребление в текстах нормативно-правовых актов терминов, в отношении которой отсутствует единообразное толкование, без закрепления их юридических дефиниций и др.

Следующей причиной усмотрения в праве является наличие юридических коллизий. Юридическая коллизия представляет собой формальное противоречие между нормами права (комплексами правовых норм), направленными на регулирование одних и тех же общественных отношений, и порождающее трудности в процессе правореализации<sup>1</sup>. Данное явление во многом — результат ошибок, допущенных в законодательном процессе, однако в полной мере относить юридические коллизии к предыдущей группе причин правового усмотрения нельзя. Это связано с тем, что коллизии в праве могут быть не только итогом оплошности законодательного органа, но и следствием объективных причин: специфики различных сфер общественных отношений и необходимости дифференцированного подхода к их правовому регулированию; большей динамичности социальных отношений по сравнению с законами, их опосредующими; несовпадением границ между правовой и неправовой сферами, их расширение или сужение<sup>2</sup>.

Юридическая коллизия оставляет на усмотрение субъекта права (в первую очередь правоприменителя) решение вопроса о выборе из двух или более правовых норм, противоречащих друг другу или по-разному регулирующих одно и то же отношение, нормы права, подлежащей применению (или реализации в иной форме) в данном деле. При этом

---

<sup>1</sup> См.: Буяков, А. Ю. Юридические коллизии и способы их устранения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 7.

<sup>2</sup> См.: Матузов, Н. И. Понятие и причины правовых коллизий // Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / Отв. ред. М. Н. Марченко. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма; ИНФРА-М, 2013. — Том 2: Право. С. 748–753.

юридическая коллизия является предпосылкой не только для правореализационного и правоприменительного усмотрения, но и для законотворческого. Законодательный орган при выявлении противоречий между различными правовыми нормами имеет несколько принципиально различных вариантов разрешения этой ситуации: сохранение одной из норм, находящихся в противоречии, и отмена других; приведение всех норм в соответствие с нормой-эталон, выбранной для регулирования определенных социальных отношений; корректировка всех норм, находящихся в противоречии; отмена всех норм, противоречащих друг другу, и принятие новой, отличающейся от них по содержанию.

При разграничении конкуренции норм и юридических коллизий отмечалось, что одной из особенностей юридической коллизии является ее объективное существование независимо от наличия конкретных отношений, подпадающих под действие противоречивых норм. Однако правовое усмотрение, связанное с юридической коллизией, осуществляется в рамках конкретного правоотношения в правореализационном либо в правотворческом процессе.

Еще одной субъективной причиной правового усмотрения являются пробелы в праве. Хотя наличие пробелов в праве, так же как и юридических коллизий, связывают в первую очередь с несовершенством законодательной техники и ошибками законодательного органа, однозначно относить их к ошибкам, допущенным в правотворческом процессе, не следует. Это обусловлено тем, что существуют объективные, не зависящие от воли законодателя причины существования пробелов в праве. К ним относятся:

- отставание темпов развития системы законодательства от жизненных реалий;
- наличие объективных условий, ограничивающих предвидение законодателя при принятии нормативно-правового акта;
- резкие изменения социально-политических, экономических, демографических и иных условий, приводящих к утрате юридической силы

или фактической невозможности применения ранее действовавших нормативно-правовых актов<sup>1</sup>.

Необходимо отметить, что наличие объективных причин пробелов в праве не переводит данное правовое явление в разряд объективных причин правового усмотрения, поскольку выявленные пробелы в праве при наличии воли законодателя могут быть достаточно оперативно устранены, а соответственно, будет устранена и возможность усмотрения.

Кроме того, возможно существование и намеренных пробелов в праве, прямо зависящих от воли субъекта-законодателя, например, когда законодательный орган государства оставляет определенный вопрос неурегулированным в законе, открывая возможность для подзаконного правового регулирования, которое по какой-либо причине может также отсутствовать.

Пробелы в праве предоставляют возможность как для правоприменительного (правореализационного), так и для законотворческого усмотрения, поскольку средствами устранения правовых пробелов являются либо применение аналогии закона или аналогии права в правоприменительном процессе, либо устранение пробела в рамках правотворческого процесса принятием соответствующей правовой нормы.

Так, для законодательного органа государства при выявлении пробелов в праве необходимо решить ряд вопросов:

- 1) какие пробелы в первую очередь должны быть устранены принятием правовой нормы;
- 2) какого уровня должна быть принятая юридическая норма, устраняющая пробел. Нередко действующее законодательство «передает» определенные вопросы на регулирование субъектов РФ или муниципальных образований, которые умышленно или в силу объективных причин затягивают принятие соответствующих нормативно-правовых актов, что

---

<sup>1</sup> См.: Медная, Ю. В. Аналогия закона как средство «поднормативного» правового регулирования общественных отношений // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 2. С. 26.

является питательной средой для злоупотреблений со стороны чиновников. В таком случае государство должно либо стимулировать разработку нормативно-правового акта соответствующим органом, должностным лицом, либо самостоятельно на федеральном уровне урегулировать спорные отношения (если это допустимо в соответствии с нормами действующей Конституции РФ);

3) каково должно быть содержание принятой правовой нормы. Необходимость разрешения данного вопроса связана с тем, что при отсутствии правового регулирования в социуме складываются определенные обыкновения, практика разрешения конфликта интересов, которые могут быть восприняты законодателем и положены в основу правового предписания, или которые противоречат общественным интересам и должны быть возвращены принятой правовой нормой в общее русло развития общественных отношений в стране.

В процессе реализации права, и прежде всего в правоприменительном процессе, усмотрение субъекта связано с аналогией закона и аналогией права. Здесь следует отметить, что среди ученых, занимающихся исследованием судебного усмотрения, нет единого подхода к решению вопроса о том, является ли аналогия закона и аналогия права судебным усмотрением. Так, К. И. Комиссаров полагает, что и аналогия закона, и аналогия права — это самостоятельные формы судебного усмотрения, что обусловлено тем, что данные правовые явления содержат некий творческий элемент<sup>1</sup>.

Противоположной позиции придерживается Д. Б. Абушенко, полагающий, что и аналогия права, и аналогия закона не являются судебным усмотрением. Данная точка зрения обосновывается возможностью заниматься аналогией закона и аналогией права вообще, безотносительно к определенному казусу, тогда как судебное усмотрение возможно только в

---

<sup>1</sup> См.: *Комиссаров, К. И.* Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск: СЮИ, 1971. С. 33–34.

связи с разрешением конкретного дела, с учетом его специфики<sup>1</sup>. Однако данный довод не вполне обоснован, поскольку посредством правовой аналогии преодолевается не абстрактный пробел в праве, а тот, который мешает разрешению конкретного дела по существу. Кроме того, следует согласиться с мнением, что любое последующее решение вопроса по аналогии требует учета судебной или иной правоприменительной практики, но не освобождает от обязанности входить в рассмотрение обстоятельств дела по существу<sup>2</sup>.

Исходя из выделенных ранее признаков усмотрения в праве позиция К. И. Комиссарова представляется более верной. При применении аналогии закона или аналогии права присутствует вопрос, подлежащий разрешению на основе права, присутствует свобода выбора вариантов поведения для субъектов, от выбранной субъектом модели поведения зависит наступление определенных правовых последствий, значимых именно для разрешения того вопроса, по которому применяется правовая аналогия (правоприменительный орган может применить аналогию закона или аналогию права с разными правовыми последствиями для сторон спора; иной субъект права может основывать свои требования на предположении о существовании правовой аналогии и т. п.).

Таким образом, ошибки, допускаемые в правотворческом процессе, юридические коллизии и пробелы в праве относятся к группе негативных причин правового усмотрения, так как в этих случаях возможность усмотрения не желаемый продукт, созданный для повышения эффективности механизма правового регулирования, а вынужденный способ устранения или преодоления названных отрицательных правовых явлений.

---

<sup>1</sup> См.: *Абушенко, Д. Б.* Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Издательство НОРМА, 2002. С. 125–126, 129.

<sup>2</sup> См.: *Медная, Ю. В.* Аналогия закона как средство «поднормативного» правового регулирования общественных отношений // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 2. С. 27.

### § 3. Пределы правового усмотрения

Комплексное научное исследование усмотрения в праве — явления сложного и многоаспектного, невозможно без изучения вопроса о границах или пределах, в которых существует и за которые не должно выходить данное явление.

Особое значение проблеме пределов усмотрения в праве придает тот факт, что усмотрение на обыденном уровне воспринимается, прежде всего, как произвол (или возможность произвола) со стороны лиц, наделенных властными полномочиями. Соответственно, установление границ усмотрения в правовых предписаниях рассматривается обществом как мера ограничения возможностей произвола со стороны лиц, обладающих определенной властью. Как правильно отмечает Е. Г. Лукьянова, еще в Древней Греции люди осознали предпочтительность общего закона перед произволом властвующих<sup>1</sup>. Поэтому изучение пределов правового усмотрения — это вопрос, не теряющий своей актуальности.

В современном русском языке слово «пределы» достаточно широко распространено и имеет несколько значений. В кратком толковом словаре русского языка для иностранцев предлагается два наиболее распространенных значения:

1. Последняя, крайняя степень чего-нибудь.
2. Территория чего-нибудь<sup>2</sup>.

Существуют и другие значения слова «пределы»:

- край, страна (устаревшее);
- граница, черта, разделяющая между собою земли, государства, рубеж<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Лукьянова, Е. Г. Строгость закона следует предпочесть обманчивой мягкости усмотрения // Правоведение. 2009. № 3. С. 16.

<sup>2</sup> См.: Краткий толковый словарь русского языка (для иностранцев) / Под ред. В. В. Розановой. М.: Издательство «Русский язык», 1978. С. 135.

<sup>3</sup> См.: Ефремова, Т. Ф. Новый словарь русского языка: Толково-словообразовательный. В 2 т. Т.2: П – Я / Т. Ф. Ефремова. 2-е изд., стер. М.: Русский язык, 2001. С. 187.

Используется данный термин и в официальных юридических текстах, например, ст. 10 ГК РФ «Пределы осуществления гражданских прав», ст. 252 «Пределы судебного разбирательства», 401.16 «Пределы прав суда кассационной инстанции» и 412.12 «Пределы прав Президиума Верховного Суда Российской Федерации» УПК РФ и др. Анализ статей нормативно-правовых актов позволяет сделать вывод, что говоря о пределах, законодатель устанавливает границы, рамки и ограничения реализации прав и полномочий, сферу действия правовых норм. Кроме того, граница, которую определяют правовые пределы — это, как правило, черта, проходящая между правовым и внеправовым (пределы правоотношений) или законным и незаконным.

Исходя из этого, следует различать два аспекта пределов правового усмотрения: во-первых, это пределы, отграничивающие юридическое усмотрение от других видов усмотрения; во-вторых, пределы, определяющие правомерность усмотрения в праве.

В первом случае пределами усмотрения в праве будут являться выделенные ранее характеристики данного явления, прежде всего такие, как:

- усмотрение возможно на основании действующих правовых норм (хотя следует повторить, что для субъективно-поведенческого типа правового усмотрения очень сложно четко выделить конкретную норму права, лежащую в его основе);

- осуществление усмотрения по вопросам, урегулированным правом. Так, например, предпринимательская деятельность представляет собой достаточно обширное поле для усмотрения, причем как для правового, так и для внеправового. Выбор лица, желающего осуществлять предпринимательскую деятельность организационно-правовой формы — усмотрение правовое, а решение вопроса об ассортименте производимой продукции (производство булочек с начинкой или без начинки, а если с начинкой, то с какой именно), как правило, усмотрение внеправовое;

- объективная сторона усмотрения должна представлять собой

правовое поведение, влекущее или способное повлечь правовые последствия именно по тому вопросу, по которому реализовано право на усмотрение;

– наличие интеллектуально-волевого компонента у субъекта права, реализующего юридическое усмотрение. Несомненно, что отсутствие какого-либо принуждения и отсутствие нарушений мыслительной деятельности важны при принятии любого и внеправового усмотрения, но для усмотрения в праве отсутствие или нарушение данного компонента влечет наступление юридических последствий.

Таким образом, *пределы правового усмотрения*, с первой точки зрения, — это границы, отделяющие усмотрение в праве от иных видов внеправового социального усмотрения.

Исследование второго аспекта пределов правового усмотрения является более сложной задачей, так как в этом случае пределы должны разграничивать усмотрение на законное и противозаконное, требующее соответствующей реакции со стороны государства.

В данном контексте правоведами изучались вопросы, связанные с пределами правоприменительного и судебного усмотрения. В результате было предложено несколько определений пределов усмотрения.

Так, А. А. Березин отмечает, что «Пределы правоприменительного усмотрения представляют собой установленные посредством особого правового инструментария границы, в рамках которых субъект правоприменения на основе комплексного анализа обстоятельств юридического дела уполномочен вынести оптимальное решение с точки зрения принципов законности, справедливости и целесообразности»<sup>1</sup>.

К. П. Ермакова, исследуя судебное усмотрение, указывает, что его пределами следует считать необходимые ограничения, гарантирующие применение данного института, в части обеспечения правомерности и

---

<sup>1</sup> Березин, А. А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007. С. 8.

целесообразности принимаемого судом решения<sup>1</sup>.

В приведенных определениях следует обратить внимание на то, что позиция авторов относительно пределов усмотрения сходна в части указания на правомерность (законность) и целесообразность принимаемого решения, которые должны обеспечивать пределы усмотрения. Представляется, что в определении пределов юридического усмотрения как общеправового явления первостепенное значение среди двух указанных качеств должно принадлежать обеспечению законности усмотрения, поскольку целесообразность является требованием к правовому поведению, применимым не для всех субъектов, реализующих правовое усмотрение.

Правомерность же является универсальным пределом правового усмотрения, применимым для всех его типов и видов. В зависимости от способа определения данных пределов, их можно разделить на две группы: *внутренние* и *внешние* пределы усмотрения в праве. Данные группы во многом созвучны со способами правового регулирования (общедозволительным и разрешительным) и лежащими в их основе принципами.

*Внутренние* пределы усмотрения в праве представляют собой содержащиеся в правовых нормах правомерные варианты решения правовых вопросов и соответствующего поведения. Следовательно, выбор субъектом, осуществляющим усмотрение, одного из предложенных вариантов является правомерным, а совершение действий, нормами права не предусмотренных, — это противоправное поведение и выход за установленные пределы усмотрения. Установление внутренних пределов усмотрения в праве характерно для разрешительного типа правового регулирования и соответствует формуле «запрещено все, кроме того, что прямо разрешено правовой нормой».

Внутренние пределы фактически отсутствуют для субъективно-поведенческого типа усмотрения, они в большей степени присущи

---

<sup>1</sup> См.: Ермакова, К. П. Пределы судебного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 8–9.

абсолютно-определенному и относительно-определенному виду нормативного типа усмотрения.

*Внешние* пределы правового усмотрения устанавливают модели запрещенного правового поведения, закрепляя юридическую ответственность за их выбор, а все иные варианты правового поведения — правомерны. Определение внешних пределов усмотрения в праве соответствует общедозволительному типу правового регулирования и лежащему в его основе принципу «разрешено все, что прямо не запрещено законом».

Внешние пределы характерны для субъективно-поведенческого типа усмотрения и для свободно-вариативного вида нормативного типа усмотрения в праве. Для базисного (общего) типа в равной степени возможно существование как внешних, так и внутренних пределов.

Анализируя отдельно пределы нормативного типа правового усмотрения, представляется необходимым разделить их на две группы: *количественные* и *качественные* пределы.

*Количественные* пределы усмотрения в праве определяют те вопросы, по которым в соответствии с волей законодателя действующие нормативно-правовые акты допускают усмотрение субъекта права. Это границы, внутри которых находится вся совокупность правовых вопросов, решаемых по усмотрению, и эти границы могут либо сужаться, вынося некоторые вопросы за пределы правового усмотрения и формулируя в соответствующей правовой норме безальтернативную модель правового поведения, требуемую от субъекта; либо расширяться, компенсируя усмотрением консервативный характер объективного права по отношению к регулируемым им общественным отношениям. В качестве примера уменьшения количественных пределов усмотрения можно привести норму ч. 2 ст. 12.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5111.

(далее КоАП РФ), в соответствии с действующей редакцией которой превышение установленной скорости движения транспортного средства на величину от 20 до 40 километров в час влечет наложение административного штрафа в размере 500 рублей. В редакции от 1 декабря 2007 г. указанная норма предусматривала усмотрение правоприменителя в отношении выбора административного наказания, так как устанавливала за данное правонарушение штраф в размере от 100 до 200 рублей.

*Качественные* пределы усмотрения в праве дают ответ не на вопрос о возможности разрешения правового казуса на основании усмотрения субъекта права, а отвечают на вопрос, какое поведение субъекта, выражающее его правовое усмотрение, является правомерным, допустимым и желательным, а какое — противоправным и наказуемым.

Предложенное разделение пределов усмотрения на количественные и качественные носит условный характер. На практике при оценке конкретного поведения субъекта, являющегося выражением его усмотрения, с позиции соблюдения или нарушения пределов усмотрения, обязательно учитываются и количественные, и качественные пределы, рассматриваемые как единая система, а нарушение и первого и второго вида оценивается одинаково как правонарушение.

Механизм оценки усмотрения в праве с точки зрения соблюдения пределов схематично можно описать следующим образом:

а) **объект оценки** — определенное правовое поведение субъекта, выражающее принятое им решение по конкретному правовому вопросу;

б) **первая стадия** — выясняется, допускает ли действующее право возможность решения субъектом данного вопроса на основании усмотрения, или лицо должно было совершить иные действия, прямо определенные в правовой норме. Если усмотрение допускается, то процесс оценки переходит ко второй стадии, если не допускается, поведение субъекта, не соответствующее требуемому от него правовой нормой, — противоправно;

в) **вторая стадия** — выясняется, соответствует ли правовое поведение

субъекта закрепленным в правовых нормах моделям (при существовании внутренних пределов) или наоборот — не соответствует ли поведение субъекта запрещенным моделям поведения (внешние пределы).

Таким образом, оценка правового усмотрения с точки зрения правомерности его внешнего выражения возможна только при совместном использовании количественных и качественных пределов усмотрения.

Полагаем, что также необходимо различать пределы усмотрения в праве на *правовые, морально-правовые* и *внеправовые*.

*Правовые* пределы усмотрения в праве — это границы правомерности выбранного варианта поведения, установленные с использованием комплекса существующих юридических средств, например посредством: совершенствования предписаний правовых норм путем их конкретизации; официального толкования правовых норм; повышения правовой культуры субъектов права, прежде всего, правоприменителей и др.

При исследовании правовых пределов усмотрения в праве необходимо разрешить вопросы о том, следует ли определять пределы через термин «границы»<sup>1</sup> или «ограничения»<sup>2</sup>; какой из указанных терминов в дефиниции пределов правового усмотрения будет более точно отражать их сущность?

Представляется, что хотя использование и первого, и второго термина допустимо, предпочтительнее определение пределов усмотрения в праве через термин «границы». Такое предпочтение обусловлено тем, что «границы» — понятие более широкое, чем сложившееся в науке теории государства и права определение понятия «правовые ограничения», и в данном контексте это точнее отражает сущность пределов правового усмотрения.

В юридической литературе правовые ограничения рассматриваются как одно из средств правового воздействия. «Правовое ограничение — это правовое сдерживание противозаконного деяния, создающее условия для

---

<sup>1</sup> См., например: Березин, А. А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007. С. 8.

<sup>2</sup> См.: Ермакова, К. П. Пределы судебного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 8–9.

удовлетворения интересов контрsubjекта и общественных интересов охране и защите; это установленные в праве границы, в пределах которых лица должны действовать, это исключение определенных возможностей в их деятельности»<sup>1</sup>. Профессор А. В. Малько в качестве характерных признаков данного средства правового воздействия выделяет:

1. Они связаны с неблагоприятными условиями (угроза или лишение определенных ценностей) для осуществления собственных интересов субъекта, так как направлены на их сдерживание и одновременно на удовлетворение интересов противостоящей стороны в правоотношении и общественных интересов в охране и защите.

2. Сообщают об уменьшении объема возможностей, свободы, а значит, и прав личности, что осуществляется с помощью обязанностей, запретов, наказаний, приостановлений и т. п., сводящих разнообразие поведения субъектов до определенного «предельного» состояния.

3. Выражают собой отрицательную правовую мотивацию.

4. Направлены на защиту общественных отношений, выполняют охранительную функцию.

5. Предполагают снижение негативной активности<sup>2</sup>.

Приведенное определение и характерные черты правовых ограничений позволяют сделать вывод, что помимо мотивации субъекта права к выбору правомерного, желательного для общества варианта поведения правовые ограничения также устанавливают границы усмотрения в праве. Однако пределы правового усмотрения включают в себя не только правовые ограничения, но и другие границы, не отвечающие приведенным признакам правовых ограничений. Например, нормативно закрепленный в отношении определенного субъективного права исчерпывающий (закрытый) перечень вариантов его реализации. В этом случае не устанавливается ни обязанностей, ни запретов, ни наказания, а прямо выраженные

---

<sup>1</sup> Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 483.

<sup>2</sup> Малько, А. В. Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2003. С. 91.

неблагоприятные последствия для субъекта отсутствуют. Также здесь нельзя говорить и о наличии отрицательной правовой мотивации. Наоборот, в такой ситуации присутствует положительная правовая мотивация, поскольку предписание правовой нормы строится по формуле: «Лицо вправе: первый вариант правомерного поведения, второй вариант правомерного поведения..., N вариант правомерного поведения». То есть приведенный в примере случай к правовым ограничениям не относится, но границы усмотрения устанавливает.

Это связано с тем, что внешнее выражение усмотрения в праве — правовое поведение субъекта, которое сообщает окружающим о принятом им решении по правовому вопросу. Данное правовое поведение уже является частью объективной реальности, которая подлежит оценке с точки зрения нахождения в границах правомерности или их пересечении и выходе юридического усмотрения за установленные пределы. С формальной точки зрения выход усмотрения за пределы — это нарушение правовой нормы, что в приведенном примере может выразиться в выборе варианта поведения, непредусмотренного в закрытом перечне.

*Морально-правовые* (нравственно-правовые) пределы усмотрения в праве представляют собой границы возможного правового поведения субъекта, сформированные на основе нравственных требований, закрепленных в праве. Требования норм морали, бесспорно, должны оказывать и оказывают влияние на выбор субъектом варианта правового поведения, на его усмотрение. Однако выделять исключительно нравственные или моральные пределы правового усмотрения не следует, поскольку выбранную модель правового поведения субъекта необходимо оценивать с точки зрения правомерности, а безнравственное поведение будет еще и противоправным только тогда, когда моральные нормы включены в правовые.

Например, требования такой нравственной категории, как справедливость, могут иметь как исключительно моральный, так и правовой

характер. В частности, ст. 297 УПК РФ в качестве одного из требований к приговору указывает его справедливость. В соответствии со ст. 299 УПК РФ один из вопросов, подлежащих разрешению при постановлении приговора, назначение наказания подсудимому в соответствии с санкцией статьи особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации<sup>1</sup> (далее УК РФ), которые зачастую носят альтернативный или относительно-определенный характер и предполагают назначение подсудимому наказания по судебскому усмотрению. Согласно ст. 389.18 УПК РФ одним из оснований отмены приговора в апелляционном порядке является несправедливость приговора, выразившаяся, в частности, в назначении наказания, несоответствующего тяжести преступления, личности осужденного, либо наказания, которое хотя и не выходит за пределы, предусмотренные соответствующей статьей Особенной части УК РФ, но по своему виду или размеру является несправедливым как вследствие чрезвычайной мягкости, так и вследствие чрезвычайной суровости. В этом случае справедливость включена в качестве требования в предписание нормы права, нарушение которого влечет за собой необходимость признания соответствующего судебного усмотрения неправомерным. Следовательно, в данной ситуации справедливость выступает в качестве предела правового усмотрения, применяемого совместно с нормативно закрепленными пределами.

Возможна и обратная ситуация, когда справедливость пределом правового усмотрения являться не будет. Например, в Саратове еще в октябре 2010 г. при реализации Указа Президента РФ, касающегося обеспечения жильем ветеранов Великой Отечественной войны<sup>2</sup>, один из ветеранов отказался от предложенной ему квартиры. По результатам жеребьевки квартира, предложенная ветерану, оказалась в отдаленном

---

<sup>1</sup> См.: Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5120.

<sup>2</sup> См.: Указ Президента Российской Федерации от 7 мая 2008 г. (ред. от 9 января 2010 г.) № 714 «Об обеспечении жильем ветеранов Великой Отечественной войны 1941 – 1945 годов» // СЗ РФ. 2008. № 19. Ст. 2126; 2010. № 2. Ст. 131.

районе и на 14 этаже<sup>1</sup>. Данное обстоятельство обращает внимание на несколько вопросов: справедливо ли то, что для ветеранов Великой Отечественной войны закупались или строились квартиры, расположенные на 14 этаже дома с учетом присущих новостройкам в России проблем с лифтами; справедливо ли то, что эта квартира, от которой отказался один субъект, имеющий право на получение жилья от государства с учетом целевого назначения данного имущества, будет передана областным министерством строительства другому субъекту, обладающему аналогичным правом (возможно, другому ветерану)? То есть сомнения в справедливости сложившейся ситуации присутствуют, но они при условии соблюдения Министерством строительства Саратовской области правил, установленных нормативно-правовыми актами, не влияют на правомерность усмотрения министерских чиновников, а значит, и справедливость в данном случае пределом правового усмотрения не является.

Аналогично следует оценивать требования нравственности в отношении субъективно-поведенческого усмотрения в праве. К субъекту, допускающему безнравственное поведение, могут применяться только меры морального воздействия, если подобное поведение не образует состава правонарушения. Например, ст. 20.21 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за появление в общественных местах в состоянии опьянения, оскорбляющем человеческое достоинство и общественную нравственность. В этом случае для субъективно-поведенческого усмотрения индивида нормы общественной нравственности являются пределом, указывающим на недопустимость выбора некоторых моделей правового поведения.

В целом следует отметить, что нравственные императивы, закрепленные в законе, обладая неоднозначной, оценочной природой, «усложняют» (а точнее — ограничивают) свободу правоприменителя,

---

<sup>1</sup> См.: Сайт газеты «Наша Версия» // URL: <https://nversia.ru/news/veteran-loginov-otkazalsya-ot-kvartiry-na-ulice-antonova/> (дата обращения 1 сентября 2019 г.)

например, при юридической квалификации<sup>1</sup>.

*Внеправовые* пределы усмотрения в праве — это политические, экономические, социальные и иные внеправовые условия, ограничивающие свободу выбора субъектом права варианта правового поведения. Существование внеправовых пределов для юридического усмотрения обусловлено такой его чертой, как интеллектуально-волевой характер. Но деятельность субъекта права, его усмотрение осуществляется не в вакууме и не в исключительно правовой среде, а в действительности, представляющей собой сложное переплетение экономических, политических, правовых, социальных сфер. Это означает, что далеко не всегда закрепление в правовых предписаниях норм права альтернативных моделей поведения предоставляет субъекту *реальную* свободу выбора. Так, например, в советский период истории России, особенно в годы гражданской и Великой Отечественной войн, на решения судей и иных правоприменительных органов оказывало определяющее влияние не только право, но и политические (партийные) установки.

Также следует отметить, что любые внеправовые условия играют двоякую роль в отношении правового усмотрения. Они могут являться пределами усмотрения в том случае, если определенное внеправовое условие «жестко» детерминирует усмотрение субъекта, либо факторами, мотивирующими правовое усмотрение субъекта. Второй вариант возможен тогда, когда интересы субъекта, осуществляющего усмотрение, лежат в определенной сфере общественных отношений. Это касается в первую очередь экономических факторов, например, при принятии государственным служащим конкретного решения исходя из имеющихся у него бизнес интересов.

Исходя из рассмотренных характеристик отдельных видов пределов усмотрения в праве, можно предложить следующую дефиницию. ***Пределы***

---

<sup>1</sup> См.: *Фомин, А. А.* Нравственная безопасность как объект правовой политики: общетеоретический и отраслевой аспекты // *Право и образование.* 2013. № 11. С. 34.

*правового усмотрения представляют собой правовые, морально-правовые и внеправовые (экономические, политические, социальные и др.) границы, в рамках которых допустима дискреция, а выбранное и реализуемое субъектом решение будет являться правомерным.*

Определив понятие пределов усмотрения в праве и выявив существование не только правовых и морально-правовых, но и внеправовых границ правового усмотрения, представляется необходимым отдельно исследовать наиболее значимые виды существующих юридических пределов.

Первым наиболее общим пределом правового усмотрения, существующим в правовой системе, является *законность и правопорядок*. Законность представляет одну из центральных категорий правовой науки, отличающуюся многогранностью и сложностью. Соответственно этому существует и множество трактовок данного понятия<sup>1</sup>. Сложившаяся в науке традиционная дефиниция определяет законность как точное и последовательное соблюдение всеми органами, организациями, учреждениями, должностными лицами и гражданами действующих в стране законов и основанных на них подзаконных актов, а также метод, принцип и элемент демократического политического режима формирования и функционирования правового государства и гражданского общества<sup>2</sup>.

Органически связанной с категорией законности является категория правопорядка. Правовой порядок — состояние общественной жизни, упорядоченная совокупность (система) правовых отношений, основанная на точном претворении законов в жизнь<sup>3</sup>. Два названных выше понятия — «законность» и «правопорядок» — находятся в неразрывной связи между

---

<sup>1</sup> См., например: *Кудрявцев, В. Н.* О правопонимании и законности // Государство и право. 1994. № 3; *Кудрявцев, В. Н.* Законность: содержание и современное состояние // Журнал российского права. 1998. № 1; *Лисюткин, А. Б.* К понятию законности // Правоведение. 1993. № 5 и др.

<sup>2</sup> См.: *Байтин, М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 340 – 344; *Он же.* К уточнению понятия законности // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 3. С. 12; *Матузов, Н. И., Малько, А. В.* Теория государства и права: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 411.

<sup>3</sup> См.: *Борисов, В. В.* Правопорядок советского общества и пути его укрепления // Вопросы теории государства и права: сборник статей / Под ред. М. И. Байтина, В. В. Борисова. Выпуск 2. Саратов, 1971. С. 52.

собой и соотносятся как причина и следствие; средство и цель. Если в обществе есть законность, следовательно, есть и правопорядок, и наоборот, состояние упорядоченности общественных отношений на основе норм права, состояние правового порядка подтверждает четкое, точное и последовательное соблюдение всеми субъектами права действующих законов, т. е. наличие законности.

Законность и правовой порядок относятся к числу внешних универсальных правовых пределов, распространяющихся на все три типа и на все виды правового усмотрения. Данные пределы предполагают недопустимость выбора и реализации субъектом права модели поведения, нарушающей предписания действующих в государстве правовых норм и приводящей к нарушению состояния упорядоченности правовых отношений в обществе.

Отнесение законности и правопорядка к внешним пределам усмотрения в праве обусловлено тем, что законность подразумевает, что правовое поведение субъекта, основанное на усмотрении, будет соответствовать требованиям всей совокупности действующих правовых норм, а не только той нормы, которая является основанием данного усмотрения. Следует отметить приоритетность законности и правопорядка в определении правомерности юридического усмотрения, поскольку возможны ситуации, когда усмотрение субъекта будет правомерным с точки зрения нормы-основания, но будет нарушать принцип законности и сложившийся правовой порядок (например, злоупотребление правом).

Универсальность названного предела обусловлена тем, что он применим к любому виду правового усмотрения: конкретно-нормативному и компетенционному; судебному, правотворческому и правореализационному; абсолютно-определенному и свободно-вариативному и др.

Вторым правовым пределом юридического усмотрения являются **нормативно закрепленные границы** выбора субъектом права варианта поведения. Данный предел распространяется в первую очередь на

нормативный тип правового усмотрения, но затрагивает и субъективно-поведенческий. Рассматриваемый предел усмотрения носит комплексный характер, т. е. состоит из разнообразных закрепляемых в правовых нормах установлений, ограничивающих усмотрение субъекта при разрешении правового казуса. К разновидностям нормативно закрепляемых пределов усмотрения в праве необходимо относить:

1. *Принципы права*, закрепленные в соответствующей разновидности исходных (учредительных) норм — в нормах-принципах. Принципы права могут быть разделены на общеправовые, межотраслевые, отраслевые, и исходя из этого определяется место в системе права норм, их закрепляющих<sup>1</sup>. Нормы-принципы служат ориентирами для совершенствования законодательства, определяя наиболее важные группы общественных отношений нуждающихся в правовом регулировании. Однако, как справедливо отмечал профессор М. И. Байтин, в определенных случаях закрепленные в законодательстве принципы права могут выступать в качестве нормативной основы решения юридического дела и обеспечивать правильное правоприменение<sup>2</sup>.

2. *Нормы-цели*. Данные правовые нормы в зависимости от степени глобальности устанавливаемых ими целей могут быть разделены на несколько уровней.

– Конституционные нормы-цели — определяют цели, стоящие перед всем обществом и государством. К таким нормам можно отнести ч. 1 ст. 1 Конституции РФ, провозглашающую, что Россия является демократическим федеративным правовым государством, или ч. 1 ст. 8 Конституции, закрепляющую, что в Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

---

<sup>1</sup> См.: Байтин, М. И. О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. 2000. № 3. С. 4–16.

<sup>2</sup> См.: Байтин, М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е доп. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 243.

– Отраслевые целеустановочные нормы, определяющие назначение, цели и задачи соответствующей правовой отрасли. Например, ст. 6 УПК РФ провозглашает назначение уголовного судопроизводства в России.

– Специальные нормы-цели устанавливают цели и задачи отдельных правовых институтов или определенных видов деятельности государственных органов или должностных лиц. Так, в соответствии со ст. 1 закона «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>1</sup> оперативно-розыскная деятельность осуществляется в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

В отношении норм-принципов и норм-целей следует подчеркнуть, что они являются достаточно универсальными внешними пределами правового усмотрения, поскольку ограничивают свободу выбора субъектом права модели правового поведения тогда, когда в других правовых предписаниях такого ограничения не содержится. Если обратиться к деятельности оперативно-розыскных органов, то особенности стоящих перед ними задач по предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, выявлению лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, а также специфика осуществляемых для их решения мероприятий таковы, что именно такой критерий, как соответствие установленным законом целям, позволяет отграничивать действия, связанные с выполнением должностных обязанностей, от противоправных действий.

3. *Закрытые (исчерпывающие) перечни* возможных вариантов решения или действия субъекта конкретного правоотношения. Например, в соответствии со ст. 97 УПК РФ дознаватель, следователь, а также суд в пределах предоставленных им полномочий вправе избрать обвиняемому, подозреваемому одну из мер пресечения, закрепленных ст. 98 УПК РФ, в которой содержится исчерпывающий перечень мер уголовно-

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 12 августа 1995 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3349; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5080.

процессуального пресечения, предусмотренных действующим законодательством.

4. Прямо выраженные *запреты* определенного поведения. Так, согласно ст. 10 ГК РФ не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу. То есть из всей совокупности возможных моделей правового поведения субъекта гражданских правоотношений при осуществлении субъективных прав этой нормой исключаются те варианты, которые хотя с формальной точки зрения не являются противоправными (преступлением, административным правонарушением), но целью их является причинение вреда другому лицу.

5. *Сервитуты*. Они ограничивают собственника земельного участка в выборе таких вариантов реализации субъективного права, в результате которых он создаст препятствия для прохода или проезда на соседний земельный участок, прокладки и эксплуатации линий электропередач, связи трубопроводов и т. п.

6. *Уточнения*, определяющие границы содержащихся в нормах права оценочных категорий. Уточнения могут рассматриваться как часть содержания одного из элементов правовой нормы. Как правило, такие уточнения приводятся в примечаниях к статьям нормативно-правового акта. Например, примечание к ст. 158 УК РФ в п. 2 указывает, что «значительный ущерб гражданину» применительно к статьям главы 21 УК РФ определяется исходя из его имущественного положения, но не может составлять менее 5000 руб. (установлены нижние границы оценочной категории). В п. 4 примечания разъясняется, что «крупным размером» признается стоимость имущества, превышающая 250 тыс. руб., а «особо крупным» — превышающая 1 миллион руб.

Помимо примечаний, следующих непосредственно за статьей нормативно-правового акта, подобные уточнения могут содержаться и в положениях других нормативно-правовых актов. В этом случае такие

уточнения следует расценивать не как часть содержания самой правовой нормы, а как самостоятельную норму права, являющуюся специальной по отношению к общей, разъясняемой норме. Достаточно распространено закрепление разъяснений по применению норм закона в подзаконных нормативно-правовых актах. Например, при осуществлении прокурорского надзора прокурор вправе применить такое средство реагирования как предостережение о недопустимости нарушения закона (п. 2 ст. 22 и ст. 25.1 федерального закона «О прокуратуре РФ»<sup>1</sup>). Однако ст. 25.1 закона «О прокуратуре РФ», регламентирующая применение предостережения о недопустимости нарушения закона, весьма лаконична и не разрешает всех вопросов, которые могут возникать у правоприменителя в связи с вынесением указанного акта. В этой связи Генеральный прокурор РФ издал Указание<sup>2</sup>, более детально регулирующее применение предостережения о недопустимости нарушения закона.

Данные уточнения, являющиеся нормативно закрепленными пределами правового усмотрения и содержащиеся в правовых нормах, следует отличать от разъяснений, толкующих правовую норму. В первом случае речь идет о создании новых специальных норм права, во втором — новые правовые нормы не создаются. В первом случае производится конкретизация, которая способствует тому, чтобы одно и то же явление регулировалось целой системой правовых норм<sup>3</sup>, во втором — толкование.

*7. Исключения.* Раскрывая содержание данного предела правового усмотрения, следует обратить внимание на то, что исключения в праве представляют собой масштабный правовой феномен, обладающий объективным характером и находящийся в неразрывной связи с правилами,

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 17 января 1992 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5093.

<sup>2</sup> См.: Указание Генерального прокурора РФ от 06 июля 1999 г. № 39/7 (с изм., внесенными приказом Генерального прокурора РФ от 16 октября 2000 г. № 134) «О применении предостережения о недопустимости нарушения закона» // Сборник основных организационно-распорядительных документов Генпрокуратуры РФ. М., 2004. Том 1.

<sup>3</sup> См.: *Сенякин, И. Н.* Специальные нормы советского права / Под ред. проф. М. И. Байтина. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1987. С. 20.

устанавливаемыми юридическими нормами. Под исключением в праве понимают закрепленное в нормах права, объективированное в специальных терминах предписание, выступающее в качестве средства регламентации общественных отношений, подразумевающее дополнение или (и) изъятие из парного с исключением правила, создающее альтернативный последнему вариант регуляции<sup>1</sup>. Реализовывать предусмотренные альтернативным вариантом регуляции положения могут уполномоченные субъекты при наличии определенных условий<sup>2</sup>.

Нормы, содержащие исключения, могут быть двух видов: нормы-дополнения и нормы-изъятия<sup>3</sup>. Отдельную группу норм-исключений составляют исключительные нормы, направленные на урегулирование экстраординарной ситуации и составляющие отдельные правовые предписания<sup>4</sup>. С точки зрения юридического усмотрения приведенная классификация важна, поскольку ограничителем правовой дискреции могут выступать не все исключения, а лишь изъятия, тогда как исключения-дополнения и исключительные нормы, наоборот, — расширяют границы усмотрения.

Исходя из этого, под исключением, выступающим в качестве предела правового усмотрения, следует понимать содержащееся в предписании правовой нормы указание на определенные фактические обстоятельства, при наличии которых право на усмотрение ограничивается в связи с необходимостью для субъекта принять прямо определенное решение либо выбрать решение из меньшего количества вариантов. Такое исключение закрепляется в нормативно-правовом акте посредством применения законодательных оговорок «за исключением», «за исключением случаев,

---

<sup>1</sup> См.: *Суменков, С. Ю.* Исключения в праве: общетеоретический анализ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2016. С. 11.

<sup>2</sup> См.: *Суменков, С. Ю.* Исключения в праве: сущность и юридическая природа // *Бизнес в законе.* 2009. № 1. С. 333.

<sup>3</sup> См.: *Гук, П. А., Суменков, С. Ю.* Правовые исключения и их реализация в судебной деятельности // *Журнал российского права.* 2006. № 8. С. 124–125.

<sup>4</sup> См.: *Суменков, С. Ю.* Исключения в праве: общетеоретический анализ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2016. С. 15.

когда» и др.<sup>1</sup>.

Исключение из общего правила можно рассмотреть на примере назначения наказания по ч. 4 ст. 12.15 КоАП РФ, предусматривающей ответственность за выезд в нарушение Правил дорожного движения на полосу, предназначенную для встречного движения, либо на трамвайные пути встречного направления. Санкция данной нормы допускает судебное усмотрение при назначении административного наказания: лишения права управления транспортными средствами на срок от 4 до 6 месяцев либо административный штраф в размере 5000 руб. Однако если данное нарушение выявлено и зафиксировано с применением работающих в автоматическом режиме специальных технических средств, имеющих функции фото- и киносъемки, видеозаписи, или средств фото- и киносъемки, видеозаписи (ч. 3 ст. 28.6 КоАП РФ), то усмотрения при назначении административного наказания уже не будет, так как для данной ситуации оно определено точно — это административный штраф в размере 5 тыс. руб. (ч. 3.1 ст. 4.1 КоАП РФ).

Рассмотренные семь нормативно закрепленных пределов правового усмотрения могут действовать как в комплексе, так и по отдельности.

Отдельной, третьей разновидностью пределов правового усмотрения являются *коллизионные нормы* и *правила преодоления пробелов* в праве. Правовые коллизии, т. е. расхождения между отдельными правовыми актами, регулируемыми одну сферу общественных отношений, или нормами одного правового акта, а также пробелы — отсутствие правовых норм, регулирующих спорные социальные отношения, являются предпосылками для возникновения и существования юридического усмотрения. Следовательно, устранение названных негативных явлений будет ограничивать и возникшее по их «вине» усмотрение.

Коллизионные нормы, как и некоторые правила преодоления пробелов

---

<sup>1</sup> См.: Суменков, С. Ю. Законодательная оговорка как доминантный способ закрепления исключений из правил // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2017. № 6. С. 33–34.

в праве, закреплены в действующих нормативно-правовых актах. Например, ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, закрепляющая приоритет положений, содержащихся в международных договорах Российской Федерации, над правилами, предусмотренными законами России, по своему смыслу является одной из коллизионных норм. В отношении преодоления пробелов в праве нормативно, как правило, закрепляются положения о применении аналогии закона и аналогии права. Эти положения, в частности, содержатся в ст. 6 ГК РФ. Однако данная разновидность правовых пределов юридического усмотрения является самостоятельной и не может быть в полной мере отнесена к группе нормативно закрепленных.

Это объясняется тем, что хотя коллизионные нормы в последнее время достаточно активно развиваются, и существуют даже предложения о придании коллизионному праву статуса самостоятельной отрасли<sup>1</sup>, наряду с ними для преодоления юридических коллизий в правоприменительной практике используются правила, разработанные правовой наукой и еще не нашедшие нормативного закрепления. Такие правила могут иметь официальные и неофициальные источники: официальные содержатся в актах официального толкования права, обязательных для всех правоприменителей или для определенной группы правоприменительных органов; неофициальные — содержатся в научной и учебной юридической литературе. То же касается и положений о применении аналогии закона и аналогии права для преодоления пробелов действующего законодательства.

Четвертым видом правовых пределов усмотрения в праве являются **компетенционные пределы**. Данный вид пределов распространяется на нормативный тип усмотрения, реализуемый в первую очередь в сфере судебной и иной правоприменительной деятельности. Суть данного вида ограничений состоит в дуалистическом характере полномочий, предоставленных действующим законодательством судебным или иным

---

<sup>1</sup> См., например: Тихомиров, Ю. А. Юридическая коллизия. М.: Манускрипт, 1994; Он же. О коллизионном праве // Журнал российского права. 1997. № 2. С. 45–53.

правоприменительным органам и должностным лицам. Дуализм должностных полномочий в том, что они зачастую сочетают в себе субъективное право с юридической обязанностью. В качестве примера следует привести полномочия прокурора при поступлении к нему от следователя уголовного дела с обвинительным заключением, закрепленные в ч. 1 ст. 221 УПК РФ. В соответствии с названной нормой прокурор рассматривает поступившее от следователя уголовное дело с обвинительным заключением и в течение 10 суток принимает по нему одно из следующих решений:

- об утверждении обвинительного заключения и о направлении уголовного дела в суд;

- о возвращении уголовного дела следователю для производства дополнительного следствия, изменения объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или пересоставления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков со своими письменными указаниями;

- о направлении уголовного дела вышестоящему прокурору для утверждения обвинительного заключения, если оно подсудно вышестоящему суду.

В данном случае полномочие прокурора представляет собой право-обязанность, поскольку он *обязан* рассмотреть поступившее к нему уголовное дело в определенный законом срок и *обязан* принять по нему одно из решений, но в зависимости от материалов поступившего уголовного дела прокурор *вправе* выбрать один вариант решения из трех, закрепленных в законе.

Аналогично следует расценивать и предоставленное п. 3 ст. 22 закона «О прокуратуре РФ» полномочие прокурора своим постановлением освободить лиц, незаконно подвергнутых административному задержанию

на основании решений несудебных органов<sup>1</sup>. Генеральный прокурор в своем приказе требует от подчиненных ему прокуроров решительно пресекать факты незаконного применения к гражданам административного задержания и активнее использовать **право** освобождать своим постановлением лиц, необоснованно подвергнутых административному задержанию на основании решений несудебных органов<sup>2</sup>. В этом случае одна плоскость общественных отношений представлена должностной обязанностью прокурора выявить гражданина, незаконно и необоснованно подвергнутого административному задержанию на основании решения несудебного органа, и освободить его, вынеся об этом соответствующее постановление. Другая — это правовые отношения прокурора и органа, допустившего незаконное задержание гражданина, в которых праву прокурора вынести постановление об освобождении гражданина противопоставлена юридическая обязанность указанного органа исполнить данное постановление прокурора.

Такой дуалистический характер полномочий, входящих в компетенцию органов, применяющих право, ограничивает возможности их усмотрения.

Компетенционные пределы усмотрения в праве тесно связаны с таким видом нормативно закрепленных пределов, как закрытый (исчерпывающий) перечень, поскольку именно они чаще используются при законодательном регламентировании полномочий правоприменительных органов. Необходимо отметить, что закрытые (исчерпывающие) перечни могут являться составной частью компетенционных пределов. Однако существует важное отличие: при наличии исключительно такого предела, как закрытый (исчерпывающий) перечень вариантов поведения, субъект **вправе** выбрать одну из предусмотренных моделей поведения, но может и полностью отказаться от предлагаемых вариантов; а в случае с компетенционными пределами субъект **обязан** выбрать один из вариантов решения.

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 17 января 1992 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5093.

<sup>2</sup> См.: Приказ Генерального прокурора РФ от 7 декабря 2007 г. (в ред. от 21 июня 2016 г.) № 195 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина» // Законность. 2008. № 3.

Пятым видом правовых пределов юридического усмотрения является *толкование* норм права. Как справедливо отмечает М. Л. Давыдова, нормативное толкование определенными органами (как правило, высшими судебными инстанциями) минимизирует риски некомпетентного толкования правоприменителями на местах<sup>1</sup>. Толкование как предел распространяется, прежде всего, на разновидности нормативного типа правового усмотрения. В первую очередь в качестве пределов усмотрения в праве выступают различные виды официального толкования. Огромная роль в ограничении правового усмотрения принадлежит судебному толкованию правовых норм, даваемому Конституционным Судом РФ, Верховным Судом РФ. Так, согласно ч. 5 ст. 79 закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» с момента вступления в силу соответствующего постановления Конституционного Суда РФ правоприменительные органы не могут применять или каким-либо иным образом реализовывать нормативно-правовой акт, конституционность которого являлась предметом рассмотрения, либо отдельные его положения в истолковании, расходящемся с позицией, выраженной в постановлении Конституционного Суда РФ<sup>2</sup>.

Таким образом, при применении правовых предписаний, в том числе и тех, которые предусматривают усмотрение, органы и должностные лица связаны позицией Конституционного Суда РФ, разъясняющей, как следует применять норму права, чтобы правоприменительная практика соответствовала требованиям Конституции РФ.

Аналогично следует оценивать разъяснения, даваемые судам и арбитражным судам Верховным Судом РФ (ст. 126 Конституции РФ). Как правило, разъяснения, касающиеся правильного применения действующего законодательства, и анализ типичных ошибок, допускаемых судами при разрешении дел, содержатся в постановлениях Пленума указанного

---

<sup>1</sup> См.: Давыдова, М. Л. Законотворческие риски и проблема стабильности законодательства // Юридическая техника. 2019. № 13. С. 156.

<sup>2</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5045.

судебного органа.

Шестой вид пределов усмотрения в праве — это *устоявшиеся типовые решения, складывающиеся в юридической практике*. Прежде всего, как пределы правового усмотрения следует расценивать правоприменительную и судебную практику. В данном контексте юридическую практику целесообразно разделить на положительную (эффективную и складывающуюся в точном соответствии с буквой и «духом» закона) и негативную (реализация правовых предписаний искажает их смысл, заложенный законодателем, а результаты не соответствуют целям правового регулирования). Соответственно, положительная практика демонстрирует примеры решений, которые следует принимать в схожих ситуациях, а негативная — модели поведения, от которых необходимо воздерживаться. С целью обеспечения того, чтобы типовые решения формировались на основе положительной практики, в судебных и иных правоприменительных органах регулярно проводится обобщение и анализ деятельности данных органов за определенный период времени, и их результаты официально публикуются или рассылаются для ознакомления работников внутри ведомства.

Указанные типовые решения, сформировавшиеся в рамках юридической практики, являются ориентирами для правового усмотрения субъектов права, прежде всего тех, которые осуществляют правоприменительную деятельность. Естественно, что выбор субъектами таких моделей правового поведения, которые, исходя из существующей практики, являются заведомо неэффективными или противоправными, резко сократится.

Представляется, что рассмотренные пределы усмотрения в праве: правовые, морально-правовые и внеправовые составляют основу сложной системы факторов, ограничивающих реализацию правового усмотрения.

#### § 4. Усмотрение в публичном и частном праве

Разделение права на частное и публичное имеет глубокие исторические корни. Такое разграничение стало формироваться в Римском праве, которое по сравнению с древнегреческим, мусульманским и другими видами древнего права, существовавшими в Европе в архаичное время, обладало большей устойчивостью, проработанностью и практической значимостью<sup>1</sup>. Это обусловлено тем, что древним римлянам удалось обобщить существовавшие на то время результаты правового мышления других народов, переработать их и использовать в собственном праве. В результате этого древнее Римское право приобрело сегодня всемирное культурно-историческое значение, заимствование древнеримских идеалов справедливости и добросовестности происходит повсеместно в современном праве (в том числе и в российском праве)<sup>2</sup>.

Таким образом, Римское право продолжает выполнять роль «первоисточника» для многих современных юридических разработок.

Вместе с тем следует отметить, что в российской правовой науке в период существования советского государства прослеживались тенденции отказа от многих юридических теорий, идей, понятий, сформировавшихся до создания советского социалистического государства или вне его границ, как не отвечающих специфике действовавшего в Советской России социалистического права. Эта судьба, в частности, постигла и идею разделения права на частное и публичное. «Мы ничего “частного” не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное», — писал в 1922 г. В. И. Ленин<sup>3</sup>. Основываясь на данном постулате, ученые отделяли социалистическое право, в котором разделение на частное и

<sup>1</sup> См.: Кофанов, Л. Л. Обязательственное право в архаическом Риме (VI–IV вв. до н.э.) / Отв. ред. И. Л. Маяк. М.: Юрист, 1994. С. 104.

<sup>2</sup> См.: Ситкова, О. Ю. Трансформация древнеримских понятий *aequitas* и *bonae fidei* в международном частном праве // Право. Законодательство. Личность (сб. научн. трудов). Вып. 3. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. С. 216.

<sup>3</sup> Ленин, В. И. Полное собрание сочинений. М.: Государственное издательство политической литературы, 1974. Т. 44. С. 398.

публичное отсутствует, и буржуазное, допускающее такое разделение<sup>1</sup>.

Представители современной теории государства и права в основном не оспаривают деления права на публичное и частное, которое в подобном или ином обозначении присутствует в большинстве развитых правовых систем (например, в английском праве существует разделение на **общее право** и **право справедливости**, в определенной степени схожее с рассматриваемой дифференциацией).

Что же представляют собой «частное право» и «публичное право»? Можно привести следующие определения.

*Частное право* — это совокупность правовых норм, охраняющих и регулирующих отношения частных собственников в процессе производства и обмена, их интересы как свободных субъектов рынка.

*Публичное право* — это совокупность норм, закрепляющих и регулирующих порядок деятельности органов государственной власти и управления, формирования и работы парламентов, других представительных и правительственных учреждений, осуществления правосудия, борьбы с посягательствами на существующий строй<sup>2</sup>.

В литературе, посвященной изучению проблемы деления права на частное и публичное, выделяется несколько критериев разграничения.

1. По принципу организационного построения отношений между субъектами права. В частном праве преобладают «горизонтальные» отношения (отношения координации) при равенстве их участников; в публичном — «вертикальные» отношения (отношения субординации), характеризующиеся наличием власти и подчинения.

2. По субъекту и по сфере реализации.

3. По содержанию субъективных прав, юридических обязанностей и границам их осуществления.

4. По юридическим гарантиям обеспечения реализации права.

<sup>1</sup> См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М.: «Юридическая литература», 1973. С. 294–295.

<sup>2</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 319.

5. По средствам защиты и по форме ответственности.
6. По основным началам построения частноправового и публично-правового законодательства.
7. По сфере формирования условий и причин возникновения права.
8. По предмету правового регулирования.
9. По методу правового воздействия на регулируемые общественные отношения.
10. И др.<sup>1</sup>.

Анализируя приведенные критерии разграничения права на частное и публичное, необходимо отметить их неравнозначность. Так, например, такой критерий, как метод правового воздействия на регулируемые отношения, предполагает, что для публичного права в большей степени характерен императивный метод, а для частного — диспозитивный. Но едва ли найдется хотя бы одна частноправовая отрасль, в которой полностью отсутствовал бы императивный метод. Следовательно, применение такого критерия носит оценочный характер — определяется «преимущественное использование» того или иного метода. Аналогичным уровнем условности при разграничении частного и публичного права обладает и такой критерий, как предмет правового регулирования.

Однако предмет правового регулирования и метод правового регулирования большинством ученых признаются основными системообразующими факторами отраслевого строения права<sup>2</sup>. Данное обстоятельство указывает, что определение какой-либо отрасли права как публично-правовой или частноправовой является весьма условным. Представляется, что применительно к исследованию правового усмотрения разграничение отраслей права на частноправовые и публично-правовые целесообразно несмотря на такую условность. Такое разграничение, с одной

---

<sup>1</sup> См.: *Степин, А. Б.* Судебное усмотрение в частном праве: Учебное пособие. Астрахань, 2002. С. 13–18.

<sup>2</sup> См.: *Петров, Д. Е.* Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права / Д. Е. Петров; под ред. И. Н. Сенякина; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2015. С. 208.

стороны, должно обращать внимание законодателя на целесообразность использования публично-правовых начал в частноправовых отраслях права, и наоборот. С другой стороны, оно формирует у адресатов юридических норм (граждан, организаций) определенные ожидания от принятия или изменения законодателем норм соответствующей отрасли: предполагается, что нормами частноправовых отраслей субъекту будет предоставлена большая свобода выбора вариантов поведения, нежели нормами публично-правовых отраслей.

К отраслям частного права обычно относят: гражданское право, включая предпринимательское, семейное, трудовое, банковское и международное частное право. Иные отрасли считаются публично-правовыми.

В дополнение к названным критериям разграничения публичного и частного права исследователи предлагают анализировать процесс формирования права. Существуют мнения о том, что процесс формирования частного права и права публичного проходит по-разному. Данное различие очень точно характеризует И. Ю. Козлихин: «С одной стороны, право порождается самими общественными отношениями, которые немислимы вне правовой формы, с другой — право создается в процессе нормотворческой деятельности государства. В первом случае право надо найти и зафиксировать, а во втором — создать, придумать, если угодно. В первом случае, как правило, становление права идет от отношения к норме, во втором — в обратном порядке, от нормы к отношению. Так складываются две сферы права: частное и публичное»<sup>1</sup>.

В связи с наличием специфики в процессе формирования частного и публичного права будут различаться и их характеристики. Так, профессор В. М. Сырых полагает, что объективность (влияние экономических условий) проявляется в большей степени в частном праве и в меньшей степени в

---

<sup>1</sup> Козлихин, И. Ю. Марксизм и современное правопонимание (к выходу в свет 3-го тома «Логических оснований общей теории права» В. М. Сырых) // Право. Законодательство. Личность (сб. научн. трудов). Вып. 3. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. С. 233.

публичном праве, более политизированном и более вариативном, чем частное<sup>1</sup>.

Представляется, что одним из наиболее «надежных», основополагающих признаков, позволяющих разграничивать частное и публичное право, является интерес: в одном случае это интерес определенного индивида, в другом — интерес всего общества в целом.

Вместе с тем нельзя не отметить наличие общих качеств, присущих частному и публичному праву. Во-первых, их равное значение для эффективного функционирования развитой правовой системы. Во-вторых, общность используемых способов правового регулирования. В-третьих, наличие общих целей — упорядочение наиболее важных общественных отношений. В-четвертых, фактическое сплетение индивидуальных и общественных интересов в регулируемых общественных отношениях. Следует оговориться, что однозначное разделение интересов на частные и общественные весьма условно. Ведь нельзя противопоставить защиту интереса конкретного субъекта права, например, в сфере предпринимательской деятельности, интересам всего общества. Общество в целом заинтересовано в упорядочении общественных отношений в сфере семьи, в сфере имущественных и личных неимущественных прав граждан, в установлении и сохранении в данных сферах законности и правового порядка, так же как и отдельный индивид заинтересован в правовой опосредованности отношений в сфере государственного управления, борьбы с преступностью, финансовой стабильности в государстве. В-пятых, и в частном, и в публичном праве присутствует юридическое усмотрение.

Как уже отмечалось, усмотрение — это явление, характерное для права в целом, а значит, оно присутствует и в его элементах: общем и частном праве и относящихся к ним отраслях. Но усмотрение в частном и усмотрение в публичном праве имеет и свою специфику, которую следует изучить более

---

<sup>1</sup> См.: Сырых, В. М. Логические основания общей теории права. Т. 3: Современное правопонимание. М.: Российская академия правосудия, 2007. С. 214, 225.

детально.

*Усмотрение в частноправовых отраслях.* Применительно к правовому усмотрению в частноправовых отраслях наблюдается две противоречивых тенденции. С одной стороны, частное право, регулируя общественные отношения равноправных субъектов, не связанных отношениями власти и подчинения, реализацию ими личных интересов, предполагает достаточно широкую свободу участников соответствующих правоотношений, и с этой точки зрения частноправовые отрасли являются более насыщенными правовым усмотрением. С другой стороны, отмеченная ранее объективность частного права, его зависимость от уровня экономического развития общества и от иных внеправовых сфер социальной жизни снижает количество возможностей для правового усмотрения в процессе правотворчества. Однако две названных особенности частного права «мирно уживаются» в нем, поскольку относятся к разным типам правового усмотрения и к различным видам нормативного усмотрения: усмотрению в сфере правотворчества и правореализационному усмотрению.

Первый тип — субъективно-поведенческое усмотрение в частноправовых отраслях имеет достаточно широкие границы. Это связано с тем, что субъект права в отношениях, регулируемых такими отраслями, как правило, не встречается с государством как носителем государственной власти и суверенитета. Если государство присутствует в таких отношениях, то преимущественно как равный (за некоторыми исключениями) другим субъект (например, предусмотренная гражданским законодательством поставка товаров для государственных нужд). Поэтому для удовлетворения личных интересов в сфере предпринимательской деятельности, семьи, труда, приобретения, использования и распоряжения имуществом субъекту предоставляется достаточно свободы в выборе вариантов поведения.

Второй, базисный тип правового усмотрения, внутренне присущий любому субъективному праву, также в частном праве представлен чрезвычайно широко. Это обусловлено тем, что в отраслях российского

права, традиционно относимых к частноправовым: в гражданском, семейном и трудовом праве, преобладает такой метод правового регулирования, как диспозитивный, предполагающий в основном закрепление субъективных прав, в каждом из которых заключено общее усмотрение субъекта.

Преобладающим методом правового регулирования в частном праве обусловлено и существование нормативного типа усмотрения. Нормативное усмотрение в частноправовых отраслях представлено достаточно широко, за исключением такой разновидности как законотворческое усмотрение.

Вообще для частного права в наибольшей степени характерен такой вид усмотрения, как правореализационное, т. е. усмотрение субъектов права, не являющихся ни правоприменителями, ни законодателями, ни представителями судебной власти. По степени свободы выбора возможных вариантов поведения в частном праве присутствует: абсолютно-определенное, относительно-определенное и свободно-вариативное усмотрение. При этом свободно-вариативное усмотрение характерно именно для частноправовых отраслей и в публичном праве встречается лишь в исключительных случаях.

Возникает вопрос: допустимо ли существование в частном праве таких видов усмотрения, как судебное, правоприменительное и законотворческое? Данный вопрос обусловлен тем, что перечисленные виды правового усмотрения реализуются субъектами (правоприменительными государственными и муниципальными органами, судами, законодательными органами), деятельность которых регулируется нормами, относящимися к публичному праву.

С одной стороны, следует согласиться с утверждением о том, что процедурные (процессуальные) нормы, регулирующие правоприменительную и правотворческую деятельность соответствующих органов и должностных лиц, — это всегда нормы публичного права. И если усмотрение указанных органов обусловлено предписаниями данных публично-правовых норм, то его следует относить к усмотрению в сфере

публичного права. С другой стороны, необходимо обратить внимание на существование определенных особенностей усмотрения правоприменительных и судебных органов, зависящих от применяемых материальных норм права и того, относятся они к частному или публичному праву. Аналогичная специфика присутствует в деятельности законодательных органов, и связана она с тем, разрабатываются и принимаются нормы частного или публичного права.

Например, в случае распространения сведений, несоответствующих действительности и порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию, действия виновного могут получить в суде как гражданско-правовую, так и уголовно-правовую оценку (при условии, что данное деяние содержит признаки состава преступления, предусмотренного ст. 128.1 УК РФ). То есть пострадавший гражданин может обратиться за судебной защитой или в порядке гражданского судопроизводства с требованиями, предусмотренными ст. 152 ГК РФ, либо в порядке уголовного судопроизводства с требованием о привлечении виновника к уголовной ответственности (однако следует отметить, что и при обращении пострадавшего в суд в порядке уголовного судопроизводства возможно также подать и гражданский иск о возмещении морального вреда). И в том и в другом случае в ходе рассмотрения дела судом будут присутствовать вопросы, разрешаемые судом по усмотрению, в частности вопрос о юридической ответственности виновного лица. Если речь идет об уголовном процессе и, соответственно, о руководстве судьи материальными нормами публичного права, то здесь судебное усмотрение ограничено санкциями разных частей ст. 128.1 УК РФ, предусматривающей такие виды уголовного наказания, как штраф или обязательные работы, в размерах, зависящих от части данной статьи. В гражданском судопроизводстве, когда судья руководствуется материальными нормами частного права, в отношении юридической ответственности виновного лица таких четких пределов не установлено, поскольку в соответствии со ст. 151 и 152 ГК РФ лицо, в

отношении которого распространены порочащие сведения, вправе требовать их опровержения и компенсации морального вреда, размер которого в настоящее время не имеет законодательно определенных высших и низших границ. Как правильно отмечается в юридической литературе, в настоящее время отсутствует тенденция к упорядочению определения размера компенсации морального вреда, не выработаны общая методология и базис для этого<sup>1</sup>.

Таким образом, пределы усмотрения, основанного на нормах частного права, гораздо шире, чем усмотрения, базирующегося на публично-правовых нормах.

Аналогичный пример, подтверждающий наличие особенностей, следует привести и в отношении законотворческого усмотрения. Так, 5 июня 2007 г. федеральным законом был учрежден Следственный комитет при прокуратуре РФ, и внесены существенные изменения в действующее уголовно-процессуальное законодательство<sup>2</sup>. Несмотря на существенные организационные трудности работать Следственный комитет при прокуратуре РФ начал по истечении 90 дней со дня принятия указанного федерального закона — 7 сентября 2007 г. В сентябре 2010 г. Президент РФ принял решение выделить Следственный комитет из системы прокуратуры РФ, создав полностью независимый орган<sup>3</sup>. В декабре 2010 г. был принят федеральный закон, регулирующий деятельность Следственного комитета РФ<sup>4</sup>, а сам орган начал функционировать с 15 января 2011 г. Аналогично, по решению государства в 2014 г. поправками в Конституцию был упразднен Высший Арбитражный Суд РФ, а в 2018 г. в федеральные конституционные

<sup>1</sup> См.: Пархоменко, В. С. Определение размера компенсации морального вреда. Анализ законодательства и судебной практики. Образцы судебных решений и исковых заявлений: практическое пособие / В. С. Пархоменко; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». 2-е изд., испр. и доп. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. С. 9.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 5 июня 2007 г. (в ред. от 22 декабря 2014 г.) № 87-ФЗ «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 24. Ст. 2830; 2014. № 52 (ч. 1). Ст. 7538.

<sup>3</sup> См.: Указ Президента Российской Федерации от 27 сентября 2010 г. (в ред. от 14 января 2011 г.) № 1182 «Вопросы Следственного комитета Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 40. Ст. 5043; 2011. № 4. Ст. 572.

<sup>4</sup> См.: Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 15; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5070.

законы «О судебной системе Российской Федерации»<sup>1</sup> и «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»<sup>2</sup> внесены изменения, предусматривающие создание апелляционных и кассационных судов общей юрисдикции. В нормативно-правовых актах, оформивших данные решения, содержатся нормы публичного права, так как они регулируют деятельность государственных органов, и в соответствии с ними достаточно быстро удавалось привести общественные отношения. Следовательно, законодательные органы в значительной степени свободны по своему усмотрению разрабатывать и принимать нормы публичного права.

При разработке норм частного права ситуация прямо противоположна. Нормы частного права должны соответствовать существующим отношениям в социуме, опосредовать их. В противном случае приведение регулируемых отношений в соответствие с выработанными и закреплёнными в нормах права моделями поведения займет достаточно длительное время. Например, СК РФ в ст. 13 устанавливает, что брачный возраст — 18 лет, а в исключительных случаях может быть разрешено вступление в брак лиц, достигших 16 лет, однако допускает, что в законах субъектов РФ может быть закреплена возможность при наличии особых обстоятельств вступать в брак и до достижения 16-летнего возраста. Это связано с национальными особенностями народов, проживающих на территории России. То есть допускается опосредование в нормах права тех национальных семейных традиций, которые веками складывались у различных народов.

Если обратиться к примерам в других частноправовых отраслях, в частности в гражданском праве, то следует отметить, что правовые основы кредитования были заложены еще в 1996 г. с принятием части второй Гражданского кодекса РФ<sup>3</sup>. Однако активное развитие данного сектора услуг

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1; 2020. № 50 (часть 1). Ст. 8029.

<sup>2</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 7 февраля 2011 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 898; 2020. № 50 (часть 1). Ст. 8029.

<sup>3</sup> См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. (в ред. от 9 марта 2021 г., с изм. от 8 июля 2021 г.) № 14-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410; 2021. № 11. Ст. 1698.

началось по истечении практически 10 лет после принятия данного правового акта и проходило по различным регионам страны неравномерно, в зависимости от уровня развития банков в данном регионе. Также до настоящего времени не сложилось устойчивой положительной практики применения части четвертой ГК РФ<sup>1</sup>, хотя до его принятия и вступления в силу в 2008 г. уже с 1992–93 гг. существовало правовое регулирование отношений в сфере использования и охраны результатов интеллектуальной деятельности<sup>2</sup>. Представляется, что нормы четвертой части ГК РФ, как и большинство норм законов, действовавших до его вступления в законную силу, во многом заимствованы из законодательства других государств, но при этом они не соответствуют уровню общественных отношений, сложившихся в данной сфере в России.

Исходя из этого, можно сделать вывод, что особенностью законотворческого усмотрения при создании норм частного права будут более строгие, узкие пределы, чем при создании норм публичного права.

Таким образом, с учетом наличия обозначенной специфики законотворческого, судебного и иного правоприменительного усмотрения, зависящей от разновидности правовых норм (нормы частного права и нормы публичного права), следует признать существование особых подвидов законотворческого, судебного и правоприменительного усмотрения в частном праве.

*Усмотрение в публично-правовых отраслях.* Отталкиваясь от основного критерия разграничения права на частное и публичное — интереса — необходимо отметить, что право публичное в первую очередь призвано

---

<sup>1</sup> См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. (в ред. от 11 июня 2021 г.) № 230-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5496; 2021. № 24 (часть 1). Ст. 4231.

<sup>2</sup> См. например: Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. (в ред. от 11 декабря 2002 г., с изм. от 24 декабря 2002 г.) № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товара» (утратил силу) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2322; Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. (в ред. от 2 февраля 2006 г.) № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» (утратил силу) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2325; Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. (в ред. от 2 февраля 2006 г.) № 3526-1 «О правовой охране топологий интегральных микросхем» (утратил силу) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2328; Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. (в ред. от 20 июля 2004 г.) № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (утратил силу) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1242; и др.

охранять интересы всего общества в целом. Такая охрана осуществляется соответствующими органами, наделенными государственно-властными полномочиями, чью деятельность и регламентирует публичное право. Естественно, что для предупреждения злоупотребления властными полномочиями правовое регулирование деятельности государственных и муниципальных органов и их должностных лиц должно быть четким, достаточно детализированным, лишенным пробелов и коллизий. В названных условиях наделение соответствующих субъектов свободой правового усмотрения допустимо в меньших объемах, чем в частном праве.

В публично-правовых отраслях, так же как и в частноправовых, присутствуют все типы и все виды правового усмотрения, но с некоторыми ограничениями.

Так, для субъективно-поведенческого усмотрения в публичном праве установлены более жесткие пределы (преимущественно нормативно-закрепленные). Данными пределами в первую очередь являются прямые запреты на определенные модели поведения, содержащиеся в нормах уголовного и административного права, и юридическая ответственность за их нарушение.

Второй тип — общее или базисное усмотрение в публичном праве в целом представлено в таком же объеме, как и в частном. Это обусловлено тем, что действие компетенционных пределов усмотрения в праве на базисный тип не распространяется. Можно отметить, что в правоотношении, основанном на норме частноправовой отрасли, четко прослеживаются его основные элементы: субъективное право и корреспондируемая им юридическая обязанность, а в правовых отношениях, базирующихся на нормах публичного права, это не всегда так. Это касается в основном правоотношений с участием органов государства или их должностных лиц. С одной стороны, должностное лицо реализует право (в частности, право требования определенного действия от гражданина), так как на контрсубъекта при этом возлагается юридическая обязанность (например,

гражданин обязан подчиниться определенному требованию должностного лица). Но с другой стороны, исходя из своего должностного положения, потребовать от гражданина определенных действий — это может быть и обязанностью должностного лица. Так, например, следует расценивать требование о прекращении противоправного поведения, предъявленное сотрудником органа внутренних дел гражданину. В этой ситуации гражданин обязан подчиниться требованию сотрудника органа внутренних дел, имеющего право предъявить такое требование, но при этом пресечь правонарушение — это еще и обязанность сотрудника органа внутренних дел.

Однако, применительно к общему усмотрению, в приведенном примере необходимо выделить две составляющие: отношение «должностное лицо — гражданин» и отношение «должностное лицо — орган», в котором он состоит на службе (руководитель данного органа). В первой части должностное лицо является носителем субъективного права, которое он может реализовать или нет, в частности, сотрудник правоохранительного органа может «пройти мимо», «не заметить» нарушение закона. Во второй части должностное лицо — лицо, обязанное исполнить должностные обязанности, за неисполнение которых руководитель органа вправе привлечь его к ответственности.

Нормативный тип усмотрения в публичном праве предполагает более широкое существование законотворческого усмотрения и большие ограничения для судебного, правоприменительного и правореализационного видов правового усмотрения. По степени свободы выбора субъектом вариантов поведения для публичного права в большей степени характерны абсолютно-определенный и относительно-определенные виды усмотрения, существование которых связано с закрытыми или открытыми юридическими перечнями, либо с наличием заранее определенного числа моделей правового поведения. Например, ст. 235 УПК РФ прямо не закрепляет исчерпывающего перечня решений, которые могут быть приняты судьей при разрешении

ходатайства об исключении доказательств, но анализ данной правовой нормы указывает на возможность принятия судьей только двух решений: об удовлетворении ходатайства и исключении доказательства, или об отказе в удовлетворении заявленного ходатайства и признании доказательства допустимым (это абсолютно-определенный вид судебного усмотрения). Свободно-вариативное усмотрение в рамках правоотношений, основанных на нормах публичного права, практически исключено, поскольку взаимоотношения личности и государства или различных субъектов, представляющих публичную власть, требуют четкой и достаточно подробной правовой регламентации, не оставляющей достаточной свободы, характерной для этого вида усмотрения.

Особой разновидностью правового усмотрения, характерной в первую очередь для публично-правовых отношений, является компетенционное усмотрение — возможность выбора вариантов решения, присущая определенному государственному или муниципальному органу или должностному лицу. Специфика данного вида усмотрения состоит в том, что оно базируется на процедурных (процессуальных) правовых нормах, относящихся к публичному праву, и совокупности норм, определяющих правовой статус соответствующего органа. В качестве примера данного вида правового усмотрения можно привести оценку доказательств судом, при которой наряду с применением конкретных правил доказывания, закрепленных в процессуальном законодательстве, огромная роль принадлежит усмотрению судьи, основанному на его внутреннем убеждении<sup>1</sup>. Процесс доказывания в судебных или административных процессах, основанных на состязательности сторон, изначально подразумевает представление каждой из сторон суду или иному

---

<sup>1</sup> См. подробнее: *Абушенко, Д. Б.* Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Издательство НОРМА, 2002; *Горевой, Е. Д.* Внутреннее судебное убеждение в оценке доказательств по уголовным делам. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008; *Некрасов, С. В.* Толкование и применение уголовно-процессуальных норм о юридической силе доказательств. Науч.-практич. пособие / Под науч. ред. д-ра юрид. наук Ю. Г. Торбина. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008; *Костенко, Р. В.* Оценка уголовно-процессуальных доказательств: Монография. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010; и др.

уполномоченному органу различных доказательств, порой взаимоисключающих, а из них судом (или иным органом) должны быть выбраны только те, которые в дальнейшем будут положены в основу принятого решения.

Именно указанная разновидность усмотрения в деятельности судебных и административных органов, разрешающих правовые споры, в сочетании с принимаемыми этими органами неоднозначно оцениваемых юридическим сообществом решений и вызывает наибольшее число нареканий со стороны ученых-правоведов и юристов-практиков. Это связано со следующими обстоятельствами. Во-первых, невозможность полностью исключить указанный вид усмотрения. Подобные попытки — исключить из юридической процедуры решение должностного лица — предпринимаются в сфере административного процесса (прежде всего, использование технических средств для привлечения к административной ответственности за нарушение правил дорожного движения). Однако результаты применяемых технических нововведений далеко не всегда можно оценить как положительные. Во-вторых, данное усмотрение чрезвычайно сложно ограничить дополнительными нормативно закрепленными пределами. Хотя стремление формализовать оценку доказательств, сведя к минимуму влияние на оценку обстоятельств дела внутреннего судебного убеждения, существовало всегда, все предпринимаемые в данном направлении меры оказывались неэффективными, приводили к нежелательным результатам. В-третьих, компетенционное усмотрение создает благоприятные условия для злоупотреблений со стороны правоприменителя, поскольку мотивировка принятого решения, содержащаяся в принятом им акте, не всегда отличается полнотой и четкостью и может скрывать истинные мотивы вынесения того или иного решения. В. С. Пархоменко, имеющий большой стаж судебной работы, отмечает: «Именно с общей формулировкой учета требований разумности и справедливости нередко выносятся крайне противоречивые решения о размере компенсации морального вреда по делам при одинаковых

обстоятельствах»<sup>1</sup>.

Представляется, что для оценки компетенционного усмотрения в частности, и усмотрения в публичном праве в целом важным является причина появления возможности принятия решения по выбору субъекта в действующем законодательстве. Усмотрение в публичном праве должно существовать либо на основе объективных предпосылок, либо по воле законодателя. Оно не должно быть следствием негативных правовых явлений, таких как пробелы в праве, юридические коллизии и т. п.

Анализ усмотрения в частноправовых и публично-правовых отраслях права позволяет сделать ряд выводов.

Во-первых, юридическое усмотрение существует как в публичном, так и в частном праве, что позволяет говорить об общеправовом характере данного явления. Можно констатировать отсутствие отраслей, регулирующих частные или публичные отношения, создание и реализация норм которых не были бы связаны с усмотрением.

Во-вторых, структура усмотрения, присущего частноправовым отраслям права, отличается от структуры усмотрения публично-правовых отраслей. Под «структурой усмотрения» следует понимать соотношение в рамках всего объема дискреции, реализуемой в процессе осуществления норм той или иной отрасли права, различных типов и видов усмотрения. Например, в процессе претворения в жизнь предписаний публично-правовых норм, относящихся к той или иной отрасли права, «удельный вес» правоприменительного усмотрения будет больше, а иного правореализационного усмотрения меньше, нежели в процессе осуществления частноправовых норм.

В-третьих, различается степень свободы усмотрения, характерная для одних и тех же типов и видов дискреции в разных отраслях. В частности, как

---

<sup>1</sup> Пархоменко, В. С. Определение размера компенсации морального вреда. Анализ законодательства и судебной практики. Образцы судебных решений и исковых заявлений: практическое пособие / В. С. Пархоменко; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». 2-е изд., испр. и доп. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. С. 9.

отмечалось ранее, законодатель обладает большей степенью свободы при разработке и принятии публично-правовых норм, чем частноправовых. Учитывая, что каждая отрасль содержит специфическое для нее сочетание публично-правовых и частноправовых норм, можно говорить, что и степень свободы правотворческого усмотрения в этой отрасли будет уникальной.

Названные обстоятельства демонстрируют, что общетеоретическое исследование проблемы правового усмотрения, его типов и видов имеет междисциплинарное значение, а полученные результаты могут использоваться в качестве основы для изучения усмотрения отраслевыми науками.

## ГЛАВА 2. УСМОТРЕНИЕ В СФЕРЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВА

### § 1. Усмотрение в законотворческой деятельности: понятие и специфика

Разработка и принятие новых правил поведения людей в социуме, обеспечивающих баланс интересов личности и общества, их прогрессивное развитие, является одной из сложнейших задач правовой сферы. Особую актуальность проблема совершенствования правотворческого процесса приобретает в периоды глубоких преобразований, происходящих в различных сферах общественной жизни, сопровождающихся разрушением или отказом от применения существующих норм и острой потребностью в скорейшем принятии новых. Безусловно, что отправной точкой для решения названной задачи следует считать совершенствование законотворческой деятельности, поскольку именно она оказывает определяющее влияние на остальную часть правотворческого процесса — принятие подзаконных нормативно-правовых актов.

Проблема повышения эффективности работы органов законодательной власти государства уже длительное время остается в центре внимания ученых-юристов, представителей высшего руководства страны и основных «потребителей» законов — граждан. Слишком большое количество принятых за последнее время законов оказалось неэффективным и нуждающимся в доработке практически сразу же после их принятия и вступления в законную силу. Предлагаемые и реализуемые меры по решению данной проблемы, на наш взгляд, не имеют желаемой результативности, а следовательно, сохраняется необходимость продолжения и развития научных исследований, ориентированных на улучшение законотворческой деятельности.

В связи с этим представляется своевременным и целесообразным обратиться к изучению вопроса о допустимости усмотрения в законотворческой деятельности и его влиянии на качество принимаемых

законов. Особый акцент на законодательном процессе следует сделать в связи с тем, что именно нормы законов образуют ядро и правовой системы, и системы права Российской Федерации. От правотворческой деятельности законодательный процесс отличается:

- 1) объемом. Правотворчество является более широким понятием по отношению к законотворчеству, поскольку включает в себя как процесс подготовки и принятия законов (собственно законотворчество), так и разработку, утверждение или принятие всех других подзаконных нормативно-правовых актов (подзаконное правотворчество);
- 2) субъектами, осуществляющими соответствующую деятельность. Законотворчество — это исключительная компетенция органов законодательной ветви власти (кроме случаев принятия Конституций и других законов всенародным голосованием), представленных в России на двух уровнях: федеральном и региональном (субъектов РФ). Иные органы государственной власти, не относящиеся к законодательным (исполнительные, судебные и др.), лишь способствуют процессу принятия законов, в предусмотренных Конституцией РФ формах и пределах (законодательная инициатива, согласование проекта закона, подписание закона и т. п.). Подзаконное правотворчество может осуществляться самостоятельно и другими государственными и муниципальными органами, а также организациями различных организационно-правовых форм и форм собственности (например, локальные нормативно-правовые акты);
- 3) ролью названных процессов в деятельности субъектов их осуществляющих. Законодательный процесс — основное направление работы органов законодательной власти, тогда как подзаконное правотворчество реализуется соответствующими субъектами наряду с другими функциями;
- 4) значением полученных результатов. Законы в целом первичны (однако не следует забывать, что законы также образуют иерархически

организованную систему), поскольку обладают высшей юридической силой, а подзаконные нормативные правовые акты производны, так как принимаются по вопросам, не урегулированным законами или делегированным для регламентации на подзаконном уровне.

Названные обстоятельства будут определять специфику ответов на вопросы о допустимости и границах усмотрения в сфере законодательной и иной правотворческой деятельности.

Для решения вопроса о допустимости усмотрения в сфере законодательной деятельности необходимо проанализировать определение и признаки усмотрения в праве через призму законотворчества.

Предложенное в гл. 1 общее определение гласит, что усмотрение в праве — это результат интеллектуально-волевой деятельности субъекта — выбранное на основе предписаний правовых норм решение по вопросу, имеющему юридическое значение, и выраженное в определенном правовом поведении данного субъекта.

На наш взгляд, принимаемые законодателем, как коллективным субъектом, решения в рамках законотворческого процесса и последующее правовое поведение, выражающееся в принятии или отклонении законопроектов, в полной мере соответствуют признакам усмотрения в праве и могут считаться законотворческим усмотрением. Кроме того, данный вывод основывается также на следующих обстоятельствах.

Во-первых, сущность самой законодательной деятельности. Не переходя к глубокому анализу законотворческого процесса, его субъектов, стадий и т. п., в упрощенном виде можно сказать, что законодательная деятельность представляет собой выработку и фиксацию формально определенных, общеобязательных правил поведения. В этом случае очень подходит разработанное в рамках марксистско-ленинской теории определение права как выражения воли господствующего класса<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М.: Юридическая литература, 1973. С. 17.

В. И. Ленин писал: «А что такое закон? Выражение воли классов, которые одержали победу и держат в своих руках государственную власть»<sup>1</sup>. В данном контексте получается, что законодательный орган или должностное лицо, обладающее соответствующими полномочиями, возводит в ранг закона те правила поведения, которые формулируются по усмотрению класса, держащего в своих руках государственную власть. Это же объясняет глубокое и резкое изменение законов, происходящее после революций или кардинальных государственно-политических реформ. В таких ситуациях меняется класс, «пожелания» которого относительно норм поведения всего социума будут на данный момент воплощены в статьях законов.

С меньшей очевидностью указанная закономерность может быть обнаружена и в бесклассовых обществах, где законы выражают волю определенных социальных групп или слоев, либо групп влияния (лобби).

Во-вторых, статус органа, наделенного правом принятия законов. Если обратиться к Российской Федерации и большинству развитых демократических государств, то они функционируют на принципе разделения властей. В соответствии со ст. 10 Конституции РФ органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны. Реализуя свою самостоятельность, законодательный орган принимает законы по собственному усмотрению.

В государствах, в которых принцип разделения властей не реализован в настоящее время или не был реализован до недавнего времени, правом издания законов наделены высшие государственные органы или должностные лица, осуществляющие данное право также по своему усмотрению.

Таким образом, следует отметить, что лица участвующие в законотворческой деятельности, наделены достаточной степенью свободы выбора вариантов поведения в процессе разработки и принятия законов.

---

<sup>1</sup> Ленин, В. И. Полное собрание сочинений. М.: Государственное издательство политической литературы, 1973. Т. 16. С. 306.

С учетом современного уровня организации взаимодействия между собой органов государственной власти, относящихся к различным ветвям; государственной власти и институтов гражданского общества; государства и личности необходимо определить, кто будет являться субъектом, реализующим право законотворческого усмотрения? На наш взгляд, таким субъектом будет «законодатель». В данном случае, понятие «законодатель» не следует отождествлять исключительно с законодательными органами и их членами. Оно должно рассматриваться как обобщающее определение лиц, участвующих в трех взаимосвязанных процессах — инициировании принятия закона; разработке его проекта (в строгом понимании эти процессы могут находиться за пределами законодательной процедуры) и непосредственно в принятии закона (собственно законотворческий процесс).

1. Идея принятия того или иного закона может принадлежать как самому законодательному органу или его членам, так и иным субъектам — государственным и муниципальным органам, организациям, общественным объединениям или объединениям (группам) граждан, не зарегистрированным в установленном законом<sup>1</sup> порядке в качестве общественного объединения. Реализовать данную идею можно как непосредственно, если субъект наделен в соответствии с Конституцией РФ и иными законами правом законодательной инициативы, так и опосредованно, когда у самого инициатора права законодательной инициативы нет.

2. Разработка первоначального проекта закона также может осуществляться не только в самих законодательных органах, но и в иных органах, организациях и объединениях, как наделенных правом законодательной инициативы, так и в тех, у которых данное право отсутствует. При этом бесспорно положительной тенденцией следует считать практику, когда на базе одного органа, ответственного за разработку и

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 19 мая 1995 г. (в ред. от 30 декабря 2020 г.) № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930; 2021. № 1 (часть 1). Ст. 20; Федеральный закон от 11 июля 2001 г. (в ред. от 30 апреля 2021 г.) № 95-ФЗ «О политических партиях» // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2950; 2021. № 18. Ст. 3061.

внесение в Государственную Думу России соответствующего законопроекта, проводится его обсуждение с привлечением широкого круга экспертов, заинтересованных органов и организаций, а также граждан. Поправки и дополнения, выработанные в ходе такого обсуждения, учитываются в окончательной редакции проекта закона, направляемого на рассмотрение в законодательный орган<sup>1</sup>.

3. Собственно законотворческий процесс, реализуемый законодательными органами в соответствии с процедурами, установленными Конституцией РФ, конституциями и уставами субъектов РФ и регламентами деятельности соответствующих законодательных органов.

Закон, полученный от последовательной реализации трех названных процессов, и есть результат усмотрения законодателя как коллективного субъекта. В зарубежной научной литературе такая трактовка законотворческой деятельности именуется «широкой» и используется наряду с «узкой», сводящей законотворчество к строго регламентированной законодательной процедуре<sup>2</sup>.

Кроме того, проанализировав три названных процесса применительно к законотворческому усмотрению, следует сделать вывод о целесообразности проведения различия между законотворческим процессом в узком (классическом) понимании со строгой привязкой к деятельности законодательных органов государства и в широком понимании. В широком понимании в законотворческий процесс включаются также этапы возникновения и развития идеи принятия того или иного закона; подготовки его проекта, осуществляемые за пределами деятельности самого законодательного органа.

Необходимость названных трактовок законотворческого процесса

---

<sup>1</sup> В качестве наиболее ярких и значимых примеров всенародного обсуждения проектов законов можно выделить проекты законов «О полиции» и «Об образовании в Российской Федерации», обсуждавшихся помимо специализированных площадок научно-практических конференций, круглых столов и т.п. и в свободном доступе на интернет-сайтах «<http://zakonoproekt2010.ru>» и «<http://zakonoproekt2012.ru>» соответственно (в настоящее время данные интернет-адреса недоступны или содержат другие ресурсы).

<sup>2</sup> См.: *Biernat, T.* On the Lawmaking Policy, Discretion and Importance of the Rule of Law Standards // *Studia Iuridica Lublinensia*. 2020. Vol. 29. № 3. Pp. 67–85.

обусловлена потребностью разрешения проблемы ответственности законодателя за реализованное им усмотрение, объективно выраженное в принятых законах. Поскольку когда принимается и вступает в законную силу «некачественный» закон, нуждающийся в поправках и дополнениях уже с момента принятия, недовольство вызывают действия «законодателя» — коллективного субъекта. Определить же наличие и степень ответственности каждого, принимавшего участие в инициировании, разработке и принятии несовершенного закона и призвано рассмотрение законотворческого процесса в широком понимании.

Можно выделить три различных варианта распределения ответственности за принятие неэффективного, коллизионного или обладающего другими недостатками закона.

Во-первых, исключительная или преимущественная ответственность законодательного органа. Она характерна для случаев, когда идея принятия закона и первоначальный законопроект зародились в самом законодательном органе, либо законопроект, поступивший от иных инициаторов, подвергся в законодательном органе глубокой переработке, изменившей основную концепцию принимаемого нормативно-правового акта. Подобным примером можно считать реформу предварительного расследования, проведенную в 2007 г. и связанную с внесением изменений в УПК РФ относительно полномочий прокурора<sup>1</sup>. В уголовно-процессуальной науке дискуссия об объеме полномочий прокурора и о проблеме соединения в его руках функций руководства предварительным расследованием и прокурорского надзора за законностью на досудебных стадиях уголовного процесса имеет очень длительную историю. Подобные споры велись еще до принятия УПК РФ<sup>2</sup> и

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 5 июня 2007 г. (в ред. от 22 декабря 2014 г.) № 87-ФЗ «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 24. Ст. 2830; 2014. № 52 (ч. 1). Ст. 7538.

<sup>2</sup> См., например: *Воробьев, С. А.* К вопросу о месте прокуратуры в системе государственных органов // Прокуратура в системе политических и правовых институтов общества: Материалы Всесоюзной научно-практической конференции. М., 1990. С. 109–111; *Клочков, В. В.* О перестройке деятельности прокуратуры (концептуально-правовые положения) // Прокуратура в системе политических и правовых институтов общества: Материалы Всесоюзной научно-практической конференции. М., 1990. С. 99–101; *Лазарева, В. А.*

продолжились после его принятия и введения в действие. Наиболее оптимальным вариантом разрешения затянувшегося спора представляется компромиссное решение, при котором возможная реформа предварительного расследования и прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и предварительного следствия сохранила бы за прокурором существовавшие у него полномочия, но сняла бы с него излишнюю ответственность за количественные результаты работы следователей прокуратуры (отказ от так называемой «палочной» системы, предполагавшей в качестве одного из критериев оценки работы возглавляемого прокурором органа — определенное количество расследованных и переданных в суд уголовных дел в течение месяца). Это обусловлено тем, что на качество прокурорского надзора влияло не само руководство предварительным расследованием, возложенное на прокурора, а довлеющие сроки и нормативы. В частности, В. А. Лазарева писала: «все, что ни делает прокурор на предварительном следствии, и есть надзор за его законностью. Одновременно это является и уголовным преследованием, направлением расследования в нужное русло, а именно в сторону изобличения виновных в совершении преступления. Вот почему не может быть признан обоснованным и взгляд на процессуальное руководство расследованием, как на нечто чуждое прокурору, противоречащее его назначению, препятствующее осуществлению прокурорского надзора и несовместимое с ним»<sup>1</sup>.

Законодатель разрешил указанную дискуссию по-другому и существенно ограничил полномочия прокурора в рамках досудебного производства по уголовным делам. До вступления соответствующих поправок в законную силу и в переходный период предложенная в законе модель была встречена научным сообществом положительно. Ученые полагали, что в результате освобождения от руководства расследованием

---

Об уголовно-процессуальной функции прокурора в свете независимости судебной власти // Вестник Саратовской государственной академии права. 2001. № 3. С. 21–25; и др.

<sup>1</sup> Лазарева, В. А. Указ. соч. С. 22.

прокуроры получают возможность более эффективно осуществлять надзор за соблюдением закона при осуществлении процессуальной деятельности органами дознания и органами предварительного следствия<sup>1</sup>. Однако складывающаяся практика продемонстрировала скорее падение эффективности прокурорского надзора, чем ее рост. На основе анализа правоприменительной практики ученые также пришли к выводу, что сокращение полномочий прокурора по надзору за исполнением законов органами предварительного следствия в какой-то мере ослабило правозащитный механизм надзорной деятельности<sup>2</sup>. За данными теоретическими выводами скрываются права и свободы реальных участников судопроизводства по конкретным уголовным делам, которые не были защищены или восстановлены прокурорами в период законодательно регламентированного «бессилия» прокуратуры.

Указанные недостатки отчасти были устранены в начале 2011 г. после принятия и вступления в силу поправок в УПК РФ, в соответствии с которыми прокурору в уголовном процессе были возвращены некоторые полномочия, которыми он обладал до июня 2007 г.<sup>3</sup>.

Приведенный пример наглядно демонстрирует, какие негативные последствия может иметь усмотрение законодательного органа государства, реализованное под внешним или внутренним воздействием без соблюдения соответствующих ограничений.

Вторая возможная ситуация — это принятие закона в результате тесного взаимодействия законодательного органа и сторонних инициатора и (или) разработчиков первоначального проекта. В этом случае ответственность за качество принятого закона должна быть пропорциональна

---

<sup>1</sup> См.: *Лиходаев, Е. Г.* Реализация прокурором принципа охраны прав личности на стадии возбуждения уголовного дела: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2007. С. 18.

<sup>2</sup> См.: *Соколов, А. Ф.* Организация расследования преступлений в России: учебное пособие / А. Ф. Соколов; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2012. С. 58.

<sup>3</sup> См.: Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. (в ред. от 31 декабря 2017 г.) № 404-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием деятельности органов предварительного следствия» // СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 16; 2018. № 1 (ч. 1). Ст. 76.

«вкладу» каждого участника законотворческого процесса. В данном случае уместно привести в качестве примера изменения, внесенные в Трудовой кодекс Российской Федерации<sup>1</sup> (далее ТК РФ), затрагивающие особенности регулирования труда педагогических работников и работников, занятых в сфере образования, воспитания, развития несовершеннолетних, организации их отдыха и оздоровления, медицинского обеспечения, социальной защиты и социального обслуживания, в сфере детско-юношеского спорта, культуры и искусства с участием несовершеннолетних.

В соответствии с ч. 2 ст. 331 и ст. 351.1 ТК РФ к педагогической и иной, связанной с воспитанием, образованием несовершеннолетних, трудовой деятельности не допускаются лица, имеющие или имевшие судимость, подвергавшиеся уголовному преследованию (за исключением лиц, уголовное преследование в отношении которых прекращено по реабилитирующим основаниям) за преступления против жизни и здоровья, свободы, чести и достоинства личности (за исключением незаконной госпитализации в психиатрический стационар и клеветы), половой неприкосновенности и половой свободы личности, против семьи и несовершеннолетних, здоровья населения и общественной нравственности, основ конституционного строя и безопасности государства, мира и безопасности человечества, а также против общественной безопасности. Названная норма была внесена в трудовое законодательство в начале 2011 г. на пике кампании по борьбе с педофилией и другими преступлениями, совершаемыми в отношении несовершеннолетних, по инициативе Президента РФ. Ряд резонансных преступлений, совершенных в отношении несовершеннолетних, выявили существенные недостатки действовавшего законодательства и необходимость их скорейшего устранения. Представляется бесспорным, что процесс совершенствования нормативно-правового регулирования такого важного вопроса должен быть оперативным,

---

<sup>1</sup> См.: Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 197-ФЗ // СЗ РФ. № 1 (ч. 1). Ст. 3; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5048.

но при этом тщательно продуманным. Не следует, устраняя одни недостатки, привносить в закон новые. В проекте федерального закона, направленном Президентом России в Государственную Думу, содержались положения, в соответствии с которыми к педагогической деятельности не допускаются лица, имеющие (имевшие) судимость, подвергающиеся (подвергавшиеся) уголовному преследованию (за исключением лиц, уголовное преследование в отношении которых прекращено по реабилитирующим основаниям) за преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности, а также за конкретные преступления, совершенные в отношении несовершеннолетних (убийство, причинение тяжкого вреда здоровью и др.)<sup>1</sup>. То есть в президентском законопроекте преимущественно содержались указания на определенные составы преступлений, сам факт осуждения за которые лишает лицо права заниматься педагогической деятельностью. Данный законопроект можно было совершенствовать, в частности, дополняя перечень составов преступления.

Однако Государственная Дума РФ пошла по другому пути, достаточно сильно изменив внесенный законопроект, и приняла закон<sup>2</sup>, в котором определялись уже не конкретные составы преступлений, закрепленные в соответствующих статьях УК РФ, а целые группы объединенных родовым объектом преступлений, предусмотренных 16, 17, 18, 20, 24, 25, 29 и 34 главами Уголовного кодекса России.

Наряду с рассматриваемым дополнением в ч. 2 ст. 331 ТК РФ сохранилось и положение о том, что к осуществлению педагогической деятельности не допускаются лица, имеющие неснятую или непогашенную

---

<sup>1</sup> См.: Проект № 408064-5 Федерального закона «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации и статью 22<sup>1</sup> Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(ViewDoc\)?OpenAgent&arhiv/a\\_dz\\_5.nsf/ByID&84AA60867BAE3613C3257765002C3D97](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(ViewDoc)?OpenAgent&arhiv/a_dz_5.nsf/ByID&84AA60867BAE3613C3257765002C3D97) (дата обращения: 1 сентября 2019 г.).

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 23 декабря 2010 г. № 387-ФЗ «О внесении изменений в статью 22.1 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» и Трудовой кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 52 (ч. 1). Ст. 7002; Федеральный закон от 1 апреля 2012 г. № 27-ФЗ «О внесении изменений в статью 22.1 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» и статьи 331 и 351.1 Трудового кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 14. Ст. 1553.

судимость за иные умышленные тяжкие и особо тяжкие преступления.

В результате совместного присутствия в кодексе старого и нового положений сложилась парадоксальная ситуация, при которой лицо, совершившее тяжкое или особо тяжкое преступление, не относящееся к перечисленным в Трудовом кодексе группам, может заниматься педагогической деятельностью после снятия или погашения судимости (например, разбой, грабеж и вымогательство, при наличии квалифицирующих признаков и др.), а лицо, совершившее преступление небольшой или средней тяжести, но относящееся к указанным в законе группам (например, причинение смерти по неосторожности, убийство либо причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью, совершенные при превышении пределов необходимой обороны либо при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление), заниматься педагогической деятельностью даже после снятия или погашения судимости не сможет.

В 2015 г. ситуацию исправили, дополнив ст. 331 ТК РФ частью 3<sup>1</sup>. В соответствии с ней лица, имевшие судимость за преступления небольшой и средней тяжести, предусмотренные главами 16, 17, 20, 24, 25 и 29 Уголовного кодекса РФ, а также лица, уголовное преследование которых в совершении этих преступлений прекращено по нереабилитирующим основаниям, могут быть допущены к педагогической деятельности на основании решения комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав. Данные изменения справедливо не коснулись лиц, судимых за преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности (гл. 18 УК РФ) и против мира и безопасности человечества (гл. 34 УК РФ).

Необходимо также обратить внимание, что рассматриваемые пункты, входящие в ч. 2 ст. 331 ТК РФ, говоря о судимости, оперируют разными

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 31 декабря 2014 г. № 489-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 1 (ч. 1). Ст. 42.

понятиями: в одном случае судимость рассматривается в привязке к группам однородных преступлений, объединенных в главы УК РФ (определяющим здесь является объект преступления); в другом — судимость соотносится с категориями преступлений, (характер и степень общественной опасности деяния). Полагаем, что подобное расхождение недопустимо с точки зрения юридической техники, и его необходимо устранить.

В-третьих, полная ответственность инициатора принятия закона, не являющегося членом законодательного органа, в случаях, когда предложенный законопроект не подвергается глубокому анализу законодательным органом, а сам процесс принятия закона превращается в чисто техническую процедуру. Примером является внесение изменений в УК РФ, предусматривающих сначала декриминализацию клеветы и отнесение ее к числу административных проступков<sup>1</sup> (декабрь 2011 г.), а потом — повторное включение клеветы в число уголовно-наказуемых деяний<sup>2</sup> (июль 2012 г.). Таким образом, уже в течение полугода обществу, правоохранительным органам и законодателю стало ясно, что предупредить соответствующее противоправное поведение только мерами административной ответственности невозможно.

Инициатором принятия первых поправок в Уголовный кодекс РФ, предусматривающих помимо большого объема достаточно глубоких изменений уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного законодательства и декриминализацию клеветы, являлся действующий на тот момент Президент РФ Д. А. Медведев. Законопроект поступил в Государственную Думу РФ 7 июня 2011 г., а принят был — 17 ноября 2011 г. При этом законопроект находился на рассмотрении в профильном, ответственном комитете Государственной Думы РФ

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. (в ред. от 3 июля 2016 г.) № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7362; 2016. № 27 (ч. 2). Ст. 4262.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 28 июля 2012 г. № 141-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 31. Ст. 4330.

первоначально с 14 июня 2011 г. по 30 августа 2011 г. С учетом парламентских «каникул» между весенней и осенней сессиями срок для рассмотрения ответственным комитетом поступившего законопроекта и поправок к нему составил около одного месяца<sup>1</sup>. Учитывая большой объем информации, содержащейся в законопроекте, за столь короткое время полно и глубоко проанализировать все нормы будущего закона не представляется возможным. Следовательно, ответственность за разработку соответствующих недостаточно взвешенных поправок лежит на исполнителях, представивших этот законопроект Президенту РФ для внесения в порядке законодательной инициативы.

Распределение позитивной или негативной ответственности (в первую очередь политико-правовой) за принятый эффективный или неэффективный закон между конкретными участниками коллективного субъекта «законодатель» по трем основным категориям позволит отдельным гражданам и всему обществу более корректно и объективно оценивать правотворческую работу соответствующих институтов государственной власти. Потребность в распределении ответственности между субъектами законотворческого процесса возрастает с увеличением количества принимаемых «дефектных» законов, поправки к которым необходимо принимать уже в первые месяцы их действия. Даже в широко обсуждавшийся закон «О полиции», принятый 7 февраля 2011 г., первые поправки были внесены уже в июле 2011 г.<sup>2</sup>

Для этого необходимо наряду с опубликованием самого закона более подробно освещать информацию о процедуре его разработки и принятия. В частности, публиковать краткую справку по принятому закону, в которой

---

<sup>1</sup> См.: Информация по законопроекту № 559740-5 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=559740-5](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=559740-5) (дата обращения: 1 сентября 2019 г.)

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 1 июля 2011 г. (в ред. от 28 декабря 2017 г.) № 169-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3880; 2018. № 1 (часть 1). Ст. 19; Федеральный закон от 1 июля 2011 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 170-ФЗ «О техническом осмотре транспортных средств и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3881; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5159.

предлагается указывать: инициатора принятия закона, автора внесенного законопроекта (ответственный государственный орган, общественное объединение, научное учреждение и т. п.), авторов учтенных в принятом законе поправок, поступивших в процессе принятия закона в Государственной Думе РФ.

Само усмотрение законодателя предполагает выбор и реализацию им определенной модели правового поведения в процессе осуществления правотворческой функции, в результате которого создается нормативно-правовой акт, облаченный в конкретную форму (кодекса, основ законодательства, федерального конституционного закона, федерального закона и др.).

Рассматривая усмотрение в законотворческом процессе как предпосылку создания нормативно-правового акта, обладающего большей или меньшей степенью эффективности, необходимо подчеркнуть, что усмотрение в данном случае — это не монолитное образование и не разовый акт выбора возможного варианта правового поведения. Усмотрение законодателя в целом представляет собой комплекс взаимосвязанных усмотрений, реализуемых различными субъектами, относящимися к группе «законодатель», по конкретным правовым вопросам, возникающим в процессе создания нормативных правовых актов. Взаимодействуя, «микроусмотрения» образуют целостный механизм усмотрения законодателя, функционирующий параллельно законотворческому процессу.

Структуру механизма усмотрения законодателя будут образовывать те ключевые вопросы, возникающие в процессе разработки и принятия нормативно-правовых актов, от решения которых будет зависеть эффективность результата законодательного процесса. На наш взгляд, следует выделить следующие элементы:

1. Решение о необходимости правового регулирования определенных общественных отношений. Это отправной пункт для начала законотворческой деятельности: разработки проектов законов, внесения их

на рассмотрение в законодательный орган, прохождение всех стадий законодательного процесса. Здесь следует различать две возможных стадии: во-первых, внесение предложения по принятию того или иного закона, регулирующего определенные общественные отношения (факультативная), во-вторых, внесение предложения (дача поручения) по разработке проекта соответствующего нормативного правового акта.

В первом случае, представитель законодателя по своему усмотрению выделяет из общего комплекса существующих в обществе отношений те, которые, по его мнению, следует наделить качеством правовых, т. е. урегулировать законом, и выходит с соответствующим предложением. Бесспорно, важным качеством современного законодательного процесса необходимо считать его интенсификацию — своевременное оперативное реагирование на возникающие или видоизменяющиеся общественные отношения и отражение этих процессов в принимаемых законах. Право по своей сути более консервативно, чем отношения в обществе, и это различие становится более очевидным, когда законодательный процесс носит «догоняющий» характер. Однако, как справедливо отмечает профессор И. Н. Сенякин, интенсивность законодательства определяется, прежде всего, степенью его полезной отдачи в урегулировании общественных отношений, на которой негативно сказываются постоянное «забегание вперед» законодателя<sup>1</sup>.

При этом возможны случаи полного отсутствия объективных предпосылок для правового урегулирования именно этих социальных отношений, а выдвижение соответствующих предложений — субъективная позиция их автора. Примером является рассмотрение Законодательным собранием Санкт-Петербурга предложения одного из депутатов о признании за человеческим эмбрионом, находящимся в утробе матери,

---

<sup>1</sup> См.: Сенякин, И. Н. Федерализм как принцип российского законодательства / И. Н. Сенякин; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2007. С. 38.

конституционных прав человека<sup>1</sup>. В подобной ситуации существует риск, что при принятии соответствующего закона в разряд правовых перейдут те общественные отношения, которые по своей природе таковыми являться не могут, а это пополнение числа «мертворожденных» законов, рост правового нигилизма населения.

Вторая стадия представляет собой решение «технического», но чрезвычайно важного вопроса о том, кто будет разрабатывать первоначальный проект закона (поправок в закон). Это может быть предложено сделать одному или нескольким органам государственной власти, ответственным за реализацию государственной политики в данной сфере общественных отношений, специализированным научно-исследовательским или научно-образовательным учреждениям, общественным объединениям. Возможно также, что субъект, выступивший с инициативой законодательного урегулирования тех или иных социальных отношений, предложит и свой вариант законопроекта, что особенно распространено в случаях, когда названный субъект обладает правом законодательной инициативы.

Рассматриваемое усмотрение (стадия) может быть первым и единственным при решении вопроса о необходимости правового регулирования конкретных общественных отношений. Это возможно в тех случаях, когда некая группа социальных отношений объективна «созрела» для приобретения свойства «правовых», и это становится очевидным как для государственной власти, так и для большинства представителей общества. В таких ситуациях сложно либо даже невозможно точно определить одного конкретного инициатора урегулирования законом соответствующих отношений, отчетливо видно только решение о начале разработки соответствующих законопроектов (например, поручение Президента РФ или

---

<sup>1</sup> См.: Цинклер, Е. Эмбрион может стать гражданином // Интернет портал «Российской газеты». 2012. 16 августа. URL: <https://rg.ru/2012/08/16/reg-szfo/embrion-anons.html> (дата обращения: 1 июля 2021 г.); Голубкова, М. Эмбрион не признали ребенком // Интернет портал «Российской газеты». 2012. 26 сентября. URL: <https://rg.ru/2012/09/26/reg-szfo/embrion.html> (дата обращения: 1 июля 2021 г.).

Председателя Правительства РФ одному из министерств). Так, объективно возникла необходимость в реформировании работы органов внутренних дел и обновлении источников правовой регламентации их деятельности, в результате чего был принят закон «О полиции».

2. Усмотрение законодателя об очередности правового регулирования различных общественных отношений. Поскольку объективно могут возникнуть обстоятельства, требующие от государства законодательно урегулировать либо скорректировать правовую регламентацию одновременно в нескольких областях (возможно, полярно противоположных) общественных отношений, законодатель должен грамотно расставить приоритеты в своей работе. Такое усмотрение зачастую реализуется самими законодательными органами, в которые поступает весь объем законопроектов и законодательных инициатив от самых разных субъектов. Сказанное, однако, не означает, что возможность влияния на очередность принятия законов со стороны иных субъектов полностью исключена. Определяющее значение в данном случае будет иметь расстановка политических сил между главой государства, законодательными и исполнительными органами власти. Естественно, что законотворческие инициативы политических единомышленников будут активнее лоббироваться большинством законодательного органа, нежели предложения лиц, с которыми существуют разногласия. Поэтому явно видно, что целые комплексы законопроектов, именуемых «президентским пакетом законов» или «правительственным пакетом законов», принимаются значительно более оперативно. В частности, длительное время велась речь о реформировании системы образования в стране и принятии нового основополагающего закона в данной области. Еще в 2008 г. в соответствии с Посланием Президента РФ Федеральному Собранию России исполнительной власти было предложено подготовить национальную образовательную стратегию — инициативу

«Наша новая школа», которая была разработана в течение 2009 г.<sup>1</sup>. Однако современный закон, регулирующий сферу образования в Российской Федерации, который должен сменить действовавший в течение 20 лет предыдущий закон<sup>2</sup>, был принят только в конце декабря 2012 г.<sup>3</sup>. Для сравнения можно привести изменения целого ряда законов<sup>4</sup>, связанные с реформированием политической системы страны, которые были внесены в течение нескольких месяцев с момента выдвижения соответствующей идеи (предложение внести соответствующие поправки в действующее законодательство содержалось в Послании Президента Федеральному Собранию Российской Федерации от 22 декабря 2011 г.<sup>5</sup>, а закон<sup>6</sup> был принят уже в мае 2012 г.).

3. Выбор способа влияния принимаемого закона на «целевые» общественные отношения. Здесь возможно выделение прямого и опосредованного способов влияния. Прямое влияние предполагает, что целевые общественные отношения, то есть те, которые законодатель стремится скорректировать и направить их развитие в положительном для социума направлении, и являются непосредственным предметом правового регулирования принимаемого закона. При опосредованном влиянии принимаемый закон должен воздействовать на предметные социальные отношения, которые после преобразования в соответствии с велениями

---

<sup>1</sup> См.: Послание Федеральному Собранию Российской Федерации 5 ноября 2008 г. URL: <http://kremlin.ru/events/president/transcripts/1968> (дата обращения: 1 июля 2021 г.); Послание Федеральному Собранию Российской Федерации 12 ноября 2009 г. URL: <http://kremlin.ru/events/president/transcripts/5979> (дата обращения: 1 июля 2021 г.).

<sup>2</sup> См.: Закон РФ от 10 июля 1992 г. (в ред. от 12 ноября 2012 г.) № 3266-1 «Об образовании» (утратил силу) // Российская газета. 1992. 31 июля; 2012. 14 ноября.

<sup>3</sup> См.: Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (часть 1). Ст. 7598; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5150.

<sup>4</sup> См.: Федеральный закон от 6 октября 1999 г. (в ред. от 11 июня 2021 г.) № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005; 2021. № 24 (часть 1). Ст. 4188; Федеральный закон от 12 июня 2002 г. (в ред. от 4 июня 2021 г.) № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253; 2021. № 23. Ст. 3916.

<sup>5</sup> См.: URL: <http://www.kremlin.ru/news/14088> (дата обращения: 1 июля 2021 г.).

<sup>6</sup> См.: Федеральный закон от 2 мая 2012 г. № 40-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2274.

закона повлекут позитивные изменения целевых отношений, находящихся с ними в системной связи. Различие можно продемонстрировать на ранее упоминавшемся законопроекте о признании за человеческим эмбрионом, находящимся в утробе матери, конституционных прав человека, и фактически приравнивание аборта к убийству, который был рассмотрен Законодательным собранием Санкт-Петербурга. Цели такого закона, будь он принят, очевидны — улучшение демографической ситуации и увеличение рождаемости, забота о репродуктивном здоровье женщин за счет снижения числа аборт. Такой закон являлся бы примером прямого влияния (а точнее, — попытки прямого влияния) на целевые отношения, поскольку непосредственно ограничивал бы или запрещал производство аборт. Вместе с тем, на демографическую ситуацию позитивно можно повлиять и опосредованно, принимая, например, законы о гарантиях обеспечения жильем семей с детьми; о дополнительных трудовых гарантиях родителям; о более высоком социальном и медицинском обеспечении граждан, имеющих детей; и др. Полагаем, что в решении проблем улучшения демографической ситуации, борьбы с алкоголизмом и курением и ряде других вопросов именно опосредованное влияние является более эффективным, нежели прямое.

4. Определение оптимальной степени детализации принимаемых нормативных правовых актов. Законодателю при разработке проекта закона необходимо иметь четкое представление о желаемом результате законотворческого процесса, — каков должен быть принятый закон: детально и строго регулирующий соответствующие отношения или же определяющий только основные направления правового регулирования и предоставляющий субъектам права широкую степень свободы (возможность правоприменительного или правореализационного усмотрения)? Безусловно, на решение этого вопроса оказывает огромное влияние область регулируемых общественных отношений — если при регулировании предпринимательской деятельности законодателю можно и необходимо

оставлять простор для саморегуляции участников экономических отношений, то регламентация сферы административного управления должна быть более четкой, подробной, исключающей возможность необоснованного правоприменительного усмотрения со стороны органов государственного управления и их должностных лиц. В частности, говоря о государственном (в том числе и правовом) регулировании предпринимательской деятельности, ученые выделяют следующие возможные модели: отсутствие регулирования, саморегулирование, квазирегулирование и прямое государственное регулирование<sup>1</sup>. Перечисленные модели различаются степенью участия государства в упорядочении отношений в области предпринимательства. Полагаем, что аналогичную классификацию можно предложить и в отношении степени конкретизации принимаемых актов правового регулирования, причем такое деление будет справедливым во всех сферах общественных отношений, а не только в предпринимательской.

Во-первых, прямое полное законодательное регулирование, которое предполагает четкую регламентацию в статьях закона наибольшего числа вопросов, нуждающихся в правовом опосредовании. Выбор такой модели практически устраняет потребность в подзаконном правотворчестве, в случаях «качественного» формулирования статей закона, исключающего противоречия, неясности, многозначность используемой терминологии и т. п. Например, уголовное законодательство должно содержать наиболее полное, однозначно толкуемое описание деяния, считающегося преступлением. Недостатком данной модели является низкий уровень динамичности правового регулирования, поскольку изменение закона процесс длительный, а проводить корректировку подзаконными актами нельзя.

Во-вторых, комплексное законодательное регулирование. Выбирая названную модель, законодатель осознанно передает на регулирование подзаконными нормативно-правовыми актами часть социальных отношений,

---

<sup>1</sup> См.: *Макеева, Е. М.* О правовых основах государственного регулирования предпринимательской деятельности на примере России и Австралии // *Административное право и процесс.* 2010. № 1. С. 41–44.

входящих в регулируемую законом сферу. Положительной чертой комплексного законодательного регулирования является возможность его оперативного совершенствования и приведения в соответствие с изменяющимися условиями. Следовательно, такая модель более подходит для правового регулирования тех областей социальной жизни, в которых отношения носят более динамичный характер. Однако здесь необходимо обращать внимание на ряд ключевых моментов:

– закон должен регулировать наиболее важные общественные отношения, а подзаконные нормативно-правовые акты — второстепенные;

– должно обеспечиваться прямое действие принятого закона. Невозможность применения закона в отсутствие какого-либо подзаконного акта ставит под сомнение целесообразность принятия такого закона;

– подзаконные нормативные правовые акты не должны изменять суть закона.

В-третьих, законодательное закрепление правил саморегулирования. В этом случае закон определяет лишь наиболее общие границы поведения субъектов права, в рамках которых им представляется полная свобода. При этом в отличие от предыдущей модели закон не требует обязательного принятия подзаконных нормативно-правовых актов, уточняющих и дополняющих содержащиеся в нем положения. Допускается, что в тех границах, которые определены законом, будут действовать и другие, неправовые нормы: обычаи делового оборота, национальные, конфессиональные и культурные традиции, нормы морали, религиозные нормы.

Отметим, что нами приведены три идеальных модели, которые на практике могут сочетаться между собой даже в рамках одного закона. Например, закон «О статусе судей в Российской Федерации»<sup>1</sup> достаточно детально регламентирует требования, предъявляемые к кандидатам на

---

<sup>1</sup> См.: Закон РФ от 26 июня 1992 г. (в ред. от 5 апреля 2021 г.) № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1792; СЗ РФ. 2021. № 15 (часть 1). Ст. 2430.

должности судей и судьям, налагаемые на судей обязанности и ограничения, обусловленные его статусом. В целом указанный закон можно отнести к модели полного законодательного регулирования. Однако ст. 12.1 названного закона, регулирующая дисциплинарную ответственность судей, указывает в качестве основания нарушение не только норм соответствующего закона, но и положений Кодекса судейского этики, который утверждается органом судейского сообщества — Всероссийским съездом судей. Следовательно, в этой части закон допускает саморегулирование.

5. Выбор типа и способов правового регулирования, на которых будет основываться будущий закон. В решении данного вопроса многое зависит от сферы общественной жизни, отношения в которой будут регулироваться будущим законом. Для одних социальных областей характерен общедозволительный тип правового регулирования и способ дозволения, для других — разрешительный тип и способы обязывания и запрещения. При этом не исключается возможность, что разрабатываемый или принимаемый закон, нацеленный на регулирование общественных отношений в определенной сфере, будет использовать способы правового регулирования, не характерные для данной области. Так, например, основной тип правового регулирования в сфере предпринимательской деятельности — общедозволительный, но и здесь можно обнаружить отдельные законы, относящиеся к разрешительному типу правового регулирования: «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»<sup>1</sup>, «О лицензировании отдельных видов деятельности»<sup>2</sup> и др.

Таким образом, законодателю при разработке и принятии закона следует определить, должен ли он соответствовать типу и способам правового регулирования, доминирующим в данной сфере общественных

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. (в ред. от 11 июня 2021 г.) № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249; 2021. № 24 (часть 1). Ст. 4188.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 4 мая 2011 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // СЗ РФ. 2011. № 19. Ст. 2716; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5177.

отношений, или закон станет эффективнее, если будет представлять исключение из общего правила.

6. Техничко-юридическое усмотрение законодателя. Оно представляет собой целую систему взаимосвязанных и взаимообусловленных решений, находящих отражение в тексте законопроекта, принимаемых законодателем в процессе разработки и принятия закона. Необходимо назвать наиболее значительные вопросы, решаемые законодателем и относящиеся, на наш взгляд, к технико-юридическим:

- о структуре закона (необходимость в преамбуле, деление на разделы, главы);
- о формулировании в тексте закона целей его принятия;
- об определении в законе используемых специальных терминов;
- о принятии или отклонении поступивших поправок;
- и др.

Следует отметить, что данное усмотрение может основываться не только на нормативно закрепленных правилах юридической техники, установленных на общегосударственном или локальном уровнях, но и на других технико-юридических правилах, среди которых исследователи выделяют следующие основные группы: универсальные, доктринальные и случайные<sup>1</sup>.

Проведенный анализ структуры усмотрения в сфере законотворческой деятельности, а также выявленные отличия собственно законотворческого процесса от более общего правотворческого позволяют сформулировать определения *законотворческого усмотрения* и *правотворческого усмотрения*.

***Законотворческое усмотрение представляет собой основанные на общих принципах права и положениях Основного закона решения законодателя по вопросам о потребности, последовательности,***

---

<sup>1</sup> См.: Давыдова, М. Л. Нормативность юридической техники: к вопросу о механизме действия правотворческих правил и средств // Юридическая техника. 2012. № 6. С. 156.

*детализированности, типе и способах правового регулирования определенных общественных отношений и выбор оптимальных технико-юридических приемов, методов и средств, нашедшие отражение в принятом законе.*

В свою очередь, *правотворческое усмотрение* как более общая разновидность — это *основанные на общих принципах права, положениях Основного закона и текущего законодательства решения законодателя либо иного субъекта, которому делегированы правотворческие полномочия, по вопросам о потребности, последовательности, детализированности, типе и способах правового регулирования определенных общественных отношений и выбор оптимальных технико-юридических приемов, методов и средств, принятые в пределах компетенции соответствующего субъекта и нашедшие отражение в законе или подзаконном нормативно-правовом акте.*

Обратим внимание, что правотворческое усмотрение от законотворческого отличает:

1) форма выражения — правотворческая дискреция может выражаться не только в форме закона, но и в форме других нормативно-правовых актов (либо иных источников права);

2) круг субъектов — количество лиц, реализующих правотворческую дискрецию, значительно больше числа лиц, осуществляющих законотворческое усмотрение (даже с учетом широкой трактовки термина «законодатель»);

3) наличие пределов, не распространяющихся на законотворческое усмотрение, но действующих в отношении иной правотворческой дискреции.

## **§ 2. Правовые и внеправовые пределы усмотрения субъекта правотворчества**

Возможность усмотрения в процессе разработки и принятия правовых

норм органически присуща законотворческому процессу и законодательной ветви власти, деятельность которой формирует ядро системы права — систему законов. Однако данная возможность не безгранична. В отношении законодателя и других субъектов, наделенных правотворческими полномочиями, действуют пределы, направленные на соблюдение баланса между различными ветвями власти и обеспечение наибольшей эффективности механизма правового регулирования.

На законодателя и других субъектов, осуществляющих правотворческую деятельность, распространяются общие пределы усмотрения в праве, обозначенные в первой главе диссертационного исследования. При этом содержание пределов, действующих в отношении правотворческого усмотрения, будет обладать значительной степенью специфичности по сравнению с теми же пределами, действующими в отношении других видов правового усмотрения. Названное обстоятельство обуславливает необходимость отдельного исследования вопроса о границах усмотрения субъектов правотворчества.

Количество ограничений, устанавливаемых в отношении субъектов, осуществляющих правотворческую деятельность, зависит, на наш взгляд, от уровня правотворчества и от правового статуса каждого конкретного органа, организации или лица, наделенных правотворческими полномочиями.

Под уровнем правотворчества в данном случае следует понимать юридическую силу нормативно-правового акта, являющегося результатом правотворческого процесса. Соответственно, высшим уровнем будет являться деятельность по разработке и принятию федеральных законов<sup>1</sup>, а низшим — локальное правотворчество в организациях и общественных объединениях. Чем выше уровень правотворчества, тем более широкие границы может иметь усмотрение субъектов правотворческого процесса, и

---

<sup>1</sup> Здесь термин «федеральные законы» понимается в широком смысле как собирательное понятие всех законов, принятых федеральными законодательными органами власти и обладающих разной юридической силой: федеральные конституционные законы, кодексы, уставы, основы законодательства, собственно федеральные законы, законы Российской Федерации.

наоборот — чем ниже уровень правотворчества, тем больше ограничений действует в отношении лиц, его осуществляющих. Так, например, федеральные законодательные органы могут внести изменения в трудовое законодательство и установить дополнительные дисциплинарные взыскания к тем, которые предусмотрены ТК РФ. Это, в частности, сделано в отношении прокурорских работников (ст. 41.7 закона о прокуратуре РФ<sup>1</sup>), работников Следственного комитета РФ (ст. 28 закона о Следственном комитете РФ<sup>2</sup>) и др. Однако применение дополнительных дисциплинарных взысканий, не предусмотренных ТК РФ, не допускается (ч. 4 ст. 192), а следовательно, не допускается и включение их в локальные нормативные правовые акты.

Обращаясь к классификации пределов усмотрения в праве на внутренние и внешние, следует отметить, что в сфере правотворческой деятельности преобладают внешние пределы, что особенно ярко проявляется на высшем уровне правотворчества — в деятельности федеральных законодательных органов. В том, что касается разработки и принятия новых законов или внесения поправок в уже действующие и применительно к большинству вопросов, которые решаются по усмотрению законодателя, соответствующие органы ограничены лишь чертой, за которой принятые законы теряют юридическую силу либо утрачивают эффективность. Для законодательных органов практически нет заранее предрешенных путей, в выборе которых реализовывалось их усмотрение, они сами прокладывают себе «дорогу».

Внутренними пределами для правотворческого усмотрения будут правила законодательного процесса или процедура разработки и принятия иного нормативно-правового акта. В общем объеме возможных ограничений свободы усмотрения субъектов правотворческой деятельности внутренние

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 17 января 1992 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5093.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 15; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5070.

пределы занимают малую часть, поскольку значительную долю права на усмотрение законодатель или иной субъект реализуют еще до перехода к строгой процедуре законодательного процесса или принятия подзаконного нормативного правового акта.

Особое содержание будет у правовых пределов усмотрения субъектов правотворчества.

Первым общим правовым пределом усмотрения в праве названы законность и правовой порядок. В отношении правотворческого усмотрения названные пределы нуждаются в уточнении.

Что представляют собой законность и правопорядок? Классические определения названных фундаментальных категорий общей теории права, данные ведущими российскими учеными<sup>1</sup>, в настоящей работе уже приводились. Но применительно к правотворческой деятельности важно обратить внимание на другой аспект. Законность и правовой порядок есть качества, отражающие особое состояние правовой жизни общества, которое, в свою очередь, является результатом эффективного функционирования механизма правового регулирования. Для более четкой характеристики особенностей данного предела усмотрения необходимо обратиться к категории механизма правового регулирования и его структуре. Следует отметить, что указанная категория достаточно неплохо разработана еще советской правовой наукой, — такими ее представителями, как Н. Г. Александров<sup>2</sup>, Л. С. Явич<sup>3</sup>, А. М. Витченко<sup>4</sup>, В. М. Горшенев<sup>5</sup>,

---

<sup>1</sup> См., например: *Байтин, М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 340–344; *Он же.* К уточнению понятия законности // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 3. С. 12; *Борисов, В. В.* Правопорядок советского общества и пути его укрепления // Вопросы теории государства и права: сборник статей / Под ред. М. И. Байтина, В. В. Борисова. Выпуск 2. Саратов, 1971. С. 52.

<sup>2</sup> См.: *Александров, Н. Г.* Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961.

<sup>3</sup> См.: *Явич, Л. С.* Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. М.: Госюриздат, 1961.

<sup>4</sup> См.: *Витченко, А. М.* Механизм правового регулирования социалистических общественных отношений, его понятие и структура // Вопросы теории государства и права. Вып. 1. Саратов, 1968.

<sup>5</sup> См.: *Горшенев, В. М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М.: Юрид. лит., 1972.

С. С. Алексеев<sup>1</sup> и др. Безусловно, полувековая история изучения одного явления приводит к появлению различных определений и трактовок самого понятия, различных подходов к структуре исследуемого явления. Так, например, С. С. Алексеев полагал, что механизм правового регулирования представляет собой взятую в единстве всю совокупность юридических средств, с помощью которых обеспечивается правовое воздействие на общественные отношения<sup>2</sup>. В современной литературе механизм правового регулирования определяют как систему юридических средств, организованных наиболее последовательным образом в целях упорядочения общественных отношений, содействия удовлетворению интересов субъектов права<sup>3</sup>. Между тем общей платформой, на которой сходятся ученые, занимающиеся исследованием механизма правового регулирования, является то, что он понимается как «живое», действующее право, т. е. поэтапный процесс движения правовых средств от целей, стоящих перед правом, к определенным результатам.

Поскольку механизм правового регулирования рассматривается как динамическое явление, критерием выделения основных элементов механизма служит последовательная система стадий, которые проходит сам процесс правового регулирования<sup>4</sup>. В последнее время наиболее распространенной является позиция, согласно которой в структуру механизма правового регулирования включается четыре элемента (стадии) и дополнительный (факультативный) элемент. Основными элементами являются:

- норма права;
- юридический факт или фактический состав;
- правоотношение;
- акты реализации прав и обязанностей.

---

<sup>1</sup> См.: Алексеев, С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юрид. лит., 1966.

<sup>2</sup> См.: Алексеев, С. С. Указ. соч. С. 30.

<sup>3</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 472.

<sup>4</sup> См.: Бандорин, А. Е. Механизм правового регулирования предпринимательской деятельности в России (вопросы теории и практики): дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010. С. 60.

Факультативным элементом, вступающим в действие в случаях нарушения правовых предписаний, выступает охранительный правоприменительный акт<sup>1</sup>.

Безусловно, основное воздействие на состояние законности и правового порядка происходит на четвертой стадии правового регулирования в процессе реализации субъективных прав и юридических обязанностей. Этот элемент либо способствует укреплению и поддержанию состояния законности и правопорядка, либо приводит к его нарушению. И именно в рамках названной стадии все иные виды усмотрения (правоприменительное, правореализационное, судебное) не должны негативно сказываться на состоянии законности и правового порядка.

Правотворческое усмотрение, в отличие от указанных видов, оказывает воздействие на законность и правовой порядок не на четвертой, а на первой стадии механизма правового регулирования, при формулировании общего правила поведения — правовой нормы. То есть усмотрение законодателя должно быть ограничено не только какими-то конкретными правилами и предписаниями, но и оценкой того, как принятая и претворенная в жизнь норма скажется на состоянии законности и правового порядка. Для объективной оценки законодателю необходимо проанализировать целый ряд вопросов.

Во-первых, оценить качество самой принимаемой нормы права. Российской правоприменительной практике известны случаи «мертвых» норм (или статей закона), когда правовая норма была сформулирована законодателем таким образом, что применять ее было практически невозможно или чрезмерно затруднительно. Например, положения ст. 107 УПК РФ, регулирующие применение меры пресечения в виде домашнего ареста, до 2012 г. применялись судами очень редко, в силу недостаточно четкой правовой регламентации данного вопроса. В частности, за первые 9 месяцев 2011 г. в районные суды г. Москвы поступило 9096 материалов об

---

<sup>1</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Указ. соч. С. 474–477.

избрании меры пресечения, из них только в 37 случаях была избрана такая мера пресечения, как домашний арест. Комментируя названные цифры, председатель Московского городского суда О. А. Егорова в 2011 г. отметила, что «осторожность судей» в избрании такой меры пресечения, как домашний арест, связана с недостаточной разработанностью порядка ее применения: закон не определяет органы, обязанные осуществлять контроль за обвиняемым (подозреваемым) в случае избрания в отношении него домашнего ареста. В связи с этим суды возлагали обязанности по контролю за обвиняемым (подозреваемым) и на органы Федеральной службы безопасности, и на полицию (милицию), которые фактически не исполняли соответствующие судебные решения, ссылаясь на то, что такая деятельность не входит в их обязанности<sup>1</sup>. В обновленной редакции ст. 107 УПК РФ, вступившей в законную силу с 1 января 2012 г., эти вопросы законодателем разрешены<sup>2</sup>. Бесспорно, что если в процессе рассмотрения материалов дела судья приходит к выводу о наличии оснований для избрания в качестве меры пресечения именно домашнего ареста, но не избирает его в силу недоработанности процедуры применения, то это нарушает состояние законности и правового порядка в стране.

Во-вторых, законодателю необходимо оценить насколько принимаемая правовая норма способна стать составной частью механизма правового регулирования наряду с другими, уже действующими нормами. В данном случае проверяется уместность и своевременность принятия данной нормы, поскольку даже идеальные с технической точки зрения нормы права в механизме правового регулирования могут превратиться в «пятое колесо телеги».

В-третьих, если принимаемая норма не укладывается в систему существующих норм права и вносит в нее дисбаланс, то законодателю

---

<sup>1</sup> См.: *Егоров, И.* Огласите телефонное право // Российская газета. 2011. 24 ноября. URL: <https://rg.ru/2011/11/24/egorova.html> (дата обращения: 1 июля 2020 г.).

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. (в ред. от 3 июля 2016 г.) № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7362; 2016. № 27 (часть 2). Ст. 4262.

следует расставить приоритеты в процессе приведения новой нормы к единому знаменателю с существующими. В данном случае необходимо решить, должна ли принимаемая норма изменяться под уже существующие, или наоборот, действующие нормы подлежат корректировке в целях обеспечения их оптимального взаимодействия с вновь принятой. Решение данного вопроса должно быть подчинено единой цели — обеспечению эффективного функционирования механизма правового регулирования и как следствие — поддержанию законности и правового порядка в обществе.

Следующим правовым пределом, ограничивающим свободу правотворческого усмотрения, являются положения Основного закона страны — Конституции Российской Федерации. Названный предел представляет собой целый комплекс ограничений, которые должны соблюдать законодательные и иные органы, наделенные правотворческими полномочиями, при осуществлении соответствующей функции. Указанные ограничения, на наш взгляд, целесообразно разделить на две группы:

- 1) собственно конституционные нормы;
- 2) производные от конституционных положений.

Первая группа включает в себя все нормы, закрепленные в действующей Конституции России, поскольку она принята в особом порядке — всенародным голосованием. Кроме того, в ч. 1 ст. 15 самого Основного закона за Конституцией РФ признается высшая юридическая сила и прямое действие на всей территории государства. Законы и иные правовые акты, принимаемые в России, не должны противоречить Конституции РФ. Соответственно любой законодательный орган на территории Российской Федерации или любой иной орган и должностное лицо, принимающие нормативно-правовой акт, должны соотносить конструируемые правовые нормы со статьями действующего Основного закона и следить за тем, чтобы не было допущено противоречий. Рассматривая нормы Конституции РФ как пределы усмотрения субъектов правотворчества, целесообразно их разделить на две разновидности: преодолимые пределы и непреодолимые. Основанием

такой классификации служит специфика порядка пересмотра отдельных положений Конституции РФ, определенная в ст. 135.

К числу преодолимых пределов будут относиться положения статей, содержащихся в гл. 3–8 Конституции РФ, поскольку внесение поправок в эти главы возможно в порядке, предусмотренном для принятия федеральных конституционных законов и при одобрении соответствующих поправок органами законодательной власти не менее двух третей субъектов РФ (ст. 136 Конституции РФ). То есть, определяя законодателя как коллективного субъекта, олицетворяющего определенную политическую силу в государстве и представленного достаточным числом депутатов в законодательных органах различного уровня, мы допускаем, что по усмотрению законодателя названные нами пределы будут преодолены путем принятия поправок в саму Конституцию РФ и необходимых законов. Соответствующие примеры уже существуют. Так, в декабре 2008 г. были приняты поправки в действующую Конституцию РФ, увеличивающие срок полномочий Президента РФ с четырех до шести лет (ч. 1 ст. 81 Конституции РФ) и Государственной Думы РФ с четырех до пяти лет (ч. 1 ст. 96 Конституции РФ)<sup>1</sup>, и расширяющие контрольные полномочия Государственной Думы РФ в отношении Правительства РФ (ч. 1 ст. 103 и ч. 1 ст. 114 Конституции РФ)<sup>2</sup>. В 2014 г. поправки в Основной закон страны вносились дважды. В феврале изменения затронули положения, касающиеся высших судебных органов государства и прокуратуры России. В частности, прежнее название гл. 7 Конституции РФ «Судебная власть» изменено на «Судебная власть и прокуратура», упразднен Высший Арбитражный Суд РФ, изменен порядок назначения заместителей Генерального прокурора РФ и прокуроров субъектов РФ и др.<sup>3</sup>. В июле

---

<sup>1</sup> См.: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ «Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы» // СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 1.

<sup>2</sup> См.: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ «О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 2.

<sup>3</sup> См.: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 548.

поправки коснулись состава Совета Федерации Федерального Собрания России<sup>1</sup>. Наиболее многочисленные изменения в Конституцию России внесены законом от 14 марта 2020 г.<sup>2</sup>. Поправки, предусмотренные данным законом, были одобрены в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г. и вступили в силу 4 июля.

Непреодолимыми пределами являются статьи Конституции РФ, регламентирующие основы конституционного строя, права и свободы человека и гражданина, а также процедуру внесения поправок и пересмотр Конституции РФ (гл. 1, 2 и 9). В соответствии со ст. 135 Конституции РФ положения, содержащиеся в указанных главах, не могут быть пересмотрены Федеральным Собранием. Если предложения о соответствующих поправках будут поддержаны тремя пятими голосов от общего числа членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы РФ, то в соответствии с федеральным конституционным законом созывается Конституционное Собрание. Данное Собрание, в свою очередь, может принять решение о неизменности Конституции РФ, либо двумя третями принять проект новой Конституции, который выносится на всенародное голосование. Такой порядок фактически исключает возможность для законодателя преодолеть нормы указанных глав Конституции РФ, являющиеся ограничением законотворческого усмотрения, поскольку в приведенной процедуре внесения изменений предусмотрено вынесение проекта новой Конституции на всенародное голосование. Кроме того, и результат прохождения такой процедуры — это, по сути, новая Конституция, которая будет представлять собой набор уже других пределов.

Однако, как показали поправки, внесенные в Конституцию РФ в 2020 г., у законодателя имеется определенная «свобода маневра», позволяющая

---

<sup>1</sup> См.: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ «О Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 30 (ч. 1). Ст. 4202.

<sup>2</sup> См.: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1416.

расширить непреодолимые конституционные пределы. Представляется, что например, положения частей 5–7 ст. 75 в последней редакции Конституции РФ в большей степени касаются прав граждан, нежели федеративного устройства, но при этом законодатель включил их в статью главы «Федеративное устройство» Основного закона, изменение которой возможно без созыва Конституционного Собрания.

Отдельно следует сказать о таких прямо предусмотренных Основным законом РФ ограничениях правотворческого усмотрения, как конституционные основы законодательного процесса, предусмотренные ст. 104–108 Конституции РФ. Данный комплекс ограничений будут образовывать следующие правила законодательного процесса:

1. Исчерпывающий перечень субъектов, наделенных правом законодательной инициативы. Далеко не все субъекты, имеющие потенциальную заинтересованность в принятии новых законов или корректировке действующих, наделены полномочием непосредственно обратиться с соответствующими предложениями в Государственную Думу РФ. С одной стороны, такая норма играет положительную роль, обеспечивая необходимую стабильность действующего законодательства и гарантируя согласованность взглядов высших органов управления государством на его развитие, а также создает некий «фильтр», позволяющий отсеивать предложения, носящие узковедомственный или узкокорпоративный характер, до их поступления на рассмотрение законодательного органа. Например, при разработке проектов законов федеральными министерствами, они направляются в Государственную Думу от Правительства РФ в целом, что особенно важно в случаях создания коалиционного Правительства, в котором «портфели» министров распределены между представителями различных политических сил.

С другой стороны, у ограничения круга субъектов права законодательной инициативы есть и отрицательные черты. Во-первых, размываются границы ответственности (в том числе и политической)

субъекта, подготовившего предложение о принятии правовой нормы, и субъекта, официально выступившего с такой инициативой. В приведенном примере ответственность за внесенные предложения с министерством-инициатором разделит все Правительство. Во-вторых, слабее прослеживается ведомственное лоббирование принятия конкретных нормативно-правовых актов. В-третьих, недостатки самого перечня субъектов права законодательной инициативы. В частности, в соответствии со ст. 104 Конституции РФ правом законодательной инициативы в России наделены: Президент, Совет Федерации, сенаторы РФ, депутаты Государственной Думы, Правительство, законодательные (представительные) органы субъектов РФ, а также Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ по вопросам их ведения. В данном перечне отсутствует, например, Генеральный прокурор РФ, хотя именно он в соответствии с п. 7 ст. 12 Закона о прокуратуре ежегодно представляет палатам Федерального Собрания и Президенту РФ доклад о состоянии законности и правопорядка в стране и проделанной работе по их укреплению<sup>1</sup>. Безусловно, именно в прокуратуре в результате осуществления надзора концентрируется информация о существующих нарушениях законов и их предпосылках, о качестве законов и причинах их низкой эффективности. Соответственно, логично было бы, если Генеральный прокурор РФ не только мог сообщить законодательному органу страны об этом, но и предложить пути усовершенствования действующего законодательства, в том числе непосредственно внести в Государственную Думу соответствующие законопроекты.

2. Требование о согласовании законопроектов. Общее правило сформулировано в ч. 3 ст. 104 Конституции РФ, согласно которому законопроекты о введении или отмене налогов, освобождении от их уплаты, о выпуске государственных займов, об изменении финансовых обязательств государства и другие законопроекты, предусматривающие расходы,

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 17 января 1992 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5093.

покрываемые за счет федерального бюджета, могут быть внесены только при наличии заключения Правительства РФ, которое в обязательном порядке заслушивается на заседании Государственной Думы в ходе проведения первого чтения законопроекта. Также по решению Совета Государственной Думы России может быть заслушан официальный отзыв Правительства РФ на законопроект (ч. 6 ст. 118 Регламента Государственной Думы РФ<sup>1</sup>). Помимо предусмотренного Конституцией РФ обязательного согласования отдельных законопроектов с Правительством РФ, Регламентом Государственной Думы, а также иными федеральными законами могут быть предусмотрены дополнительные основания для проведения процедуры согласования законопроекта с определенным государственным органом.

В частности, Бюджетный кодекс РФ<sup>2</sup> (далее БК РФ) устанавливает определенные особенности процедуры рассмотрения Государственной Думой проектов федеральных законов о федеральном бюджете; о внесении изменений в федеральный закон о федеральном бюджете; об исполнении федерального бюджета. Так, проект федерального закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год и плановый период, включающий предусмотренные законом приложения, вносится в Государственную Думу РФ до 1 октября текущего года. В те же сроки в Государственную Думу должен быть представлен проект основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики Центрального банка РФ (ч. 7 ст. 192 БК РФ). В свою очередь, при рассмотрении отчета об исполнении федерального бюджета Государственная Дума заслушивает доклад Председателя Счетной палаты РФ о ее заключении на годовой отчет об исполнении федерального бюджета (ст. 264.11 БК РФ).

Определенной спецификой обладает и внесение в Государственную Думу РФ проектов федеральных законов о ратификации международных

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 22 января 1998 г. (в ред. от 15 декабря 2020 г.) № 2134-П ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 801; 2020. № 50 (часть 4). Ст. 8131.

<sup>2</sup> См.: Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. (в ред. от 1 июля 2021 г., с изм. от 15 июля 2021 г.) № 145-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5079.

договоров. В соответствии с п.1 ст. 16 Закона «О международных договорах РФ»<sup>1</sup> основными субъектами права законодательной инициативы по вопросу о ратификации международного договора являются Президент РФ (если решение о подписании международного договора принято указанным лицом) и Правительство РФ (если решение о подписании международного договора принято данным органом). В случаях внесения в Государственную Думу РФ предложения ратификации международного договора, не вступившего еще в силу для Российской Федерации, со стороны других субъектов права законодательной инициативы соответствующий законопроект направляется Президенту РФ для внесения предложений по проекту закона (п. 5 ст. 16 Закона о международных договорах РФ). Такая процедура фактически означает обязательность согласования с Президентом РФ или Правительством РФ принятия законов о ратификации всех международных договоров, подлежащих ратификации, что является дополнительным ограничением правотворческого усмотрения иных субъектов законодательной инициативы по указанным вопросам.

В соответствии с действующим законодательством (п. 2 ст. 4 Закона о мировых судьях в РФ<sup>2</sup> и п. 5 ст. 3 Закона о судах общей юрисдикции в РФ<sup>3</sup>) общее число мировых судей и количество судебных участков для каждого субъекта России определяется федеральным законом, который принимается по инициативе либо законодательного (представительного) органа власти субъекта РФ, либо Верховного Суда РФ. Проекты федеральных законов об определении общего числа мировых судей и количества судебных участков в субъектах РФ должны быть согласованы или с Верховным Судом РФ, либо с органами государственной власти соответствующего субъекта РФ соответственно.

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 15 июля 1995 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757; 2020. № 50 (часть 3). Ст. 8074.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6270; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5112.

<sup>3</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 7 февраля 2011 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 898; 2020. № 50 (часть 1). Ст. 8029.

Также ст. 105 Регламента Государственной Думы РФ предусмотрено обязательное представление: отзывов Правительства РФ и Верховного Суда РФ по законопроектам о внесении изменений в Уголовный кодекс РФ; заключений Правительства РФ и решений законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ, на территории которых расположены соответствующие участки недр — по законопроектам о соглашении о разделе продукции; документа, подтверждающего согласование законопроекта о передаче перемещенной культурной ценности с органом государственной власти того субъекта РФ, на территории которого находится региональное учреждение культуры, осуществляющее оперативное управление соответствующей культурной ценностью.

Во всех приведенных случаях документы, подтверждающие выполнение необходимой процедуры согласования законопроектов, должны быть представлены в Государственную Думу РФ вместе с самим проектом закона. Если данное правило нарушается, то поступивший законопроект не считается внесенным в законодательный орган и возвращается субъекту права законодательной инициативы для устранения выявленных недостатков.

Помимо перечисленных согласований, необходимых до внесения проекта закона в Государственную Думу РФ, регламентом данного органа предусмотрена и возможность проведения процедуры согласования по законопроекту, внесенному в законодательный орган, до проведения первого чтения. В таких случаях проекты законов и материалы к ним направляются Президенту РФ, в Совет Федерации России, в Правительство РФ для подготовки отзывов, предложений и замечаний. Также законопроекты могут быть направлены в Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ, если в проектах законов затрагиваются вопросы ведения указанных органов. Проекты законов по вопросам совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ направляются для подготовки и представления отзывов в законодательные и высшие исполнительные органы государственной власти

субъектов России<sup>1</sup>.

Кроме того, ответственный комитет Государственной Думы РФ, работающий с проектом закона, может принять решение о необходимости направления законопроекта в другие государственные органы и иные организации для подготовки и представления отзывов, замечаний и предложений, либо для проведения научной экспертизы, а также в Общественную палату РФ для проведения общественной экспертизы проекта закона.

Все приведенные примеры процедуры работы с проектом закона, в случае их реализации, ограничивают свободу усмотрения инициатора (инициаторов) принятия определенных норм права и вовлекают в законотворческий процесс достаточно большой круг лиц. Именно данное обстоятельство позволило сделать вывод о том, что принятие конкретного закона, а в некоторых случаях и других нормативно-правовых актов, как правило, является продуктом усмотрения не одного лица, а группы субъектов, объединенных общим наименованием «законодатель».

3. Определение в ст. 106 Конституции РФ вопросов, по которым федеральные законы их регулирующие подлежат обязательному рассмотрению Советом Федерации РФ. В соответствии с ч. 4 ст. 105 Конституции РФ Совет Федерации, соглашаясь с поступившим из Государственной Думы законом, может либо напрямую проголосовать за него, либо выразить «молчаливую» поддержку, не рассмотрев его в течение 14 дней. По наиболее важным вопросам, определенным в ст. 106 Конституции РФ, Совет Федерации обязан рассмотреть принятые Государственной Думой федеральные законы. Безусловно, данное правило можно считать ограничением или пределом правотворческого усмотрения в случаях наличия определенных разногласий о политическом, экономическом,

---

<sup>1</sup> См.: ст. 108–109 Постановления Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 22 января 1998 г. (в ред. от 15 декабря 2020 г.) № 2134-П ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 801; 2020. № 50 (часть 4). Ст. 8131.

социальном и правовом развитии государства между сенаторами Российской Федерации и депутатами Государственной Думы, когда нижняя палата Федерального Собрания поддерживает инициатора принятия закона, а верхняя — нет. Возникает вопрос, насколько в предложенной ситуации существенно ограничение, предусмотренное ст. 106 Конституции РФ, с учетом того, что у Совета Федерации имеется право отклонить принятый Государственной Думой закон? Полагаем, что присутствие такой конституционной нормы важно, поскольку указанный в ч. 4 ст. 105 Конституции РФ 14-дневный срок является пресекательным, т. е. решение Совета Федерации об отклонении принятого Государственной Думой федерального закона, не подлежащего обязательному рассмотрению Советом Федерации, должно быть принято до истечения этого срока (п. 7 ст. 107 Регламента Совета Федерации РФ<sup>1</sup>), что, с учетом предварительного рассмотрения законопроекта в комитетах Совета Федерации, не всегда согласуется с графиком проведения его заседаний. Вследствие этого, если по законопроектам, не подлежащим обязательному рассмотрению Советом Федерации, 14-дневный срок истекает до очередного заседания Совета Федерации, то его Председатель либо созывает внеочередное собрание, либо направляет проект закона на подписание Президенту РФ как одобренный по правилам ч. 4 ст. 105 Конституции РФ (ст. 108 Регламента Совета Федерации РФ).

4. Различие юридической силы и процедур принятия федерального закона и федерального конституционного закона. Федеральные конституционные законы принимаются только по наиболее важным вопросам, предусмотренным Конституцией РФ. По сравнению с федеральным законом федеральные конституционные законы обладают большей юридической силой, но и в процессе принятия к ним устанавливаются более высокие требования: они должны быть одобрены

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 30 января 2002 г. (в ред. от 19 мая 2021 г.) № 33-СФ «О Регламенте Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 7. Ст. 635; 2021. № 22. Ст. 3714.

«конституционным» большинством, которое составляет не менее трех четвертей голосов от общего числа сенаторов Российской Федерации и не менее двух третей от общего числа депутатов Государственной Думы РФ (ч. 2 ст. 108 Конституции РФ). Безусловно, такое положение будет являться ограничением правотворческого усмотрения только в случае, если инициаторы принятия того или иного закона по вопросу, предусмотренному Конституцией РФ, не имеют конституционного большинства в нижней и верхней палатах Федерального Собрания РФ.

5. Разграничение предметов ведения между Российской Федерацией и ее субъектами, предусмотренное ст. 71–73 Конституции РФ. Такое разграничение также выполняет функцию пределов правотворческого усмотрения, причем как для федерального, так и регионального законодателя. Федеральные органы не вправе осуществлять правовое регулирование по вопросам ведения субъектов РФ, а региональные — принимать законы и иные нормативно-правовые акты в сфере исключительного ведения Российской Федерации. Что касается предусмотренных ст. 72 Конституции РФ вопросов совместного ведения, то закрепленные в ст. 76 Конституции РФ положения в большей степени налагают ограничения на возможность правового регулирования законодательными органами государственной власти субъектов РФ. Это обусловлено тем, что хотя проекты федеральных законов по вопросам совместного ведения и направляются для изучения в соответствующие органы субъектов РФ Государственная Дума РФ в своих решениях по принятию или отклонению таких законов не связана решениями субъектов России. Вместе с тем федеральные законы, принятые по вопросам совместного ведения обладают большей юридической силой, чем нормативно-правовые акты региональных законодательных органов.

Все приведенные положения Конституции РФ можно рассматривать в качестве ограничения возможности усмотрения законодателя и иных субъектов правотворческой деятельности как на федеральном, так и на

региональном уровне. Вместе с тем для региональных законодателей объем соответствующих пределов усмотрения выше, поскольку наряду с Конституцией РФ они должны руководствоваться и аналогичными по характеру положениями конституций или уставов субъектов России, на территории которых осуществляется правотворческая деятельность.

Вторая группа пределов — это ограничения усмотрения субъектов правотворческой деятельности, производные от закрепленных в Конституции РФ положений.

Одним из основных, производных от конституционных предписаний ограничений усмотрения субъекта, осуществляющего правотворческую деятельность, является приоритет общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров над правилами, установленными внутригосударственными законами. Такое положение, а также то, что общепризнанные принципы и нормы международного права международных договоров Российской Федерации являются частью ее правовой системы, установлено ч. 4 ст. 15 Конституции РФ. Из этого установления следует три ограничения для всех субъектов правотворчества.

Во-первых, законодатель не может принимать нормативно-правовые акты, нормы которого будут противоречить правилам, установленным международным договором, вступившим в силу для Российской Федерации.

Во-вторых, законодатель обязан отменить или изменить нормы внутригосударственных правовых актов, действовавших в России до вступления в силу международного договора, в случае противоречия между ними.

В-третьих, законодатель обязан принять определенные нормативно-правовые акты, если необходимость этого напрямую предусмотрена в заключенном международном договоре.

Указанные ограничения свободы правотворческого усмотрения будут относиться ко второй группе — производным от норм Конституции пределам. Это объясняется следующими обстоятельствами:

– содержание пределов правотворческого усмотрения, относящихся к первой группе, зафиксировано в тексте самой Конституции, а в случае с международными договорами предписания, которые будут ограничивать свободу правотворческого усмотрения, закрепляются в этих договорах;

– Конституция Российской Федерации устанавливает только такое качество норм международного права и международных договоров Российской Федерации, как наличие большей юридической силы по сравнению с внутренними законами. Между тем Конституция РФ не дает точного определения, на какие именно принципы и нормы международного права и международные договоры это качество распространяется;

– указание в Конституции, что общепризнанные принципы и нормы международного права и нормы международных договоров являются частью правовой системы Российской Федерации, не означает их автоматического включения в нее. Процедура имплементации международных правовых норм устанавливается на уровне текущего законодательства, а также в ненормативных правовых актах: решениях Конституционного Суда РФ и постановлениях Пленума Верховного Суда РФ. Так, например, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ определяется, что следует понимать под общепризнанными принципами и нормами международного права<sup>1</sup>.

К общепризнанным принципам международного права относятся, в частности, принцип всеобщего уважения прав и принцип добросовестного исполнения международных обязательств.

Под общепризнанными нормами международного права следует понимать такие правила поведения, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательных. Содержание таких принципов и норм может раскрываться,

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. (в ред. от 5 марта 2013 г.) № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12; 2013. № 5.

например, в документах Организации Объединенных Наций и ее специализированных учреждений. Даже предложенное Верховным Судом РФ определение общепризнанных принципов и норм международного права не дает однозначного ответа на вопрос, все ли документы ООН можно считать источниками общепризнанных норм международного права, и автоматически ли они должны включаться в правовую систему государства.

Относительно международных договоров в федеральном законе<sup>1</sup> устанавливается, что положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующих издания внутригосударственных актов для их применения, применяются непосредственно, в противном случае — должны быть приняты соответствующие правовые акты (ч. 3 ст. 5). Помимо этого, закон определяет также международные договоры, подлежащие обязательной ратификации в форме принятия федерального закона (ст. 15), которые только после прохождения этой процедуры становятся обязательными для России.

Следующим ограничением усмотрения субъектов правотворческой деятельности, производным от Конституции РФ, являются документы, принятые Конституционным Судом РФ. В первую очередь к пределам правотворческого усмотрения можно отнести решения Конституционного Суда РФ, принятые при реализации следующих полномочий:

1) дача толкования Конституции РФ (ч. 5 ст. 125 Конституции и п. 4 ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»<sup>2</sup>). В соответствии со ст. 106 указанного конституционного закона толкование Конституции РФ, данное Конституционным Судом РФ, является официальным и обязательным для всех ветвей государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, граждан и их объединений. Следовательно, при разработке и принятии новых правовых норм субъекты

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 15 июля 1995 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757; 2020. № 50 (часть 3). Ст. 8074.

<sup>2</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5045.

правотворческой деятельности должны ориентироваться не только на «букву закона» — текст статей Конституции РФ, но и на их смысл, определенный в постановлениях Конституционного Суда РФ;

2) разрешение дел о соответствии Конституции РФ федеральных конституционных законов, федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Совета Федерации РФ, Государственной Думы РФ, Правительства РФ, конституций (уставов), а также иных нормативных правовых актов субъектов РФ, принятых по вопросам совместного ведения или ведения Российской Федерации (п. «а», «б» ч. 2 ст. 125 Конституции РФ и п.1 ст. 3 закона «О Конституционном Суде РФ»);

3) по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан проверяет конституционность закона, примененного в конкретном деле, или по запросам судов проверяет конституционность закона, подлежащего применению соответствующим судом в конкретном деле (ч. 4 ст. 125 Конституции РФ, п. 3 и 3.1 ст. 3 закона «О Конституционном Суде РФ»).

При реализации полномочий, указанных во втором и третьем пунктах, Конституционный Суд РФ принимает решения, действующие непосредственно и не требующие утверждения со стороны других государственных органов. Для субъектов, осуществляющих правотворческую деятельность, данные решения Конституционного Суда РФ создают следующие ограничения свободы усмотрения.

Во-первых, решение Конституционного Суда РФ о признании нормативно-правового акта неконституционным не может быть преодолено повторным принятием соответствующего акта (ч. 2 ст. 79 закона «О Конституционном Суде РФ»). То есть, если какая либо правовая норма или правовой акт в целом однажды были признаны неконституционными, то повторно вводить их в механизм правового регулирования нельзя. Следовательно, лицам, разрабатывающим предложения о принятии новых норм права или об изменении уже действующих, надлежит знакомиться с

решениями Конституционного Суда РФ, существующими по данному вопросу, чтобы не нарушить сформулированные в них положения.

Во-вторых, субъект, осуществляющий правотворческую деятельность, должен принять соответствующий правовой акт, если в решении Конституционного Суда РФ содержится указание на необходимость устранения пробела в правовом регулировании. В частности, Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 11 мая 2005 г. № 5-П признал неконституционной ст. 405 УПК РФ «в той мере, в какой в системе действующего уголовно-процессуального регулирования пересмотра вступивших в законную силу приговоров, определений и постановлений суда, не допуская поворот к худшему при пересмотре судебного решения в порядке надзора по жалобе потерпевшего (его представителя) или по представлению прокурора, не позволяет тем самым устранить допущенные в предшествующем разбирательстве существенные (фундаментальные) нарушения, повлиявшие на исход дела»<sup>1</sup>. Конституционный Суд РФ в данном постановлении указал также на необходимость законодательного установления четких и точных оснований, условий и порядка пересмотра в порядке надзора вступивших в законную силу судебных решений по основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного<sup>2</sup>. При этом изменения в УПК РФ, на необходимость которых указывал Конституционный Суд в 2005 г., были внесены только в марте 2009 г.<sup>3</sup>, а до этого действовали положения, изложенные в рассматриваемом Постановлении Конституционного Суда РФ.

В-третьих, помимо решения о признании конституционной или

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 11 мая 2005 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Курганского областного суда, жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, производственно-технического кооператива «Содействие», общества с ограниченной ответственностью «Карелия» и ряда граждан» // СЗ РФ. 2005. № 22. Ст. 2194.

<sup>2</sup> См.: *Никитина, Л. В.* Справедливость решений суда второй и надзорной инстанций // Вестник Саратовской государственной академии права. 2005. № 3. С. 45.

<sup>3</sup> См.: Федеральный закон от 14 марта 2009 г. № 39-ФЗ «О внесении изменений в статьи 404 и 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (утратил силу с 1 января 2013 г.) // СЗ РФ. 2009. № 11. Ст. 1268.

неконституционной нормы закона для правоприменительной практики обязательной является и позиция Конституционного Суда РФ, определяющая конституционно-правовой смысл нормативно-правового акта или его отдельного положения в системе действующего правового регулирования (ч. 5 ст. 79 Закона «О Конституционном Суде РФ»). Отдельные авторы полагают, что по сравнению с Законом РСФСР «О Конституционном Суде РСФСР»<sup>1</sup> в действующем федеральном конституционном законе отсутствует такое полномочие Конституционного Суда, как проверка конституционности правоприменительной практики, имеющей характер обыкновений и нарушающей основные права и свободы граждан<sup>2</sup>. Данная точка зрения не совсем верна, поскольку хотя названное полномочие напрямую и не закреплено в действующем законе, имеющиеся в настоящее время у Конституционного суда полномочия, те правила, которые сформулированы в ст. 79 Закона «О Конституционном Суде РФ», и практика рассмотрения дел Конституционным Судом РФ, по сути, допускают проверку не только самих норм, но и практики их применения. Например, Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 27 марта 2012 г. № 8-П признал п. 1 ст. 23 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» не противоречащим Конституции РФ, поскольку содержащееся в нем положение (допускающее временное применение до вступления в силу международного договора, затрагивающего права, свободы и обязанности человека и гражданина и устанавливающего при этом иные правила, чем предусмотренные федеральным законом) — по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего нормативного правового регулирования — не предполагает возможности применения такого международного договора РФ до его официального опубликования<sup>3</sup>. При

---

<sup>1</sup> См.: Закон РСФСР от 12 июля 1991 г. «О Конституционном Суде РСФСР» (утратил силу) // Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 30. Ст. 1017.

<sup>2</sup> См.: Яшина, И. А. Конституционный Суд Российской Федерации и законность: некоторые вопросы теории // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 5. С. 72.

<sup>3</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 2012 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 23 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина И. Д. Ушакова» // СЗ РФ. 2012. № 15. Ст. 1810.

этом Конституционный Суд РФ подчеркнул, что конституционно-правовой смысл п. 1 ст. 23 Закона «О международных договорах РФ», выявленный в указанном Постановлении, является общеобязательным и исключает любое иное истолкование его положений в правоприменительной практике. Отметим, что подобные позиции Конституционного Суда РФ должны распространяться не только на правоприменительную практику, но и на правотворческую деятельность, направленную на принятие норм права, связанных с положением, конституционность которого являлась предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ (статьи взаимосвязанных законов или производных подзаконных нормативных правовых актов). Это обусловлено тем, что получившийся в итоге комплекс правовых норм, включающий и вновь принятые, должен реализовываться таким образом, чтобы правоприменительная практика соответствовала смыслу конституционных положений и предписаниям Конституционного Суда РФ.

Помимо рассмотренных правовых пределов усмотрения законодателя и иных субъектов правотворчества в качестве специфического правового ограничения данного вида усмотрения следует рассматривать принципы права всех уровней: общеправовые, межотраслевые и отраслевые. Принципы являются не только основой для правильного построения правоприменительной практики и пределами усмотрения субъектов в сфере реализации правовых норм, но и ограничением свободы усмотрения законодателя. Следует согласиться с мнением М. И. Байтина, полагавшего, что принципы служат ориентирами совершенствования системы права, определяют необходимость и целесообразность издания или отмены отдельных юридических норм<sup>1</sup>. Так, в 2010 г. был принят закон<sup>2</sup>, нормативно оформивший новый межотраслевой процессуальный принцип — осуществления судопроизводства в разумный срок и исполнения судебных

---

<sup>1</sup> См.: Байтин, М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е доп. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 243.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. (в ред. от 19 декабря 2016 г.) № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144; 2016. № 52 (ч. 5). Ст. 7499.

актов в разумный срок. Принятие данного закона потребовало от законодателя внести соответствующие коррективы в процессуальное законодательство, в которых не только было отражено появление нового принципа права (дополнение Уголовно-процессуального кодекса РФ, Гражданского процессуального кодекса РФ и Арбитражного процессуального кодекса РФ ст. 6.1 — разумный срок судопроизводства), но и изменены действующие нормы, определяющие конкретные сроки рассмотрения дел судом (в первую очередь это затронуло гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное законодательство)<sup>1</sup>.

Указанные правовые ограничения (пределы) наиболее характерны для усмотрения субъектов, осуществляющих правотворчество, но это не исключает действие в отношении них и других правовых пределов усмотрения, рассмотренных в гл. 1 настоящей работы.

Наряду с правовыми ограничениями в отношении усмотрения законодателя и иных субъектов правотворческой деятельности действуют морально-правовые и внеправовые пределы.

В группе внеправовых пределов отдельно следует отметить такое ограничение свободы правотворческого усмотрения как сформировавшееся общественное мнение о праве. К данному пределу относятся:

- общественное мнение о существующих в государстве: праве, законодательстве, его выражающем, и правовой системе в целом;
- общественное мнение об отдельных элементах права (законодательства): об отраслях, подотраслях, правовых институтах и нормах, выраженных соответственно в действующих или принимаемых нормативно-правовых актах, либо их отдельных частях;
- общественное мнение об отдельных элементах правовой системы, в первую очередь, о правотворческой и правоприменительной практике.

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. (в ред. от 8 марта 2015 г.) № 69-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2145; 2015. № 10. Ст. 1393.

Под общественным мнением понимается оценочное отношение различных социальных групп к определенным правовым вопросам, отражающее (истинное) или неотражающее (ошибочное) объективно сложившейся ситуации в обществе<sup>1</sup>. Безусловно, оценка конкретным индивидуумом, социальной группой или обществом в целом действующих или принимаемых законов влияет на эффективность реализации соответствующих нормативно-правовых актов. Едва ли законодателю и правоприменителю стоит надеяться на то, что нормы закона, изначально воспринимаемые всем социумом или целевой общественной группой «в штыки», в процессе реализации покажут высокой коэффициент полезного действия. Бесспорно, можно добиться соблюдения принятых норм закона, затратив на это значительные ресурсы государства, но будут ли в таком случае цели соответствовать средствам их достижения?

Законодатель, как и другие субъекты, осуществляющие правотворческую функцию, для повышения эффективности действия механизма правового регулирования при разработке и принятии нормативно-правовых актов должны обращаться к результатам изучения общественного мнения. Для этого отдельными исследователями предлагается создать специальные подразделения по учету и анализу общественного мнения, действующие в структуре правотворческих органов<sup>2</sup>. Целесообразность такого решения вызывает сомнения по нескольким основаниям. Во-первых, в государстве очень широкий круг органов, должностных лиц, учреждений и организаций, наделенных в той или иной мере полномочием на принятие правовых норм. В случае создания предлагаемых подразделений при всех правотворческих органах это потребует неоправданных затрат значительных материальных, организационных и кадровых ресурсов. Во-вторых, вызывает сомнение объективность предоставляемых данных об изучении

---

<sup>1</sup> О понятии «общественное мнение» см.: Демидов, А. С. Право и общественное мнение (вопросы теории): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 8.

<sup>2</sup> См.: Демидов, А. С. Право и общественное мнение (вопросы теории): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 11.

общественного мнения структурными подразделениями, имеющими определенную ведомственную заинтересованность в результатах. В-третьих, в России, так же как и в любом демократическом государстве, уже существует достаточно инструментов (институты или центры исследования общественного мнения, средства массовой информации, научно-исследовательские институты ведомственной подчиненности и др.) для учета и анализа общественного мнения и доведения его, в случае необходимости, до органов власти. Поэтому дефицита в организациях или лицах, целенаправленно занимающихся изучением общественного мнения по различным вопросам, — нет. Существует другая проблема, которая не может быть решена простым включением исследователей общественного мнения в структуру органов власти. Это проблема востребованности общественного мнения в процессе принятия управленческих решений или в процессе разработки и принятия нормативно-правовых актов.

Рассматривая общественное мнение как ограничение свободы усмотрения законодателя, следует отметить его особенности:

1. Двойственный объективно-субъективный характер названного ограничения правотворческого усмотрения. С одной стороны, наличие общественного мнения о праве — это факт объективной действительности, влияющий на эффективность реализации нормативно-правовых актов. С другой — учет данного аспекта в процессе правотворчества зависит от субъективного решения законодателя, что соответствует внеправовому статусу этого предела.

2. Двойственный ограничительно-разрешительный характер общественного мнения. Общественное мнение может создавать определенные границы для законодателя, но может и наоборот — подталкивать законодателя к принятию решений и разработке таких нормативно-правовых актов, на которые он без общественной поддержки никогда бы не решился. В этой связи имеет значение разграничение общественного мнения на стихийное, формируемое в социальных группах

или в обществе в целом без внешнего целенаправленного воздействия и сознательно формируемое<sup>1</sup>.

3. Возможность манипулировать общественным мнением придает ему еще одну специфическую черту — временный характер действия в качестве предела правотворческого усмотрения. Субъект правотворчества может принять меры, направленные на подготовку общества к введению новых правил, к разъяснению их сути, важности и социальной пользы. Такая работа позволит сгладить негативное восприятие обществом законодательных новелл, что приведет к повышению эффективности регулятивного воздействия принятого нормативного правового акта.

Кроме того, рассматривая участие широких слоев населения в процессе правотворчества, следует согласиться с М. Л. Давыдовой, отмечающей наличие обратно пропорциональной связи между демократизмом и профессионализмом в правотворчестве<sup>2</sup> (хотя отсутствие широкого обсуждения проектов нормативно-правовых актов не гарантирует, что они будут приняты на высочайшем профессиональном уровне). Это проявляется, прежде всего, в неразумном включении предложений, сформулированных в ходе общественного обсуждения, в тексты нормативно-правовых актов, в недостаточном критическом анализе таких инициатив. Данная ситуация может быть обусловлена, как стремлением обеспечить общественную поддержку принимаемого законодательного акта, так и желанием разделить с обществом ответственность за его качество.

Исследованные границы правотворческого усмотрения распространяются на всех субъектов правотворческой деятельности: на законодателей и на тех, кто принимает подзаконные нормативно-правовые акты. Вместе с тем необходимо отметить, что на усмотрение субъектов, осуществляющих подзаконное нормотворчество и не относящихся к

---

<sup>1</sup> См.: Демидов, А. С. Цель формирования общественного мнения о праве и ее значение // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 3. С. 26.

<sup>2</sup> См.: Давыдова, М. Л. Демократизация правотворчества: принцип здравого смысла в применении технико-юридического инструментария // Юридическая техника. 2014. № 8. С. 133.

законодательной ветви власти, налагаются также компетенционные ограничения. Они четко определяют компетенцию соответствующего субъекта на принятие нормативно-правового акта определенного вида, очерчивают круг вопросов, которые данный субъект может регламентировать своими актами. Компетенционные ограничения (пределы) содержатся в нормах законов.

Таким образом, *пределы правотворческого усмотрения представляют собой комплекс правовых, морально-правовых и внеправовых (социальных, финансово-экономических, политических) ограничений, соблюдение которых законодателем или иным субъектом правотворческой деятельности обеспечивает высокую эффективность процесса разработки и принятия правовых норм, а также правореализационный потенциал его результатов.*

### **§ 3. Усмотрение при определении целей законодательных актов и выборе правовых средств их достижения**

В процессе разработки и принятия правовых норм субъект правотворчества неоднократно реализует свое право на принятие того или иного решения по собственному усмотрению. Для каждого принимаемого нормативного правового акта можно выделить целый комплекс вопросов, которые разрешаются или были разрешены по усмотрению субъекта, принявшего или утвердившего данный акт. В данном комплексе вопросов одно из ключевых мест принадлежит формулированию и постановке целей принятия нормативно-правового акта и выбору средств достижения этих целей.

Обращаясь к категории «цель», следует отметить, что под целью обычно понимается мысленное представление субъекта о результатах, к которым он стремится в процессе своей деятельности. В качестве признаков цели выделяют:

- 1) по своей природе цель есть феномен, формирующийся в сознании человека в процессе интеллектуально-волевой деятельности;
- 2) она несет в себе определенный элемент объективности, поскольку является отражением реального мира;
- 3) в основе целей лежат потребности и интересы субъектов;
- 4) цель отражает желаемый для субъекта результат;
- 5) цели неразрывно связаны с деятельностью человека и со средствами этой деятельности<sup>1</sup>.

Применительно к правотворческому усмотрению следует обратить внимание на такой признак цели, как наличие в ней определенного элемента объективности, который заключается в том, что цель представляет собой мысленное отражение потенциально возможного в действительности результата. Однако в остальном цель зависит от сознания и воли того субъекта, который ее формулирует и фиксирует, т. е. от субъективного усмотрения. При этом сама по себе природа целей не ставит практически никаких ограничений усмотрения такого субъекта, а это означает, что для выбора целей в рамках правотворческой деятельности пределы субъективного усмотрения должны быть сформированы юридической наукой.

Необходимо также отметить, что перечисленные признаки указывают на связь цели какой-либо деятельности с сознанием субъекта (субъектов) ее осуществляющих. При этом не следует забывать, что наряду с общефилософским пониманием цели она является одним из ключевых элементов управленческой деятельности и центральной категорией в теории управления. Любой процесс социального управления начинается с постановки целей, задач и завершается решением этих задач и достижением поставленных целей<sup>2</sup>. Следовательно, цель социальной деятельности может быть связана не только с субъектом, непосредственно осуществляющим эту

---

<sup>1</sup> См.: Шундигов, К. В. Цели и средства в праве: общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 10.

<sup>2</sup> См.: Афанасьев, В. Г. Социальные аспекты управления. М., 1981. С. 9.

деятельность, но и с субъектом, руководящим или управляющим соответствующей деятельностью. Исходя из этой особенности целей, устанавливаемых субъектами-руководителями для сложных социальных процессов, в реализации которых участвует не один, а группа субъектов, можно выделить три разновидности целей:

– цели, разделяемые (одобряемые) всем коллективом соисполнителей — когда мысленная модель результата, ожидаемого от деятельности, в основном совпадает у всех лиц, эту деятельность осуществляющих. Особенно важно достичь такого качества для генеральной цели, находящейся на «верхушке дерева целей», представляющей собой единый ожидаемый результат от целого комплекса мероприятий;

– сопутствующие (способствующие) цели. Общая цель всей деятельности может исполнителями не разделяться, но достижение тех целей, которые преследует каждый участник коллектива, будет приближать и достижение генеральной цели;

– неразделяемые (противоречащие, конфликтующие) цели, т. е. модели желаемых результатов у руководителей и у исполнителей существенно различаются.

Приведенная классификация важна для анализа факторов, влияющих на эффективность определенного вида деятельности. Если в процессе социального управления не удалось прийти к компромиссу и сформулировать для коллектива такую цель деятельности, которая воспринималась бы положительно всеми его участниками, то вероятность достижения иной неразделяемой цели существенно снижается.

Представляется, что подобная классификация имеет значение и для правовых целей, поскольку правовое регулирование — это один из элементов управления социальными процессами, а значит, цели лиц, осуществляющих регулирование, могут кардинально отличаться от целей субъектов, чью деятельность регламентируют правовые предписания. Поэтому для предупреждения противодействия реализации принимаемых

нормативно-правовых актов законодателю необходимо обеспечить соответствие между результатом, который должен быть получен после введения в действие соответствующего акта, и целями той социальной деятельности, которую этот акт регламентирует.

Помимо общего определения и признаков «цели» выделяют также ее такую специфическую разновидность, как юридическая цель, обладающую рядом особенностей. Под юридической целью понимают идеально предполагаемую и гарантированную государством модель социального состояния или процесса, к достижению которой при помощи юридических средств стремятся субъекты правореализационной и правотворческой деятельности. В качестве характерных черт юридических целей называют: установление (закрепление) таких целей в юридических нормах; их общеобязательную нормативность; отражение в юридических целях наиболее общественно и государственно значимых потребностей и интересов и др.<sup>1</sup>.

Один из ключевых признаков юридической цели — закрепление ее (прямо или избегая прямых словесных формулировок) в нормативных либо ненормативных правовых актах. При этом в нормативно-правовом акте могут быть закреплены не только исключительно «правовые цели», но и цели, которые, исходя из средств их достижения, носят смешанный характер — экономико-правовые, социально-правовые, политико-правовые и т. п. Такие цели не могут быть достигнуты только за счет правовых средств, они требуют привлечения средств и из других сфер общественной жизни. В частности, в 90-е гг. прошлого века в России на федеральном и региональном уровнях действовало достаточно большое количество нормативно-правовых актов, которые в целях повышения уровня социальной защищенности отдельных слоев населения предоставляли им значительное количество льгот. Часть законодательно установленных льгот действовала, а та часть,

---

<sup>1</sup> См.: Шундигов, К. В. Цели и средства в праве: общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 11–12.

которой требовалось финансово-экономическое обеспечение, зачастую бездействовала, а следовательно, и цель соответствующего законодательного акта не достигалась.

Для правотворческого процесса цель принятия того или иного нормативного акта предлагают определять как ожидаемый результат деятельности, урегулированной этим актом<sup>1</sup>. Но возникает вопрос: всегда ли цель принятия законодательного акта и цель деятельности, которую данный акт регламентирует, будут совпадать? Представляется, что эти цели совпадают не всегда. Пример совпадения цели принятия закона и регулируемой им деятельности — закон о прокуратуре<sup>2</sup>. Данный закон регламентирует основные вопросы деятельности прокуратуры Российской Федерации как органа, надзирающего за исполнением законов и соблюдением прав и свобод человека и гражданина: систему органов прокуратуры и их структуру, направления деятельности прокуратуры РФ, полномочия прокуроров. Соответственно, цели принятия закона и определенные в п. 2 ст. 1 Закона «О прокуратуре РФ» цели осуществления органами прокуратуры возложенных на них функций: обеспечение верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства, — совпадают. Обратный пример — это принятый в декабре 2008 г. закон<sup>3</sup>, направленный на защиту прав юридических лиц и предпринимателей при осуществлении государственного контроля. Целью этого акта является защита прав субъектов экономической деятельности посредством определенных ограничений полномочий контролирующих органов. Но данный закон регулирует отдельные вопросы осуществления государственного и муниципального контроля, целью которого является

---

<sup>1</sup> См.: Толстик, В. А., Азархин, А. В. Некоторые теоретико-методологические проблемы целеполагания в законодательстве // Вестник Саратовской государственной академии права. 2010. № 6. С. 74.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 17 января 1992 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5093.

<sup>3</sup> См.: Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. (в ред. от 11 июня 2021 г.) № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249; 2021. № 24 (часть 1). Ст. 4188.

наиболее полное выявление и устранение нарушений и недостатков в определенных сферах деятельности хозяйствующих субъектов, а такая цель требует не ограничения, а расширения полномочий контролирующих органов.

В этой связи, полагаем, что более корректно обозначать в качестве цели принятия нормативных правовых актов — достижение определенного желаемого состояния общественных отношений или социальных процессов. Однако следует отметить, что конструирование мысленной модели желаемого результата от действия нормативно-правового акта — процесс сложный, включающий несколько уровней, и на каждом из них определяются соответствующие этому уровню цели. В результате получается «дерево целей», последовательное достижение которых и приведет к желаемому результату.

Высший уровень — это генеральная цель действия права в целом: обеспечение упорядоченного на основе правовых норм состояния общественных отношений.

Второй уровень — определение цели самого принятия нормативно-правового акта. Самим фактом принятия конкретного закона или иного нормативного правового акта государство может показать изменение приоритетов собственной политики, обозначить важность определенной сферы общественных отношений, продемонстрировать курс на изменение существующей правоприменительной (если эта сфера отношений уже урегулирована правовыми нормами) или социальной практики, отразить учет общественного мнения в деятельности системы государственной власти.

Третий уровень — цели реализации принимаемых правовых норм. На этом уровне моделируется не общий, а конкретный результат — упорядочение общественных отношений или совершенствование социальных процессов в рамках конкретной узкой сферы.

Четвертый уровень — цели деятельности субъектов (государственных и муниципальных органов, организаций, лиц), работа которых

регламентируется данным законом. Эта цель, по сравнению с предыдущей, — более низкого уровня, поскольку первоначальным результатом действия соответствующего нормативного правового акта является учреждение или совершенствование деятельности (если принимается закон, содержащий изменения или дополнения к уже действующему) определенного органа или организации, а затем — желаемый результат функционирования этого органа или организации. Но для эффективной работы созданного органа может потребоваться принятие дополнительных нормативных правовых актов и осуществление дополнительных внеправовых мероприятий (кадровое, финансово-экономическое, техническое обеспечение деятельности), поэтому предполагаемый результат от действия нормативно-правового акта может быть отдаленным и негарантированным. В частности, еще в 2009 г. Указом Президента РФ учреждена должность Уполномоченного при Президенте РФ по правам ребенка<sup>1</sup>. Как определено в самом указе, это сделано в целях обеспечения эффективной защиты прав и интересов ребенка в России. Но осуществление такой цели, как достижение состояния правовой защищенности детей в стране, связано не только и не столько с принятым нормативным правовым актом и установленными этим актом полномочиями соответствующего должностного лица. Получение желаемого результата обусловлено личными качествами человека, занимающего соответствующую должность, качеством работы вспомогательного аппарата, взаимодействием с функционирующими в государстве органами и организациями социальной защиты, опеки и попечительства, и от целого ряда других обстоятельств.

Законодатель или иной субъект, осуществляющий правотворческую деятельность, по своему усмотрению формулирует модель желаемого упорядоченного состояния общественных отношений и социальных процессов и закрепляет ее в правовых нормах (нормах-целях, нормах-задачах). Но этот процесс не обходится без ошибок, наиболее

---

<sup>1</sup> См.: Указ Президента Российской Федерации от 1 сентября 2009 г. (в ред. от 15 января 2019 г.) № 986 «Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка» // СЗ РФ. 2009. № 36. Ст. 4312; 2019. № 3. Ст. 235.

распространенные из которых необходимо отдельно проанализировать.

Первая и достаточно распространенная в последнее время ошибка законодателя — это обособление цели принимаемого нормативного правового акта от комплекса целей всего механизма правового регулирования, действующего в государстве. Суть ее состоит в том, что законодатель, моделируя то состояние общественных отношений, которое он желает получить в результате действия подготавливаемого нормативно-правового акта, не учитывает действия на данные общественные отношения других правовых норм. В итоге получается нормативно-правовой акт, не вписывающийся в действующий в стране механизм правового регулирования, а следовательно, не способный в полной мере выполнять функцию регулятора общественных отношений. Правовыми последствиями принятия такого законодательства являются правовые конфликты и коллизии.

Законодателю или иному субъекту, осуществляющему правотворческую деятельность, важно понимать, что в наиболее общем виде изначальная (генеральная) цель принятия нормативного правового акта — создание условий на стадии принятия правовых норм для эффективного функционирования механизма правового регулирования, что, в свою очередь, обеспечит и желаемое состояние общественных отношений. Эта цель не выбирается, поскольку находится на «вершине дерева целей», она осознается соответствующим лицом, органом или организацией. Иные цели, которые кажутся законодателю альтернативой, — это либо цели другого уровня, и они должны быть подчинены генеральной, либо ложные цели.

Таким нормативно-правовым актом, фактически не укладывающимся в механизм правового регулирования, был утративший в настоящее время силу Закон «Об ограничениях розничной продажи и потребления (распития) пива и напитков, изготавливаемых на его основе»<sup>1</sup>. Устанавливаемые этим

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 7 марта 2005 г. № 11-ФЗ «Об ограничениях розничной продажи и потребления (распития) пива и напитков, изготавливаемых на его основе» (утратил силу) // СЗ РФ. 2005. № 10. Ст. 759.

законом ограничения повсеместно нарушались, поскольку носили декларативный характер, а также отсутствовал механизм реализации положений закона. Из этого видно, что законодатель, преследуя цель упорядочить отношения в сфере продажи и потребления пива, не согласовал ее с генеральной целью каждого законодательного акта, что в итоге привело к бездействию принятого закона.

Второй распространенной ошибкой при определении цели принятия конкретного нормативного правового акта по усмотрению субъекта правотворческой деятельности является выбор и указание мнимых целей. В данном случае законодателю необходимо различать две группы целей:

– реальные цели, то есть те результаты, которые объективно могут быть достигнуты за счет использования правовых средств, предусмотренных принятым нормативным правовым актом;

– мнимые цели. Они представляют собой такие модели результатов реализации законов и иных нормативных правовых актов, которые не могут быть достигнуты исключительно за счет правовых средств, указанных в этих актах. Мнимые цели являются лишь вероятными (в большей или меньшей степени) и отдаленными последствиями действия принятого правового акта. Достижение того общественного состояния, которое указано в качестве цели, являющейся мнимой, возможно при условии привлечения дополнительных правовых средств и связано с реализацией комплекса не учтенных в данном нормативном правовом акте юридических и внеправовых мероприятий.

В зависимости от усмотрения субъекта правотворческой деятельности при определении и фиксации целей принятия нормативно-правового акта мнимые цели можно также классифицировать на: умышленные и неумышленные.

Умышленно определенные мнимые цели принятия нормативного правового акта формулируются законодателем, как правило, для того, чтобы отвлечь внимание общества от тех зачастую негативных (отрицательно воспринимаемых социумом) результатов, которые будут получены

непосредственно от реализации принятого законодательного акта. Примером является федеральный закон<sup>1</sup>, принятый в Российской Федерации в декабре 2012 г. как ответная мера на утвержденный в Соединенных Штатах Америки закон, именуемый «акт Магнитского». Содержащиеся в этом законе ограничительные меры, касающиеся граждан США, отсутствие в первоначальном законопроекте положения о запрете усыновления (удочерения) гражданами США российских детей<sup>2</sup> позиционировали данный нормативно-правовой акт в обществе как «антимагнитский закон». Включение в закон нормы, запрещающей усыновление (удочерение) российских граждан гражданами США (ст. 4 принятого закона), потребовали от законодателя дать другое обоснование принимаемым мерам, поскольку многие граждане России не одобряли такую меру, принятую исключительно в противовес американскому закону. Соответственно, общая концепция закона и цель действия введенных правил стали определяться представителями органов государственной власти — как защита российских детей от издевательств, причинения вреда здоровью или убийства в приемных иностранных семьях и развитие института усыновления (удочерения), в том числе и детей-инвалидов, в самой России. Естественно, что такая цель нашла понимание у большинства российских граждан, что показал опрос, проведенный Всероссийским центром исследования общественного мнения 12–13 января 2013 г., согласно которому запрет на усыновление российских детей гражданами США поддерживает 76 % опрошенных<sup>3</sup>. Вместе с тем ряд обстоятельств не позволяют рассматривать

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 28 декабря 2012 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 272-ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7597; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5058.

<sup>2</sup> См.: Законопроект № 186614-6 «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации» // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. URL: [http://asozd2c.duma.gov.ru/addwork/scans.nsf/ID/918C15430406E2D143257AD0003E0539/\\$FILE/186614-6.PDF?OpenElement](http://asozd2c.duma.gov.ru/addwork/scans.nsf/ID/918C15430406E2D143257AD0003E0539/$FILE/186614-6.PDF?OpenElement) (дата обращения: 1 сентября 2019 г.).

<sup>3</sup> См.: «Закон Димы Яковлева»: общественная оценка // Сайт ВЦИОМ. URL: [https://wciom.ru/database/baza\\_rezultatov\\_oprosa\\_s\\_1992\\_goda/?search=1&prevSql=KGB6aF9xX3ZgLmBuYW11YCBMSUtFICcl0LfQsNC60L7QvSUnKQ%3D%3D&text=%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD&logic=AND&in\\_q=on&day\\_f1=11&month\\_f1=1&year\\_f1=2013&day\\_t3=13&month\\_t3=1&year\\_t3=2013&ds=2&d](https://wciom.ru/database/baza_rezultatov_oprosa_s_1992_goda/?search=1&prevSql=KGB6aF9xX3ZgLmBuYW11YCBMSUtFICcl0LfQsNC60L7QvSUnKQ%3D%3D&text=%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD&logic=AND&in_q=on&day_f1=11&month_f1=1&year_f1=2013&day_t3=13&month_t3=1&year_t3=2013&ds=2&d)

указанную цель принятия названного закона в качестве истинной. Во-первых, принятие соответствующего закона в Российской Федерации было инициировано только после того, как в США был принят «акт Магнитского», а не после череды громких происшествий в США с участием детей, усыновленных в России. Такие события произошли значительно раньше, и непосредственно после них запрет на усыновление (удочерение) гражданами США в России практически не рассматривался. Во-вторых, если государство желает развивать внутригосударственное усыновление и отказаться от усыновления россиян иностранными гражданами, то наряду с запретами должны быть приняты и законодательные меры, направленные на создание наиболее благоприятных условий для усыновителей-россиян. В этой ситуации усмотрение законодателя при решении вопроса «с чего начинать: с создания условий или с установления запретов?» реализовано не в оптимальном направлении. В-третьих, установление запрета на усыновление российских детей только гражданами США в процессе достижения такого состояния, когда все дети, оставшиеся без попечения родителей, будут усыновляться только россиянами, выглядит нелогичным, поскольку и граждане других государств, помимо США, достаточно активно усыновляют российских детей.

Неумышленные мнимые цели при их формулировании и закреплении воспринимаются законодателем или иным субъектом правотворческой деятельности как реальные в силу недостаточно полного исследования проблемы в жизни общества, которую предстоит решить принимаемым законодательным актом, и предположения о том, что предлагаемых мер будет достаточно для полного устранения имеющихся негативных социальных явлений.

Мнимые цели не следует смешивать с целями перспективными, между ними существует ряд существенных отличий:

1. Перспективная цель, как правило, определяется законодателем как отдаленный результат действия не одного, а комплекса нормативных правовых актов, охватывающих большинство аспектов регламентируемой проблемы, тогда как мнимая цель обычно связывается с действием одного закона. При этом возможно внесение изменений и дополнений в действующее законодательство, сопутствующее принятию нового закона, но в случае с мнимыми целями такие изменения будут затрагивать лишь узкий аспект решаемой социальной проблемы.

2. Перспективная цель определяется исходя из основательного, глубокого и всестороннего анализа проблемной ситуации, требующей разрешения с использованием правовых средств, на основе которого специалистами разрабатывается комплекс мер, в том числе и внеправовых, направленных на разрешение существующей проблемы. Мнимые цели — это ожидаемый результат от устранения лишь одной, зачастую поверхностной, но не главной причины существующей проблемы. Законодатель выхватывает из системы причин возникновения негативной социальной ситуацию какую-то одну и рассчитывает, устранив ее, разрешить и всю проблему.

3. Перспективная цель указывается в системной связи с непосредственными целями принятия законодательного акта. В таком случае можно проследить, как повлияет получение каждого ближайшего результата на достижение генеральной цели. В отношении мнимых целей не так очевидно прослеживается их связь с результатами реализации принятого нормативно-правового акта, поскольку мнимая цель либо маскирует непосредственные цели, либо полученные результаты в отсутствие иных необходимых, но не учтенных мер оказываются не способными привести к получению желаемого эффекта.

Обычно мнимые цели используются законодателем при принятии непопулярных законов (как одна из форм предварительной пропаганды предлагаемых в законе мер), либо мнимыми оказываются цели нормативно-правовых актов (одного или группы), принимаемых в ходе «кампании по

борьбе...» (с коррупцией, алкоголизмом, безработицей, табакокурением и т. д.).

Например, руководителями государства достаточно давно ведется речь о борьбе с коррупцией (об ее усилении, активизации). В 2008 г. был принят Федеральный закон «О противодействии коррупции»<sup>1</sup>, который представлялся как набор правовых средств, достаточный для минимизации или полной ликвидации данного негативного явления. В частности, данный акт предусматривал предоставление гражданами, претендующими или занимающими государственные и муниципальные должности, согласно установленному перечню, сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера. Низкая эффективность этой меры при отсутствии контроля за соответствием между доходами и расходами лиц, в отношении которых ведется подобный контроль, была очевидна уже в первые месяцы реализации закона «О противодействии коррупции». Но законодательно необходимость контроля за соответствием расходов доходам чиновников<sup>2</sup> была урегулирована только по прошествии четырех лет с момента принятия закона «О противодействии коррупции». В этом случае цель принятия закона «О противодействии коррупции» фактически оказалась неумышленно мнимой, поскольку до его принятия не полностью проанализирован подлежащий законодательной регламентации комплекс мер, необходимых и достаточных для ликвидации или минимизации коррупции и ее последствий.

Во многом аналогична ситуация и в сфере борьбы с алкоголизмом. Основным «врагом» здорового образа жизни и борьбы с алкоголизмом в России был признан бесконтрольный, с точки зрения законодателя, оборот пива и напитков, изготовленных на его основе. Для «победы» над этим

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. (в ред. от 26 мая 2021 г.) № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228; 2021. № 22. Ст. 3690.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 3 декабря 2012 г. (в ред. от 30 декабря 2020 г.) № 230-ФЗ «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам» // СЗ РФ. 2012. № 50 (часть 4). Ст. 6953; 2021. № 1 (часть 1). Ст. 68.

«врагом» законодатель признал утратившим силу специальный закон<sup>1</sup>, регулировавший правила реализации и употребления пива, который был достаточно неэффективным, а также приравнял пиво и напитки, изготовленные на его основе, к алкогольной продукции, тем самым распространив на него с некоторыми исключениями правила продажи и употребления алкогольной продукции, предусмотренных соответствующим законом<sup>2</sup> (данные положения введены в действие с 1 января 2013 г.<sup>3</sup>). В частности, по этим правилам не допускается продажа алкогольной продукции, в том числе и пива в нестационарных торговых объектах (так называемых «ларьках»). Безусловно, разделяя необходимость подобных мер, полагаем, что ожидаемые от них результаты — снижение уровня употребления алкоголя несовершеннолетними, уменьшение алкоголизации населения в целом — от реализации только этих мер вряд ли будут получены, поскольку, как показывают периодически проводимые контролирующими органами и общественностью проверки, добиться соблюдения запрета на продажу алкогольной продукции несовершеннолетним даже в крупных магазинах до сих пор не удалось.

Третья ошибка, допускаемая субъектами правотворческой деятельности, — определение нереальной цели принятия нормативного правового акта, не достижимой в существующих условиях. Эта ошибка характерна для случаев, когда законодатель заимствует модель желаемого результата и основной комплекс правовых средств для их достижения в других странах. То состояние общественных отношений и социальных процессов, которое в других государствах с учетом специфики менталитета

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 7 марта 2005 г. № 11-ФЗ «Об ограничениях розничной продажи и потребления (распития) пива и напитков, изготавливаемых на его основе» (утратил силу) // СЗ РФ. 2005. № 10. Ст. 759.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 22 ноября 1995 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4553; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5173.

<sup>3</sup> См.: Федеральный закон от 18 июля 2011 г. (в ред. от 3 июля 2016 г.) № 218-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу Федерального закона «Об ограничениях розничной продажи и потребления (распития) пива и напитков, изготавливаемых на его основе» // СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4566; 2016. № 27 (ч. 1). Ст. 4194.

населения может быть достигнуто одними средствами, в российском обществе этими же средствами не достигается.

В результате такой ошибки появляются законы и иные нормативно-правовые акты, которые после принятия фактически бездействуют или реализуются крайне неэффективно. Именно подобные законы характеризуются законодателем как «хорошие», а среди причин их бездействия указывается низкий уровень развития соответствующих общественных отношений в России. Примером подобной ситуации является проблема интеллектуального «пиратства» на «потребительском уровне», т. е. граждане для собственного использования зачастую приобретают нелегальную продукцию (программное обеспечение, нелегальные копии музыкальных произведений, фильмов, телевизионных передач, а также цифровые носители с ними). При этом законодательство, регулирующее сферу защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности, в России достаточно современное — это, прежде всего, принятая в конце 2006 г. четвертая часть ГК РФ. Низкая эффективность соответствующих правовых норм объясняется в первую очередь экономическими факторами жизни российского общества: высокой стоимостью лицензионного продукта, низким уровнем доходов граждан-потребителей соответствующих товаров; и менталитетом населения — большинство просто не соотносит приобретение нелегальной продукции с доходами, недополученными в результате этого разработчиками, авторами и исполнителями.

В связи с этим следует подчеркнуть, что субъектам правотворческого процесса следует избегать создания правовых норм, опережающих уровень развития регулируемых общественных отношений. Кроме того, при формулировании и закреплении целей нормативного правового акта обязательным для законодателя правилом должно быть изучение и анализ внеправовых факторов, влияющих или способных повлиять на достижение желаемого результата.

Отдельного внимания заслуживает проблема выбора правовых средств,

поскольку даже правильное определение цели не гарантирует ее достижения с неэффективными или недостаточными средствами. Для этого необходимо в первую очередь определить, что понимается в науке под правовыми средствами.

Категория «правовые средства» достаточно широко используется в современных научных работах, выполненных как в рамках общей теории права, так и в отраслевых юридических науках. Специализированное исследование указанной правовой категории — сравнительно новое направление, хотя данное понятие используется в трудах правоведов достаточно давно. В частности, выдающийся юрист начала XX в. Г. Ф. Шершеневич в своих трудах использовал названный термин: «Юридические средства обеспечения интересов предполагают именно наличность воли, способной усвоить угрозу и воздержаться от нарушения»<sup>1</sup>.

В советской юридической науке, оформившейся после середины XX в., понятие «средство» в соответствующем контексте использовалось в первую очередь в трудах представителей отраслевых юридических наук<sup>2</sup>. Эта же традиция в значительной степени сохранилась и постсоветской юриспруденции. Но уже с конца 80-х гг. XX в. стали появляться общетеоретические работы, посвященные специальному исследованию категории «правовое средство»<sup>3</sup>, анализу отдельных правовых средств<sup>4</sup> и

<sup>1</sup> Шершеневич, Г. Ф. Общая теория права. Вып. 1. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 639.

<sup>2</sup> См., например: Элькин, П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976; Шевченко, Я. Н. Средства защиты в гражданском праве // Советское государство и право. 1977. № 7. С. 55–62; Заец, А. П. Повышение согласованности и взаимосвязанности правовых норм – важное средство совершенствования правового регулирования // Проблемы правопедания: республиканский междуведомственный научный сборник. Выпуск 46. Киев: Изд-во при Киевском государственном университете, 1985. С. 49–55; Варфоломеева, Т. В., Гончаренко, В. И. Средства и методы кибернетики в деятельности адвокатуры // Проблемы правопедания: республиканский междуведомственный научный сборник. Выпуск 46. Киев: Изд-во при Киевском государственном университете, 1985. С. 108–115; Огибалин, Ю. А. Средства и способы обеспечения индивидуальной свободы личности в гражданском материальном и процессуальном праве: учеб. пособие. Тверь: Изд-во Твер. ун-та, 1991; и др.

<sup>3</sup> См.: Алексеев, С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. 1987. № 6; Он же. Теория права. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 1995. С. 217–223; Малько, А. В. Правовые средства: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 1998. № 8. С. 66–77; Он же. Правовые средства как общетеоретическая проблема // Правопедание. 1999. № 2. С. 4–16; и др.

<sup>4</sup> См.: Малько, А. В. Поощрение как правовое средство // Правопедание. 1996. № 3. С. 3–13; Он же. Льготы и поощрения как важнейшие правовые средства регионального законодательства // Правопедание. 1999. № 1.

изучению права в целом и отдельных правовых явлений через призму понятия «средство»<sup>1</sup>.

Огромная заслуга в формулировании современного определения категории «правовое средство» принадлежит профессору А. В. Малько, который на основе обстоятельного общетеоретического исследования вывел следующую дефиницию: «Правовые средства — это правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологии), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей»<sup>2</sup>. Предложенное определение ориентирует исследователей на наличие неразрывной связки цели и средств ее достижения. Данное обстоятельство, безусловно, следует учитывать и субъектам правотворческой или правоприменительной деятельности при реализации права на усмотрение.

Кроме того, в приведенном определении выделяются две группы правовых средств: инструменты (установления) и деяния (технологии), которые обладают как общими, так и специфическими признаками.

Общими признаками, характерными для средств-установлений и средств-деяний, являются:

- они выражают собой все обобщающие юридические способы обеспечения интересов субъектов права, достижения поставленных целей;
- они отражают информационно-энергетические качества и ресурсы права;
- они выступают функциональной (работающей) стороной механизма правового регулирования;
- они приводят к определенным юридическим последствиям;
- обеспечиваются государством<sup>3</sup>.

---

С. 235–239; Разуваев, А. А. Экспертиза как средство повышения эффективности процесса правореализации (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006; и др.

<sup>1</sup> См.: Халфина, Р. О. Право как средство социального управления / Отв. ред. М. И. Пискотин. М.: Наука, 1988; Бугрова, Т. М. Право как средство демографической политики российского государства (теоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008; и др.

<sup>2</sup> Малько, А. В. Правовые средства как общетеоретическая проблема // Правоведение. 1999. № 2. С. 6.

<sup>3</sup> См.: Малько, А. В. Правовые средства как общетеоретическая проблема // Правоведение. 1999. № 2. С. 6–7.

Указанные общие признаки правовых средств подчеркивают выполняемую ими связующую функцию, переводящую мысленную модель желаемого результата (цель) в действительность (результат). Применительно к правотворческому процессу особое значение приобретают правильные подбор и формирование комплекса правовых средств, которые будут обеспечивать достижение целей принятия нормативно-правового акта, определенных законодателем. Несмотря на наличие связки «цель — средство» и объективное ограничение перечня потенциально пригодных правовых средств для достижения желаемого результата, в ходе разработки системы правовых средств для конкретного законодательного акта роль усмотрения субъекта правотворческой деятельности столь же велика, как и при определении цели. Усмотрение законодателя при выборе правовых средств, необходимых для достижения целей принимаемых нормативно-правовых актов, на наш взгляд, включает три этапа.

Первым шагом для субъекта правотворческой деятельности должно быть определение круга правовых средств, использование которых потенциально может привести к достижению поставленной цели. Это первый этап отбора правовых средств, в ходе которого отсеиваются все средства, дающие результат, не отвечающий мысленной модели, сформулированной законодателем. Данный этап выбора правовых средств корреспондируется с такой ошибкой в определении целей нормативно-правового акта, как указание мнимой цели (для случаев умышленной и неумышленной констатации мнимой цели). При умышленном указании субъектом правотворческой деятельности мнимой цели (в тексте нормативно-правового акта или в сопровождающих документах) правовые средства изначально подобраны таким образом, чтобы в итоге их использования результат соответствовал реальной, завуалированной цели, а не официально озвученной. В таких ситуациях при детальном анализе законодательного акта и предусмотренных им правовых средств можно определить реальные цели, которые преследовал законодатель. В случае неумышленного определения

мнимой цели субъект правотворчества, как правило, подбирает подходящие правовые средства, но использует их не в полном объеме, что и не позволяет достичь желаемого результата.

Вторым этапом является осуществление законодателем в процессе принятия нормативного правового акта выбора наиболее эффективных правовых средств или их сочетаний из «перечня» потенциально пригодных для достижения желаемого результата. В этом случае субъекту правотворческой деятельности, реализующему право на усмотрение, необходимо учитывать следующие обстоятельства:

1. Особенности общей и правовой культуры, а также уровень правосознания общества в целом, но в первую очередь тех социальных групп или слоев, на отношения с участием которых рассчитан принимаемый нормативно-правовой акт. Добиться определенной модели правового поведения субъектов права законодатель, в принципе, может двумя путями: стимулируя желаемое поведение и наказывая за нежелательное. Но представители одной общественной группы более активны, лучше знакомы с действующим законодательством и практикой его применения, а другой, наоборот, — склонны к пассивному поведению в социуме, не могут или не желают разбираться в законодательных новеллах. Соответственно, в отношении первой группы законодателю целесообразнее использовать стимулирующие средства, поощрять за активное желаемое поведение, а в отношении второй — устанавливать запреты на негативное поведение. Естественно, приведенный пример схематичен, и в действительности государство использует сочетание дозволений и запретов, стимулов и ограничений, но в каждой конкретной сфере какой-то способ правового воздействия преобладает. Помимо правовой культуры, на эффективность того или иного правового средства влияют и элементы общей культуры населения: национальные традиции, религиозные догмы, исторический опыт и др. Например, в 2012 г. налоговые органы решили поднять уровень собираемости налога на доходы физических лиц, сдающих свои квартиры в

аренду за счет информации, предоставленной лицами, проживающими по соседству со сдаваемой в аренду квартирой<sup>1</sup>. Призывы соседям информировать «компетентные органы» о фактах нелегальной сдачи жилья звучат со стороны государственных органов достаточно давно, но широкого распространения подобная практика в России не получила, в отличие от ряда европейских государств. Следовательно, для достижения поставленной цели — увеличения налоговых поступлений за счет средств, полученных от арендодателей жилья, — выбранные налоговыми органами средства в условиях российской действительности не достаточно эффективны.

2. Воздействие внеправовых факторов на пригодность и эффективность выбранных средств. Желая использовать поощрения или льготы для достижения поставленной цели, субъект правотворческой деятельности должен удостовериться в наличии у государства достаточных финансово-экономических ресурсов, обеспечивающих возможность фактического использования этих правовых средств в правореализационной практике.

3. Системность использования предусмотренных законодательным актом правовых средств. Практически для любого нормативного правового акта характерно, что для реализации стоящих перед ним целей субъект правотворческой деятельности устанавливает не одно, а группу правовых средств. Однако усмотрение законодателя не должно ограничиваться исключительно определением совокупности правовых средств, ему необходимо сформировать работоспособную систему взаимодействующих и взаимодополняющих установлений и технологий. Современному российскому законодательству зачастую недостает именно качества системности устанавливаемых правовых средств. Достаточно распространенной является ситуация, когда законодатель в целях формирования у граждан новой, сложной модели поведения прибегает и к

---

<sup>1</sup> См.: Проценко, Л. Хозяев квартир научат платить налог с аренды // Российская газета. 2012. 12 июля. URL: <https://rg.ru/2012/07/12/kvartiry-site.html> (дата обращения: 1 июля 2021 г.).

поощрительным мерам, к установлению ответственности за отклоняющееся поведение, но не находит баланса между ними. В результате не действует ни то, ни другое средство.

В качестве примера можно привести сферу миграционных отношений. По оценкам ученых, современное законодательство, регулирующее общественные отношения в сфере миграции, насчитывает более двухсот нормативно-правовых актов из них — 57 федеральных законов<sup>1</sup>, но даже такое количество регламентирующих актов не позволило создать эффективную систему правовых средств, способных обеспечить законность в данной сфере. Во-первых, достаточно сложная процедура оформления документов мигрантам, находящимся на территории России в различных статусах (беженец, вынужденный переселенец и др.). Так, процесс получения статуса беженца на территории России в отличие от ряда других государств двухступенчатый и достаточно сложный. Как обоснованно отмечается в литературе, российское законодательство в сфере обеспечения прав и свобод вынужденных мигрантов не соответствует общепризнанным международным рекомендациям<sup>2</sup>. «Плюсы», которые получит мигрант или лицо, привлекающее на работу незаконно находящиеся на территории России иностранных граждан, от легализации собственного положения либо положения работников не столь велики, чтобы стимулировать указанных субъектов к прохождению сложной процедуры оформления необходимых документов. При этом установленная законом ответственность за нарушение миграционных правил также не оказывает ожидаемого воздействия, поскольку в ряде случаев наказание незначительно, а добиться реализации принципа «неотвратимости ответственности» правоприменительным органам не удастся. «Не охваченными» правовым воздействием в этой ситуации остаются многочисленные субъекты с пассивным общественным

---

<sup>1</sup> См.: Семенова, А. В. Актуальные проблемы регулирования миграционных отношений // Современная юридическая наука и правоприменение (III Саратовские правовые чтения): сб. тез. док. (по мат. Всероссийской научно-практической конференции, г. Саратов, 3–4 июня 2010 г.). Саратов: ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2010. С. 66.

<sup>2</sup> См.: Там же.

поведением, у которых привычки соблюдать миграционные правила еще не выработались. В последнее время в этой сфере происходят определенные позитивные изменения. В частности, Указом Президента РФ введена упрощенная процедура приема в гражданство России лиц, проживающих на территориях отдельных районов Донецкой и Луганской областей Украины<sup>1</sup>. Но распространяться упрощенная процедура будет только на лиц, прибывших с определенных территорий.

Приведенные примеры показывают, что законодателю, помимо упрощения соответствующих процедур, следует провести обстоятельный анализ эффективности задействованных правовых средств и расширить сферу использования более эффективных (в зависимости от результатов исследования усилить позитивное или негативное стимулирование).

Третий этап реализации правотворческого усмотрения — выбор правовых средств, соответствующих поставленным целям, по морально-правовым критериям (справедливость, гуманность и др.). В отличие от разрешения предыдущего вопроса, в этом случае законодатель оценивает социальную значимость поставленной цели. Исходя из этого он определяет, какие права, свободы, интересы, блага граждан могут быть затронуты предполагаемыми правовыми средствами достижения цели, какой будет характер их воздействия (позитивный или негативный для граждан). Например, после ряда вызвавших широкий общественный резонанс дорожно-транспортных происшествий с человеческими жертвами, произошедших по вине нетрезвых водителей, в декабре 2012 г. в Государственную Думу РФ был внесен законопроект, предусматривающий ужесточение санкций соответствующей статьи УК РФ. В случае гибели одного человека по вине водителя, находящегося в алкогольном опьянении, предлагается увеличить наказание в виде лишения свободы с семи до девяти лет; в случае гибели

---

<sup>1</sup> См.: Указ Президента Российской Федерации от 24 апреля 2019 г. (в ред. от 4 ноября 2020 г.) № 183 «Об определении в гуманитарных целях категорий лиц, имеющих право обратиться с заявлениями о приеме в гражданство Российской Федерации в упрощенном порядке» // СЗ РФ. 2019. № 17. Ст. 2071; 2020. № 45. Ст. 7094.

двух или более лиц — с девяти до двенадцати лет<sup>1</sup>. В официальных отзывах на данный законопроект, представленных Правительством РФ<sup>2</sup> и Верховным Судом РФ<sup>3</sup>, отмечалось, что защищенность граждан от дорожно-транспортных происшествий со смертельным исходом, совершенных по вине лиц, находящихся в состоянии опьянения, не может быть достигнута только путем использования превентивной функции уголовного закона и исключительно за счет механического увеличения уголовных наказаний за соответствующие деяния. Для достижения поставленной цели необходимо осуществление комплекса мер, которые названным законопроектom не предусматривались. То есть органами, представившими официальные отзывы на проект поправок в УК РФ, ставилась под сомнение не только эффективность данной меры, но и ее соответствие поставленной цели. Основанием для таких сомнений явилась неспособность специализированных органов и организаций государства обеспечить состояние дорог, отвечающее требованиям безопасности, и реализацию принципа «неотвратимости ответственности» в отношении лиц, совершивших подобные преступления, независимо от их статуса.

В дальнейшем идея ужесточения санкций за совершение деяний, предусмотренных разными частями ст. 264 УК РФ, была реализована. С учетом положений Общей части УК РФ внесенные изменения перевели определенные составы данного преступления (ч. 4 и 6 ст. 264 УК РФ) в категорию тяжких.

В результате реализации усмотрения субъектом правотворческой

---

<sup>1</sup> См.: Законопроект № 187938-6 «О внесении изменения в статью 264 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=187938-6&02>. (дата обращения: 1 сентября 2019 г.).

<sup>2</sup> См.: Официальный отзыв Правительства Российской Федерации на проект федерального закона «О внесении изменения в статью 264 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/arhiv/a\\_dz\\_6.nsf/ByID/42DCE7EE1717237D43257AEE0039DC2E/\\$File/92112403.doc?OpenElement](http://asozd2.duma.gov.ru/arhiv/a_dz_6.nsf/ByID/42DCE7EE1717237D43257AEE0039DC2E/$File/92112403.doc?OpenElement) (дата обращения: 1 сентября 2019 г.).

<sup>3</sup> См.: Официальный отзыв Верховного Суда Российской Федерации на проект федерального закона «О внесении изменения в статью 264 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/arhiv/a\\_dz\\_6.nsf/ByID/43416EA6DE5C559B43257AD3004D00B2/\\$File/%D0%92%D0%A1%20%D0%A0%D0%A4.rtf?OpenElement](http://asozd2.duma.gov.ru/arhiv/a_dz_6.nsf/ByID/43416EA6DE5C559B43257AD3004D00B2/$File/%D0%92%D0%A1%20%D0%A0%D0%A4.rtf?OpenElement) (дата обращения: 1 сентября 2019 г.).

деятельности на всех трех указанных этапах должен быть сформирован комплекс правовых средств адекватных целям, стоящим перед принимаемым нормативно-правовым актом.

В целом, усмотрение законодателя в отношении определения целей и правовых средств разрабатываемых и принимаемых нормативно-правовых актов должно находиться в рамках общих и специальных (действующих в сфере правотворчества) границ усмотрения в праве.

Таким образом, **правотворческое усмотрение при определении целей и правовых средств законодательных актов** представляет собой комплекс взаимосвязанных и взаимообусловленных решений, выраженных в конкретных действиях субъекта правотворческой деятельности, направленных на определение, формулирование и фиксацию иерархичной системы реальных, истинных, общественно полезных целей принятия нормативно-правового акта, а также на подбор и закрепление достаточных, эффективных средств их достижения.

#### **§ 4. Правовое усмотрение в процессе систематизации нормативных правовых актов**

Логическим продолжением исследования проблемы правотворческого усмотрения является изучение вопроса реализации правовой дискреции в процессе систематизации нормативно-правовых актов. В юридической литературе под систематизацией законодательства понимается целенаправленная деятельность по приведению нормативных правовых актов в единую упорядоченную систему<sup>1</sup>. Основными видами систематизации законодательства называют инкорпорацию, консолидацию и кодификацию<sup>2</sup>. Кроме названных разновидностей систематизации в некоторых работах к их

<sup>1</sup> См.: Систематизация законодательства в Российской Федерации / под ред. А. С. Пиголкина. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. С. 30.

<sup>2</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 304.

числу относят также учет нормативно-правовых актов<sup>1</sup>. Полагаем, что выделение учета нормативно-правовых актов в качестве самостоятельного вида систематизации не вполне оправданно. Это обусловлено тем, что инкорпорация, консолидация и кодификация могут проводиться независимо друг от друга, но при этом они абсолютно немыслимы без деятельности по учету законодательных актов. Кроме того, часто учеными правоведами и практикующими юристами поднимается вопрос о недостаточной упорядоченности нормативно-правовых актов, регулирующих ту или иную сферу общественных отношений, и необходимости их систематизации. Но при этом, в современных условиях, едва ли можно найти действующий законодательный акт, который не был бы соответствующим образом учтен. Это означает, что сам по себе учет нормативно-правовых актов не способен обеспечить достижение целей систематизации законодательства: упростить решение задач, возникающих в правотворческом, правоинтерпретационном и правоприменительном процессах; устранить имеющиеся юридические коллизии и др. В связи с этим, представляется более правильным рассматривать учет нормативных правовых актов не как самостоятельный вид систематизации законодательства, а как отдельный вид деятельности, который присутствует в любом виде систематизации законодательства, но может быть и не связан с ней. Поэтому в данной работе систематизация законодательства будет рассматриваться как соответствующая деятельность в форме инкорпорации, консолидации и кодификации.

Кратко раскроем сущность перечисленных видов систематизации законодательства.

*Инкорпорация* представляет собой такую разновидность систематизации законодательства, при которой нормативно-правовые акты полностью или частично объединяют в сборниках, построенных на определенных принципах (предметный, хронологический), сохраняя

---

<sup>1</sup> См.: Миронов, В. О., Зин, Н. В. Систематизация законодательства: понятие и виды // Право и государство: теория и практика. 2019. № 7. С. 48; Проблемы общей теории права / под ред. В. С. Нерсесянца. М.: ИНФРА-М, 2004. С. 348, и др.

неизменными содержанием и юридическое значение каждого акта<sup>1</sup>. Различают официальный и неофициальный виды инкорпорации<sup>2</sup> (а в некоторых источниках также выделяют и полуофициальную разновидность<sup>3</sup>).

*Консолидация* законодательства представляет собой разновидность систематизации нормативно-правовых актов, сочетающую черты инкорпорации и кодификации, при которой происходит объединение нескольких нормативных правовых актов, действовавших в одной области общественных отношений, без существенного изменения их содержания в единый сводный акт, обладающий юридической силой и действующий взамен включенных в него актов<sup>4</sup>.

*Кодификация* в отличие от названных видов систематизации законодательства предполагает кардинальную переработку правовых норм, содержащихся в различных правовых актах, регулирующих определенную сферу общественных отношений, в результате которой создается новый комплексный внутренне согласованный нормативный правовой акт (в форме кодекса, основ законодательства, уставов и т.п.), регламентирующий ту же сферу общественных отношений<sup>5</sup>. Само понятие «кодификация» используется не только для обозначения одной из разновидностей систематизации законодательства, но и для общей характеристики значительной части законопроектных работ, окончившихся принятием кодекса, а также как название результата этих работ<sup>6</sup> (в качестве синонима слова «кодекс»).

Неразрывная связь между правотворчеством и деятельностью по систематизации законодательства обусловлена рядом факторов.

<sup>1</sup> См.: Миронов, В. О., Зин, Н. В. Систематизация законодательства: понятие и виды // Право и государство: теория и практика. 2019. № 7. С. 49.

<sup>2</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 304.

<sup>3</sup> См.: Зарьков, Д. С. Соотношение и взаимосвязь консолидации с другими формами систематизации законодательства // Право и государство: теория и практика. 2020. № 4. С. 12.

<sup>4</sup> См.: Кожевников, В. В. К проблеме консолидации нормативных правовых актов в Российской Федерации // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2019. Т. 16. № 1. С. 29.

<sup>5</sup> См.: Гончарова, Л. Н. Кодификация как способ систематизации законодательства и форма правотворчества // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2020. № 11. С. 79.

<sup>6</sup> См.: Яцук, Т. Ф. Эволюция понятия «систематизация законодательства» в советской правовой науке // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2019. Т. 16. № 3. С. 47.

Во-первых, предметом деятельности по систематизации нормативных правовых актов являются результаты правотворчества. Здесь можно обнаружить прямую зависимость между ростом количества принятых нормативно-правовых актов и возрастанием потребности в их систематизации. Но следует отметить, что названная потребность далеко не всегда удовлетворяется. Одним из первых вопросов, решаемых по усмотрению соответствующего субъекта (зачастую субъекта, осуществляющего правотворческую функцию), является вопрос о необходимости проведения работ по систематизации законодательства. Ввиду высокой сложности и трудоемкости деятельности по систематизации нормативно-правовых актов необходимость проведения соответствующей работы часто игнорируется.

Во-вторых, систематизация законодательства (во всяком случае ее заключительный этап — принятие нового акта) должна осуществляться, как правило, теми же субъектами, которые выполняли правотворческую функцию, создавая комплекс нормативно-правовых актов, регулирующих определенную сферу общественных отношений. Исключением являются полуофициальная и неофициальная инкорпорация, которые могут проводиться и иными субъектами.

В-третьих, деятельность по систематизации законодательства, помимо упорядочивающих операций (подборка нормативно-правовых актов, регламентирующих определенную сферу общественных отношений, их анализ на предмет выявления противоречий, разночтений, определение системы изложения актов в сборнике и т.д.), включает в себя и элементы правотворчества. И чем выше уровень систематизации (в порядке возрастания: инкорпорация — консолидация — кодификация), тем больше в нем правотворческой составляющей. Это подтверждается, в частности, тем, что в результате кодификации, проводимой в начале 1920-х гг., появились кодексы, большинство норм которых не имело прямых аналогий в ранее

принятых декретах советской власти<sup>1</sup> (т.е. «правотворческая составляющая» в данном случае довлела над «систематизационной»).

В-четвертых, некоторые результаты в правовой сфере могут достигаться как посредством правотворчества, так и с помощью систематизации законодательства (например, устранение в определенных случаях юридических коллизий). Выбор того или иного средства достижения поставленной цели зависит от усмотрения субъекта, на которого возложена соответствующая обязанность.

Перечисленные обстоятельства детерминируют изучение усмотрения, реализуемого в процессе систематизации законодательства, во взаимосвязи с правотворческой дискрецией.

Первоначальным решением, выражающим соответствующее усмотрение субъекта (субъектов), осуществляющего систематизацию или уполномоченного поручать ее проведение, является решение о начале данных работ и их исполнителях. Следует отметить, что соответствующее решение может быть как моносубъектным (единоличным), так и полисубъектным (коллегиальным). Например, полисубъектным следует считать решение о кодификации законодательства в той или иной сфере общественных отношений, поскольку первоначально данное решение может быть принято органом, осуществляющим подготовку проекта соответствующего кодекса (в частности, Министерством юстиции и профильными ведомствами), но до конца реализовать его и принять кодекс возможно только при фактической согласованности такого решения (предварительной или последующей) с законодательным органом государства.

Также необходимо отметить, что принимать участие в деятельности по систематизации законодательства могут не только субъект или субъекты, принявшие соответствующее решение, но и иные лица, которым будут

---

<sup>1</sup> См.: *Яцук, Т. Ф.* Систематизация законодательства: теоретические, историко-правовые и отраслевые проблемы (обзор материалов круглого стола) // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2019. Т. 16. № 1. С. 222.

поручены отдельные элементы данной работы (сбор и анализ действующего нормативно-правового материала, подлежащего систематизации, его переработка в необходимых случаях и т.д.). К работе по систематизации законодательства на отдельных этапах целесообразно привлекать научные (научно-исследовательские, научно-образовательные и др.) юридические организации, представителей правоприменяющих органов, профильные сообщества, функционирующие в соответствующей области деятельности (например, ассоциации банков, союзы застройщиков, профессиональные союзы и т.д.). Если в процессе систематизации законодательства проведение отдельных операций будет возлагаться на иных лиц, то определение исполнителей осуществляется по усмотрению субъекта, принявшего решение о систематизации.

Важной характеристикой решения о систематизации законодательства является правильное определение пределов данной деятельности, т.е. той сферы общественных отношений, в которой будет осуществляться инкорпорация, консолидация или кодификация, и предполагаемого объема нормативных правовых актов, которые будут систематизированы.

Хотя уполномоченные субъекты обладают широкой свободой дискреции в принятии решения о систематизации нормативно-правовых актов и выборе сфер, в которых она будет реализовываться, можно выделять ряд факторов, оказывающих значительное влияние на данные решения.

Во-первых, наличие большого количества нормативных правовых актов, регулирующих ту или иную сферу общественных отношений. Например, массив законодательства, регулирующего избирательное право, с учетом подзаконных нормативных правовых актов и законодательства субъектов РФ превышает тысячу актов<sup>1</sup>. Однако активность федерального и регионального «законодателя» (включая органы, издающие подзаконные нормативно-правовые акты) затронула не только избирательную сферу. В

---

<sup>1</sup> См.: Березкин, И. С. Проблемы систематизации законодательства субъектов в Российской Федерации: теория и практика // Избирательное законодательство и практика. 2019. № 1. С. 10.

связи с этим, при решении вопроса о выборе сферы, в которой будет проводиться систематизация законодательства, необходимо ориентироваться не только на количество нормативных правовых актов, но и учитывать другие факторы.

Во-вторых, действующий в определенной сфере общественных отношений нормативно-правовой материал должен быть слабо упорядочен. О недостаточной систематизации законодательной базы могут свидетельствовать: широкий разброс норм, регулирующих однородные отношения, по разным законам (порой относящимся к различным отраслям законодательства); большой объем разноуровневого подзаконного (указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, ведомственные акты) регулирования; наличие у субъектов России правотворческих полномочий по данному вопросу, и другие обстоятельства. В частности, в России насчитывается свыше 1100 нормативных правовых актов различного уровня, регулирующих вопросы оказания медицинской помощи и охраны здоровья. При этом исследователи отмечают отсутствие должной систематизации данной нормативно-правовой базы: существование актов, регламентирующих узкие вопросы, перманентно возникающие на практике; рассогласованность норм, относящихся к различным отраслям права (трудовое, гражданское, уголовное и т.д.), но посвященных вопросам охраны здоровья и оказания медицинской помощи<sup>1</sup>.

В-третьих, многочисленность юридических коллизий и иных недостатков законодательства, обусловленных большим количеством нормативных правовых актов, действующих в определенной сфере, и их бессистемностью. Не все из существующих дефектов законодательства могут быть устранены исключительно за счет систематизации нормативных правовых актов. Следует правильно определить соотношение дефектов, преодоление которых возможно посредством систематизации

---

<sup>1</sup> См.: Епифанова, Е. В., Чупрова, А. А., Хиль, И. М. К вопросу о систематизации медицинского законодательства (теоретико-правовой аспект) // Право и государство: теория и практика. 2019. № 12. С. 46–47.

законодательства, и недостатков, устранение которых требует использования иных правовых средств. Чем выше будет удельная доля первой группы коллизий и иных дефектов, тем более предпочтительным является осуществление систематизации законодательства. Например, в сфере регламентации оперативно-розыскной деятельности исследователями выявлен целый ряд дефектов федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>1</sup>:

- декларативный характер ряда содержащихся в нем норм;
- отсутствие регламентации процедуры проведения оперативно-розыскных мероприятий (такая регламентация содержится в подзаконных ведомственных нормативных правовых актах и может различаться в разных органах);
- слабая урегулированность контроля и надзора за оперативно-розыскной деятельностью;
- недостаточная проработанность положений, закрепляющих правовой статус лиц, участвующих в осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Устранить перечисленные недостатки, по мнению некоторых специалистов, возможно посредством систематизации соответствующего законодательства — разработки и принятия Оперативно-розыскного кодекса РФ<sup>2</sup>.

В-четвертых, текущее состояние законодательства, регулирующего определенную сферу отношений, должно создавать сложности для правотворческой, правоинтерпретационной и правоприменительной деятельности, а также для реализации правовых норм в иных формах. Большое количество нормативных правовых актов само по себе создает сложности для названных видов юридической деятельности. Принятие новых

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 12 августа 1995 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3349; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5080.

<sup>2</sup> См.: Куртяк, А. И. Систематизация законодательства, регулирующего правовой статус должностного лица органа внутренних дел, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в форме кодификации // Журнал правовых и экономических исследований. 2019. № 4. С. 84.

нормативно-правовых актов затруднено, поскольку субъекту, осуществляющему правотворчество, необходимо их вписать в уже имеющуюся модель правового регулирования, избегая прямых противоречий, дублирующей регламентации, разночтений в определении используемых терминов и т.д. Толкование юридических норм в такой ситуации так же осложнено. Это обусловлено тем, что норму права необходимо интерпретировать не изолировано, а с учетом ее взаимосвязей с другими правовыми нормами, которые позволяют наиболее полно и точно устанавливать смысл и содержание толкуемой нормы, а также замысел законодателя, заложенный в ней. Правотворчество и толкование юридических норм столкнутся с еще большими осложнениями, если большой массив действующих нормативных правовых актов будет недостаточно упорядочен, и в нем будут присутствовать юридические коллизии, пробелы и иные дефекты законодательства.

Отдельно следует сказать о проблемах, возникающих при реализации правовых норм, поскольку любой нормативно-правовой акт принимается для того, чтобы его положения претворялись в жизнь. Большое количество и слабая упорядоченность нормативных правовых актов создает затруднения для правоприменителей. Однако еще больше сложностей такая ситуация порождает при реализации правовых норм в иных формах. Это обусловлено тем, что применение права — это деятельность, осуществляемая профессиональными юристами, а реализация права в форме соблюдения, исполнения и использования возможна любыми субъектами, в том числе и не обладающими юридическими знаниями. Для последних разброс норм, фиксирующих их права и обязанности, по множеству разноуровневых нормативных правовых актов, сложность и неоднозначность трактовок используемой терминологии создают преграды к осуществлению субъективного права или исполнению юридической обязанности. В частности, при обсуждении вопроса о необходимости кодификации экологического права учеными отмечается ряд сложностей, с которыми

сталкиваются судебные и другие правоприменительные органы в процессе реализации существующего экологического законодательства. Например, подчеркивается отсутствие конкретной концепции организации экологического законодательства, слабая проработка природоохранного механизма, возможность двойственного толкования положений, содержащихся в действующем законодательстве. В целом констатируется, что сложившееся экологическое законодательство, несмотря на принятие ряда новых нормативных правовых актов, не привело к повышению эффективности охраны окружающей среды<sup>1</sup>.

Наличие одного, нескольких или всей совокупности перечисленных обстоятельств должно говорить в пользу принятия решения о систематизации законодательства в определенной сфере.

Помимо анализа фактической ситуации, связанной с нормативно-правовым регулированием той или иной сферы общественных отношений, субъекту необходимо определить цели, которые должны быть достигнуты в процессе совершенствования законодательства, и оценить возможную эффективность их достижения посредством использования инструментария, предоставляемого систематизацией законодательства. Обычно в качестве ожидаемых результатов от систематизации законодательства называют:

1) повышение удобства использования нормативных правовых актов (данную цель можно считать наиболее специфичной именно для систематизации);

2) устранение устаревших и фактически недействующих правовых норм;

3) преодоление юридических коллизий, обусловленных большим количеством нормативных правовых актов;

4) ликвидация пробелов правового регулирования (если такие пробелы могут быть устранены посредством систематизации законодательства);

---

<sup>1</sup> См.: Подкалюк, В. А. К проблеме систематизации и кодификации экологического законодательства России // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2019. № 4-3. С. 141.

5) устранение затруднений, возникающих в процессе применения или иной реализации законодательства, обусловленных многочисленностью и бессистемностью действующих нормативных правовых актов.

Можно заметить, что цели 2 — 5 могут быть достигнуты как с помощью систематизации законодательства, так и посредством «чистой правотворческой деятельности» (не сопряженной с систематизацией). Выбор наиболее эффективного средства для достижения обозначенных целей будет зависеть от специфики каждой конкретной ситуации. Например, в процессе систематизации миграционного законодательства, проводившейся параллельно реформе элементов государственного механизма, действующих в данной сфере (ликвидация Федеральной миграционной службы и передача ее полномочий специальным структурным подразделениям Министерства внутренних дел), было переработано свыше 300 нормативных правовых актов<sup>1</sup>. Это привело к устранению ряда неэффективных норм ранее действовавшего законодательства и преодолению отдельных пробелов правового регулирования в миграционной сфере.

Однако необходимо обозначить наиболее общие положительные и отрицательные черты систематизации законодательства и «чистого правотворчества», которые способны повлиять на усмотрение соответствующего субъекта.

Положительным качеством «чистого правотворчества» можно считать его меньшую трудоемкость и соответственно потенциально более высокую оперативность, чем у систематизации законодательства. Здесь возможно обойтись без длительной подготовительной работы, связанной с изучением и анализом уже действующего нормативно-правового материала. Это, безусловно, не освобождает субъекта, осуществляющего правотворческую деятельность, от необходимости включить принимаемый нормативно-правовой акт хоть и в несовершенную, но все-таки систему уже

---

<sup>1</sup> См.: Константинов, А. В., Дульнев, М. В. Миграционный кодекс Российской Федерации как результат систематизации миграционного законодательства // Вестник Московского университета МВД России. 2019. № 1. С. 125.

действующего в определенной сфере законодательства. Сделать это без должной подготовки, осуществляемой в рамках систематизации законодательства, удастся далеко не всегда.

В качестве отрицательных черт «чистого правотворчества» можно выделить следующие обстоятельства. Во-первых, в результате правотворческой деятельности, не сопряженной с систематизацией законодательства, происходит дальнейшее увеличение количества действующих нормативных правовых актов. Во-вторых, субъектам правотворчества не всегда удается избежать возникновения новых противоречий между вновь принятым нормативным правовым актом и уже действующими. В таком случае, одни дефекты действующего законодательства устраняются, а другие создаются. В-третьих, обратной стороной оперативности «правотворческого реагирования» на имеющиеся проблемы является узость принимаемых мер, т.е. принятием нового нормативно-правового акта, зачастую, устраняется не системная причина, а лишь одно или несколько проявлений существующей проблемы.

Положительным качеством систематизации законодательства является то, что наряду с достижением тех же результатов, которые могут быть получены за счет «чистого правотворчества», она повышает удобство использования нормативно-правового материала, действующего в определенной сфере. Зачастую систематизация законодательства приводит к уменьшению количества нормативных правовых актов, что позволяет правоприменителям и всем иным субъектам легче ориентироваться в оставшемся законодательстве. Также положительной стороной систематизации законодательства является то, что в ее процессе воздействие, как правило, происходит не на внешние проявления, а на причины тех проблем, с которыми сталкиваются субъекты права при реализации соответствующего комплекса нормативных правовых актов. Негативными чертами систематизации законодательства следует считать ее трудоемкость и длительность. Необходимость затрачивать на систематизацию

законодательства больше времени, чем на «чистое правотворчество», обусловлена той основательной подготовительной работой, которую, безусловно, предполагают все разновидности систематизации. Следовательно, данная работа нуждается в больших человеческих и технических ресурсах. Развитие современных технологий (например, функциональных возможностей справочно-правовых систем) в определенной степени снижает такие издержки и упрощает проведение отдельных операций в рамках систематизации законодательства, но, как отмечают ученые, существующий на сегодняшний день уровень развития искусственного интеллекта не позволяет ему соперничать в универсальности с разумом человека<sup>1</sup>. Это означает, что избавиться от названных отрицательных аспектов систематизации законодательства пока невозможно.

Несмотря на то, что систематизация законодательства обладает рядом преимуществ решение проблем, связанных с недостатками нормативно-правового регулирования той или иной сферы общественных отношений, зачастую, осуществляется посредством исключительно правотворческой деятельности. Здесь показателен пример развития законодательства, регулирующего сферу образования. В качестве дефектов образовательного законодательства исследователи выделяют: коллизионность федеральных, региональных и муниципальных нормативных правовых актов, действующих в образовательной сфере; усиление тенденции к росту массива подзаконных нормативных правовых актов; увеличение количества противоречий между нормами закона и подзаконных актов; снижение авторитета закона ввиду его отставания от сложившейся действительности; пробельность правовой регламентации при большом количестве нормативных правовых актов. Наличие подобных проблем предполагает необходимость проведения масштабной систематизации<sup>2</sup>. Однако в настоящее время продолжается

---

<sup>1</sup> См.: Козырева, А. А., Девяткин, Д. А. Использование механизмов искусственного интеллекта в процессе систематизации российского и международного законодательства // *Международный правовой курьер*. 2020. № 1-2. С. 15.

<sup>2</sup> См.: Артамонова, Ю. С. Систематизация как направление модернизации образовательного законодательства // *Тенденции развития науки и образования*. 2020. № 62-15. С. 12–13.

«точечное» решение возникающих проблем путем принятия новых нормативных правовых актов (как правило, подзаконных), приводящее к еще большему росту их числа и дальнейшему обесцениванию закона.

Исходя из этого, полагаем, что законодательным органам и иным субъектам, осуществляющим правотворческую деятельность, необходимо уделять большее внимание систематизации законодательства (и как элементу подготовительной работы в процессе правотворчества, и как самостоятельному направлению деятельности), что позволит избежать неоправданного увеличения количества нормативных правовых актов. В тех же случаях, когда принятия нового нормативного правового акта действительно необходимо, предварительно проведенная систематизация позволит избежать противоречий правовых норм друг другу, неопределенности трактовок понятий, используемых в законодательстве. Но на сегодняшний день мы сталкиваемся с неоднозначным пониманием даже ключевых категорий, используемых в некоторых сферах законодательства. В частности, в финансовом праве таким понятием, лишенным единообразного законодательного определения, является «финансовый контроль»<sup>1</sup>.

Еще одним аспектом усмотрения в сфере систематизации законодательства является выбор субъектом ее разновидности, используемой в конкретном случае.

Такой выбор будет зависеть от целого ряда обстоятельств, которыми характеризуется сложившаяся ситуация: специфики сферы общественных отношений, в которой необходимо провести систематизацию законодательства; состояния комплекса нормативно-правовых актов, действующих в ней; срока, в течение которого должна быть проведена систематизация, и имеющихся ресурсов для ее проведения.

«Высшей» разновидностью систематизации законодательства является **кодификация**, которая позволяет получить единый комплексный

---

<sup>1</sup> См.: Кошель, Д. Е. Понятие финансового контроля и вопросы систематизации законодательства // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2019. Т. 16. № 1. С. 52–54.

нормативно-правовой акт, закладывающий основу правового регулирования определенной сферы общественных отношений и содержащий наряду с нормами-правилами — нормы-принципы, нормы-цели, нормы-дефиниции. Кодификация неотделима от правотворческой деятельности, поскольку та глубокая переработка, которой подвергаются положения систематизируемых нормативных правовых актов, зачастую требует создания новых правовых норм, отсутствовавших в прежнем законодательстве. Кроме того, результат кодификации — кодекс (основы законодательства, устав и т.п.) является новым законом, нуждающимся в соблюдении соответствующей процедуры обсуждения и принятия.

Но следует отметить, что кодификация имеет и обратную сторону. Это наиболее сложная, трудоемкая и длительная разновидность систематизации законодательства, поскольку она объединяет внешнюю и внутреннюю (количественную и качественную) переработку нормативных правовых актов<sup>1</sup>. Данные особенности кодификации позволяют ее использовать далеко не во всех случаях. Существуют области общественных отношений, например, такая социально значимая область, как сфера публичных закупок, в которых нормативные правовые акты нуждаются в систематизации, но при этом законодательство слишком динамично и находится в состоянии «постоянного реформирования»<sup>2</sup>. Для таких сфер, характеризующихся постоянно меняющимися общественными отношениями, кодификация не вполне пригодна и, по мнению В. В. Кожевникова, проигрывает другому виду систематизации законодательства — консолидации<sup>3</sup>. С таким мнением, в целом, следует согласиться. Однако полагаем, что в некоторых случаях сама подготовка кодифицированного акта, его принятие и введение в

---

<sup>1</sup> См.: *Саврасова, Л. Н., Петрова, В. Д., Подкопаева, Т. Ю.* Социальное значение и технико-юридические характеристики кодификации законодательства // Тенденции развития науки и образования. 2020. № 62-16. С. 63.

<sup>2</sup> См.: *Лавров, Ю. Б., Миняева, А. О.* Реформа законодательства о закупках, осуществляемых отдельными видами юридических лиц, в контексте проблемы систематизации нормативных правовых актов в сфере публичных закупок // Сибирское юридическое обозрение. 2020. Т. 17. № 3. С. 322.

<sup>3</sup> См.: *Кожевников, В. В.* К проблеме консолидации нормативных правовых актов в Российской Федерации // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2019. Т. 16. № 1. С. 29.

действие способны оказать стабилизирующее воздействие на соответствующую сферу общественных отношений, минимизировав бессистемное правотворчество в ней. Поэтому не следует слишком поспешно отказываться от идеи кодификации в той или иной сфере отношений. Выбрав другой вид систематизации законодательства, кодификационную работу можно перенести на более поздние сроки, предварительно проанализировав все положительные и отрицательные стороны создания нового кодекса и изучив аналогичный опыт других государств. Например, правовая регламентация сферы социального обеспечения в РФ характеризуется сложностью и большим объемом действующих нормативных правовых актов. Реальные перспективы создания в России Кодекса социального обеспечения пока отсутствуют, тогда как в Германии (и в ряде других государств) существует Кодекс социального права<sup>1</sup>. Данное обстоятельство означает, что законодательство, регулирующее названную сферу, в принципе, может быть кодифицировано.

Следующий вид систематизации законодательства — **консолидация**. Данный вид систематизации занимает промежуточное положение между инкорпорацией и кодификацией, обладая определенными признаками каждого из них. Общая черта консолидации и кодификации — появление нового единого нормативно-правового акта (консолидированного и кодифицированного соответственно). Также в процессе консолидации присутствуют элементы правотворчества, однако их «удельный вес» меньше, чем в кодификации, и они носят технический характер: устранение явных противоречий, повторов, устаревших норм<sup>2</sup>. При консолидации не требуется разрабатывать и включать в новый нормативно-правовой акт нормы-принципы, нормы-дефиниции, нормы-цели. В этой связи, консолидация является более простой разновидностью систематизации законодательства и требует для осуществления меньше времени и ресурсов.

---

<sup>1</sup> См.: Калмыкова, А. А. Анализ зарубежного опыта кодификации социального законодательства // Актуальные вопросы современной экономики. 2019. № 5. С. 924–925.

<sup>2</sup> См.: Кожевников, В. В. Указ. соч. С. 30.

Представляется, что консолидацию наиболее целесообразно использовать в следующих случаях. Во-первых, как альтернативу кодификации в тех сферах общественных отношений, в которых законодательство постоянно изменяется. Время и усилия, направленные на создание кодекса, в таком случае теряют смысл, поскольку либо будет существовать постоянная необходимость в его дополнении и совершенствовании, или в него будут включены только самые общие положения, что обеспечит его стабильность, но потребует принятия многочисленных конкретизирующих нормативных правовых актов. Консолидированный акт можно сформировать быстрее и с меньшими усилиями, а в удобстве использования он ненамного уступает кодексу.

Во-вторых, как предшественницу кодификации. В этом случае, консолидированный акт будет обеспечивать удобство использования нормативно-правового материала, регулирующего определенную сферу отношений, в течение времени, необходимого законодателю для проработки концепции будущего кодекса и иных вопросов, которые не были решены в существующих нормативных правовых актах.

Общее качество консолидации и инкорпорации — сохранение в неизменном виде правового регулирования определенной сферы общественных отношений. В некотором роде данную черту можно рассматривать, как недостаток консолидации, т.к. ликвидируя технические огрехи и мелкие несостыковки в систематизируемом законодательстве, она не способна устранить принципиальные недостатки правового регулирования соответствующей социальной сферы.

Третьим видом систематизации законодательства является **инкорпорация**. Это наиболее простая разновидность систематизации, поскольку ее проведение не предполагает обязательного наличия правотворческих элементов (хотя они могут присутствовать: признание некоторых актов или их отдельных положений утратившими силу) и создания нового нормативного правового акта. В результате инкорпорации

нормативные правовые акты сохраняют свою юридическую силу и значение, но объединяются в сборники или своды законодательства<sup>1</sup> (тематические или хронологические), которые в зависимости от вида инкорпорации (официальная или неофициальная) могут утверждаться соответствующим органом (лицом).

Несмотря на ограниченную функциональность инкорпорации по сравнению с другими видами систематизации законодательства (невозможность устранить юридические коллизии, пробелы, унифицировать используемую в разных нормативных правовых актах терминологию), основную задачу по обеспечению удобства использования соответствующего законодательства она решает. А возможность наиболее оперативно реагировать на возникающие запросы делают инкорпорацию незаменимой в некоторых случаях.

Представляется целесообразным более активно использовать инкорпорацию в тех сферах общественных отношений, в которых значительный объем реализации правовых норм осуществляется субъектами, не обладающими юридическими знаниями. Речь идет о таких областях жизни общества, как медицинское и социальное обслуживание населения, предоставление гражданам государственных и муниципальных услуг, жилищно-коммунальная сфера, защита прав потребителей, в том числе в банковском и страховом секторе, и т.п. Разработка соответствующих тематических сборников, даже в рамках неофициальной инкорпорации, способна повысить уровень правовой информированности граждан, а также внести определенный вклад в создание условий для беспрепятственного использования гражданами прав и исполнения обязанностей.

Рассматривая усмотрение субъекта при принятии решения о систематизации законодательства и выборе ее разновидности, следует оговориться, что в федеративных государствах систематизация

---

<sup>1</sup> См.: *Игнатьева, И. А.* Консолидация в экологическом законодательстве России: теоретические проблемы и перспективы применения // Журнал российского права. 2007. № 12. С. 106.

законодательства на федеральном и региональном уровне не всегда синхронизирована, поскольку соответствующие решения могут приниматься разными субъектами (федеральными и региональными органами). В частности, в России на федеральном уровне работа по систематизации законодательства, регулирующего социальное обеспечение, ведется не достаточно активно, несмотря на то, что его многогранность и объемность предполагают необходимость этого. А в отдельных субъектах РФ (Санкт-Петербург, Астраханская, Белгородская, Волгоградская, Омская и Ярославская области) такая работа проведена и приняты Социальные кодексы соответствующих субъектов<sup>1</sup>. Аналогичный пример можно привести и по систематизации избирательного законодательства — Кодекс Алтайского края о выборах, референдуме, отзыве депутатов и выборных должностных лиц действует в данном регионе уже более 20 лет<sup>2</sup>. На федеральном уровне в ближайшее время принятия Избирательного кодекса не предполагается. Систематизация законодательства в субъектах РФ, позволяет не только повысить удобство его использования, но и более точно, полно и оперативно обеспечивать его соответствие федеральному законодательству.

Кроме того, систематизация регионального законодательства способна упростить процесс унификации нормативно-правовых актов разных субъектов РФ, действующих в тех сферах, в которых должно быть обеспечено единство правового регулирования на всей территории государства (например, в вопросах создания условий для реализации конституционных прав граждан). Унификация нормативно-правового регулирования, в свою очередь, позволит обеспечить единообразие соответствующей правоприменительной практики в регионах. Это означает, что в систематизации регионального законодательства заинтересованы не только региональные правоприменители (иные субъекты права), но и

---

<sup>1</sup> См.: Держачева, Т. В. Актуальные вопросы кодификации регионального законодательства по социальному обеспечению (на примере Волгоградской области) // Правовая парадигма (Legal Concept). 2019. Т. 18. № 3. С. 92.

<sup>2</sup> См.: Акимова, И. Л., Китновская, О. В. Об опыте кодификации законодательства о выборах и референдумах в Алтайском крае // Избирательное законодательство и практика. 2019. № 1. С. 16.

федеральные власти, которым надлежит создавать необходимые условия и активизировать данный процесс в субъектах РФ.

Вне зависимости от того, осуществляется ли систематизация для всего объема нормативно-правовых актов, действующих в определенной сфере, или ограничивается актами, принятыми на каком-то одном уровне (федеральном, региональном, муниципальном), необходимо обеспечить продуктивность данного процесса. Для достижения названной цели следует сбалансировано сочетать при осуществлении систематизации законодательства два разнонаправленных качества. С одной стороны, необходимо придать систематизации нормативных правовых актов перманентный характер, что позволит постоянно поддерживать достаточный уровень упорядоченности законодательства, избегая негативных последствий, к которым приводит бессистемность. Но, если сосредоточиться исключительно на этом аспекте систематизации, то велик риск ухудшить ситуацию, поскольку подготовка кодекса или консолидированного акта излишне затянется, а имеющиеся пробелы и противоречия будут устраняться за счет увеличения количества нормативных правовых актов.

С другой стороны, надлежит структурировать данный процесс, разделяя его на отдельные этапы и (или) блоки, с определением сроков и целей для каждого из них. В итоге реализации соответствующего этапа или блока систематизации должен быть достигнут определенный результат — подготовлен инкорпорационный сборник нормативных правовых актов, консолидированный акт, либо кодекс. Однако получение желаемого результата следует рассматривать именно как окончание конкретного блока или этапа работы, а не как завершение всего процесса. Ведь, как показывает практика, даже после принятия новых кодексов в них продолжают вносить изменения, порой весьма многочисленные, что требует возобновления систематизации нормативных правовых актов в соответствующей сфере.

Подводя итог исследованию вопроса реализации дискреции в процессе систематизации законодательства, можно сформулировать определение,

отражающее основные аспекты, по которым субъект принимает решение.

Таким образом, усмотрение уполномоченного субъекта при осуществлении систематизации законодательства заключается в решении комплекса вопросов о необходимости упорядочения нормативных правовых актов, действующих в определенной сфере общественных отношений; о виде систематизации, ее объеме и уровне (общий, федеральный, региональный, муниципальный), а также о сроках и исполнителях данной работы.

### **ГЛАВА 3. УСМОТРЕНИЕ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

#### **§ 1. Понятие правоприменительного усмотрения и механизм его формирования**

Обеспечение законности в процессе правоприменения — одна из краеугольных проблем юриспруденции. Юридическая наука и практика разрабатывают различные средства, которые позволяли бы обеспечивать единообразие правоприменительной практики и ее законность. К ним, например, относятся разработка и принятие различных актов толкования права (методические рекомендации, методические инструкции, информационные письма как ведомственного, так и межведомственного или универсального характера), в том числе принимаемых органами судебной власти (постановления Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ); судебный контроль за решениями, принимаемыми компетентными органами и затрагивающими права и свободы граждан; иные виды контроля и надзора, обеспечивающие соблюдение установленных законом требований в соответствующей сфере правоприменительной деятельности; и другие средства. Помимо средств, способствующих повышению уровня законности правоприменительной деятельности, необходимо устранить условия ее нарушений со стороны правоприменителя. К таковым можно отнести низкую профессиональную подготовленность должностных лиц органов, осуществляющих правоприменительную деятельность, пороки самого законодательства (низкий уровень систематизации, пробелы, коллизии и др.), недостатки организации работы правоприменительных органов и др. Зачастую в перечень таких условий попадает и правоприменительное усмотрение, которое рассматривается некоторыми учеными и практиками как антагонист законности.

Полагаем, что такая позиция является неверной, а

правоприменительное усмотрение является необходимым атрибутом правоприменительной деятельности. Чтобы обосновать названную точку зрения, необходимо детально изучить механизм формирования правоприменительного усмотрения.

Что представляет собой правоприменительное усмотрение? Это одна из разновидностей более общей категории «правовое усмотрение». Исходя из общего определения правового усмотрения, предложенного в первой главе, можно сформулировать следующую дефиницию для данной разновидности: ***«правоприменительное усмотрение — это результат интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта, осуществляющего функцию правоприменения, представляющий собой выбранное на основе предписаний правовых норм решение по юридически значимому вопросу и выраженное в определенном правоприменительном акте»***. Специфические черты данному виду усмотрения, позволяющие отличать его от иных видов юридического усмотрения, в том числе правореализационного, придают особенности, характерные для применения права как формы его реализации.

К числу существенных признаков правоприменения, которые выделяли в своих трудах ученые, исследовавшие данную проблему, относятся организующее воздействие<sup>1</sup> и властный характер<sup>2</sup> названной формы реализации права. Наиболее полно особенности применения права отразил в своем определении Н. И. Матузов. Он указывал, что это властно-императивная форма реализации права, осуществляемая компетентными органами и должностными лицами, в процессуальной (процедурной) форме, включающей ряд последовательных стадий, касающаяся персонифицированных субъектов, связана с вынесением правоприменительных актов и направлена на урегулирование конкретных

---

<sup>1</sup> См.: Недбайло, П. Е. Применение советских правовых норм. М.: Госюриздат, 1960. С. 11.

<sup>2</sup> См.: Правоприменение в советском государстве / Под ред. И. Н. Кузнецова, И. С. Самошенко. М.: Юрид. лит., 1985. С. 18; Теория государства и права: Учебник / В. К. Бабаев, В. М. Баранов, Н. В. Витрук, и др.; Под ред. В. К. Бабаева. М.: Юристъ, 2004. С. 452.

ситуаций<sup>1</sup>. С позиции исследования правоприменительного усмотрения представляется важным, что в качестве характеристик самого правоприменения здесь учтены такие важные черты, как процедурная форма деятельности по применению права и ее стадийность. Процедурная форма предполагает ту или иную степень регламентации процессуальными юридическими нормами операций, совершаемых субъектом, осуществляющим применение права. Степень такого регулирования зависит от характера самих применяемых норм права, органа или должностного лица, осуществляющего правоприменение, сферы общественных отношений, в которой реализуются правовые предписания и других обстоятельств. Сам факт существования такой регламентации ограничивает усмотрение правоприменителя определенными рамками. Возникают закономерные вопросы: можно ли при регулировании процедуры применения правовой нормы добиться полного исключения возможности правоприменительного усмотрения, и способна ли сама норма права, подлежащая применению, исключать такую возможность?

В науке предпринимались попытки дать ответы на эти взаимосвязанные вопросы.

В первую очередь обратимся к правовой норме. С одной стороны, содержание юридической нормы может не предусматривать правового усмотрения, а именно конкретно-нормативной его разновидности. Например, обязывающая норма, требующая совершения субъектом права какого-то конкретного действия, в случае возникновения обстоятельств, определенных в гипотезе. Названная разновидность усмотрения очень хорошо поддается корректировке со стороны государства, которое обладает возможностью принимать соответствующие правовые предписания, содержащие основу для абсолютно-определенного, относительно определенного или свободно-вариативного усмотрения, либо исключаящие его. В частности, можно изъять из нормы, устанавливающей юридическую ответственность,

---

<sup>1</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 332.

альтернативные виды наказания, или минимальный и максимальный пределы наказания, указав строго определенный его размер. Именно на подобную корректировку норм права государство зачастую направляет существенные усилия, сталкиваясь с нарушением законности в какой-то сфере правоприменения. Но принимаемые меры не всегда оказываются эффективными, поскольку применение нормы права всегда предполагает ту или иную степень усмотрения независимо от ее содержания. Данный факт объясняется рядом обстоятельств.

Во-первых, абстрактным (в большей или меньшей степени) характером юридической нормы, рассчитанной на многократное применение в отношении схожих фактических обстоятельств, подпадающих под ее действие. Подпадает ли реальная ситуация под действие нормы права, и следует решить правоприменителю. По сути, об этом пишет М. С. Студеникина, утверждая, что «законодатель, не имея не только возможности, но и не считая целесообразным охватывать все разнообразие конкретных случаев, сам сознательно предоставляет государственным органам право на известную, очерченную определенными рамками свободу в своей деятельности, т. е. предоставляет право на усмотрение»<sup>1</sup>. Таким образом, в процессе правоприменения субъект наделяется определенной свободой выбора решений и правовых последствий, к которым приведет их реализация.

Во-вторых, правоприменитель помимо конкретно-нормативного реализует компетенционное усмотрение, которое базируется на системе норм права, устанавливающих полномочия соответствующего органа, организации или должностного лица<sup>2</sup>. Правовые предписания, входящие в данную систему, наряду с применяемой нормой также могут увеличивать или уменьшать степень усмотрения уполномоченного субъекта в процессе

---

<sup>1</sup> Правоприменение в советском государстве / Под ред. И. Н. Кузнецова, И. С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1985. С. 40.

<sup>2</sup> См.: Кузьмина, Е. М. Правоприменительная деятельность в современной России: теоретико-правовой аспект // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2014. № 5. С. 32–33.

применения права, но полностью исключить его они не могут, поскольку это приведет к искажению самого смысла правоприменительной деятельности. Названное обстоятельство дает ответ и на вопрос о роли регулирования правоприменительных процедур в определении уровня правоприменительного усмотрения. Соответствующая юридическая регламентация правоприменительного процесса способна сокращать или увеличивать уровень усмотрения правоприменителя, но не исключать его полностью.

В-третьих, полной ликвидации правоприменительного усмотрения препятствует характер элементов, составляющих правоприменительный процесс. Каждая стадия правоприменительного процесса предполагает интеллектуально-волевою деятельность правоприменителя — его усмотрение по вопросу, составляющему суть этой стадии. В совокупности из этих элементов-усмотрений состоит механизм формирования цельного правоприменительного усмотрения. В сущности, данный механизм представляет собой «кальку» правоприменительного процесса.

В целях определения воздействия отдельных элементов на итоговое правоприменительное усмотрение следует детально изучить структуру механизма его формирования.

**Первым элементом механизма является *усмотрение правоприменителя при установлении фактических обстоятельств.*** Здесь следует рассмотреть характерные черты первой стадии правоприменительного процесса, предопределяющие наличие в ней усмотрения соответствующего субъекта.

Абсолютно справедливо отмечается, что правоприменитель прежде всего должен определить круг обстоятельств, которые будут составлять фактическую основу дела<sup>1</sup>. В процессе решения данной задачи он обладает известным уровнем свободы, зависящим от разновидности обстоятельств,

---

<sup>1</sup> См.: Сардаева, О. Г. Установление фактических обстоятельств дела как основа квалификации юридически значимого поведения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. С. 15.

которые он примет за фактическую основу. В этом случае целесообразно применить классификацию, предлагаемую В. Л. Кулаповым и О. Г. Сардаевой, различающую:

а) обстоятельства, с которыми норма (система норм) связывает юридические последствия;

б) обстоятельства, обладающие относительным характером<sup>1</sup>.

*В первой группе* речь идет об обстоятельствах, выступающих в роли юридических фактов или входящих в структуру юридического состава. Такое качество они приобретают в силу прямого указания на них в соответствующей норме либо комплексе взаимосвязанных норм. Например, квалификация деяния по статье Особенной части УК РФ требует установления всех элементов, образующих состав преступления, часть из которых определяется нормами Общей части кодекса. Более того, правоприменителю в этой ситуации следует руководствоваться и нормами уголовно-процессуального права, в частности устанавливающими обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу (ст. 73 УПК РФ).

Включение обстоятельств, обладающих качествами юридических фактов, в фактическую базу разрешаемого дела зависит от усмотрения правоприменителя незначительно. Такое усмотрение возможно в двух аспектах:

1. Норма предусматривает альтернативные юридические факты для наступления правовых последствий. В этом случае правоприменитель может сосредоточиться на установлении одного или нескольких обстоятельств, являющихся альтернативными, и не устанавливать другие. Например, ст. 135 ГПК РФ предусматривает основания для возвращения искового заявления. В частности, к их числу относятся: заявление требований, подлежащих рассмотрению в порядке приказного производства; неподсудность

---

<sup>1</sup> См.: Кулапов, В. Л., Сардаева, О. Г. Современные проблемы установления фактических обстоятельств при квалификации противоправного поведения // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 1. С. 83.

заявленных требований данному суду общей юрисдикции; подача искового заявления недееспособным лицом; отсутствие подписи на исковом заявлении или подпись лица, не имеющего на то полномочий; наличие в производстве другого суда или третейского суда дела по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям и др. Наличие хотя бы одного из названных обстоятельств влечет принятие решения о возвращении искового заявления. Установление названных обстоятельств не представляет особой сложности, а часть из них является для судьи очевидной — отсутствие подписи на исковом заявлении или подсудность заявленных требований другому суду. Но всю их совокупность при принятии искового заявления судья устанавливать не должен.

2. Выбор правоприменителем юридической нормы, определяющей соответствующие юридические факты (составы). В данном случае можно говорить о «предварительной квалификации» обстоятельств, послуживших поводом для начала правоприменительной деятельности.

Действительно, субъекту применяющему право для определения в каждом конкретном деле круга обстоятельств, подлежащих установлению и необходимых для правильной квалификации, следует предварительно определить норму закона, содержащую указания на юридические факты (составы). Это позволит ему очертить пределы его деятельности по установлению фактических обстоятельств, требующихся для разрешения дела. Такая предварительная квалификация не обязательна, поскольку в процессе собирания доказательств, установления фактических обстоятельств может оказаться, что они свидетельствуют о наличии иных юридических фактов (составов) и требуют применения другой нормы права. Например, в постановлении о возбуждении уголовного дела указывается пункт, часть, статья УК РФ, на основании которых оно возбуждено (ч. 2 ст. 146 УПК РФ). Затем производится привлечение лица в качестве обвиняемого, и в соответствующем постановлении следователя также указывается пункт, часть, статья Уголовного кодекса РФ, предусматривающие ответственность

за преступление, в совершении которого лицо обвиняется (п. 5 ч. 2 ст. 171 УПК РФ). Но в случае, если в ходе предварительного следствия будут установлены основания для изменения обвинения, следователем выносится новое постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого и производится повторное предъявление обвинения (ч. 1 ст. 175 УПК РФ). Данный пример подтверждает возможность изменять квалификацию в процессе установления фактических обстоятельств.

*Вторую группу* образуют обстоятельства, обладающие относительным характером. Следует обратить внимание на некоторую неточность характеристики данной группы обстоятельств, которую дают авторы рассматриваемой классификации. С одной стороны, они указывают на то, что эти обстоятельства существенны для правильного разрешения дела, а с другой — отмечают, что данные сведения могут существовать, а могут и отсутствовать в деле<sup>1</sup>. Поскольку роль таких обстоятельств существенна для разрешения дела, то полагаем, что более точным было бы указать на необходимость их установления, определяемую исходя из анализа содержания и смысла системы правовых норм. В каждом конкретном случае правоприменитель оценивает относимость тех или иных обстоятельств к делу и решает, включать ли их в фактическую основу и в каком объеме. Так, например, п. 6 ч. 1 ст. 73 УПК РФ устанавливает, что подлежат доказыванию обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание. Но ч. 2 ст. 61 УК РФ предусматривает возможность учесть в качестве смягчающих наказание иные обстоятельства, помимо перечисленных в части 1 данной статьи. То есть правоприменитель (например, следователь или дознаватель) по своему усмотрению могут устанавливать определенные фактические обстоятельства, которые затем суд по своему усмотрению примет в качестве смягчающих наказание или нет. Бесспорно, свобода усмотрения правоприменителя в вопросе включения относительных обстоятельств в фактическую базу дела

---

<sup>1</sup> См.: Кулапов, В. Л., Сардаева, О. Г. Современные проблемы установления фактических обстоятельств при квалификации противоправного поведения // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 1. С. 83.

весьма широка.

Проанализированные аспекты усмотрения правоприменителя могут привести к неправильному (умышленно или по ошибке) выбору нормы права при предварительной квалификации, а также определению основных и относительных обстоятельств, подлежащих установлению в конкретном деле. Допущенная ошибка не всегда может быть скорректирована в процессе установления фактических обстоятельств и при переходе собственно к квалификации. Это связано с возможностью утраты доказательств, подтверждающих или опровергающих обстоятельства, имеющие значение для разрешения дела, с концентрацией усилий на поиске и сборе других обстоятельств. Следует согласиться с О. Г. Сардаевой, что полнота и достоверность фактических обстоятельств зависят от опыта и профессиональной подготовки правоприменителя, а также от наличия факторов, способных привести к искажению доказательственной информации. К числу последних относятся: физические возможности человеческого организма; уровень квалификации; технологические сбои, влияющие на процесс сбора и хранения доказательств; добросовестность исполнения возложенных обязанностей; личная заинтересованность в исходе дела; воздействие со стороны других лиц, имеющих интерес в исходе дела<sup>1</sup>. Необходимо отметить, что если первые три фактора носят достаточно объективный характер, то остальные зависят от воли правоприменителя, а следовательно, и допускают определенное усмотрение.

Обобщенно все рассмотренные аспекты усмотрения можно обозначить как *усмотрение* правоприменителя в определении *предмета доказывания* (в данном случае целесообразно с определенными оговорками позаимствовать данную категорию у процессуальной науки). Наиболее основательно теория доказательств, включающая вопрос о предмете доказывания, разработана в

---

<sup>1</sup> См.: Сардаева, О. Г. Установление фактических обстоятельств дела как основа квалификации юридически значимого поведения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. С. 10–11.

уголовно-процессуальной науке. Как в советском<sup>1</sup>, так и в современном<sup>2</sup> уголовном процессе предмет доказывания определяется как система обстоятельств, которая выражает свойства и связи исследуемого события, необходимые для правильного разрешения дела и устанавливаемые путем доказывания. Единственной оговоркой при использовании понятия «предмет доказывания» является то, что не во всякой правоприменительной деятельности фактические обстоятельства устанавливаются путем доказывания, т. е. в строго регламентированной законодательством процедуре и с использованием определенных им видов доказательств. В частности, при принятии решений о присвоении гражданам определенных статусов законодательство требует представления «документов, подтверждающих» обстоятельства, имеющие значение для решения вопроса, либо они устанавливаются иным путем.

Так, например, безработным может быть признан трудоспособный гражданин, который не имеет работы и заработка, зарегистрирован в органах службы занятости в целях поиска подходящей работы, ищет работу и готов приступить к ней. В соответствии с п. 2 ст. 3 Закона «О занятости населения в Российской Федерации»<sup>3</sup> для приобретения соответствующего статуса достаточно подачи гражданином в орган службы занятости заявления о предоставлении государственной услуги по содействию в поиске подходящей работы. Если в течение 10 дней подходящей работы гражданину не предложат, то он признается безработным с 1 дня подачи заявления. Остальные сведения, необходимые для признания лица безработным, служба занятости запрашивает в порядке межведомственного взаимодействия.

---

<sup>1</sup> См.: *Джати́ев, В. С.* Доказывание и оценка обстоятельств преступления. Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского университета, 1990. С. 40; *Строгович, М. С.* Курс советского уголовного процесса. Том I: Основные положения науки советского уголовного процесса. М.: Изд-во «Наука», 1968. С. 361; Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин, изд. 2-е исправ. и дополн. М.: «Юрид. лит.», 1973. С. 139.

<sup>2</sup> См.: *Акимчев, А. А.* Доказывание в уголовном судопроизводстве: Учебное пособие. Саратов: Издательский центр «Наука», 2008. С. 14–15; *Зинатуллин, З. З.* Избранные труды: в 2 т. Т. II. СПб.: Изд-во «Юридический центр-Пресс», 2013. С. 298–299; Основы теории доказательств в уголовном процессе России: учеб. пособие / Е. А. Артамонова, О. В. Фирсов. – 4-е изд., испр. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2014. С. 59.

<sup>3</sup> См.: Закон РФ от 19 апреля 1991 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 1031-1 «О занятости населения в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1915; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5047.

Поэтому термин «доказательство» будет использоваться нами не в строго процессуальном значении, принятом в уголовном, гражданском, арбитражном и иных процессах, поскольку оно предполагает соблюдение строгой процессуальной формы (предусмотренных законом источников доказательств)<sup>1</sup>, а более широко — как сведения об обстоятельствах, имеющих значение для разрешения дела, содержащиеся в любой допустимой в данном случае форме.

Следующим аспектом дискреции правоприменителя на стадии установления фактических обстоятельств является усмотрение относительно самой деятельности по установлению соответствующих обстоятельств: определение уровня собственной активности, выбор способов поиска и фиксации доказательств, их проверка и оценка.

Зависимость процедуры собирания доказательств от усмотрения правоприменителя будет различаться исходя из специфики того или иного процесса применения права, характера его правовой регламентации. Определяющее значение в данном случае имеет то, на кого законодательство возлагает право и (или) обязанность по собиранию доказательств. В этом плане можно сравнить нормы, регулирующие доказывание в разных видах судопроизводства. Согласно ст. 56 ГПК РФ каждая сторона обязана доказывать обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований или возражений. Роль суда (правоприменителя) в данном случае заключается в направлении процесса доказывания, путем определения обстоятельств, имеющих значение для разрешения дела, и в содействии сторонам в собирании доказательств, когда они не могут получить их самостоятельно, и необходимо истребование доказательств судом.

---

<sup>1</sup> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин, изд. 2-е исправ. и дополн. М.: «Юрид. лит.», 1973. С. 227–228; *Горевой, Е. Д.* Внутреннее судебское убеждение в оценке доказательств по уголовным делам. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008. С. 9; *Зажицкий, В.* Новые нормы доказательственного права и практика их применения // Российская юстиция. 2003. № 7. С. 45. *Кокорев, Л. Д., Кузнецов, Н. П.* Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1995. С. 121; *Кудин, Ф. М., Костенко, Р. В.* Достаточность доказательств в уголовном процессе. Монография. Краснодар, 2000. С. 15; *Хмыров, А. А.* Теория доказывания: Общая часть. Учеб. пособие. Краснодар: Кубанский гос. ун-т, 2006. С. 20–22 и др.

Аналогичные по сути нормы — ст. 65 и 66 содержатся в Арбитражном процессуальном кодексе РФ<sup>1</sup> (далее АПК РФ) и ст. 62–63 в Кодексе административного судопроизводства РФ<sup>2</sup> (далее КАС РФ). Иное распределение обязанностей доказывания во всех названных видах судопроизводств возможно в случаях, предусмотренных законом.

При таком распределении обязанностей доказывания роль усмотрения правоприменителя в собирании доказательств невысока и сводится к истребованию в необходимых случаях тех доказательств, которые стороны не могут получить сами. Усмотрение правоприменителя, скорее, заключается в определении предмета доказывания, что было рассмотрено ранее, и оценке представленных сторонами доказательств.

Принципиально по-иному этот вопрос регламентируется уголовно-процессуальным законодательством. В соответствии со ст. 86 УПК РФ собирание доказательств возлагается на уполномоченные органы: дознавателя, следователя, прокурора и суд, осуществляющие правоприменительную деятельность. Такое собирание возможно путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных уголовно-процессуальным законом. Субъектом, наделенным *правом* на собирание доказательств путем получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, истребования справок, характеристик и иных документов, является защитник. Иные лица, указанные в ч. 2 ст. 86 УПК РФ, наделены правом собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств.

При производстве по делам об административных правонарушениях, исходя из принципа презумпции невиновности, закрепленного в ст. 1.5 КоАП РФ, обязанность доказывать виновность лица в совершении

---

<sup>1</sup> См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5110.

<sup>2</sup> См.: Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. (в ред. от 30 апреля 2021 г.) № 21-ФЗ // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391; 2021. № 18. Ст. 3059.

административного правонарушения возлагается на уполномоченные правоприменительные органы.

При такой доминирующей роли правоприменителя в собирании доказательств значение его усмотрения в этом аспекте будет иметь определяющее значение.

Наиболее насыщенным усмотрением правоприменителя аспектом стадии установления фактических обстоятельств является *проверка* и *оценка* доказательств. В отличие от собирания доказательств, которое могут осуществлять заинтересованные лица и затем представлять их правоприменителю, процедуры проверки и оценки на стадии установления фактических обстоятельств осуществляются самим правоприменителем. Эти два близких друг другу процесса традиционно выделяются в качестве элементов структуры процесса доказывания как юридической наукой<sup>1</sup>, так и в законодательстве. Статья 85 УПК РФ определяет, что доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств. В законодательстве, регулирующем административный и арбитражный процессы, проверка рассматривается в качестве составной части оценки доказательств (ст. 71 АПК РФ и ст. 84 КАС РФ). Представляется, что такое отличие связано с наличием в уголовном процессе обязанности правоприменителя собирать доказательства, тогда как в гражданском, арбитражном и административном судопроизводствах доказательства представляют суду стороны разбирательства.

Проверка и оценка доказательств, будучи элементами доказывания, имеют и общие черты. Ими являются:

а) основой проверки и оценки доказательств является мыслительная (логическая) деятельность соответствующего субъекта (при проверке

---

<sup>1</sup> См.: *Белкин, Р. С.* Собираение, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. М., 1966. С. 133; *Костенко, Р. В.* Оценка уголовно-процессуальных доказательств: Монография. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. С. 14; *Кузнецов, Н. П.* Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 1998. С. 9; *Строгович, М. С.* Курс советского уголовного процесса. Том I: Основные положения науки советского уголовного процесса. М.: Изд-во «Наука», 1968. С. 302, и др.

доказательств она может сочетаться с практической деятельностью — получением новых доказательств<sup>1</sup>);

б) предметом мыслительной деятельности при проверке и оценке являются свойства доказательств (относимость, допустимость, достоверность и достаточность);

в) осуществляются преимущественно одним субъектом.

В качестве специфических черт названных элементов процесса доказывания можно выделить следующие.

Во-первых, проверка доказательств нацелена на определение наличия у доказательств необходимых им свойств относимости, допустимости, достоверности и достаточности (для совокупности доказательств), а оценка направлена на определение значимости доказательств для установления всех обстоятельств по делу и вынесения правильного решения, исходя из наличия у них названных свойств.

Во-вторых, отмечается определенный уровень «самостоятельности» оценки доказательств по отношению к другим элементам процесса доказывания. То есть собирание доказательств (поиск, закрепление) предполагает и их одновременную проверку, и оценку соответствующим субъектом. Оценка же может осуществляться и относительно самостоятельно, в «чистом виде» (например, судом в совещательной комнате при постановлении решения или приговора)<sup>2</sup>.

Исходя из наличия у проверки и оценки доказательств общей основы — мыслительной деятельности, полагаем, что применительно к усмотрению их целесообразно рассматривать совместно. И именно эта общая основа предопределяет высокий уровень усмотрения при осуществлении названных видов деятельности правоприменителем.

Осуществляя проверку и оценку доказательств, правоприменитель

---

<sup>1</sup> См.: Основы теории доказательств в уголовном процессе России: учеб. пособие / Е. А. Артамонова, О. В. Фирсов. — 4-е изд., испр. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2014. С. 88.

<sup>2</sup> См.: Орлов, Ю. К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. Научно-практическое пособие. М.: Проспект, 2000. С. 79.

реализует усмотрение по каждому свойству доказательств. Он устанавливает наличие и оценивает относимость, допустимость, достоверность и достаточность доказательств. Рассмотрим подробнее суть названных свойств и соответствующего усмотрения правоприменителя.

Относимость доказательства отражает связь его содержания с обстоятельствами, имеющими значение для дела и подлежащими доказыванию<sup>1</sup>. Решить вопрос о том, существует ли такая связь, и обладает ли доказательство свойством относимости, должен правоприменитель. Проблемой является то, что помимо прямой связи доказательства, устанавливающего обстоятельство, входящее в предмет доказывания, выделяют ряд опосредованных связей, наличие которых позволит судить об относимости данного доказательства. В их числе можно назвать:

- установление промежуточных фактов, совокупность которых позволит установить обстоятельство, входящее в предмет доказывания;
- подтверждение обстоятельств, установленных другими доказательствами, для усиления последних;
- опровержение фактов, относящихся к альтернативным версиям устанавливаемых обстоятельств;
- характеризующие условия формирования, передачи, хранения собранных на основе других доказательств фактических данных<sup>2</sup>.

Естественно, такой опосредованный характер связей выявить правоприменителю бывает непросто, да и не всегда прилагается достаточно усилий для этого. Определенным ограничением данного усмотрения правоприменителя может служить активная позиция заинтересованного в деле лица (лиц), представляющего соответствующие доказательства, настаивающего на приобщении их к материалам, находящимся в производстве правоприменителя, помогающего выявлять скрытые связи

<sup>1</sup> См.: *Горевой, Е. Д.* Внутреннее судебное убеждение в оценке доказательств по уголовным делам. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008. С. 64; *Костенко, Р. В.* Оценка уголовно-процессуальных доказательств: Монография. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. С. 34.

<sup>2</sup> См.: *Громов, Н. А., Зайцева, С. А.* Оценка доказательств в уголовном процессе. М.: ПРИОР, 2002. С. 59.

различными способами.

Допустимость доказательства означает его соответствие требованиям закона с позиций соблюдения порядка получения данного доказательства и его процессуальной формы<sup>1</sup>. Усмотрение правоприменителя в данном вопросе имеет наиболее строгие законодательные пределы в существующих видах судопроизводств (особенно в уголовном судопроизводстве), поскольку соответствующее процессуальное законодательство устанавливает достаточно подробные требования к порядку и условиям получения доказательств, их законным источникам. В других видах правоприменительной деятельности такой детальной правовой регламентации нет, поэтому проверяя и оценивая допустимость доказательства, правоприменитель должен исходить из достаточно большого объема общих правовых предписаний. Они могут определять, в частности, какими видами доказательств и в каких случаях можно пользоваться, устанавливать общие требования к форме (например, наличие подписи, печати на документе и т. п.).

Достоверность доказательства означает обоснованность содержащихся в нем сведений, являющихся логичными, не вызывающими сомнений и не противоречащими объективной реальности<sup>2</sup>. Понятие достоверности доказательства раскрывается, например, в АПК РФ (ч. 3 ст. 71) и КАС РФ (ч. 4 ст. 84). Оно может быть признано таковым, если суд (арбитражный суд) в результате проверки и исследования доказательства выяснит, что содержащиеся в нем сведения соответствуют действительности. Данное качество — это, скорее, оценка источника, из которого получены сведения, содержания самих сведений с позиции их логичности, реалистичности, отсутствия внутренних противоречий, неточностей, оно не равнозначно

---

<sup>1</sup> См.: *Зажичкий, В.* О допустимости доказательств // Российская юстиция. 1999. № 3. С. 26; *Костенко, Р. В.* Оценка уголовно-процессуальных доказательств: Монография. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. С. 46–47.

<sup>2</sup> См.: *Горевой, Е. Д.* Внутреннее судебское убеждение в оценке доказательств по уголовным делам. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008. С. 76; *Основы теории доказательств в уголовном процессе России: учеб. пособие / Е. А. Артамонова, О. В. Фирсов.* – 4-е изд., испр. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2014. С. 43.

признанию удостоверяемого доказательством факта соответствующим реальной действительности<sup>1</sup>. Поэтому оценку достоверности каждого доказательства следует отличать от признания доказательства достоверным или недостоверным в ходе их итоговой оценки (или, как полагают некоторые авторы, длящейся<sup>2</sup>).

В первом случае речь идет об оценке, которая ограничивается стадией установления фактических обстоятельств дела правоприменительного процесса. По итогам такой оценки в материалах дела могут быть собраны в том числе и доказательства с прямо противоречащим друг другу содержанием. Так, исходя из положения п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК РФ о том, что уголовное судопроизводство имеет своим назначением защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод, органы, осуществляющие уголовное преследование и уполномоченные на собирание доказательств, должны собирать, проверять и оценивать как изобличающие, так и оправдывающие обвиняемого доказательства. И те и другие должны обладать свойством достоверности.

Во втором же случае подразумевается итоговая оценка, которую правоприменитель дает на стадии принятия решения по делу, признавая одни доказательства достоверными и кладя их в основу своего решения, а другие — недостоверными. Принятый правоприменительный акт будет отражать данную оценку, а иногда содержать ее мотивировку (судебные решения по гражданским, административным делам, приговоры судов).

В отличие от проверки и оценки допустимости доказательств в данном аспекте правоприменитель обладает более широкими пределами усмотрения, поскольку качества достоверности не столь формализованы в законе как допустимости.

Достаточность — это свойство не одного, а всей собранной

---

<sup>1</sup> См.: *Костенко, Р. В.* Оценка уголовно-процессуальных доказательств: Монография. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. С. 87.

<sup>2</sup> См.: *Зайцева, С. А., Громов, Н. А., Пономаренко, В. А.* Достоверность и вероятность доказательств // Следователь. 1999. № 7. С. 13.

совокупности доказательств по делу. Оно означает, что собрана такая система относимых, допустимых и достоверных доказательств, которая позволяет достоверно установить все обстоятельства, составляющие фактическую основу дела<sup>1</sup>. Усмотрение правоприменителя в отношении достаточности доказательства можно назвать «усмотрением второго уровня», поскольку в совокупность доказательств, оцениваемую с позиции достаточности, могут входить только те доказательства, которые были расценены правоприменителем как относимые, допустимые и достоверные, т. е. он уже реализовал усмотрение в присвоении им названных свойств.

Проблема определения достаточности доказательств традиционна для соответствующих сфер юридической науки и практики (уголовного процесса и производства по делам об административных правонарушениях).

Можно выделить два основных подхода к решению проблемы оценки доказательств, в частности их достаточности. Первый — это теория формальных доказательств, предполагающая установление в законе «ценности» каждого доказательства в числовом значении. Оценка достаточности в этом случае осуществляется суммированием имеющихся доказательств с установленной ценностью<sup>2</sup>.

Второй подход, утвердившийся в современном процессуальном законодательстве, предполагает свободу оценки доказательств, которая осуществляется по внутреннему убеждению правоприменителя, в условиях, когда доказательства не имеют заранее установленной силы<sup>3</sup>. Соответствующие положения содержатся в ст. 67 ГПК РФ, ст. 71 АПК РФ, ст. 84 КАС РФ и ст. 17 УПК РФ. Данный подход предоставляет правоприменителям достаточно широкую свободу усмотрения в оценке доказательств.

---

<sup>1</sup> См.: Кудин, Ф. М., Костенко, Р. В. Достаточность доказательств в уголовном процессе. Монография. Краснодар, 2000. С. 43.

<sup>2</sup> См.: Костенко, Р. В. Оценка уголовно-процессуальных доказательств: Монография. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. С. 97.

<sup>3</sup> См.: Некрасов, С. В. Толкование и применение уголовно-процессуальных норм о юридической силе доказательств. Научн.-практич. пособие / Под науч. ред. д-ра юрид. наук Ю. Г. Торбина. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008. С. 20–21.

Исключить усмотрение правоприменителя из оценки доказательств пытаются за счет использования технических средств. Примером может служить фиксирование с помощью специальных технических средств, работающих в автоматическом режиме и имеющих функции фото-, киносъемки, видеозаписи, административных правонарушений в области дорожного движения (глава 12 КоАП РФ). Процедура рассмотрения таких дел имеет существенные особенности.

В соответствии с ч. 3 ст. 28.6 КоАП РФ в случаях, когда правонарушение, предусмотренное гл. 12 Кодекса, зафиксировано с помощью специальных технических средств, работающих в автоматическом режиме и имеющих функции фото-, киносъемки, видеозаписи, протокол об административном правонарушении не составляется, а постановление выносится без участия лица, в отношении которого возбуждено дело. Само решение о привлечении к административной ответственности принимается соответствующим должностным лицом.

Кроме того, исходя из примечания к ст. 1.5 такие случаи являются исключением из положения принципа презумпции невиновности, предусматривающего, что лицо, привлекаемое к административной ответственности, не обязано доказывать свою невиновность. Такое законодательное регулирование фактически придает сведениям, полученным с использованием указанных специальных технических средств, «особую» доказательственную силу, которая для правоприменителя (например, для судей, рассматривающих жалобы на постановления по делам об административных правонарушениях) зачастую затмевает все иные доводы и доказательства, представленные по делу. Но практика показывает, что такие доказательства нуждаются в столь же тщательной оценке, как и доказательства, полученные без использования названных средств.

Так, Высокогорский районный суд Республики Татарстан отменил постановление по делу об административном правонарушении, которое было вынесено на основании сведений, полученных с использованием

специальных технических средств. Согласно описательно-мотивировочной части судебного решения лицу, привлеченному к административной ответственности, удалось доказать суду, что техническое средство использовалось с нарушением правил его эксплуатации, что повлияло на корректность его работы, а следовательно, и на достоверность соответствующего доказательства<sup>1</sup>.

Не всегда материалы, полученные с использованием специальных технических средств, соответствуют и требованиям достаточности. На это обращается внимание в постановлении судьи Верховного Суда РФ Никифорова С. Б., вынесенном по результатам рассмотрения жалобы на вступившие в законную силу акты по делу об административном правонарушении. Согласно ему все правоприменители, акты которых были обжалованы, при рассмотрении дела об административном правонарушении не приняли предусмотренные законом меры к обеспечению всестороннего, полного, объективного выяснения всех обстоятельств по делу<sup>2</sup>. Фактически они придали излишнее значение сведениям, полученным с использованием специальных технических средств, и не произвели должной оценки их достаточности для правильного разрешения дела.

Рассмотренные судебные решения позволяют сделать вывод о том, что существующий уровень развития технических средств не способен гарантировать наличия у получаемых с их помощью сведений всех свойств доказательств и не позволяет полностью исключить правоприменителя из деятельности по проверке и оценке доказательств.

**Вторым элементом** механизма формирования правоприменительного усмотрения является *усмотрение при юридической квалификации дела* — выбор правоприменителем подходящей правовой нормы (совокупности норм), подлежащей применению для разрешения дела.

---

<sup>1</sup> См.: Решение Высокогорского районного суда Республики Татарстан от 8 апреля 2016 г. по делу № 12-52/2016 // ГАС «Правосудие». URL: <https://bsr.sudrf.ru> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

<sup>2</sup> См.: Постановление судьи Верховного Суда РФ от 3 мая 2018 года по делу № 46-АД18-5 // Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11 января 2021 г.).

Юридическая квалификация — одна из основных категорий права. Как справедливо указывает В. Н. Кудрявцев, ее главное назначение в определении подлежащей применению нормы права<sup>1</sup>. Но в формулировке понятия правовой квалификации мнения ученых расходятся.

Во-первых, юридическая квалификация рассматривается в двух значениях:

а) как вид деятельности, направленной на определение нормы права, подлежащей применению;

б) как результат такой деятельности, нашедший отражение в правоприменительном акте (например, в приговоре суда, установившем квалификацию содеянного по определенным статьям Уголовного кодекса)<sup>2</sup>.

В данной работе мы будем рассматривать правовую квалификацию в первом значении как юридическую деятельность.

Во-вторых, различаются подходы к определению правовой квалификации как вида деятельности.

Одни ученые понимают юридическую квалификацию как деятельность по оценке фактов с позиции их значения для права<sup>3</sup>. Другие — как выбор той правовой нормы, которая предусматривает данный случай (или подведение данного случая под общее правило, предусмотренное конкретной нормой)<sup>4</sup>. Также существуют трактовки, объединяющие в себе названные элементы и предлагающие понимать под правовой квалификацией юридическую оценку всех фактических обстоятельств дела, данную путем отнесения этого случая к определенным нормам права<sup>5</sup>.

Юридическая квалификация может рассматриваться как деятельность по отысканию тождества между признаками конкретного деяния и

<sup>1</sup> См.: Кудрявцев, В. Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: Юрид. лит., 1972. С. 67–68.

<sup>2</sup> См.: Кудрявцев, В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1963. С. 3–4.

<sup>3</sup> См.: Бенедик, И. В. Правовая квалификация в структуре правоприменительного процесса // Проблемы социалистической законности: научн. тр. Вып. 15. Харьков, 1985. С. 141–143; Лазарев, В. В. Применение советского права. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1972. С. 48.

<sup>4</sup> См.: Кудрявцев, В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2004. С. 4.

<sup>5</sup> См.: Алексеев, С. С. Общая теория права. М.: Юрид. лит., 1982. Т. 2. С. 340.

признаками правовой нормы, содержащей модель правового поведения<sup>1</sup>.

Предлагаются также определения правовой квалификации, по сути, интегрирующие все перечисленные. Например, А. В. Нечепурнов выделяет в качестве признаков юридической квалификации: правовую оценку установленных фактических обстоятельств; выбор нормы права, подлежащей применению; определение тождества между выбранной правовой нормой и фактическим деянием<sup>2</sup>. Полагаем, что эта точка зрения является наиболее верной, отражающей все аспекты правовой квалификации.

В-третьих, расходятся позиции правоведов в отношении субъектов, осуществляющих правоквалификационную деятельность — могут ли проводить юридическую квалификацию иные лица, помимо уполномоченных правоприменителей. Не вдаваясь в существо данного спора, отметим, что мы не отрицаем существование наряду с официальной квалификацией таких ее видов, как доктринальная, профессиональная и обыденная<sup>3</sup>. Однако рассматривая юридическую квалификацию как стадию правоприменительного процесса, следует относить к ней лишь соответствующую деятельность правоприменителя.

В ходе анализа аспектов, составляющих деятельность по юридической квалификации, обнаруживается, что на данной стадии правоприменительного процесса тоже существует элемент оценки, как и на стадии установления фактических обстоятельств. Однако критерии оценки в этом случае будут отличаться.

На стадии правовой квалификации оценке правоприменителя подлежат уже не доказательства, а установленные с их помощью фактические обстоятельства. Оценка производится с целью установить, какое значение

---

<sup>1</sup> См.: *Бабай, А. Н.* Юридическая квалификация правового поведения личности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1985. С. 10.

<sup>2</sup> См.: *Нечепурнов, А. В.* Понятие юридической квалификации // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. С. 167.

<sup>3</sup> См.: *Чвялева, Е. В.* Субъекты юридической квалификации // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. С. 168–171.

право придает установленным фактическим обстоятельствам, что придает ей «юридический» характер. Определить значение, придаваемое правом определенным фактическим обстоятельствам или их совокупности, можно, рассматривая данные обстоятельства через призму юридических фактов (составов).

Юридическими фактами являются реальные явления действительности (события, действия), с которыми нормы права связывают наступление правовых последствий. Не специфические качества фактических обстоятельств придают им значение юридических фактов, а их включение в правовую материю в процессе правового регулирования<sup>1</sup>. Одной из основных функций юридических фактов является функция правовой квалификации<sup>2</sup>.

Для выделения из совокупности установленных фактических обстоятельств тех, которые выступают юридическими фактами или образуют юридические составы, правоприменитель должен обладать основательными правовыми знаниями, позволяющими правильно квалифицировать произошедшее.

Вслед за юридической оценкой фактических обстоятельств идет выбор нормы права, подлежащей применению, и соотнесение текстуально зафиксированной в этой норме модели с обстоятельствами реальной действительности. При этом установленные в ходе оценки фактических обстоятельств юридические факты (составы) играют определяющую роль в процессе такого соотнесения. Так, например, обнаружение на трупе большого количества повреждений может являться юридическим фактом (если повреждения характеризуют способ убийства), влияющим на квалификацию (п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ — убийство с особой жестокостью), а может таковым не быть (глумление над трупом само по себе не расценивается в качестве свидетельства совершения убийства с особой

---

<sup>1</sup> См.: Синюков, В. Н. Функции юридических фактов // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. С. 142.

<sup>2</sup> См.: Там же. С. 148.

жестокостью<sup>1</sup>).

Таким образом, усмотрение правоприменителя в процессе правовой квалификации заключается в юридической оценке установленных фактических обстоятельств дела, выборе на основе этой оценки нормы права (или их совокупности) и установлении тождества между нормативно закрепленной моделью юридического факта (состава) и обстоятельствами действительности.

**Третий элемент** механизма формирования усмотрения правоприменителя — *усмотрение при проверке и толковании выбранной правовой нормы (или их совокупности)*. Поскольку деятельность по интерпретации юридических норм является не только стадией правоприменительного процесса, но и имеет самостоятельное значение, а также в связи с большим значением усмотрения интерпретатора для данной деятельности, толкование норм права станет предметом отдельного изучения в следующем параграфе. Здесь же отметим, что усмотрение правоприменителя, выступающего в роли интерпретатора (толкование-уяснение), является обязательным элементом механизма формирования правоприменительного усмотрения.

Остановимся подробнее на проверке выбранной нормы права (или их совокупности). Проверка правовой нормы, подобранной для применения, осуществляется на предмет ее юридической силы, а также действия во времени, пространстве и по кругу лиц. Три последних элемента могут потребовать дополнительного толкования сочетаний нормы, подлежащей применению, с правовыми предписаниями, устанавливающими ее действие во времени, пространстве и по кругу лиц. Кроме того, в ходе проверки могут быть выявлены и иные обстоятельства, связанные с особенностями применения выбранной нормы и требующие дополнительного внимания при толковании (наличие конкуренции с другими нормами права, существование

---

<sup>1</sup> См.: пункт 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. (в ред. от 3 марта 2015 г.) № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 3; 2015. № 5.

коллизий пробелов и др.).

Формальная проверка (без толкования) юридической силы нормы права, подлежащей применению, может сводиться к выяснению следующих основных обстоятельств:

1. Определение источника, содержащего правовую норму, подлежащую применению. Правоприменитель должен выяснить, где содержится подлежащая применению норма: в законе, в подзаконном нормативно-правовом акте, или применению подлежат нормы, закрепленные в источниках разного уровня.
2. Установление юридической силы подлежащей применению нормы права исходя из места содержащего ее источника в иерархии нормативно-правовых актов.
3. Соблюдение требований ч. 3 ст. 15 Конституции РФ, предусматривающей обязательное опубликование законов и иных нормативно-правовых актов, затрагивающих права, свободы и обязанности человека и гражданина. Конституционные положения конкретизируются в специальном законе, устанавливающем порядок официального опубликования основных нормативно-правовых актов России<sup>1</sup>.
4. Выяснение, не отменена ли подлежащая применению правовая норма.

Среди факторов, влияющих на качество и скорость проведения правоприменителем соответствующей проверки, можно выделить две противоречивых тенденции.

Первая — негативная, затрудняющая осуществление проверки. Она связана с изменениями системы законодательства, обусловленными стремительно развивающимися социальными, экономическими, демографическими и иными не правовыми процессами, происходящими в обществе.

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 14 июня 1994 г. (в ред. от 1 мая 2019 г.) № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» // СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 801; 2019. № 18. Ст. 2207.

Вторая тенденция является позитивной, упрощающей выяснение правоприменителем названных обстоятельств. Она связана с совершенствованием технических средств и информационных систем, используемых при работе с нормативно-правовыми актами.

Проверив указанные аспекты, относящиеся к подлежащей применению норме права, правоприменитель осуществляет ее интерпретацию, а после уяснения смысла правового предписания переходит к следующей стадии правоприменительного процесса.

Изучив названные элементы механизма формирования усмотрения правоприменителя, можно выделить характерную именно для этих элементов черту. Элементы-усмотрения, реализуемые правоприменителем в стадиях установления фактических обстоятельств дела, юридической квалификации, проверки и толкования выбранной нормы, относятся, прежде всего, к компетенционному виду усмотрения. Безусловно, отдельные действия, осуществляемые правоприменителем на данных стадиях, могут быть прямо урегулированы отдельными правовыми нормами (отражать конкретно-нормативное усмотрение) или правовыми институтами, но основной объем усмотрения базируется на всей совокупности правовых норм, устанавливающих правовой статус, компетенцию и полномочия соответствующего органа, организации или должностного лица, а также норм, регламентирующих определенные виды правоприменительной деятельности (например, общие ограничения, которые устанавливает закон<sup>1</sup> в отношении государственного контроля и надзора). Существование перечисленных элементов механизма формирования усмотрения правоприменителя обусловлено самой сутью правоприменительной деятельности, ее властным характером и отличием от иных форм реализации права.

#### **Четвертый элемент механизма формирования усмотрения**

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. (в ред. от 11 июня 2021 г.) № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249; 2021. № 24 (часть 1). Ст. 4188.

правоприменителя — *выбор варианта решения дела и вынесение правоприменительного акта*. На данной стадии правоприменительного процесса усмотрение соответствующего субъекта относится к конкретно-нормативному виду и представляет собой выбор варианта решения дела из предусмотренных правовой нормой (группой взаимосвязанных норм), подлежащей применению, и оформление решения в правоприменительном акте. Это предполагает наличие наиболее строгих пределов для названного элемента механизма формирования усмотрения. Практически возможны случаи, когда у правоприменителя не будет возможности выбора вариантов решения дела, поскольку подлежащая применению правовая норма, определенная на стадии квалификации, содержит безальтернативное предписание (например, точно определенный вид и размер наказания за совершенное правонарушение).

Исключением, расширяющим границы усмотрения на стадии решения дела, является применение аналогии права. Сама необходимость использования аналогии закона или аналогии права устанавливается правоприменителем при квалификации дела, когда становится очевидным, что правовых норм, регулирующих данную ситуацию, нет. В случае использования аналогии закона в процессе квалификации определяются правовые нормы, регламентирующие сходные общественные отношения, и уже они становятся правовой основой усмотрения при решении дела. А вот при использовании аналогии права конкретные нормы закона не определяются. Если обратиться к гражданскому законодательству, то ч. 2 ст. 6 ГК РФ указывает, что права и обязанности сторон (а в их установлении может и заключаться конкретное юридическое дело) определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости. Соответственно, в основу решения дела будут положены не конкретные правовые нормы, содержащие регулятивные или охранительные предписания, а оценочные нравственные категории — «добросовестность», «разумность», «справедливость» — и

исходные правовые нормы (нормы-начала, нормы-принципы). Это предоставляет правоприменителю широкую свободу формулирования и выбора вариантов решения дела.

Зачастую правоприменительную дискрецию суда или иного компетентного органа сводят лишь к этому элементу механизма, отмечая, что усмотрение есть выбор варианта решения из перечисленных в законе альтернатив<sup>1</sup>. Такой подход акцентирует внимание лишь на «вершине айсберга», значительно обедняет содержание категории «правоприменительное усмотрение», снижает возможность ее исследования. Кроме того, он порождает вопрос о причинах различия (порой кардинального) практики применения юридических норм, содержащих безальтернативные, четко определенные правовые предписания. Разработка теории механизма формирования правоприменительного усмотрения позволяет указанные недостатки устранить.

**Пятый элемент** в механизме формирования правоприменительного усмотрения — *дискреция в вопросах исполнения принятого решения*. В правоприменительном процессе стадия исполнения принятого решения заключается в реализации мер, определенных правоприменительным актом согласно государственно-властным предписаниям правовой нормы. Однако не всегда нормы права или правоприменительное решение детально регламентируют порядок и способы реализации соответствующих мер. В таких случаях решение названных вопросов может являться усмотрением правоприменителя. Так, например, закон<sup>2</sup> предусматривает возможность разъяснения постановления или заключения Конституционного Суда РФ, которое данный орган может дать после принятия соответствующего судебного акта (ст. 83). Реализация названного полномочия необходима в ситуациях, когда возникает неопределенность относительно порядка и

---

<sup>1</sup> См., например: Тихомиров, Ю. А. Теория компетенции. М.: Юринформцентр, 2001. С. 271.

<sup>2</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5045.

способов исполнения постановления (заключения) Конституционного Суда РФ.

В некоторых случаях исполнение правоприменительного решения осуществляется иным органом и образует отдельный правоприменительный процесс. Это характерно для исполнения судебных актов Федеральной службой судебных приставов или Федеральной службой исполнения наказаний, либо иными органами. В этих ситуациях вопросы, связанные с исполнением судебного акта, могут разрешаться как судом, его вынесшим, так и органом, организацией или должностным лицом, на которые возложено его исполнение.

Так, например, раздел XIV Уголовно-процессуального кодекса РФ регламентирует стадию исполнения приговора. В данный раздел включены: гл. 46, регулирующая обращение к исполнению приговоров, определений и постановлений, и гл. 47, посвященная производству по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с исполнением приговора. С уголовно-процессуальной точки зрения — это одна стадия уголовного процесса, которая в отличие от других не обладает непрерывным характером, а начинается с момента вступления приговора в законную силу и продолжается в течение всего срока его исполнения по мере возникновения вопросов, подлежащих разрешению судом. Но с позиции структуры правоприменительного процесса можно отметить, что деятельность, урегулированная гл. 46 УПК РФ, — это стадия исполнения правоприменительного акта, а регламентированная гл. 47 — «отдельный» правоприменительный процесс. Судить об этом позволяет характер вопросов, которые в соответствии со ст. 397 и ст. 398 УПК РФ подлежат рассмотрению судом (например, об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания — это уже применение ст. 79 УК РФ). Причем полномочиями рассматривать соответствующие вопросы обладает не только суд, постановивший приговор, но и суд по месту отбывания наказания или по месту жительства осужденного в соответствии с правилами ст. 396 УПК РФ.

Подводя итоги изучению механизма формирования усмотрения правоприменителя, можно сделать ряд выводов:

1. Механизм формирования правоприменительного усмотрения включает в себя пять основных элементов, соответствующих стадиям правоприменительного процесса. При этом такие элементы не обладают целостным, неделимым характером. Они включают в себя «усмотрения-микроэлементы», т. е. дискрецию правоприменителя по отдельным вопросам, составляющим содержание определенной стадии правоприменительного процесса.
2. Элементы, образующие механизм формирования правоприменительного усмотрения, не равнозначны по влиянию на итоговое усмотрение по делу.
3. Элементы механизма формирования усмотрения правоприменителя обладают разной степенью свободы дискреции соответствующего субъекта.
4. Основные элементы в механизме формирования правоприменительного усмотрения могут относиться к разным видам правового усмотрения.

Таким образом, **механизм формирования правоприменительного усмотрения** можно определить как **систему взаимосвязанных действий и (или) выводов правоприменителя, последовательно осуществляемых на стадиях процесса применения права, каждое из которых в определенной степени детерминирует выбор итогового решения по делу и его исполнение.**

## **§ 2. Усмотрение в процессе толкования правовых норм**

Правильное применение действующего законодательства, соблюдение при этом прав и свобод человека и гражданина, а также обеспечение режима законности и правового порядка во многом зависят от того, насколько точно

определен смысл и содержание правовой нормы соответствующим субъектом права. Именно на выяснение действительной воли законодателя, заключенной в содержании правовой нормы, и направлен процесс толкования права.

Бесспорно, толкование правовых норм — обязательный элемент юридической деятельности, сопровождающий как процесс создания юридической нормы, так и ее применение или иную форму реализации. Реализовать норму права, а тем более применить без установления ее смысла и содержания, невозможно. В любом случае возникают вопросы, на которые должны быть даны ответы. На какие общественные отношения рассчитана данная норма? Какие правовые отношения должны возникнуть (измениться, прекратиться) на ее основе? Какие результаты ожидал получить законодатель от введения конкретной нормы? Возможно, сформулированные ответы окажутся неправильными — это ошибки интерпретации.

Создание норм права также не может обойтись без толкования. В процессе правотворчества законодателю необходимо заключить собственную волю в такую форму, так сконструировать норму права, чтобы в процессе ее реализации субъект права не испытывал трудностей в определении целей принятия данной нормы, конкретных ситуаций, на которые она распространяется, содержания правоотношения, построенного на ее основе. Это возможно, если законодатель будет мысленно «вставать на место» субъекта, реализующего правовые нормы, интерпретировать проект правовой нормы и соотносить результат такой интерпретации с тем содержанием, который следует заложить в юридическую норму. Кроме того, законодателю следует толковать систему уже действующих норм права, чтобы определить, какое место в этой системе займет вновь принимаемая.

Помимо названных общих условий, предопределяющих необходимость толкования правовых норм, существуют обстоятельства, усиливающие потребность в толковании.

Во-первых, системный характер права. Право представляет собой

целостное образование, состоящее из множества элементов, находящихся между собой в определенной связи<sup>1</sup>. Связи внутри системы придают ей специфические черты, отличающие ее от простой совокупности элементов. Но вместе с тем существует и обратное воздействие системных качеств и связей на элементы, из которых состоит система. Характерными чертами системы права называют: ее внутреннюю согласованность, целостность и единство; непротиворечивость и взаимосвязанность образующих ее элементов; обусловленность социально-экономическими, политическими, национальными, религиозными, культурными и историческими факторами<sup>2</sup>. Эти же качества следует распространить и на базовые, первичные элементы системы права — правовые нормы. Не учитывать их в процессе толкования является ошибкой, часто допускаемой при обыденном толковании, когда люди, не имеющие профессиональных знаний, пытаются понять смысл одной отдельно взятой статьи закона. Недопустимо, определяя содержание и смысл нормы, вырывать ее из политического, экономического или иного контекста. Также неверно предполагать противоречие ее смысла с содержанием других правовых норм, хотя подобные юридические коллизии возможны.

Системность права имеет объективный характер. От субъективных условий зависит то, как система права будет развиваться: сохранит ли она сбалансированность или приобретет излишнюю пространность и сложность, что скажется на дополнительной потребности в толковании.

Во-вторых, неоправданно резкое увеличение количества нормативно-правовых актов, значительно усложняющее толкование правовых норм. Представляется, что данная проблема имеет две разновидности: «формальную» и «содержательную». Для их разграничения необходимо определить соотношение системы права и системы законодательства. Вопрос

---

<sup>1</sup> См.: Шминке, А. Д. Система права и система законодательства России: вопросы методологии / А. Д. Шминке ; под ред. И. Н. Сенякина ; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2013. С. 38.

<sup>2</sup> См.: Там же.

о правильном соотношении двух названных систем длительное время занимает умы ученых и порождает научные дискуссии<sup>1</sup>. Не вдаваясь в детали данного спора и доводов, приводимых его сторонами, полагаем, что следует согласиться с мнением, высказанным С. С. Алексеевым. Он отмечал, что система права носит объективный характер и базируется на едином классификационном критерии — предмете правового регулирования, который органически связан с методом правового регулирования — второстепенным, но необходимым признаком классификации отраслей права. Построение системы законодательства должно опираться на данную объективную основу. При этом система права и система законодательства не могут быть тождественны, поскольку законодатель, принимая отдельный нормативный правовой акт, может не считаться с системой права и включить в него нормы различной отраслевой принадлежности<sup>2</sup>. Система законодательства, будучи внешним выражением системы права, не является точной копией последней. Этим и обуславливается существование «формальной» разновидности увеличения количества законодательных актов, когда в результате погрешностей правотворческой техники возрастает разрыв между объективно существующей системой права и формируемой субъектами, осуществляющими правотворческую деятельность, системой законодательства. В результате этого система законодательства становится излишне сложной, громоздкой, разбалансированной и существенно затрудняет толкование права, тогда как в системе права подобных недостатков может быть меньше.

«Содержательная» разновидность неоправданного роста числа

<sup>1</sup> См., например: *Байтин, М. И., Петров, Д. Е.* Соотношение отрасли права и отрасли законодательства // Правоведение. 2004. № 4. С. 29–40; *Красавчиков, О. А.* Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) // Правоведение. 1975. № 2. С. 63; *Лившиц, Р. З.* Отрасль права – отрасль законодательства // Советское государство и право. 1984. № 2. С. 27; *Мешкова, О. Е.* Соотношение системы права и системы законодательства // Вестник Омского университета. 1998. Вып. 1. С. 90; *Мицкевич, А. В.* Соотношение системы советского права с системой советского законодательства // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1967. Вып. 11. С. 3–24; *Петров, Д. Е.* Отрасль права / Под ред. М. И. Байтина. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. С. 77–97; *Поленина, С. В.* Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. 1999. № 9. С. 6.

<sup>2</sup> См.: *Алексеев, С. С.* О теоретических основах классификации отраслей советского права // Советское государство и право. 1957. № 7. С. 99, 102, 106.

нормативно-правовых актов имеет место в тех случаях, когда усложнение системы законодательства и рост числа законодательных актов пропорциональны увеличению количества правовых норм и усложнению системы права. Обычно это связано с включением в сферу нормативно-правового регулирования тех общественных отношений, которые объективно не нуждаются в этом, либо с попыткой компенсации недостатков существующих правовых норм за счет введения большего количества новых. По такому пути пошел законодатель, например, в случае установления уголовной ответственности за мошенничество. В правоприменительной практике имелись определенные проблемы при привлечении лиц к уголовной ответственности по ст. 159 УК РФ, связанные с большим разнообразием способов совершения данного преступления. В 2012 г. в Уголовный кодекс РФ были внесены изменения, предусматривающие ответственность за отдельные виды мошенничества: мошенничество в сфере кредитования (ст. 159.1), мошенничество при получении выплат (ст. 159.2), мошенничество с использованием электронных средств платежа (ст. 159.3), мошенничество в сфере страхования (ст. 159.5), мошенничество в сфере компьютерной информации (ст. 159.6). Данные виды мошенничества различаются между собой, по сути, способом совершения преступления. Но законодатель предпочел не совершенствовать общую норму, предусматривающую ответственность за мошенничество, а принимать специальные, посвященные отдельным его видам.

«Содержательная» разновидность также затрудняет толкование права, поскольку интерпретатору, в условиях большого количества норм права, сложнее устанавливать смысл и содержание каждой, соблюдая при этом общее правило о взаимосвязанности и непротиворечивости юридических норм между собой.

В-третьих, «отставание» правовых норм от меняющихся общественных отношений. Так, например, люди в своей деятельности все активнее используют технические средства, компьютерную технику и электронные

носители информации. Это касается не только законной, но и преступной деятельности. У органов, осуществляющих предварительное расследование уголовных дел, все чаще возникает необходимость получения информации, необходимой для расследования и содержащейся на электронных носителях. В случае признания электронных носителей информации вещественными доказательствами, они по общему правилу, предусмотренному ст. 82 УПК РФ, должны храниться при уголовном деле до вступления в законную силу приговора или до истечения срока обжалования постановления либо определения о прекращении уголовного дела. В 2012 г. ч. 2 ст. 82 УПК РФ дополнена п. 5, устанавливающим порядок хранения вещественных доказательств в виде электронных носителей информации, предполагающий, в том числе, возможность возврата их законному владельцу (после производства осмотра и иных следственных действий, а также при условии, что это возможно без ущерба для доказывания). Кроме того, в декабре 2018 г. Уголовно-процессуальный кодекс России дополнен частью 4.1 ст. 164 и ст. 164.1, устанавливающими особенности изъятия электронных носителей информации и копирования с них информации при производстве следственных действий. Эти изменения распространяются на уголовные дела о преступлениях, предусмотренных отдельными статьями Уголовного кодекса РФ (например, ст. 159.1–159.3, 159.5, 159.6 УК РФ, если эти преступления совершены в сфере предпринимательской деятельности, и др.). Очевидно, что появлению новых правовых норм предшествовала практика толкования и применения к новым общественным отношениям ранее существовавших правовых норм. И данная практика не была положительной, поскольку применялись правила хранения вещественных доказательств, не учитывавшие специфики электронных носителей информации, их необходимости для нормального осуществления предпринимательской деятельности.

В-четвертых, активное использование в законодательстве новых терминов, в том числе заимствованных из экономики, финансов, медицины,

не имеющих точных законодательных определений, либо дефиниции которых допускают их неоднозначное понимание. Например, ГК РФ в ст. 53.2, введенной в 2014 г., говорит об отношениях связанности между лицами (аффилированности), но само понятие «аффилированность» в одноименной статье не раскрывает. Данная статья носит бланкетный характер, отсылая к закону «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»<sup>1</sup>, который практически полностью утратил силу, за исключением содержащегося в ст. 4 законодательного определения понятия «аффилированные лица». Следует согласиться с точкой зрения А. В. Калининой, полагающей неоправданным использование дефиниции, содержащейся в названном законе, для определения термина «аффилированные лица», который употреблялся более чем в 40 законах, относящихся к различным отраслям законодательства (налоговое, жилищное, таможенное право и т.д.)<sup>2</sup>. Вызывает недоумение решение законодателя, который законодательному закреплению в кодифицированном акте определения термина «аффилированность» предпочел отсылку к советскому закону с дефиницией понятия «аффилированные лица».

В-пятых, погрешности, допущенные при подготовке и принятии нормативных правовых актов. К этой группе обстоятельств можно отнести: излишнюю конкретизацию или излишнюю абстрактность правовых норм, неясность формулировок, допускающую неоднозначное толкование нормы права и др. Так, например, УПК РФ в ст. 401.15 называет основания отмены или изменения судебного решения при рассмотрении уголовного дела в кассационном порядке. К ним относятся существенные нарушения уголовного и (или) уголовно-процессуального закона, которые повлияли на исход дела. Формулировка «исход дела» является весьма неточной и

---

<sup>1</sup> См.: Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. (в ред. от 26 июля 2006 г.) № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499; СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

<sup>2</sup> См.: *Калинина, А. В.* Аффилированные лица как особый субъект правоотношений (вопросы теории и практики): автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2010. С. 11.

избыточно общей. Верховный Суд РФ в своем Постановлении<sup>1</sup> разъясняет, что существенными нарушениями, повлиявшими на исход дела, являются, в частности, такие, которые повлияли на вывод о виновности, на юридическую оценку содеянного, назначение судом наказания или применение иных мер уголовно-правового характера и на решение по гражданскому иску. Данное разъяснение дает судьям определенные ориентиры, необходимые при разрешении соответствующих вопросов в ходе отправления правосудия.

Проблемы интерпретации правовых норм, обусловленные дефектами их конструкции, присущи не только российскому праву. С аналогичными ситуациями, затрудняющими интерпретацию норм права и, вместе с тем, расширяющими соответствующее усмотрение правоприменителей (например, судей) сталкиваются и в других странах<sup>2</sup>.

Перечисленные обстоятельства затрудняют установление смысла правовых норм самими правоприменителями или другими субъектами, реализующими право в иных формах, и вызывают необходимость в дополнительном толковании.

Что же представляет собой толкование права? Понимание толкования права в отечественной юридической науке, начиная с советского периода, достаточно стабильно. В советской правовой литературе толкование норм права определяли как деятельность государственных органов, общественных организаций и отдельных граждан, направленная на установление содержания нормативных актов и на раскрытие выраженной в них государственной воли<sup>3</sup>. Аналогично, как деятельность, нацеленная на выяснение подлинной воли законодателя, точного смысла и содержания толкуемой правовой нормы, понимается толкование права и современными

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 июня 2019 г. (в ред. от 29 июня 2021 г.) № 19 «О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 9; Российская газета. 2021. 16 июля.

<sup>2</sup> См.: *Leszczyński, L.* Open Axiology in Judicial Interpretation of Law and Possible Misuse of Discretion // *Studia Iuridica Lublinensia*. 2020. Vol. 29. № 3. Pp. 39–54.

<sup>3</sup> См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М.: Юридическая литература, 1973. С. 467.

авторами<sup>1</sup>.

Традиционно в процессе толкования права выделяют два элемента или этапа: этап уяснения самим интерпретатором смысла толкуемой нормы и этап разъяснения этого смысла иным субъектам<sup>2</sup>. При этом этап уяснения основной, обязательный и предшествующий разъяснению, которого может и не быть. Процесс толкования может ограничиться уяснением интерпретатором смысла правовой нормы для «собственных нужд».

Уяснение представляет собой мыслительный процесс, направленный на установление смысла толкуемой нормы, происходящий в сознании лица или группы лиц и не имеющий внешнего выражения (в случае с группой лиц — внешнего выражения за пределы этой группы).

В определенных случаях субъектам, осуществляющим толкование, требуется довести смысл интерпретируемой нормы права до сведения иных лиц в какой-либо форме (устной или письменной; свободной либо в форме официального документа; и т. п.). Это этап разъяснения правовых норм, имеющий определенное внешнее выражение: устная юридическая консультация; письменный ответ на запрос с разъяснением действующего законодательства; информационное письмо, подготовленное в системе какого-либо государственного органа; постановление Пленума Верховного Суда РФ; и др.

При этом следует оговориться, что толкование-уяснение не имеет внешнего выражения в рамках процесса интерпретации. Как правило, за уяснением содержания юридической нормы от субъекта следует определенное деяние (в форме действия или бездействия), по которому можно судить о результатах данного этапа толкования (верно или неверно уяснен смысл нормы права). Но это деяние уже лежит за пределами собственно процесса толкования.

---

<sup>1</sup> См.: Закон: создание и толкование / Под ред. А. С. Пиголкина. М.: Спарк, 1998. С. 66; Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 345, 347–348.

<sup>2</sup> См.: Вопленко, Н. Н. Официальное толкование и конкретизация советских правовых норм // Вопросы теории государства и права: сб. статей / Под ред. М. И. Байтина и В. В. Борисова. Саратов, 1971. С. 167.

Поскольку основу толкования права составляет мыслительная деятельность субъекта-интерпретатора, то можно сделать вывод о том, что юридическое усмотрение данного субъекта оказывает определяющее воздействие на результат толкования права.

С позиции правового усмотрения самого субъекта-интерпретатора и иных лиц важное значение имеет деление толкования на *уяснительное (однокомпонентное)* и *разъяснительное (двухкомпонентное)*.

В первом случае речь идет об одном субъекте, для которого усмотрение в процессе толкования правовых норм становится элементом формирования его же правоприменительного (правореализационного) усмотрения. В ситуации же с разъяснительным толкованием уяснение интерпретатором смысла и содержания правовой нормы (первый компонент), получив внешнее выражение (как правило, в интерпретационном акте), становится или может стать одним из ограничителей правоприменительного (правореализационного) усмотрения другого субъекта (второй компонент).

Также, в контексте правового усмотрения, существенную роль играет классическое подразделение толкования на официальное и неофициальное и их разновидности<sup>1</sup>. Это имеет значение, поскольку официальное толкование может являться ограничителем усмотрения правоприменителей. На основе использования критерия субъекта-интерпретатора официальное толкование подразделяется на: аутентичное, легальное, судебное; а неофициальное на: доктринальное, профессиональное и обыденное.

Какие обстоятельства должны быть выяснены в процессе толкования для правильной интерпретации юридической нормы? Как определить их правильную и достаточную совокупность?

Как правило, в процессе толкования устанавливается не только ее смысл, но и цель принятия нормы права, социальная направленность, место в системе права и подлинная воля законодателя<sup>2</sup>. Все названные аспекты в

---

<sup>1</sup> См.: Закон: создание и толкование / Под ред. А. С. Пиголкина. М.: Спарк, 1998. С. 68.

<sup>2</sup> См.: Указ. соч. С. 66.

совокупности позволяют выяснить точное содержание правовой нормы, а значит, в дальнейшем правильно ее применить или реализовать в другой форме. Для обозначения совокупности обстоятельств, подлежащих установлению в процессе толкования, предлагается использовать термин **«предмет выяснения»**, под которым следует понимать систему обстоятельств, отражающих цель принятия нормы права, ее социальную направленность, место в системе права и подлинную волю законодателя, заключенную в норме, выяснение которых необходимо для правильного установления смысла интерпретируемой правовой нормы. «Предмет выяснения» можно считать своеобразным аналогом понятия *«предмет доказывания»*, используемого уголовно-процессуальной наукой (а также в других процессуальных юридических науках). Но в отличие от *общего предмета доказывания*, законодательно определенного, например, в ст. 73 УПК РФ, система обстоятельств, включаемых в **предмет выяснения**, в каждом случае зависит от усмотрения субъекта, осуществляющего толкование-уяснение. Подтвердим данный вывод примерами.

Так, длительное время в России сохраняет актуальность проблема обеспечения граждан Российской Федерации, проживающих в ветхом и аварийном жилье, жилыми помещениями надлежащего качества, отвечающими требованиям безопасности. Для решения названной проблемы государство разработало ряд мер. Приняты и реализуются: национальный проект «Жилье и городская среда», включающий в себя федеральный проект «Обеспечение устойчивого сокращения непригодного для проживания жилищного фонда»<sup>1</sup>; создан и функционирует Фонд содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства<sup>2</sup>; выделяются огромные бюджетные средства на расселение граждан по названному

---

<sup>1</sup> Реализуется во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 7 мая 2018 г. (в ред. от 21 июля 2020 г.) № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года» // СЗ РФ. 2018. № 20. Ст. 2817; 2020. № 30. Ст. 4884.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 21 июля 2007 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 185-ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» // СЗ РФ. 2007. № 30. Ст. 3799; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5103.

федеральному проекту (на шестилетний период сумма составит 507 млрд. руб., из которых 432 млрд. — средства федерального бюджета<sup>1</sup>); региональные программы переселения граждан из ветхого и аварийного жилья, обеспеченные финансированием за счет федеральных средств; и др.

Фактическая ситуация, сложившаяся в сфере расселения граждан из аварийного жилья, демонстрирует, что несмотря на принимаемые меры объемы площадей аварийного жилья и количество людей, проживающих в таких условиях, сокращаются медленно. Так, по данным представителей федерального проекта по расселению аварийного жилищного фонда в период действия региональных адресных программ по переселению граждан из аварийного жилищного фонда (в соответствии со ст. 16 Закона «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» данный период должен начаться после 1 января 2019 г. и продолжаться до 1 сентября 2025 г.) темпы расселения с каждым годом действия программы будут возрастать. Если в 2019 г. предполагалось переселить 8,2 тыс. человек, то в 2023 г. эта цифра должна составлять — 160 тыс. человек в год<sup>2</sup>. Названным цифрам сложно дать однозначную оценку. Положительной стороной является то, что темпы расселения граждан из аварийного жилья из года в год будут возрастать. Но бесспорно отрицательным является тот факт, что в 2023, 2024 и 2025 гг. по 160 тыс. человек в год (суммарно это почти полмиллиона человек) будут нуждаться в переселении, поскольку проживают в аварийном жилом фонде. Кроме того, эти цифры не учитывают людей, чьи дома были признаны аварийными после **1 января 2017 г.**, поскольку ст. 16 Закона «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» установлено, что в соответствующие региональные адресные программы включаются только многоквартирные дома, признанные в установленном порядке аварийными до названной даты.

Среди комплекса причин подобной ситуации одно из главенствующих

---

<sup>1</sup> См.: *Жандарова, И.* Сносные метры // Российская газета. 2018. 16 октября. URL: <https://rg.ru/2018/10/15/iz-avarijnogo-zhilia-budut-rasseliat-po-160-tysiach-chelovek-ezhegodno.html> (дата обращения: 1 июля 2020 г.).

<sup>2</sup> См.: Там же.

мест занимает правильность толкования (и по «букве», и по «духу») действующего законодательства, а соответственно, и применения его ответственными органами и лицами.

Очевидно, что разработанные государством меры, многие из которых нашли законодательное оформление в принятых нормативно-правовых актах, явно выражают волю законодателя: обеспечить граждан России, проживающих в аварийном жилом фонде, жилыми помещениями, пригодными для проживания и отвечающими всем требованиям безопасности. Обозначенная цель нормативно закреплена в ст. 1 Закона «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства». Но правоприменителями на местах соответствующее законодательство зачастую толкуется без учета названной цели, а также общегосударственных социально-экономических условий, сложившихся на момент принятия законодательства.

В рамках рассматриваемой проблемы основной объем правоприменительной деятельности возложен на органы местного самоуправления, так как преимущественно они создают межведомственные комиссии, осуществляющие оценку и обследование жилья. Следовательно, они же в основном и осуществляют толкование соответствующих законодательных актов в процессе правоприменения.

Дополнительную свободу толкования и правоприменительного усмотрения органам местного самоуправления дает существование ряда факторов.

**Во-первых,** законодательство не имеет четкого определения «аварийного» жилья. Один из ключевых нормативно-правовых актов, регламентирующих общественные отношения в сфере обеспечения граждан жилыми помещениями надлежащего качества, — Жилищный кодекс Российской Федерации<sup>1</sup> (далее ЖК РФ) оперирует термином «аварийное»

---

<sup>1</sup> См.: Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 188-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 14; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5057.

жилье, но точной дефиниции его не содержит. В ч. 10 ст. 32 ЖК РФ говорится о признании многоквартирного дома аварийным в порядке, установленном Правительством РФ. В Положении о признании помещения жилым помещением, жилого помещения непригодным для проживания, многоквартирного дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции, садового дома жилым домом и жилого дома садовым домом, утвержденном Постановлением Правительства РФ<sup>1</sup>, также отсутствует определение понятия «аварийное» жилье, но содержатся основания признания многоквартирного дома аварийным, избыточные оценочными характеристиками. Например, нуждаются в толковании с использованием технических знаний такие формулировки, как «снижение до недопустимого уровня надежности здания», «значительная степень биологического повреждения элементов» и др. Можно сделать вывод, что признание жилья аварийным зависит от усмотрения соответствующей межведомственной комиссии, осуществляющей обследование и оценку многоквартирных жилых домов на предмет наличия или отсутствия оснований для признания их аварийными.

**Во-вторых**, порядок признания многоквартирного дома аварийным, закрепленный в указанном Положении недостаточно детально регламентирует процедуру деятельности межведомственной комиссии, оставляя широкий простор для произвольного толкования процедурных вопросов. Так, например, деятельность комиссии по рассмотрению вопроса о признании многоквартирного дома аварийным осуществляется на основании заявления собственника (собственников), к которому прилагается заключение специализированной организации, проводившей обследование дома на предмет возможности признания его аварийным (п. 45 Положения). В ходе работы комиссия *вправе* назначить дополнительные обследования и испытания (п. 46 Положения). Судебной практике известны случаи, когда

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 28 января 2006 г. (в ред. от 27 июля 2020 г.) № 47 «Об утверждении Положения о признании помещения жилым помещением, жилого помещения непригодным для проживания, многоквартирного дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции, садового дома жилым домом и жилого дома садовым домом» // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 702; 2020. № 32. Ст. 5269.

межведомственная комиссия, получив заявление о признании многоквартирного дома аварийным с приложением необходимого заключения специализированной организации, назначала дополнительное обследование, однако проводила его исключительно визуально, без использования специального оборудования. По итогам такого дополнительного обследования комиссия ничем не смогла опровергнуть выводы об аварийном состоянии дома, содержащиеся в заключении эксперта, представленном заявителем, но приняла решение о возможности капитального ремонта дома<sup>1</sup>. В данном случае межведомственная комиссия незаконно истолковала свое полномочие, определенное посредством формулировки «вправе», как возможность назначения только визуального обследования без проведения специальных испытаний.

**В-третьих,** существование нескольких вариантов расселения граждан, проживающих в аварийных жилых помещениях. Разработка регионами адресных программ по переселению граждан из аварийного жилищного фонда осуществляется в соответствии с Методическими рекомендациями, утвержденными приказом министра строительства и жилищно-коммунального хозяйства России<sup>2</sup>. В методических рекомендациях министр ориентирует уполномоченные органы, осуществляющие подготовку и реализацию региональной адресной программы, на эффективное использование бюджетных средств и выбор наиболее экономически эффективных способов реализации программы. Для этого органам местного самоуправления, в частности, рекомендуется направлять в уполномоченный орган государственной власти субъекта РФ предложения о возможных способах реализации программы переселения и их эффективности. Данные

---

<sup>1</sup> См.: «Обзор судебной практики по делам, связанным с обеспечением жилищных прав граждан в случае признания жилого дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции», утв. Президиумом Верховного Суда от 29 апреля 2014 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 7.

<sup>2</sup> См.: Приказ министра строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации от 31 января 2019 г. (в ред. от 18 февраля 2020 г.) № 65/пр «Об утверждении методических рекомендаций по разработке региональной адресной программы по переселению граждан из аварийного жилищного фонда, признанного таковым до 1 января 2017 года // Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 1 июня 2020 г.).

предложения муниципальные органы должны формулировать исходя из сравнительного анализа всех допустимых способов реализации программы на территории муниципального образования с учетом оценки рынка жилья, оценки стоимости квадратного метра приобретаемого или вновь возводимого жилья и других показателей. Использование одного из способов переселения граждан из аварийного жилья зависит от вида права на жилое помещение: находится ли жилье в собственности или предоставлено по договору социального найма. Аналогичные различия, обусловленные видом жилищного права, существуют и при расселении аварийных домов, не вошедших в региональную адресную программу. Для собственников жилья основным способом переселения из аварийного жилого помещения, предусмотренным ст. 32 ЖК РФ, является изъятие путем выкупа. Если дом вошел в региональную адресную программу переселения из аварийного жилья, то собственник получает возможность выбора между выкупом и предоставлением ему другого жилого помещения. В противном случае предоставление собственнику другого жилья с зачетом его стоимости в сумму возмещения за изымаемое жилое помещение возможно только по соглашению сторон (собственник не вправе требовать такого способа защиты своих жилищных прав)<sup>1</sup>.

Для нанимателей жилья по договору социального найма способом защиты их нарушенных прав, в случае расселения многоквартирного аварийного дома, является предоставление другого жилого помещения в соответствии со ст. 89 ЖК РФ.

Спецификой расселения многоквартирных жилых домов, признанных аварийными, является то, что жильцы занимают в них помещения на разных правах. Органы местного самоуправления зачастую пытаются унифицировать способы расселения аварийных домов применительно к разным категориям жильцов и при толковании норм, регламентирующих их

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 2 июля 2009 г. № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 9.

полномочия в данной сфере, не учитывают всю совокупность фактических обстоятельств и установленных законом правовых гарантий защиты жилищных прав граждан. Людям пытаются навязать более простые и удобные для органов местного самоуправления способы расселения аварийных домов, хотя выбор способа — право гражданина.

**В-четвертых,** органы местного самоуправления специфически воспринимают рекомендацию о выборе экономически эффективных способов реализации программы переселения граждан из аварийного жилья. Экономическая эффективность воспринимается исключительно как удешевление реализуемых мероприятий: покупка более дешевого готового жилья, заключение договоров о строительстве жилья с организациями, предлагающими самые низкие цены, и т. д. Такое удешевление нередко идет в ущерб качеству — приобретенное или построенное таким образом жилье не соответствует предъявляемым законодательством требованиям, а условия проживания в нем мало отличаются от условий жизни в аварийных домах<sup>1</sup>. Подобные результаты считать экономически эффективными нельзя. Соответствующее требование должно пониматься с учетом неразрывной связи двух составляющих: уровня понесенных затрат и соответствия качества полученных результатов требованиям законодательства. Следует признать положительным тот факт, что министерство строительства и жилищно-коммунального хозяйства разработало рекомендуемые требования к жилью, строящемуся или приобретаемому в рамках региональных адресных программ переселения из аварийного жилья<sup>2</sup>, которые ограничат усмотрение органов местного самоуправления в уяснении понятия «экономически эффективных способов реализации программы» при их выборе.

---

<sup>1</sup> См.: *Вылегжанина, У.* Несчастливые новоселы: как решить проблему качества «нового аварийного жилья» // Российская газета: Экономика Северо-запада. 2017. 4 мая. URL: <https://rg.ru/2017/05/04/reg-szfo/kak-reshit-problemu-kachestva-novogo-avarijnogo-zhilia-v-szfo.html> (дата обращения: 1 июля 2020 г.).

<sup>2</sup> См.: Приказ министра строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации от 31 января 2019 г. (в ред. от 18 февраля 2020 г.) № 65/пр «Об утверждении методических рекомендаций по разработке региональной адресной программы по переселению граждан из аварийного жилищного фонда, признанного таковым до 1 января 2017 года // Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 1 июня 2020 г.).

**В-пятых**, при реализации мероприятий по расселению аварийного жилья уполномоченные органы наиболее вольно толкуют законодательство в части, касающейся сроков переселения. Это связано с тем, что конкретных сроков для переселения граждан из аварийных домов, подлежащих сносу, законодательно не установлено, а их определение относится к компетенции органов местного самоуправления. Они могут переносить установленные ими же сроки. Жилищный кодекс РФ в ч. 2 ст. 57 устанавливает, что предоставление гражданам жилых помещений по договору социального найма в таких случаях должно осуществляться во внеочередном порядке. В судебной практике присутствовали случаи, когда дом, признанный аварийным в декабре 2007 г., в связи с недопустимым состоянием конструктивных элементов здания и наличием реальной угрозы жизни и здоровью проживающих в нем лиц, подлежал расселению до 30 ноября 2008 г. Однако органы местного самоуправления неоднократно переносили указанные сроки вплоть до 2012 г., когда был установлен новый срок расселения — до 31 декабря 2013 г.<sup>1</sup>. Очевидно, что органы местного самоуправления в данном случае истолковали свое полномочие на установление сроков расселения аварийного жилья в отрыве от норм законодательства, требующих обеспечения граждан жилыми помещениями, пригодными для проживания, во внеочередном порядке.

Несколько лучшее положение у граждан, чьи дома вошли в региональную адресную программу переселения из аварийного жилищного фонда. Такие дома распределяются по этапам реализации программы, имеющим конкретные сроки окончания, в зависимости от года признания дома аварийным (ст. 16 Закона «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства»<sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup> См.: «Обзор судебной практики по делам, связанным с обеспечением жилищных прав граждан в случае признания жилого дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда от 29 апреля 2014 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 7.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 21 июля 2007 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 185-ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» // СЗ РФ. 2007. № 30. Ст. 3799; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5103.

Анализ приведенных примеров позволяет сделать вывод, что усмотрение субъекта в процессе толкования (особенно толкования-уяснения) распространяется на включение в **предмет выяснения** и оценку:

- истинной цели принятия нормы права;
- подлинной воли законодателя и ее соотношения с содержанием правовой нормы и волей правоприменителя;
- внеправовых: социальных, экономических, политических и других факторов, существовавших на момент принятия нормы права и присутствующих на момент ее толкования и применения;
- наличие системных связей интерпретируемой правовой нормы с другими.

Отказ от включения в **предмет выяснения** всех или части перечисленных обстоятельств или искажение их оценки влечет неправильное толкование правовой нормы и, как следствие, нарушения при ее применении (реализации).

Помимо правильного применения нормы права, установление всех обстоятельств, входящих в предмет выяснения, может преследовать еще одну цель — совершенствование действующего законодательства. Неэффективные юридические нормы, нормы, применение которых затруднено, как правило, находятся в состоянии конфликта со всеми или с частью обстоятельств, подлежащих выяснению интерпретатором. Такие нормы могут выбиваться из системы правовых предписаний, которыми законодатель стремится урегулировать определенную сферу отношений. Они могут вступать в противоречие с волей законодателя, установленной путем анализа правовых норм, близких к толкуемой (принятых в одно время и/или включенных в один нормативно-правовой акт). Сталкиваясь с подобными ситуациями, правоприменительные органы в порядке обратной связи могут доносить до законодателя сведения о допущенных им ошибках и предложения по их устранению.

Одним из наиболее ярких примеров противоречия между содержанием

юридической нормы и подлинной волей законодателя является п. 12 ч. 1 ст. 448 УПК РФ в редакции закона от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ<sup>1</sup>. Изменения в Уголовно-процессуальный кодекс РФ, внесенные названным законом, были ориентированы на лишение прокуроров права на возбуждение уголовного дела, в связи с созданием Следственного комитета при прокуратуре РФ (в дальнейшем выделен в полностью самостоятельный орган — Следственный комитет РФ). Статья 448 УПК РФ устанавливает особенности процедуры возбуждения уголовного дела в отношении отдельных категорий лиц. Она также была изменена сообразно общей концепции реформы, однако в п. 12 ч. 1 данной статьи сохранилось право прокуроров субъектов возбуждать уголовные дела в отношении членов избирательных комиссий, комиссий референдумов с правом решающего голоса. Очевидно, что это результат технической недоработки при подготовке законопроекта, и что воля законодателя была направлена на то, чтобы лишить прокуроров права на возбуждение уголовных дел во всех без исключения случаях. Соответствующая ошибка была законодательно устранена Федеральным законом<sup>2</sup> от 2 декабря 2008 г.

Кроме усмотрения субъекта-интерпретатора относительно необходимости выяснения определенного комплекса обстоятельств, их характер будет обусловлен еще одним усмотрением интерпретатора — выбором способа (приема) толкования или их совокупности.

Процесс определения основных способов толкования юридических норм прошел длительный путь развития параллельно с правовой наукой и практикой. Если в советский период теория государства и права выделяла три основных приема толкования юридических норм: текстовый (грамматический, языковой, филологический), систематический и историко-

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 5 июня 2007 г. (в ред. от 22 декабря 2014 г.) № 87-ФЗ «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 24. Ст. 2830; 2014. № 52 (ч. 1). Ст. 7538.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 49. Ст. 5724.

политический<sup>1</sup>, то современная наука дополнила этот перечень логическим, специально-юридическим, телеологическим и функциональным способами<sup>2</sup>. Не все из современных способов толкования правовых норм ранее воспринимались в качестве самостоятельных.

Так, например, в противовес ученым, считавшим логический прием толкования самостоятельным<sup>3</sup>, высказывалось мнение, что правильное мышление всегда основано на логике и уяснение норм права есть логический процесс, а следовательно, любой прием толкования невозможен без логики<sup>4</sup>. Оспаривалась и самостоятельность специально-юридического способа толкования правовой нормы, который предлагал выделять в качестве особого приема С. С. Алексеев<sup>5</sup>. Контраргументом являлось то, что технико-юридические приемы и средства воплощены в тексте нормы права, а значит, их изучение составляет лишь один из аспектов текстового толкования.

Полагаем, что в исследовании способов толкования юридических норм правовая наука пошла по пути конкретизации, выделяя в качестве самостоятельных приемов толкования изучение отдельных аспектов ранее существовавших приемов. Перечень вопросов, изучаемых при толковании правовых норм с использованием имеющегося арсенала способов, по сути однотипен как для советской юриспруденции, так и для современной.

Однако увеличение количества способов толкования нормы права расширяет пределы усмотрения интерпретатора. Выбирая тот или иной способ (или систему способов) в качестве основы толкования определенной нормы, соответствующий субъект акцентирует внимание на одном (или нескольких) аспекте установления содержания и смысла толкуемой нормы, а

<sup>1</sup> См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М.: Юридическая литература, 1973. С. 473.

<sup>2</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 352–355.

<sup>3</sup> См. например: Воеводин, Л. Д. Толкование норм советского социалистического права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1950. С. 11; Черданцев, А. Ф. Вопросы толкования советского права. Учебное пособие / А. Ф. Черданцев; Отв. за вып.: В. М. Семенов. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972; Шляпочников, А. С. Толкование уголовного закона. М.: Госюриздат, 1960. С. 173.

<sup>4</sup> См.: Фарбер, И. Е. Сущность и способы применения советского закона: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М. 1951. С. 13–14.

<sup>5</sup> См.: Алексеев, С. С. Общая теория социалистического права: Правовые акты. Курс лекций: Учебное пособие. Вып. 3 / С. С. Алексеев; Отв. ред.: Ю. Г. Судницын. Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1966. С. 192.

это сказывается на конечном результате интерпретации. Безусловно, можно возразить, что качественное толкование юридических норм подразумевает изучение всех аспектов, необходимых для установления подлинного смысла нормы права и истинной воли законодателя, а также использование всех имеющихся способов. Но на практике это не всегда так. Особенно, когда интерпретация ограничивается толкованием-уяснением в правоприменительном процессе. Интерпретатор зачастую выбирает опорный способ толкования исходя из того, какой именно аспект уяснения (и разъяснения) смысла правовой нормы вызывает наибольшие затруднения: использование неоднозначных понятий или специальной терминологии, взаимодействие толкуемой нормы с другими юридическими предписаниями, функциональное назначение толкуемой нормы и т. д.

Например, возникает вопрос о том, насколько часто интерпретатор обращается к историко-политическому способу толкования юридических норм? Полагаем, что при интерпретации достаточно современных правовых норм (принятых в пределах 20 лет) это происходит крайне редко. А ведь современное общество развивается весьма стремительно, и даже за 1 год политическая, социальная и экономическая ситуация могут кардинально измениться.

Различия в результатах толкования, полученных при использовании разных приемов, могут заключаться, в частности, в объеме толкования: будет ли оно буквальным, ограничительным или расширительным (распространительным).

Примером ограничительного толкования, данного интерпретатором на основе выборочного использования способов толкования, могут быть разъяснения Верховного Суда РФ по вопросам назначения судами уголовного наказания. Названные разъяснения содержатся в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О практике назначения судами Российской

Федерации уголовного наказания»<sup>1</sup>, принятого в целях обеспечения правильного и единообразного применения закона на территории страны. В этом постановлении разъясняется, в частности, применение ст. 62 УК РФ, регулирующей назначение наказания при наличии смягчающих обстоятельств.

Часть 1 ст. 62 УК РФ устанавливает, что при наличии смягчающих обстоятельств, предусмотренных п.п. «и» (явка с повинной, активное содействие раскрытию и расследованию преступления, изобличению и уголовному преследованию других соучастников преступления, розыску имущества, добытого в результате преступления) и/или «к» (оказание медицинской и иной помощи потерпевшему непосредственно после совершения преступления, добровольное возмещение имущественного ущерба и морального вреда, причиненных в результате преступления, иные действия, направленные на заглаживание вреда, причиненного потерпевшему) ч. 1 ст. 61 УК РФ, и при отсутствии отягчающих обстоятельств размер наказания (срок) не может превышать двух третей максимального размера наиболее строгого наказания, установленного статьей Особенной части УК РФ за соответствующее преступление. Часть 3 ст. 62 гласит, что названные положения не применяются, «если соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса предусмотрены пожизненное лишение свободы или смертная казнь». В этом случае наказание должно назначаться в пределах санкции соответствующей статьи Особенной части Уголовного кодекса.

Если исходить из буквального понимания ч. 3 ст. 62 УК РФ, то при назначении наказания лицам, признанным виновными в совершении преступлений, установленных теми статьями Уголовного кодекса РФ (частями статей), санкции которых содержат пожизненное лишение свободы или смертную казнь, размер наказания должен определяться в пределах

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2015 г. (в ред. от 18 декабря 2018 г.) № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 2; 2019. № 2.

санкции соответствующей статьи даже в случаях наличия смягчающих обстоятельств, предусмотренных пунктами «и» и «к» ч. 1 ст. 61 УК РФ, а не ограничиваться двумя третями максимального размера (срока) наиболее строгого вида наказания. К такому пониманию приводит применение логического и текстового приемов толкования.

Однако официальное толкование, данное Верховным Судом РФ по этому вопросу, принципиально другое. В п. 37 Постановления<sup>1</sup> Пленум Верховного Суда РФ ограничивает действие ч. 3 ст. 62 УК РФ, указывая, что она не распространяется на лиц, которым в силу закона не назначается пожизненное лишение свободы (в том числе совершивших неоконченное преступление). В силу положений ч. 2 ст. 57 УК РФ к таким лицам относятся: женщины, мужчины, достигшие к моменту вынесения приговора 65-летнего возраста, и лица, совершившие преступление в несовершеннолетнем возрасте.

В результате такой интерпретации Пленум Верховного Суда РФ фактически заменил законодательное «предусмотрены пожизненное лишение свободы или смертная казнь» на «может быть назначено пожизненное лишение свободы или смертная казнь». Полагаем, что с позиции общих правил толкования юридических норм такие разъяснения правоприменителю неоднозначны.

С одной стороны, ограничивая действие ч. 3 ст. 62 УК РФ, Пленум Верховного Суда РФ улучшает положение указанных категорий лиц, уменьшая размер уголовного наказания, которое им может быть назначено с учетом ч. 1 данной статьи.

С другой — порождает закономерный вопрос: правильно ли в этом случае определена воля законодателя? Действительно ли он желал ограничить усмотрение правоприменителя возможностью назначить наказание женщине, несовершеннолетнему, мужчине, достигшему 65-

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2015 г. (в ред. от 18 декабря 2018 г.) № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 2; 2019. № 2.

летнего возраста, совершившим особо тяжкое преступление, в размере, не превышающем двух третей максимального срока, даже с учетом того, что установлены смягчающие обстоятельства, предусмотренные пунктами «и», «к» ч. 1 ст. 61 УК РФ? В данном случае уместно сравнить формулировки, которые использует законодатель в Уголовном и Уголовно-процессуальных кодексах. Так, в 2013 г. законодатель путем дополнения ч. 3 ст. 31 УПК РФ исключением, изъял из подсудности областных и равных им судов определенный объем уголовных дел<sup>1</sup>. По ряду составов преступлений, предусмотренных соответствующими статьями УК РФ (например, ч. 2 ст. 105, ч. 5 ст. 131, ч. 5 ст. 132 и др.), уголовные дела рассматривались областным или равным ему судом, если в качестве наказания можно было назначить пожизненное лишение свободы, и районным судом — если такое наказание назначить нельзя<sup>2</sup>. В этом случае законодатель использовал формулировку «... за исключением уголовных дел, по которым в соответствии с положениями Уголовного кодекса Российской Федерации в качестве наиболее строгого вида наказания не могут быть назначены пожизненное лишение свободы или смертная казнь ...» (в действующей редакции УПК РФ эта формулировка уточнена с учетом позиций Конституционного Суда РФ).

Разница формулировок, используемых законодателем в Уголовном и Уголовно-процессуальном кодексах, очевидна, а смысл, который придает этим формулировкам данное Верховным Судом РФ толкование, одинаков. Такой результат может базироваться на использовании историко-политического, систематического или функционального способа интерпретации, либо на их сочетании. При этом велика вероятность того, что

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 23 июля 2013 года (в ред. от 31 декабря 2014 г.) № 217-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и статьи 1 и 3 Федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» по вопросам совершенствования процедуры апелляционного производства» // СЗ РФ. 2013. № 30 (ч. 1). Ст. 4050; 2015. № 1 (ч. 1). Ст. 71.

<sup>2</sup> Например, уголовные дела по обвинению несовершеннолетних, женщин, мужчин, достигших 65-летнего возраста, а также по обвинению в совершении неоконченного преступления.

давая соответствующие разъяснения судам, Верховный Суд РФ едва ли опирался на текстовый (грамматический, филологический, языковой) способ толкования нормы права (во всяком случае, этот прием не был основным, ведущим).

Это позволяет сделать ряд выводов. *Во-первых*, при интерпретации правовой нормы различные способы толкования имеют неравную степень воздействия на результат. *Во-вторых*, степень воздействия разных способов толкования юридических норм на результат зависят от усмотрения интерпретатора в выборе одного из них в качестве основного или в определении удельного веса каждого из них в случаях, когда используется комплекс приемов толкования. Безусловно, существуют независимые от воли интерпретатора обстоятельства, влияющие на целесообразность выбора того или иного способа толкования либо включения их в соответствующий комплекс, но само решение принимает именно субъект, осуществляющий толкование. *В-третьих*, реализация названного усмотрения интерпретатором оказывает влияние на результат процесса толкования наряду с формулированием **предмета выяснения** и установлением обстоятельств, входящих в него.

Таким образом, **усмотрение при толковании юридической нормы представляет собой основанный на интеллектуально-практической волевой деятельности интерпретатора выбор способа (комплекса способов) толкования и формулирование предмета выяснения** (т. е. — системы обстоятельств, подлежащих установлению и необходимых для уяснения содержания и смысла правовой нормы, а также подлинной воли законодателя заключенной в ней), определяющих результат данного процесса.

Возможность во многом самостоятельно определять, что нужно выяснить для установления смысла и содержания нормы права, и каким образом это сделать, дает субъекту, осуществляющему толкование, широчайшую свободу. Пределами усмотрения интерпретатора может

являться целый комплекс факторов:

- *совершенствование правотворческой техники.* Поскольку любая правовая норма, какой бы совершенной она ни была, подлежит толкованию (например, в процессе правоприменения) данный фактор не может полностью исключить усмотрение интерпретатора, но он является ключевым для его ограничения. Чем более четко и однозначно изложена юридическая норма в тексте нормативно-правового акта, чем меньше используемая формулировка допускает разночтений, тем более узкими будут пределы толкования;
- весьма положительное воздействие на ограничение усмотрения интерпретатора может оказать практика *включения в нормативно-правовые акты* (прежде всего в законы) *норм-целей*. Это приведет к «общему знаменателю» цель принятия конкретной юридической нормы, которая устанавливается в процессе толкования, с целью издания всего нормативного правового акта;
- *практическое применение научных разработок по вопросу толкования юридических норм.* В частности, это может быть нормативное закрепление принципов интерпретационной деятельности, (среди которых предлагают выделять общие и специальные), что придаст им обязательный характер<sup>1</sup>. Кроме того, юридической наукой могли бы быть предложены: правила, устанавливающие, какие именно обстоятельства должны всегда входить в **предмет выяснения** интерпретатора (цель принятия нормы права, ее смысл, установленный с помощью текстового, логического и функционального приемов толкования, исторические аспекты принятия и т. п.); научно обоснованные требования к использованию способов толкования и другие результаты соответствующих исследований. В практику данные разработки могут быть введены путем включения их в правовые акты

---

<sup>1</sup> См.: Терехов, Е. М. Принципы правоинтерпретационной деятельности // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2018. № 3. С. 69–70.

(нормативные или интерпретационные). Так, например, Верховный Суд РФ наряду с разъяснением конкретных вопросов правоприменительной практики мог бы дать общее разъяснение судьям, какими правилами толкования пользоваться в случаях затруднения с выбором или применением юридической нормы для разрешения конкретного дела;

- *толкование более высокого уровня.* В этом случае речь идет не только о нормативном толковании-разъяснении, данном соответствующим официальным органом либо уполномоченной организацией и имеющем обязательную силу для нижестоящих и/или подчиненных органов, организаций и должностных лиц. Такое толкование, как правило, дают высшие звенья, возглавляющие соответствующие системы органов (организаций): Верховный Суд РФ, Генеральная прокуратура РФ, Министерство внутренних дел РФ, Банк России и др. Нормативное толкование-разъяснение, безусловно, является разновидностью пределов правового усмотрения. Но в данной ситуации можно также говорить и о толковании-уяснении более высокого уровня, которое отражается в правоприменительной практике вышестоящего органа, организации или должностного лица. Такие органы могут быть не наделены полномочиями давать официальные разъяснения нижестоящим органам, организациям и лицам, однако их собственная правоприменительная практика выступает в качестве ориентира правильного понимания и применения юридических предписаний. Это особенно действенно, учитывая, что вышестоящие органы, как правило, наделены полномочиями по проверке решений, принятых нижестоящими органами, организациями или лицами. Так, например, судьи арбитражных судов при принятии решений могут ориентироваться на судебную практику арбитражных апелляционных и арбитражных кассационных судов, сформированную при рассмотрении аналогичных дел;
- *установленные законом процедуры обжалования, контроля и надзора*

*за соответствующими правоприменительными решениями.* Названное ограничение распространяется, прежде всего, на толкование-уяснение, являющееся элементом правоприменительного процесса. Сама возможность того, что правоприменительное решение станет предмет проверки со стороны контролирующих или надзирающих органов, сдерживает соответствующего субъекта от заведомо искаженного понимания правовых предписаний и принятия на его основании незаконного решения.

Помимо перечисленных факторов ограничивающее действие на усмотрение интерпретатора могут оказывать и иные общие пределы правового усмотрения.

### **§ 3. Зависимость усмотрения правоприменителя от правовой системы**

Оригинальная правовая система любого общества на определенном этапе его исторического развития складывается под воздействием ряда объективных причин: особенностей социально-экономического и производственно-технологического уровня развития, национального и конфессионального состава жителей, территории, формы государственного устройства, участия в межгосударственных организациях и др. По мнению С. С. Алексеева, определение правовой системы не только дает структурную характеристику правовой действительности, ее общую конструкцию, но и отражает генетический аспект системы — роль и соотношение правотворческой и правоприменительной деятельности компетентных органов<sup>1</sup>. Полагаем, что такое соотношение в значительной мере будет детерминировать уровень правового усмотрения (прежде всего правоприменительного), характерного для конкретной правовой системы.

Зарождение и развитие идеи формирования категории «правовая

---

<sup>1</sup> См.: Алексеев, С. С. Право и правовая система // Правоведение. 1980. № 1. С. 31.

система» началось в 80-х гг. XX в.<sup>1</sup>. Это было связано с поиском понятия, которое помимо системы норм (объективное право) включало бы и другие правовые явления и при этом не «размывало» бы понятия права, смешивая его с другими правовыми явлениями<sup>2</sup>.

За прошедшие четыре десятка лет в юридической науке высказывались различные точки зрения относительно понятия правовой системы и элементов, ее образующих, а также о значении исследований данного феномена для науки. В том числе обосновывались теории о бесполезности введения категории «правовая система» и соответствующих исследований, поскольку она подменяет уже существующее общее понятие «право»<sup>3</sup> (в широком понимании).

У сторонников внедрения категории «правовой системы» подходы к определению ее содержания и, соответственно, структуры правовой системы существенно различаются. Диапазон высказываемых мнений широк: от неоправданно узкого понимания структуры правовой системы до безграничных ее трактовок.

В частности, Л. С. Явич понимал правовую систему как упорядоченную совокупность правовых норм, образующих институты и отрасли права, а также более крупные автономные образования<sup>4</sup>. Такая трактовка фактически отождествляет понятия правовой системы и системы права, хотя сам автор позднее оговаривался, что этого делать нельзя. Он писал: «Для характеристики правовой системы решающее значение имеет сущность и содержание права, но из этого не следует, что любую правовую систему достаточно свести к праву»<sup>5</sup>. Следует согласиться с мнением, что отождествление категорий «право» и «правовая система» по объему может

---

<sup>1</sup> См.: *Байтин, М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е доп. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 178.

<sup>2</sup> См.: *Байтин, М. И.* Право и правовая система: вопросы соотношения // *Право и политика.* 2000. № 4. С. 4–5; *Матузов, Н. И.* Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 12–13.

<sup>3</sup> См.: *Коммуникативная концепция права: вопросы теории: Обсуждение монографии А. В. Полякова.* СПб.: С.-Петербург. гос. ун-т. юрид. фак., 2003. С. 116–117.

<sup>4</sup> См.: *Явич, Л. С.* Общая теория права / Отв. ред. А. И. Королев. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 126.

<sup>5</sup> *Явич, Л. С.* Сущность права. Социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений. Л.: Изд-во ЛГУ, 1985. С. 41.

привести к исчезновению первого из юридической науки<sup>1</sup>.

Очень близко к представленной позиции предложение определять правовую систему как структурную взаимосвязь системы права и системы законодательства<sup>2</sup>. Получается, что термином «правовая система» обозначается, по сути, одно явление — право, взятое в единстве его содержательной и формальной сторон, каждая из которых имеет собственные обозначения (система права и система законодательства). При таком понимании правовой системы введение данной категории в юридическую науку едва ли было оправданным.

Ю. А. Тихомиров в дополнение к упорядоченной совокупности источников права предлагал включать в структуру правовой системы цели и принципы правового регулирования и системообразующие связи, обеспечивающие целостность правовой системы<sup>3</sup>. Такой подход так же неоправданно оставляет значительную часть правовых явлений за пределами структуры правовой системы.

Другой крайностью в понимании правовой системы является излишнее расширение ее границ, за счет включения в структуру правовой системы юридических учреждений, правотворческих и правоохранительных органов<sup>4</sup> и иных элементов, не обладающих характером собственно правовых явлений. Так, например, В. Н. Синюков в дополнение к традиционным структурным элементам правовой системы включал в их число: комплекс юридических ведомств и организаций, региональную и местную правовую инфраструктуру, надзорную и контрольную подсистемы, системы правовой информации, юридического образования, профилактики правонарушений и

<sup>1</sup> См.: *Денисов, Ю. А., Спиридонов, Л. И.* Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987. С. 67.

<sup>2</sup> См.: *Шафеев, Д. Р.* Современная правовая система Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2002. С. 13.

<sup>3</sup> См.: *Тихомиров, Ю. А.* Правовая система развитого социалистического общества // Советское государство и право. 1979. № 7. С. 33.

<sup>4</sup> См.: *Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи.* Кн. 1 / А. М. Васильев, О. А. Гаврилов, В. П. Казимирчук, В. Н. Кудрявцев, и др.; Редкол.: А. М. Васильев (Отв. ред.), В. П. Казимирчук, В. Н. Кудрявцев. М.: Юрид. лит., 1986. С. 41; *Корчевский, Д. С.* Современная правовая система Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 15.

социального контроля, центры формирования и воспроизводства правовой идеологии<sup>1</sup>. Здесь следует согласиться с авторами, полагающими, что при всей целесообразности использования широкого подхода к пониманию правовой системы, данный подход должен иметь свои пределы. Поэтому не следует включать в структуру правовой системы элементы, не являющиеся по своей природе правовыми: государственные и муниципальные органы, учреждения, институты и т. д.<sup>2</sup>.

Безусловно, рассмотренные подходы к определению правовой системы имеют своих сторонников и противников, оперирующих вескими доводами по отстаиванию собственных позиций. Не вдаваясь в данную научную дискуссию, полагаем, что в рамках настоящего исследования целесообразно основываться на «умеренно широком» понимании правовой системы, находящемся между названными выше подходами. Представляется, что суть такого подхода в попытке представить в целостном виде общую панораму правовой действительности, весь арсенал юридических средств (явлений), используемых для организующего воздействия на общественные отношения<sup>3</sup>, не перегружая при этом названную категорию элементами, не обладающими качествами правовых явлений.

Под правовой системой в данной работе мы будем понимать совокупность внутренне организованных и взаимосвязанных, социально однородных, устремленных к общим целям, правовых явлений данного общества, каждое из которых выполняет специфическую роль в правовом регулировании или выходящем за его пределы правовом воздействии на общественные отношения<sup>4</sup>.

В качестве основных структурных элементов правовой системы

<sup>1</sup> См.: *Синюков, В. Н.* Российская правовая система: вопросы теории: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 1995. С. 21.

<sup>2</sup> См.: *Петелина, И. В.* Теоретические проблемы российской правовой системы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1996. С. 9.

<sup>3</sup> См.: *Матузов, Н. И.* Право как центральный элемент и нормативная основа правовой системы // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. С. 27.

<sup>4</sup> См.: *Байтин, М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е доп. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 183.

выделяют: право как особый стержневой элемент, правотворческую и правоприменительную деятельность, а также реализацию права в иных формах, юридическую практику, правосознание, правовые акты-документы (нормативные, правоприменительные, интерпретационные), правоотношения (субъективные права, юридические обязанности)<sup>1</sup>. С позиции исследования правового усмотрения в различных правовых системах особого внимания заслуживают следующие элементы их структуры: собственно право и его источники, правотворческая и правореализационная деятельность, юридическая практика и правовое сознание.

Специфика объективного права, характерная для той или иной правовой системы, детерминирует особенности правового усмотрения (прежде всего правоприменительного) в этой правовой системе<sup>2</sup>. В свою очередь, особенности юридического усмотрения находят отражение в правотворческой, правореализационной и правоинтерпретационной деятельности, а также в юридической практике государства.

Большой набор элементов, образующих структуру правовой системы, и наличие у них специфических качеств в каждом социуме позволяет говорить о неповторимости правовой системы того или иного общества. И хотя в настоящее время наблюдается активное сближение различных государств и их правовых систем, обусловленное происходящим в мире процессом глобализации, все так же сложно или даже невозможно найти полностью идентичных правовых систем, что затрудняет их исследование. Но при этом наличие у правовых систем общих черт (путей формирования и развития

<sup>1</sup> См. например: *Алексеев, С. С.* Общая теория права. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. С. 86–91; *Матузов, Н. И.* Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 25; *Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи.* Кн. 1 / А. М. Васильев, О. А. Гаврилов, В. П. Казимирчук, В. Н. Кудрявцев, и др.; Редкол.: А. М. Васильев (Отв. ред.), В. П. Казимирчук, В. Н. Кудрявцев. М.: Юрид. лит., 1986. С. 38–44, и др.

<sup>2</sup> Вопросы зависимости юридического усмотрения от правовой системы, существующей в государстве, а также специфики усмотрения в правовых системах религиозного права, традиционного права и в англосаксонских правовых системах подробно изложены в следующих работах автора: *Никитин, А. А.* Особенности правового усмотрения в различных правовых системах // Вопросы российского и международного права. 2016. № 10. С. 31–40; *Его же.* Особенности юридического усмотрения в правовых системах религиозного права // Евразийский юридический журнал. 2020. № 6. С. 118–120; *Его же.* Специфика правового усмотрения в англосаксонских правовых системах // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. 2020. № 3. С. 18–22; *Его же.* Юридическое усмотрение в правовых системах традиционного права // Правовая политика и правовая жизнь. 2020. № 3. С. 9–15.

права, принципов регулирования, общность способов систематизации и толкования правовых норм, унифицированность юридической терминологии) демонстрирует наличие определенных типов, позволяет найти родственные правовые системы и сгруппировать их в правовые семьи<sup>1</sup>.

С учетом данного обстоятельства и исходя из невозможности охватить вниманием каждую правовую систему, существующую в настоящее время, исследование правового усмотрения будет осуществляться применительно к общим характеристикам правовых систем, входящих в одну правовую семью. Правильность такого подхода обусловлена также тем, что не конкретные правовые нормы, специфичные для каждого государства, а более постоянные общие элементы, типичные для соответствующей правовой семьи, определяют основные особенности правовой дискреции, присутствующей в правовых системах данной семьи.

В своей книге «Основные правовые системы современности» Р. Давид выделял три основных правовых семьи: романо-германскую, семью общего права и семью социалистического права, а также иные правовые системы. Те системы, которые не вошли в перечисленные правовые семьи, включались в определенные общности правовых систем: мусульманского, индусского и иудейского права, право стран Дальнего Востока, Африки и Мадагаскара. После проведения такой классификации одна из основных правовых семей — семья социалистического права — по объективным причинам перестала существовать, а правовые системы государств, входивших в названную семью, в основном стали относить к романо-германской семье.

Современные исследователи в качестве основных правовых семей в настоящее время выделяют:

- романо-германскую (семью континентального права);
- англосаксонскую (семью общего права);
- семью религиозного права (мусульманского или индусского права);

---

<sup>1</sup> См.: Давид, Р. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. С. 39–40.

– семью традиционного (обычного) права<sup>1</sup>.

Основываясь на данной классификации, рассмотрим специфику усмотрения правоприменителя в каждой из названных правовых семей.

**Романо-германская правовая семья.** Исторические корни романо-германской правовой семьи в континентальной Европе (отсюда другое название — семья континентального права). В силу особенностей формирования и развития правовых систем, входящих в данную семью, первостепенное значение в них придается норме права — правилу поведения, основанному на справедливости и морали<sup>2</sup>. Заключение в норме права правило поведения ориентировано на многократное применение в будущем, в связи с чем оно должно обладать определенной степенью абстрактности. Представляется, что абстрактность прежде всего характеристика гипотезы и диспозиции правовой нормы.

Назначением гипотезы нормы права является установление условий, с наличием которых связывается реализация данной нормы. Одним из оснований классификации этого элемента правовой нормы является форма ее выражения. Согласно этому основанию гипотезы подразделяют на абстрактные и казуистические<sup>3</sup> (или казуистические). В зависимости от конкретных обстоятельств законодатель выбирает оптимальную форму выражения гипотезы для каждой нормы. При этом очевидно, что при использовании каждого вида следует придерживаться определенных пределов: абстрактная норма не должна быть слишком абстрактной, а казуистическая — излишне конкретной и детализированной.

Именно такой абстрактностью в значительной мере обусловлено правоприменительное усмотрение в романо-германских правовых системах. Она предполагает, что на стадии юридической квалификации правоприменитель должен будет определить — подпадает ли конкретная

<sup>1</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 176.

<sup>2</sup> См.: Давид, Р. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. С. 41.

<sup>3</sup> См.: Байтин, М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е доп. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 219–221.

жизненная ситуация, являющаяся фактической основой рассматриваемого дела, под действие общего правила, установленного нормой права.

Практически должно быть установлено соотношение частного (единичного) и общего. В таком соотношении частным выступает конкретный жизненный случай, уникальный характер которому придает особое сочетание связанных с ним обстоятельств действительности, а общим — закрепленная в норме права модель правоотношения. Освобождая подлежащий разрешению жизненный случай от обстоятельств, не подлежащих правовой оценке, выделяя факты, влияющие на квалификацию, правоприменитель дает юридическую оценку фактической основе дела, которую после этого уже можно соотнести с гипотезой правовой нормы. Вопрос заключается в том, как гипотеза будет сформулирована. Если она будет излишне абстрактной, то правоприменитель получит возможность подвести под действие правовой нормы более широкий спектр общественных отношений, чем это предполагал законодатель и требует сложившаяся ситуация. В противном случае — при чрезмерной конкретизации — часть общественных отношений, имеющих определенные отличия, останется за пределами прямого правового регулирования, а правоприменителю для разрешения правовых споров придется прибегать к аналогии закона.

Еще одним важным фактором, влияющим на усмотрение правоприменителя, является уровень абстрактности диспозиции правовых норм. Здесь абстрактность оценивается по тому, насколько четко сформулировано в норме правило поведения, не допускает ли используемая формулировка неоднозначного понимания правового предписания, не оставляет ли пробел в правовой регламентации. Так, например, ч. 1 ст. 282 УК РФ содержит запрет на «действия, направленные на возбуждение ненависти либо вражды, а также на унижение достоинства человека либо группы лиц по признакам пола, расы, национальности, языка, ... с использованием средств массовой информации либо информационно-телекоммуникационных сетей, включая сеть “Интернет” ...». Какие именно

действия составляют объективную сторону данного состава преступления, законодатель не указал, оставив это на усмотрение правоприменителя. Это создало возможность привлекать к уголовной ответственности лиц за определенные действия («репосты», «лайки») в отношении материалов, размещенных в сети Интернет. Хотя сами по себе такие действия не всегда представляют общественную опасность и свидетельствуют о наличии преступного умысла у лиц, их совершивших, принимались правоприменительные решения о привлечении людей к уголовной ответственности<sup>1</sup>. Для исправления данной ситуации пришлось вносить поправки в названную статью Уголовного кодекса РФ<sup>2</sup>, вводя административную преюдицию, а Верховному Суду РФ давать дополнительные разъяснения по этому вопросу<sup>3</sup>.

Для обеспечения эффективности правового регулирования законодателю необходимо определить наиболее сбалансированный уровень абстрактности, что повлечет за собой установление оптимальных пределов правоприменительного усмотрения и оградит от произвола.

Еще одной специфической чертой правовых систем, входящих в данную правовую семью, является то, что в них право — стержневой элемент правовой системы, представляет собой, прежде всего, единую иерархически построенную систему нормативно-правовых актов, где главенствующую роль играют законы, в том числе кодифицированные. В современных условиях, когда усиливаются процессы глобализации (в первую очередь в финансово-экономической сфере), правовые системы национальных государств начинают испытывать все большее влияние со стороны других стран, относящихся к другим правовым семьям. В частности в российской

---

<sup>1</sup> См.: *Замахина, Т., Зубов, М., Латухина, К.* Лечение маразма. Президент предлагает смягчить наказание за вторичные публикации в интернете // Сайт «Российской газеты». URL: <https://rg.ru/2018/10/11/za-reposty-restanut-privlekat-k-ugolovnoj-otvetstvennosti.html> (дата обращения: 24 апреля 2020 г.).

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 27 декабря 2018 г. № 519-ФЗ «О внесении изменения в статью 282 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 53 (ч. 1). Ст. 8445.

<sup>3</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 сентября 2018 г. № 32 «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2011 года № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 11.

правовой системе проявляются тенденции выравнивания позиций судебной практики и законодательства, повышения роли прецедентов толкования<sup>1</sup>. Несмотря на это, в романо-германских правовых системах приоритетной формой выражения права остается законодательство.

В современных условиях, когда принцип разделения властей получил широкое распространение, названная особенность романо-германских правовых систем означает, что по общему правилу правоприменители не имеют возможности самостоятельно создавать законодательные нормы, т. е. усмотрение правоприменителя в регулировании общественных отношений ограничено. Такое положение вещей имеет определенные недостатки, поскольку именно правоприменительные органы видят результаты претворения правовых предписаний в жизнь и могут оценить качество и достаточность юридических норм для регулирования общественных отношений в определенной сфере. В связи с этим многие правовые системы пытаются наладить механизм «обратной связи» между законодателем и правоприменителем. Основными направлениями воздействия органов, организаций и лиц, осуществляющих правоприменительные функции, на процесс правотворчества являются следующие.

Во-первых, самостоятельное принятие законодательных актов, если такая возможность напрямую предусмотрена в той или иной стране (конкретное название таких нормативно-правовых актов может различаться, но они будут обладать силой закона). В частности, законодательство Италии предусматривало наделение силой закона иных нормативно-правовых актов, в том числе декретов Правительства<sup>2</sup>.

Во-вторых, подзаконное нормативно-правовое регулирование тех областей общественной жизни, для которых это предусмотрено законом. Так,

---

<sup>1</sup> См.: *Петров, Д. Е.* Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права / Д. Е. Петров; под ред. И. Н. Сенякина; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2015. С. 467.

<sup>2</sup> См.: *Попов, Н. Ю.* Правовая система Италии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984. С. 6.

например, в Российской Федерации закон «О техническом регулировании»<sup>1</sup> возлагает полномочия принятия технических регламентов — документов, устанавливающих обязательные для применения и исполнения требования к объектам технического регулирования, — на Правительство России, а в отдельных случаях допускает осуществление таких полномочий иными федеральными органами исполнительной власти. Это обусловлено тем, что в данной сфере, как и во многих других, разработку и принятие соответствующих нормативно-правовых актов целесообразно осуществлять органам, обладающим специалистами в регулируемых областях (в вопросах техники, строительства, производства, медицины и т. д.).

От предыдущего данное направление отличается тем, что принимаемые нормативно-правовые акты не приобретают юридическую силу, равную той, которой обладают законы.

В-третьих, выступление с инициативой принятия того или иного законодательного акта. Эффективность данного направления зависит не только от того, какие связи между правотворчеством и правоприменением предусмотрены правовой системы государства, но и от политической системы данного государства.

Полагаем, что хотя названные направления реализации усмотрения правоприменителя обращены на создание и принятие правовых норм, они имеют значение и для правоприменительного процесса, поскольку демонстрируют каким образом и какое воздействие может оказать правоприменитель на содержание тех норм права, которые он будет применять.

Еще одной характерной особенностью романо-германских правовых систем является распределение правовых норм между двумя крупными группами: публичным и частным правом, которые, в свою очередь,

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 27 декабря 2002 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 184-ФЗ «О техническом регулировании» // СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. 1). Ст. 5140; 2021. № 27 (часть 1). 5179.

включают отрасли, однотипные для всех систем этой семьи<sup>1</sup>. Хотя структурирование права на отрасли имеет иное назначение, чем деление на публичное и частное право<sup>2</sup>, в контексте изучения правового усмотрения правоприменителя будем называть отрасли частноправовыми и публично-правовыми, условно объединив названные классификации.

Одним из наиболее существенных признаков отрасли права является метод правового регулирования. В качестве основных методов принято выделять: императивный, диспозитивный, поощрительный, рекомендательный<sup>3</sup>. Использование разных методов при регулировании общественных отношений, составляющих предмет отраслей права, во многом предопределяет и различия усмотрения, которым наделен и которое осуществляет правоприменитель в процессе реализации правовых норм, относящихся к разным отраслям.

Нормы частноправовых отраслей, регулирующие отношения с участием равных субъектов, не обладающих по отношению друг к другу властными полномочиями, наделяют субъектов соответствующих отношений широкими возможностями для правового усмотрения. Такая широта правового усмотрения обусловлена особенностью регулирования отношений в данной сфере. Зачастую здесь законодатель в правовых нормах закрепляет ту модель правоотношения, которая уже фактически сложилась в социальной практике в силу обычаев или традиций. Исходя из тех же обычаев, как правило, формируются пределы социального усмотрения соответствующих субъектов, а после правового опосредования отношений эти пределы становятся правовыми. У законодателя во многих случаях отсутствует необходимость дополнительно устанавливать в нормах права границы правового усмотрения. Аналогичную широту дискреции получает и

---

<sup>1</sup> См.: Давид, Р. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. С. 86, 89.

<sup>2</sup> См.: Петров, Д. Е. Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права / Д. Е. Петров; под ред. И. Н. Сенякина; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2015. С. 88.

<sup>3</sup> См.: Байтин, М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е доп. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 285–287.

правоприменитель, разрешающий правовой спор на основе частноправовых норм.

В сфере действия норм публично-правовых отраслей ситуация с правовым усмотрением иная. Нормы таких отраслей регулируют отношения с участием субъектов, находящихся в разном положении в системе «власть — подчинение», либо направлены на охрану общественно значимых ценностей (например, уголовное право), что также предполагает наличие субъекта, уполномоченного применять меры государственного принуждения в случаях нарушения охранительных норм. В процессе создания юридических норм, относящихся к публично-правовым отраслям, законодателю надлежит определить оптимальный уровень нормативного усмотрения правоприменителя, чтобы с одной стороны, соответствующие органы, организации и лица могли эффективно выполнять возложенные на них функции, обладая достаточным объемом правовых средств для этого, а с другой — предупредить произвол со стороны субъектов, наделенных властными полномочиями, обеспечить законность и правовой порядок. В этой сфере установление в законах пределов правоприменительной дискреции осуществляется по усмотрению законодателя и практически не зависит от обычаев и традиций. Безусловно, какие-то правоприменительные органы имеют огромную историю своего существования, на протяжении которого они обладали определенными компетенцией и полномочиями, но это говорит лишь о том, что рамки этих полномочий были определены законодателем ранее, а не сложились по обычаю.

Рассмотренные особенности, характерные для романо-германских правовых систем, находят свое отражение в соответствующей специфике усмотрения правоприменителей, действующих в таких системах.

*Семья общего права (англосаксонская правовая семья).* Правовые системы, входящие в названную семью, иногда называют также системами прецедентного права, что не совсем верно, поскольку понятия

«англосаксонское право» и «прецедентное право» не являются синонимами<sup>1</sup>. Англосаксонское право, помимо собственно прецедентов, включает в себя и законодательные акты<sup>2</sup>.

Характеристику особенностей правовых систем англосаксонской семьи целесообразно начать с источников права, существующих в этих системах. В отличие от романо-германских систем, действующих на принципе верховенства закона, здесь можно выделить два основных источника права: судебный прецедент и нормативно-правовые акты (законы, статуты), принятые законодательными органами или в результате делегированного правотворчества. Как справедливо отмечают авторы, взаимоотношения закона и прецедента, в частности в Англии, в разные периоды истории были сложными<sup>3</sup>. Изначально первостепенное значение имел судебный прецедент, а нормы, созданные законодателем, были направлены на дополнение и определенную корректировку прецедентного права и рассматривались юристами как что-то экстраординарное. Со временем роль законодательства усиливалась, и в настоящее время соотношение законов и судебных прецедентов в иерархии источников права можно охарактеризовать как теоретическое верховенство закона при фактическом равенстве<sup>4</sup>. В частности, даже после того как некоторые принципы права, которые ранее были сформированы судебной практикой, были закреплены в законах, прецеденты по данным вопросам не утратили своей силы и продолжают использоваться при толковании соответствующих положений закона<sup>5</sup>. Более того, толкование Конституции США, осуществляемое Верховным Судом, может рассматриваться как создание прецедентов толкования и фактически как конституционное судебное правотворчество<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Власова, Т. В.* Прецедентное право Англии: Теоретико-сравнительный анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 7–8.

<sup>2</sup> См.: *Чумак, Н., Рыбынок, М.* Введение в английское право // *Петербургский юрист*. 2014. № 1. С. 141.

<sup>3</sup> См.: *Власова, Т. В.* Прецедентное право Англии: Теоретико-сравнительный анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 10.

<sup>4</sup> См.: *Власова, Т. В.* Указ. соч. С. 10.

<sup>5</sup> См.: *Чумак, Н., Рыбынок, М.* Введение в английское право // *Петербургский юрист*. 2014. № 1. С. 142.

<sup>6</sup> См.: *Сергеева, С. Л.* Конституционное судебное правотворчество в США // *Закон и право*. 2012. № 1. С. 30–31.

В сознании юристов, осуществляющих свою деятельность в англосаксонских правовых системах, сохраняется представление о том, что положение закона должно быть применено судом, пройти через прецедент судебного толкования для того, чтобы стать по-настоящему правовой нормой<sup>1</sup>.

Помимо названных основных источников права в англосаксонских правовых системах в качестве источников права допускается использование юридической доктрины и правового обычая. Причем юридическая доктрина в этих правовых системах играет хотя и второстепенную роль, но более важную, чем в романо-германской правовой семье<sup>2</sup>, что обусловлено меньшим значением для права таких источников, как законодательство и кодексы. В частности отмечается, что в силу необходимости систематизации английского судебного процесса труды английских ученых стали признаваться источниками права, обязательными для сторон в силу значения и авторитета таких трактатов<sup>3</sup>. В США доктринальные источники используются даже в практике Верховного Суда<sup>4</sup>.

Рассмотренная система источников права в англосаксонских правовых системах предопределяет специфику правовых норм в этой правовой семье. Во-первых, они не сформулированы в письменном документе в «чистом» виде, как общеобязательное правило поведения. Исключение составляют нормы законов (статуты), но, как мы отмечали, в процессе их применения судами они могут пережить существенную трансформацию и наполниться иным содержанием. Во-вторых, норма прецедентного права носит казуистический характер и в том виде, в котором некое правило содержится в судебном решении, лишена абстрактности.

Указанные характеристики правовых норм придают специфические

---

<sup>1</sup> См.: *Петрова, Е. А.* Доктрина судебной интерпретации статутов в правовой системе США // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 5. С. 105–111.

<sup>2</sup> См.: *Горбунов, Е. И.* Правовая доктрина как источник общего права // Бизнес в законе. 2011. № 6. С. 24.

<sup>3</sup> См.: *Васильев, А. А.* Роль правовой доктрины в истории английского права // История государства и права. 2007. № 10. С. 38–39.

<sup>4</sup> См.: *Емелин, М. Ю.* Использование доктринальных источников в решениях Верховного Суда США // Право и государство: теория и практика. 2015. № 4. С. 67.

черты правоприменительному усмотрению. Так, усмотрение уполномоченного субъекта на соответствующей стадии правоприменительного процесса не ограничивается простым выбором нормы права, подлежащей применению. Прежде он должен «установить прецедент», т. е. найти в прошлом похожий случай<sup>1</sup>. Причем «похожий случай» должен отвечать требованиям к судебным прецедентам — содержаться в решении по конкретному делу, вынесенному судебным органом, чьи акты могут рассматриваться в качестве прецедента (как правило, это вышестоящие суды). После этого необходимо выделить общее правило поведения из выбранного правоприменительного решения, содержащего наряду с нормой сопутствующую информацию, связанную с разрешением конкретного вопроса. С этой точки зрения правоприменительное решение содержит информацию двух видов: *ratio decidendi* или *holding* (американское) — юридическое обоснование решения по делу, что собственно и можно рассматривать как норму, и *obiter dictum* — «попутно сказанное» — то, что не имеет обязательной силы, является мнением, высказанным судьей по делу, или относится к фактическим обстоятельствам дела, по которому вынесено судебное решение<sup>2</sup>. Отделить одно от другого — задача крайне сложная, в связи с чем американские юристы предлагают: «не обращать особого внимания на то, что судьи говорят, а учитывать лишь то, что судьи делают»<sup>3</sup>. Для решения названной задачи используется два основных метода: дедуктивный и метод аналогии. Выбор осуществляет судья по своему усмотрению. Дедуктивный заключается в извлечении общего правила из правоприменительного решения и применении его к новому делу. Метод аналогии состоит: в сравнении фактических обстоятельств прецедентного и рассматриваемого дела, выявлении общих черт и различий; в оценке различий с позиции их значения для существа рассматриваемого дела; в

<sup>1</sup> См.: Гук, П. А. Судебный прецедент: теория и практика. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2009. С. 42.

<sup>2</sup> См.: Петрова, Е. А. Механизм судебного правотворчества: понятие и особенности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 3. С. 20.

<sup>3</sup> Цит. по: Марченко, М. Н. Основные источники англосаксонского права: понятие, прецедент // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 1999. № 4. С. 39.

принятии решения о возможности использования данного прецедента<sup>1</sup>.

Метод аналогии, не характерный для правовой квалификации, осуществляемой правоприменителями в романо-германских правовых системах, обладает важным отличием. Оно заключается в том, что здесь происходит процесс отождествления установленных юридических фактов не с моделью, заключенной в правовой норме, а с такими же конкретными фактами, которые были установлены по другому делу.

Использование обоих методов при отсутствии четко сформулированного общего правила поведения представляет правоприменителю широкую свободу усмотрения.

Еще одним аспектом, влияющим на правоприменительное усмотрение судебных органов англосаксонских правовых систем, является правило действия прецедента — *stare decisis*. Выделяют два направления действия прецедентов: горизонтальное — решение принято равным по юрисдикции судебным органом и не является обязательным для другого суда (используется в качестве рекомендательного, ориентирующего средства), а также вертикальное — решение вынесено вышестоящим судебным органом и приобретает обязательный характер для нижестоящих судов. Кроме того, выделяют два подхода к правилу действия прецедента: «жесткий», предполагающий обязательность и неизменность прецедента (характерен для вертикального действия прецедента), и «мягкий», допускающий возможность не согласиться с ранее принятым решением<sup>2</sup>. В частности, Верховный Суд США в своих решениях не связан собственными прецедентами<sup>3</sup>.

Использование судебного прецедента в качестве одного из основных источников права предопределяет следующую особенность англосаксонских правовых систем — пересечение правотворческой и правоприменительной

---

<sup>1</sup> См.: Петрова, Е. А. Механизм судебного правотворчества: понятие и особенности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 3. С. 21.

<sup>2</sup> См.: Петрова, Е. А. Механизм судебного правотворчества: понятие и особенности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 3. С. 22.

<sup>3</sup> См.: Орлов, А. В. Верховный Суд США в системе государственных органов и его роль в формировании прецедентного права // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. 2010. № 18. С. 22.

деятельности. В романо-германской правовой семье правоприменитель может в определенных формах участвовать в процессе правотворчества, но это является самостоятельным направлением его деятельности, отделенным от процесса применения права. В англосаксонской правовой семье правотворчество осуществляется в процессе правоприменительной деятельности. Применительно к данному выводу следует сделать ряд оговорок.

Во-первых, в англосаксонских правовых системах также существуют законодательные органы, и деятельность по созданию норм права, закрепленных в законах (статутах), осуществляют они, а не правоприменительные органы.

Во-вторых, не все правоприменительные органы в своей деятельности создают прецедент, являющийся источником права. Такими полномочиями, как правило, наделяются судебные органы, занимающие высшее (или вышестоящее) положение в судебной иерархии. Для таких субъектов правоприменительное усмотрение является одновременно и правотворческим.

В-третьих, неоднозначное определение момента создания правовой нормы. С какой правоприменительной деятельностью в большей степени связано появление прецедентной нормы: с деятельностью органа, создавшего прецедент, или органа, устанавливающего наличие уже созданного прецедента? С одной стороны, норма «извлекается» из судебного решения, вынесенного тем судьей, который создал соответствующий прецедент. Но будет ли являться момент вынесения решения по конкретному делу моментом создания правовой нормы? С другой стороны, общее правило появляется в результате деятельности правоприменителя, рассматривающего аналогичное дело, по разграничению «юридического обоснования решения дела» и «попутно сказанного» и от результата такого разграничения и будет зависеть содержание правовой нормы. Можно сделать вывод, что норма прецедентного права создается в результате сочетания

правоприменительного усмотрения двух субъектов: создающего прецедент и устанавливающего прецедент.

Еще одной характерной чертой правовых систем, относящихся к англосаксонской правовой семье, является отсутствие в них деления права на публичное и частное. По мнению английских юристов, такое деление есть отказ от принципа, что государство и его органы подчинены праву<sup>1</sup>. Эта особенность обусловлена тем историческим путем, которым проходило формирование права в данных правовых системах, прежде всего в правовой системе Англии — родоначальнице соответствующей семьи. Однако прецедентное право англосаксонской правовой системы, включающее значительную часть всех правовых норм, делится на общее право и право справедливости (плюс прецеденты толкования норм статутов).

Право справедливости возникло позже общего права, как некоторая альтернатива излишне формализованному судебному процессу, проводившемуся королевскими судами. Общее право уделяло огромное внимание регулированию процессуальных вопросов, тогда как нормы материального права были развиты слишком слабо. Обращение в королевские суды на основе норм общего права требовало от заинтересованного лица соблюдения строгой процедуры, что не всегда представлялось возможным. Решения, выносимые на основании права справедливости, не противопоставлялись общему праву, а скорее дополняли его, давая возможность заинтересованным лицам получить помощь от государства в случаях, когда общее право такую помощь оказать не могло. Такие решения принимались на основе общих принципов права, а также согласовывались с требованиями совести, справедливости и морали<sup>2</sup>.

Изначально нормы общего права и нормы права справедливости могли применяться только разными субъектами: королевскими судами и судом Канцлера соответственно. В конце XIX в. было проведено фактическое

---

<sup>1</sup> См.: Давид, Р. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. С. 285.

<sup>2</sup> См.: Давид, Р. Указ. соч. С. 286–287.

слияние двух систем, которое давало возможность судам при вынесении решений руководствоваться как нормами общего права, так и нормами права справедливости<sup>1</sup>.

С позиции исследования усмотрения правоприменителя такое деление имеет важное значение. Специфика общего права и права справедливости предопределяет разные пределы правоприменительного усмотрения в данных частях. Безусловно, право справедливости является более дискреционным, нежели общее. Изначально базирующееся на внеправовых ценностях справедливости, морали, совести оно предоставляло Канцлеру широкие возможности усмотрения в принятии решений. Такая черта сохранилась за правом справедливости и в настоящее время, поскольку сформированные здесь прецеденты не обременены излишней процедурной формой. Общее право с его детальной разработкой процессуальных вопросов устанавливает более узкие границы правоприменительного усмотрения.

Таким образом, специфика правовых систем англосаксонской правовой семьи заключается в том, что в этих системах отдельным правоприменительным органам (судебным) предоставлены широкие дискреционные полномочия как на применение правовых норм, так и правотворческую деятельность.

***Правовая семья религиозного права*** (мусульманского, индуистского или иудейского права). Данная правовая семья представляет собой объединение достаточно крупных групп правовых систем, в которых государственное право основывается на праве религиозном. Исходя из отличий в исповедуемой религии, можно выделять группы правовых систем: мусульманского права, индуистского права, иудейского права. Правовые системы, входящие в названные группы, между собой столь же различны, сколь различаются религии, на которых они основаны. Однако существует ряд общих качеств, который позволяет объединить указанные группы в

---

<sup>1</sup> См.: Власова, Т. В. Прецедентное право Англии: Теоретико-сравнительный анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 11.

правовую семью. В числе основных общих качеств можно выделить следующие:

1. Уровень влияния соответствующего религиозного права на создание и функционирование позитивного права определенной страны. Безусловно, церковное право как система норм, регулирующих внутриконфессиональные отношения, систему, структуру и деятельность церковной организации, ее взаимодействие с государством и другие вопросы, оказывает сильное влияние и на позитивное право романо-германских правовых систем<sup>1</sup>. Но в случае с романо-германской правовой системой речь идет о взаимном влиянии двух самостоятельных, практически независимых друг от друга нормативных систем. В религиозных же правовых системах церковное право буквально «вплетено в ткань» права позитивного и участвует в регулировании всего комплекса общественных отношений в государстве. Так, например, в республике Пакистан существует конституционное положение, устанавливающее, что законы не должны противоречить Корану и Сунне, а законы, не отвечающие религиозным нормам, должны быть приведены в соответствие с ними<sup>2</sup>.

2. Соответствующее религиозное право носит трансграничный характер и регулирует жизнь приверженцев соответствующей религии в любой стране мира, в которой они проживают, независимо от правовой системы государства. Хотя у религиозного права, в целом одинакового в разных странах, может быть определенная специфика в зависимости от исповедуемых религиозных течений в данной местности. В частности, при единстве источников мусульманского права можно различать правовые системы суннитского и шиитского толка<sup>3</sup>. Но даже в этом случае различные направления мусульманского права обладают трансграничным характером и

---

<sup>1</sup> См.: *Варьяс, М. Ю.* Церковное право в романо-германской правовой системе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 4–5.

<sup>2</sup> См.: *Попадюк, О. А.* Ислам и конституционно-правовая система исламской республики Пакистан // *Право и управление. XXI век.* 2010. № 4. С. 35.

<sup>3</sup> См.: *Чиркин, В. Е.* Возможности и пределы гармонизации глобальных правовых систем // *Lex russica (Русский закон).* 2014. № 7. С. 834.

могут развиваться вне государства. Помимо мусульманского права таким же характером обладает и иудейское право. Галаха (иудейское право) представляет собой нормативную систему, однообразно регулиующую жизнь евреев в разных странах, функционирующую и развивающуюся вне государства и его правовой системы<sup>1</sup>. Характер взаимодействия государственной правовой системы, не относящейся к данной правовой семье, с религиозным правом, распространяющимся на приверженцев определенной религии, может существенно различаться (от признания некоторых религиозных норм и институтов до отторжения и попыток искоренить такие нормы). В правовых же системах религиозного права соответствующие нормы берутся в качестве основы позитивного права государства.

3. Специфическое сочетание позитивного и религиозного права. Следует согласиться с утверждением, что, например, «мусульманское право» и «право мусульманской страны» — понятия нетождественные<sup>2</sup>. Право государства, хотя и воздвигнуто на «фундаменте» транснационального религиозного права, несет на себе явный отпечаток истории возникновения и развития соответствующего государства. В первую очередь это касается таких исторических процессов, как: установление существующих границ государства, формирование национального и конфессионального состава страны, утверждение независимости и др. Например, если государство с религиозной правовой системой на определенном этапе своего развития являлось колонией другой страны, то правовая система метрополии (романо-германская или общего права), безусловно, оставит свой след.

4. В религиозных правовых системах деление права на отрасли слабо развито, что отличает их от романо-германской и англосаксонской правовых семей. Это обусловлено тем, что религия и основанное на ней право

<sup>1</sup> См.: Каневский, А. А. Место галахи (иудейского права) в национальных системах правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 9.

<sup>2</sup> См.: Давид, Р. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. С. 398.

являются единым регулятором всей жизни человека, не предполагающим какого-то специального подхода к регламентации семейно-брачных вопросов, отличных от регулирования договорных взаимоотношений либо отношений с правителями, чья деятельность должна была соответствовать религиозным нормам, так же как и их подчиненных. Отраслевое деление может существовать в современной части позитивного права как заимствование у других правовых систем. Так, в мусульманских странах выделяют традиционное общее мусульманское право (шариат) и современное право (фикх), построение которого может быть заимствовано у других государств. Например, по европейскому образцу приняты Гражданский кодекс Кувейта, Федеральный Гражданский кодекс ОАЭ, но содержание этих нормативных актов должно соответствовать требованиям шариата<sup>1</sup>.

5. Архаичность традиционных источников религиозного права. Так, например, единый и окончательный текст основного источника мусульманского права — Корана был установлен в середине VII в.<sup>2</sup>. Бесспорно, религиозные правовые системы не стоят на месте, они развиваются, появляются новые источники права, что-то заимствуется из других правовых систем. Однако даже в новых законах сохраняется приверженность принципиальным нормам религиозных источников права. Например, Конституция Тунисской республики 2014 г., так же как и Конституция 1959 г.<sup>3</sup>, в преамбуле закрепляет верность народа Туниса учениям Ислама (хотя в Тунисе, в том числе в его праве, сильно влияние последствий французского протектората конца XIX — первой половины XX вв.). Это предполагает определенную направленность в развитии национального законодательства государств, относящихся к правовой семье

---

<sup>1</sup> См.: Газизова, Р. Г. Теоретические начала мусульманского права – как основа правового регулирования финансовой системы ближневосточных стран // Вестник экономики, права и социологии. 2010. № 4. С. 96.

<sup>2</sup> См.: Газизова, Р. Г. Там же.

<sup>3</sup> См.: Федина, А. С., Егоров, К. Б. История становления мусульманской правовой системы // Вестник научной ассоциации студентов и аспирантов Исторического факультета Пермского государственного гуманитарно-педагогического университета. Серия: STADIA HISTORICAJENIUM. 2011. № 1. С. 120.

религиозного права.

Названные черты религиозных правовых систем определяют специфику правового усмотрения правоприменителей в этих системах.

Во-первых, неразрывное сплетение религиозной и правовой нормы в правовых системах религиозного права означает, что и усмотрение приобретает двойственный религиозно-правовой характер. Это, в свою очередь, приводит к тому, что на усмотрение распространяется две группы пределов: собственно правовые и религиозные, не имеющие юридического оформления. Лицо, осуществляющее правоприменительную функцию, соотносит свое поведение не только с позитивной правовой нормой или юридическими последствиями, установленными такой нормой, но и с религиозными ценностями, понятиями добродетели и греха. Эта особенность распространяется не только на правоприменителей, но и на иных субъектов права в религиозных правовых системах.

Во-вторых, правовое сознание субъектов в правовых системах религиозного права имеет свою особенность. Она обусловлена тем, что религиозно-правовая норма воспринимается людьми как отражение их собственных представлений о должном и справедливом либо безнравственном и недопустимом поведении. Отсюда в сознании людей отсутствуют противоречия между нравственными и юридическими требованиями (они совпадают), повышается готовность подчинить свое поведение правовым предписаниям<sup>1</sup>. Например, отмечается, что даже в тех странах, где соблюдение норм мусульманского семейного права не обеспечивается государством, мусульмане неформально следуют его принципам, исполняя религиозно-философскую обязанность<sup>2</sup>. Соответственно, в плоскости поведенческого усмотрения субъекты будут стремиться к согласованию своих поступков с религиозно-правовыми нормами и избегать выбора заведомо противоправных вариантов поведения.

---

<sup>1</sup> См.: Сюкияйнен, Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М.: Наука, 1986. С. 59.

<sup>2</sup> См.: Альбов, А. П. Философско-религиозные основы исламского семейного права // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. 2018. № 4. С. 27.

В-третьих, особое сочетание правотворческого и правоприменительного усмотрения. Законодательные и исполнительные органы государств, относящихся к рассматриваемой правовой семье, в равной мере считаются исполнителями божественной воли, заключенной в нормах источников религиозного права. В связи с этим не должно возникать противоречий между этими органами<sup>1</sup>. Такое понимание взаимодействия законодательных и исполнительных органов не предполагает их взаимного контроля по отношению друг другу, но могут действовать другие инструменты, способные ограничивать пределы усмотрения. В частности, в мусульманских странах могут действовать особые органы, осуществляющие религиозный контроль за соответствием принимаемых нормативно-правовых актов основополагающим источникам Ислама, которые ограничивают правотворческое усмотрение<sup>2</sup>.

В-четвертых, роль усмотрения в преодолении архаичности религиозного права. Для достижения этой цели имеет значение как правотворческое, так и правоприменительное усмотрение. Анализируя правотворческое усмотрение, можно увидеть дуализм его пределов. С одной стороны, божественное происхождение норм религиозного права по общему правилу не предполагает возможности создания права людьми, а в тех случаях, когда такая деятельность осуществляется, она должна быть в строгих рамках традиционных норм религиозного права (о чем говорилось в предыдущем пункте на примере мусульманского права). С другой стороны, архаичность классических источников религиозного права и невозможность урегулирования всех современных отношений на их основе оставляют обширное пространство для регулирования новыми нормами позитивного права. И с этой точки зрения свобода усмотрения законодателя весьма обширна.

---

<sup>1</sup> См. например: *Керимов, Г. К.* Шариат: закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. СПб.: Изд-во «Диля», 2010. С. 331.

<sup>2</sup> См.: *Бехруз, Х.* Исламское государство: классическая модель и современная интерпретация // Российский юридический журнал. 2012. № 2. С. 67.

Правоприменительное усмотрение в процессе придания современного смысла нормам религиозного права реализуется, прежде всего, при толковании правовых норм; использовании соглашений, заключение которых допускают религиозно-правовые нормы, обращения к обычаям, не запрещенным и не осуждаемым религиозным правом, использовании фикции и других способов обхода закона. Реализация соответствующего правоприменительного усмотрения направлена не на нарушение требований религиозного права, а на их адаптацию к современным отношениям.

Подводя итог исследованию правовой семьи религиозного права, необходимо заметить, что общемировой процесс глобализации, имеющий, прежде всего, экономическую основу, оказывает влияние и на сближение правовых систем. Правовые системы религиозного права, существующие в различных государствах, в большей или меньшей степени заимствуют определенные элементы у других правовых семей (романо-германской и англосаксонской), которые оказались более адаптированы к стремительно меняющимся условиям современного мира. Однако такое заимствование не означает поглощение рассматриваемой правовой семьи другими семьями, поскольку специфика права, основанного на религиозных источниках, в них сохраняется. Более того, не все страны положительно воспринимают элементы, привнесенные из других правовых семей, а некоторые пытаются вернуть у себя ведущую роль религиозного права, утраченную ранее. Такие попытки предпринимало, например, движение талибов, руководивших Афганистаном в конце XX в. и провозгласивших «Исламский Эмират Афганистан». В начале XXI в. на территории нескольких ближневосточных государств была предпринята попытка создания Исламского государства. Это показывает, что значение религиозного права и основанных на нем правовых систем достаточно велико.

***Правовая семья традиционного (обычного) права.*** Существование обычно-правовой системы характерно для традиционных обществ, сохраняющих культурное, социальное, экономическое и правовое

своеобразие. Современные процессы экономической, правовой, социокультурной интеграции и глобализации, происходящие в мире, приводят к двум разнонаправленным результатам. С одной стороны, эти процессы охватывают все большее количество государств, территорий и населения на планете, что уменьшает жизненное пространство традиционных обществ. С другой, — они вызывают усиление консервативных настроений в тех традиционных обществах, которые не желают мириться с утратой собственного своеобразия, национального самосознания и требуют учета своих обычаев и традиций в развитии экономики, культуры и права. Это приводит к тому, что правовые системы обычного права в основном обладают региональным или локальным характером, а не общегосударственным. На государственном же уровне правовые системы начинают трансформироваться, приобретая черты правовых систем, относящихся к другим правовым семьям. В качестве примера можно привести правовую систему Гонконга (в настоящее время имеющего статус особого административного района Сянган в составе КНР), включающую в себя элементы англосаксонской системы и традиционное китайское право, распространяющееся на семейные и земельные отношения<sup>1</sup>. Такое сочетание демонстрирует, что правовая система Гонконга перестала быть обычно-правовой, но и полностью англосаксонской еще не стала (а с учетом прекращения английского колониального господства, возможно, и не станет).

Основной отличительной чертой правовой системы, входящей в семью традиционного права, является примат обычного права по отношению к иным источникам права, которые выполняют вспомогательный характер<sup>2</sup>. Обычное право можно определить как сложное intersубъективное, нормативное, социально значимое и общественно полезное явление, представленное специфическими формализованными структурами

---

<sup>1</sup> См.: *Троцинский, П. В.* Современная правовая система Гонконга // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 2. С. 175, 186.

<sup>2</sup> См.: *Небрятенко, Г. Г.* Обычно-правовая система традиционного общества: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Махачкала, 2011. С. 13.

(правовыми обычаями), содержащими соответствующие (обычно-правовые) нормы<sup>1</sup>.

Правовой обычай как источник права присутствует и в других правовых системах, относящихся к романо-германской, англосаксонской и религиозной правовым семьям. Однако в иных правовых системах правовой обычай используется в незначительных объемах, и он, как правило, является санкционированным государством. В правовой семье обычного права сфера общественных отношений, регулируемых правовыми обычаями, обширна, а сами обычаи могут иметь естественный характер, т. е. существовать независимо от воли государственной власти.

Наиболее значимыми, влияющими на характер усмотрения правоприменителя особенностями правовых систем обычного права, являются следующие.

Во-первых, обычное право носит нематериальный (неосязаемый) характер<sup>2</sup>. В случаях, когда правовые обычаи фиксируются в письменном виде, соответствующие тексты представляют собой лишь внешнюю оболочку, поскольку определенная часть обычая лежит вне текста в общем символическом пространстве социума<sup>3</sup>. Зафиксированные в письменном виде предания, народные эпосы, пословицы, поговорки не являются основой разрешения конфликтных ситуаций, но играют вспомогательную роль обычно-правовой регуляции, компенсируя недостаток нормативно-правовой информации, связанный с отсутствием письменных источников<sup>4</sup>. Это приводит к тому, что в распоряжении правоприменителя нет четко сформулированной правовой нормы, подлежащей применению. Как справедливо отмечает Т. В. Шатковская, традиционное право не

---

<sup>1</sup> См.: Ломакина, И. Б. Этническое обычное право: Теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2005. С. 12.

<sup>2</sup> См.: Небратенко, Г. Г. Дихотомия традиционных правовых систем общества // Юристъ-Правоведъ. 2009. № 6. С. 75.

<sup>3</sup> См.: Ломакина И. Б. Этническое обычное право: Теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2005. С. 13.

<sup>4</sup> См.: Небратенко, Г. Г. Обычно-правовая система традиционного общества: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Махачкала, 2011. С. 12.

способствует юридической формализации действительности<sup>1</sup>. Соответственно, увеличивается роль интерпретационного усмотрения как в процессе «нормативного» толкования обычаев, так и в рамках соответствующей стадии правоприменительной деятельности.

Непосредственно связанной с данной особенностью чертой правовых обычаев является двуединый характер их существования: в сознании субъекта и объективно в символических формах в коллективном сознании. Соответственно, усмотрение при толковании-уяснении правовых обычаев будет определять и иные формы реализации права помимо применения.

Во-вторых, особый характер взаимодействия обычного права с позитивным. Как уже отмечалось, в современных условиях роль законов или судебных прецедентов в регулировании общественных отношений даже в традиционных обществах возрастает. Поскольку для правовых систем обычного права характерно его доминирование по отношению к другим источникам права, должно быть обеспечено соответствие принимаемых нормативно-правовых актов укоренившимся в обществе традициям и обычаям. В случае наличия противоречий между сформировавшимися в обществе правовыми обычаями и принимаемыми законами могут возникать социальные конфликты, обусловленные непринятием государственно установленного права основной частью населения. Для правоприменителей коллизии между нормами обычного и позитивного права предоставляют возможность их разрешения по собственному усмотрению. Такая коллизия не всегда будет связана с прямым противоречием между нормами разных систем (такая коллизия обычно разрешается в пользу позитивного права). Это может быть разное понимание нравственных категорий, используемых в праве. В частности, позитивным и обычным правом по-разному может пониматься такая базовая нравственная категория, как «справедливость» при назначении наказаний за совершение преступлений и иных

---

<sup>1</sup> См.: Шатковская, Т. В. Традиционное право в контексте цивилизационного подхода // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 9. С. 1825.

правонарушений<sup>1</sup>.

При этом обычное право может оказывать значительное влияние на содержание принимаемых государством нормативно-правовых актов. Например, идеи конфуцианства, лежащие в основе традиционного китайского права, формулируют достаточно общие морально-этические концепции: «человеколюбие», «преданность государю», «верность долгу», «великодушие» и др., на которые должны опираться конкретные правила поведения<sup>2</sup>. Формулировки, используемые в современных законодательных актах Китая, столь же расплывчаты и лишены конкретики, как и названные принципы обычного права<sup>3</sup>. Можно сказать, что в нормах позитивного права сохраняется «гибкость» норм обычного права, а это обеспечивает достаточно широкую свободу правоприменительного усмотрения.

В-третьих, обычное право в соответствующих правовых системах является продуктом не государственной воли, а результатом естественного развития общества, стремящегося преодолеть противоречия, возникающие в процессе взаимодействия различных субъектов, направленного на удовлетворение их интересов. Это качество устраняет законодателя из процесса создания права, а следовательно, устраняет и его правотворческое усмотрение. Но при этом правотворческое усмотрение переходит к субъекту, применяющему право, и фактически объединяется с правоприменительным. Это обусловлено тем, что в традиционном праве отсутствует систематизация, в то время как количество пробелов, противоречий и повторов значительно<sup>4</sup>. Устранение названных недостатков осуществляется в правореализационной практике несколькими путями. Это может быть заключение между участниками общественных отношений договоров (соглашений), которые

<sup>1</sup> См.: *Павлушков, А. Р.* Реализация принципа справедливости наказания в церковном, светском и традиционном праве // *Человек: преступление и наказание.* 2014. № 4. С. 54.

<sup>2</sup> См.: *Егоров, А. В.* Китайская правовая система: новые подходы в оценке традиционного китайского права // *Вестник Полоцкого государственного университета. Серия D: экономические и юридические науки.* 2006. № 2. С. 172.

<sup>3</sup> См.: *Домнышев, А. А., Тиханова, Н. Е.* Особенности правовой системы КНР // *Тенденции развития науки и образования.* 2018. № 37-3. С. 22.

<sup>4</sup> См.: *Небратенко, Г. Г.* Доктрина правовой семьи традиционного (обычного) права: современное состояние и перспективы модернизации // *Философия права.* 2010. № 5. С. 11.

могут привести к возникновению новых правовых обычаев, хотя сами соглашения действовать уже перестанут<sup>1</sup>. Другой путь — усмотрение правоприменителя в адаптации правового обычая к меняющимся потребностям членов социума. Такой путь возможен за счет того, что нормы обычного права являются гибкими, не имеющими лишней формализованности, а правовые обычаи обладают свойствами повторяемости и изменяемости одновременно<sup>2</sup>. Еще одним способом преодоления пробелов обычного права, зависящим от усмотрения правоприменителя, является создание прецедентов, которые могут быть многократно повторены и породить новый правовой обычай.

В-четвертых, для правовых систем обычного права характерно стремление участников разрешать возникающие споры на основе иных социальных регуляторов (морали) и прибегать к использованию принудительной силы права для урегулирования конфликтов только в крайних случаях<sup>3</sup>. Особенно ярко это начинает проявляться по мере развития традиционных обществ, государств, когда наряду с правовыми обычаями начинают действовать принятые государством законы. Данная особенность правовых систем обычного права перераспределяет правовое усмотрение между субъектами, обладающими различными функциями, и изменяет соотношение правоприменительной дискреции и усмотрения, осуществляемого в иных формах реализации права (соблюдение, исполнение, использование).

**Таким образом, проведенный анализ основных правовых семей и выявление их наиболее существенных специфических черт демонстрируют, что особенности самого права, его системы и источников, характерные для конкретной правовой системы,**

---

<sup>1</sup> См.: *Небрятенко, Г. Г.* Обычно-правовая система традиционного общества: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Махачкала, 2011. С. 12.

<sup>2</sup> См.: *Шатковская, Т. В.* Традиционное право в контексте цивилизационного подхода // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 9. С. 1825.

<sup>3</sup> См.: *Домнышев, А. А., Тиханова, Н. Е.* Особенности правовой системы КНР // Тенденции развития науки и образования. 2018. № 37-3. С. 22.

детерминируют специфику правоприменительного и иных видов правового усмотрения в этих системах. Это касается, прежде всего: соотношения правоприменительного, иного правореализационного и правотворческого усмотрений; степени свободы этих усмотрений; их распределения между разными субъектами, реализующими отдельные виды правового усмотрения или их сочетания, пределов разных видов правового усмотрения.

#### § 4. Судебное усмотрение как особый вид правоприменительного усмотрения

Достижение целей, стоящих перед правом, и претворение в жизнь закрепленных в нем предписаний может осуществляться в разных формах. Особую роль среди всех форм реализации права играет правоприменительная деятельность, осуществляемая специально уполномоченными на то органами и лицами и сосредотачивающая в себе общеобязательный, властный и волевой характер права. Различные виды правоприменительной деятельности: правоохранительная, контрольная и надзорная, регистрационно-удостоверительная, управленческая и др. имеют неодинаковое значение для обеспечения соблюдения прав и свобод человека и гражданина, законности и правового порядка. Важнейшее место принадлежит применению права, осуществляемого органами судебной власти.

Усмотрение есть неотъемлемое свойство правоприменения<sup>1</sup>, и правоприменительная деятельность, осуществляемая судами, не является исключением. В связи с этим необходимо выявить и охарактеризовать отличительные черты судебного усмотрения<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Панова, И.* Административное и судебное усмотрение // *Хозяйство и право.* 2011. № 12. С. 105.

<sup>2</sup> Вопросы о специфических чертах судебного усмотрения, его соотношении с судебным прецедентом, а также о его пределах отражены в следующих работах автора: *Никитин, А. А.* Законодательное ограничение судебного усмотрения // *Вестник Саратовской государственной юридической академии.* 2020. № 1. С. 191–197; *Его же.* Соотношение судебного усмотрения и судебного прецедента // *Евразийский юридический*

Наиболее очевидной особенностью, отличающей **судебное усмотрение** от иных видов правоприменительного усмотрения, является специфический **субъект, реализующий усмотрение, — представитель (носитель) судебной власти.**

В российской юридической науке за последнее время сформулировано множество определений понятия «судебная власть». Так, Н. А. Колоколов предлагает понимать под судебной властью особый комплекс давно устоявшихся общественных отношений, обеспечивающих разрешение конфликтных ситуаций по определенным государственным правилам<sup>1</sup>. Более развернутая трактовка предложена И. Л. Петрухиным, полагавшим, что судебная власть — это самостоятельная и независимая ветвь государственной власти, созданная для разрешения на основе закона социальных конфликтов между государством и гражданами, самими гражданами, юридическими лицами; осуществления судебного и конституционного контроля; установления наиболее значимых юридических фактов<sup>2</sup>. В названных определениях акцент делается на функциональном аспекте (правомочиях и целях осуществления) судебной власти.

Более удачными трактовками судебной власти, охватывающими ее функциональный и институциональный аспекты, представляются определения, в которых авторы отражают осуществление данной власти исключительно судами. Так, В. А. Терехин указывает, что судебная власть — это особая самостоятельная ветвь государственной власти, обладающая всей полнотой собственной компетенции, осуществляющая властные полномочия по защите прав и свобод граждан и другие функции исключительно конституционно учрежденными органами — судами, на основе закона и

---

журнал. 2020. № 8. С. 68–70; *Его же*. Судебное усмотрение как особый вид правоприменительного усмотрения // Вопросы российского и международного права. 2020. Т. 10. № 8А. С. 5–11.

<sup>1</sup> См.: Колоколов, Н. А. Судебная власть как общеправовой феномен: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2006. С. 12–13, 24.

<sup>2</sup> См.: Петрухин, И. Л. Проблемы судебной власти в современной России // Государство и право. 2000. № 7. С. 15–21.

специальных юридических процедур<sup>1</sup>. Е. В. Колесников и Н. М. Селезнева в своем определении уточняют, за какими органами признается право на реализацию судебной власти. Они полагают, что судебная власть — это отдельная структурно-организационная и внешне обособленная ветвь государственной власти, реализовывать которую могут суды, входящие в единую судебную систему, закрепленную Конституцией РФ и Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации»<sup>2</sup>, в целях осуществления правосудия и других функций, установленных законом<sup>3</sup>. По сравнению с исключительно функциональным подходом к определению судебной власти, отражающим ее правомочия и предназначение, вторая группа определений представляется более ценной, поскольку в них указывают субъектов, наделенных соответствующей властью, что и является важнейшим признаком.

Если определение понятия «судебная власть» может быть предметом научной дискуссии, то вопрос о субъектах, обладающих этой властью, решен на законодательном уровне. В ч. 1 ст. 1 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» закреплено, что судебная власть осуществляется только судами в лице судей и привлекаемых в установленном законом порядке присяжных и арбитражных заседателей. Аналогичное положение содержится в ст. 1 Закона «О статусе судей в Российской Федерации»<sup>4</sup>.

Таким образом, судебным усмотрением можно считать выводы суда, судьи, а также присяжных или арбитражных заседателей, привлеченных к участию в рассмотрении конкретного дела. Такой состав субъектов, обладающих возможностью реализации судебного усмотрения, предопределяет необходимость рассмотрения содержания и соотношения

---

<sup>1</sup> См.: Терехин, В. А. Судебная власть в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод граждан (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 12.

<sup>2</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1; 2020. № 50 (часть 1). Ст. 8029.

<sup>3</sup> См.: Колесников, Е. В., Селезнева, Н. М. Статус суда в Российской Федерации: конституционные вопросы / Е. В. Колесников, Н. М. Селезнева; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. С. 36.

<sup>4</sup> См.: Закон РФ от 26 июня 1992 г. (в ред. от 5 апреля 2021 г.) № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1792; СЗ РФ. 2021. № 15 (часть 1). Ст. 2430.

понятий «судебное усмотрение» и «судейское усмотрение». В литературе отсутствуют единые подходы к использованию названных терминов и в равной мере употребляется как первый<sup>1</sup>, так и второй<sup>2</sup>.

Представляется, что понятие «судейское усмотрение» правильно использовать для обозначения соответствующего элемента юридической деятельности, осуществляемой судьей единолично. Категорию «судебное усмотрение» следует считать более широкой. Это обусловлено тем, что она, с одной стороны, включает в себя судейское усмотрение, поскольку в соответствии с приведенными положениями законов судебную власть осуществляют суды, прежде всего, в лице *судей*. С другой стороны — ее целесообразнее использовать в отношении коллегиального усмотрения — решений, выносимых в рамках определенного вида судопроизводства коллегиальным составом суда (в том числе с участием присяжных или арбитражных заседателей), или решений, исходящих от суда как органа государственной власти, принимаемых судьями, но не являющихся частью какого-либо вида судопроизводства (например, реализация Верховным Судом РФ или Конституционным Судом РФ принадлежащего им права законодательной инициативы). Процедуры коллегиального принятия решений судьями по сути таковы, что позволяют говорить о «суммировании» по определенным правилам судейских усмотрений для определения и реализации судебного усмотрения.

<sup>1</sup> См. например: *Азарова, Е. С.* Понятие «усмотрение суда» в праве // Правовая парадигма (Legal Concept). 2019. Т. 18. № 2. С. 69–73; *Она же.* Усмотрение суда как часть структуры уголовно-процессуальной парадигмы // Правовая парадигма (Legal Concept). 2019. Т. 18. № 4. С. 166–173; *Берг, Л. Н.* Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008; *Ермакова, К. П.* Пределы судебного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; *Марков, П. В.* Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012; и др.

<sup>2</sup> См. например: *Грачева, Ю. В.* Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законодательства, теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011; *Касаткин, С. Н.* Проблема судейского усмотрения в полемике Г. Харта и Р. Дворкина: очерк основных позиций // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Серия: Юридические науки. 2018. № 4. С. 21–27; *Никонов, М. А.* Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014; *Струнский, А. Д.* К вопросу о соотношении свободы судейского усмотрения и принципа правовой определенности // Правотолкование и проблема судебного правотворчества. Материалы III Всероссийской научно-практической конференции. Крымский федеральный университет им. В. И. Вернадского. Симферополь, 2020. С. 169–176; *Хайдаров, А. А.* Судейское усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процесса России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2011; и др.

Однако было бы ошибкой согласиться с авторами, подводящими под категорию судебного усмотрения деятельность, осуществляемую иными работниками аппарата суда<sup>1</sup>. Это обусловлено тем, что в рамках судопроизводства, регламентированного соответствующим процессуальным законодательством, работники аппарата суда — помощник судьи и секретарь судебного заседания — не выполняют функции по осуществлению правосудия, что предусмотрено ст. 52.1 и 53 КАС РФ, ст. 47.1 ГПК РФ. В ч. 3 ст. 58 АПК РФ оговаривается, что помощник судьи не вправе совершать действия, влекущие за собой возникновение, изменение либо прекращение прав или обязанностей лиц, участвующих в деле, и других участников арбитражного процесса. Следовательно, их деятельность лишь способствует ведению судебного процесса и не предполагает самостоятельного принятия ими решений, которые являлись бы судебным усмотрением. Деятельность, осуществляемая вне процессуальной формы определенного вида судопроизводства лицами, не являющимися носителями судебной власти, рассматриваться как судебное усмотрение также не может.

Исходя из этого, полагаем, что в рамках данного исследования целесообразно использовать более общее понятие «судебное усмотрение», которое при отсутствии специальных оговорок будет подразумевать и «судейское усмотрение».

Еще одной важной особенностью **судебного усмотрения** является то, что оно реализуется **в рамках полномочий (функций) судебной власти**. Важнейшим, но не единственным полномочием (функцией) судебной власти большинством авторов признается правосудие<sup>2</sup>. Система иных функций судебной власти разными авторами представляется весьма разнообразно.

Так Ю. И. Стецовский полагает, что суды постоянно выполняют две основных функции: правозащитную и правосстановительную<sup>3</sup>. При таком

---

<sup>1</sup> См.: Панова, И. Административное и судебное усмотрение // Хозяйство и право. 2011. № 12. С. 107.

<sup>2</sup> См.: Лысов, П. К. Функциональное содержание судебной власти // Вестник Московского университета МВД России. 2013. № 4. С. 51.

<sup>3</sup> См.: Стецовский, Ю. И. Судебная власть. Учебное пособие. М.: Дело, 1999. С. 67–78.

определении функций судебной власти правосудие было бы правильнее определять как полномочие судов, поскольку очевидно, что защита права и восстановление нарушенного или оспариваемого права осуществляется судами посредством отправления правосудия, т. е. оно способно охватить обе названных функции. Следовательно, правосудие — феномен иного порядка, чем функции судебной власти.

Более развернутую классификацию функций судебной власти проводит В. А. Терехин. Он полагает, что все функции делятся на две группы: внутренние и внешние. Внешние функции включают в себя: правозащитную, правосудия, судебного контроля, правоприменительную, регулятивную, восстановительную и ряд других. Внутренними функциями автор считает: надзор вышестоящих судов за нижестоящими, обобщение судебной практики, организационное обеспечение судебной деятельности и др.<sup>1</sup>. В предложенной классификации также в один ряд ставятся разноуровневые явления: направления деятельности (функции) органов, наделенных судебной властью, формы осуществления функций и виды деятельности, относящиеся к разным формам осуществления функций. Помимо дифференциации функций на внешние и внутренние, автор предлагает проводить классификации и по другим основаниям: по способу защиты гражданских прав, по форме реализации, по субъектам реализации и др.<sup>2</sup>.

В связи с имеющейся в науке неопределенностью относительно системы функций судебной власти, и чтобы избежать многочисленных оговорок по ходу исследования, полагаем целесообразным использование понятия «полномочия судебной власти», под которым следует понимать принадлежащие судам и судьям, как носителям судебной власти, основные права на осуществление определенных видов деятельности, присущих указанной ветви государственной власти. В данном случае речь идет не о праве судьи на совершение конкретного процессуального действия,

---

<sup>1</sup> См.: Терехин, В. А. Судебная власть в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод граждан (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 14.

<sup>2</sup> См.: Там же.

предусмотренного законодательством, а о более общем правомочии, соответствующем судебскому статусу.

Полномочия судебной власти можно дифференцировать на *основные* — это виды деятельности, осуществляемые для достижения целей и решения задач, стоящих перед судебной властью и органами, ее представляющими; и *организационные* — виды деятельности, осуществляемые для обеспечения нормального функционирования судебной системы. К основным полномочиям судебной власти следует относить:

- 1) правосудие;
- 2) конституционный контроль;
- 3) судебный контроль;
- 4) участие в законотворчестве;
- 5) официальное нормативное толкование юридических норм;
- б) разрешение вопросов, входящих в компетенцию конкретного суда.

Ко второй группе полномочий относятся такие виды деятельности, как: внутриорганизационное правотворчество, обобщение судебной практики и анализ судебной статистики, участие в организационном обеспечении деятельности судов, участие в формировании судебского корпуса и обеспечении необходимой высокой квалификации его членов и другие разновидности деятельности, осуществляемой судьями для обеспечения устойчивого и эффективного функционирования судебной системы государства.

Предложенную классификацию полномочий судебной власти можно распространить на судебное усмотрение и дифференцировать судебное усмотрение в рамках основных полномочий судебной власти: усмотрение суда в процессе осуществления правосудия, усмотрение суда при осуществлении конституционного контроля и т. д., и судебное усмотрение в пределах организационных полномочий.

Следующая специфическая черта **судебного усмотрения** — оно **формируется и реализуется в строгих процедурных формах**. В принципе,

любая правоприменительная деятельность предполагает, что она осуществляется с соблюдением определенной юридической процедуры. Для правоприменительной и иной деятельности судов предъявляются наиболее строгие требования к соблюдению установленной законом процедуры, что обусловлено характером и объемом полномочий, которыми обладает судебная власть, и предметом судебной деятельности.

Судебная деятельность направлена, прежде всего, на разрешение правовых споров и конфликтов, возникших между различными субъектами права, обладающими различными социально-правовыми статусами. Вступить в правовой конфликт могут: гражданин и государство; крупная коммерческая организация и индивидуальный предприниматель; должностное лицо и безработный, и т. д. Нивелировать различия между участниками спора, обладающими разной совокупностью прав и гарантий, неодинаковым финансово-экономическим потенциалом, неравными организационными и ресурсными возможностями, призвана строго регламентированная законом процедура разрешения спора.

Учитывая названные обстоятельства, государство на конституционном уровне закрепило, что судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, арбитражного, административного и уголовного судопроизводства (ч. 2 ст. 118 Конституции РФ).

Сам термин «судопроизводство» означает установленный законом порядок производства по соответствующей категории дел<sup>1</sup>. В сфере разрешения уголовных дел понятие «судопроизводство» охватывает не только судебные, но и досудебные стадии уголовного процесса<sup>2</sup> (возбуждение уголовного дела и предварительное расследование).

Большинство из перечисленных основных полномочий судебной власти осуществляются в форме соответствующего судопроизводства.

---

<sup>1</sup> См.: Организация судебной и правоохранительной деятельности в России: Учебное пособие: в 3 ч. / сост. А. Ф. Соколов, В. А. Телегина; под ред. А. Ф. Соколова. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2007. Ч. 1. С. 20.

<sup>2</sup> См.: Уголовный процесс: учебник для бакалавров / отв. ред. А. П. Кругликов. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. С. 22.

Исключением является участие в законотворчестве — реализация судебными органами права законодательной инициативы и толкование правовых норм. Однако следует учитывать, что толкование Конституционным Судом норм Конституции РФ осуществляется в форме конституционного судопроизводства (глава XIV закона «О Конституционном Суде РФ»<sup>1</sup>). Осуществление судами *основных* полномочий по участию в законотворческой деятельности, толкованию юридических норм и *организационных* полномочий происходит с соблюдением установленной формы, регламентируемой не процессуальными кодексами и законом «О Конституционном Суде РФ», а иными законодательными актами. В частности, согласно ч. 3 ст. 5 закона «О Верховном Суде РФ»<sup>2</sup> право давать судам разъяснения по вопросам судебной практики (фактически осуществлять официальную нормативную интерпретацию норм законов) и решать вопросы, связанные с реализацией права законодательной инициативы, предоставленного Верховному Суду РФ в соответствии со ст. 104 Конституции, принадлежит Пленуму Верховного Суда России. Помимо названного федерального конституционного закона процедуру деятельности Пленума регулирует Регламент Верховного Суда РФ<sup>3</sup>, т. е. реализация названных основных полномочий, не входящих в судопроизводства, также осуществляется в процедурной форме.

Исходя из этого, можно классифицировать судебную дискрецию на: *усмотрение суда*, реализуемое в *процессуальной форме судопроизводства* (конституционного, административного, гражданского, арбитражного и уголовного), и *судебное усмотрение*, осуществляемое в *иных процедурных формах*.

<sup>1</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5045.

<sup>2</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. (в ред. от 2 августа 2019 г.) № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 550; 2019. № 31. Ст. 4413.

<sup>3</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 7 августа 2014 г. (в ред. от 12 сентября 2019 г.) № 2 «Об утверждении Регламента Верховного Суда Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 10; 2019. № 11.

В развитие названной классификации *процессуальное судебное усмотрение* можно дифференцировать в зависимости от характера выполняемой судом деятельности и особенностей ее правовой регламентации. Так, например, в зависимости от того, рассматривает ли суд дело по существу или выполняет судебно-проверочную деятельность, можно выделять: усмотрение суда первой инстанции, дискрецию суда апелляционной инстанции, усмотрение суда кассационной инстанции и усмотрение суда надзорной инстанции. В конституционном судопроизводстве инстанционность отсутствует, в связи с чем усмотрение Конституционного Суда РФ всегда будет являться дискрецией суда, рассматривающего дело по существу.

Еще одним основанием дифференциации процессуального судебного усмотрения можно считать характер процессуальной формы судебной деятельности: осуществляется ли она в форме правосудия или нет. Предпосылкой для разграничения деятельности судов на осуществление правосудия и реализацию иных предоставленных судам полномочий является то, что многие ученые включают в понятие «правосудие» не всю деятельность судов (судьи), осуществляемую в рамках определенного вида судопроизводства. Отличия в подходах исследователей к содержанию понятия «правосудие» и включению в него той или иной разновидности судебной деятельности связаны с различием в трактовке двух признаков правосудия: предмета данной деятельности и процессуальной формы.

Если обратиться к первому признаку, то осуществление правосудия, в самом общем виде, направлено на разрешение правовых конфликтов (споров)<sup>1</sup>. Однако природа некоторых правовых споров (дела особого производства в гражданском процессе, отдельные категории дел в арбитражном и административном судопроизводствах) такова, что между авторами возникают разногласия — рассматривать ли их как форму

---

<sup>1</sup> См.: Панкова, О. В. Правосудие в современной России: понятие и признаки // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Том 22. № 4. С. 531.

правосудия или считать судебным управлением (администрированием)<sup>1</sup>. Аналогичные разночтения существуют и в уголовно-процессуальной науке. Ряд авторов полагает, что правосудие по уголовным делам сводится только к разрешению уголовного дела по существу и ответу на главный вопрос о виновности лица в совершении преступления, тогда как судебный контроль в досудебном производстве или деятельность суда в стадии исполнения приговора правосудием не являются<sup>2</sup>.

Представляется, что при разрешении названных противоречий следует опираться в первую очередь на положения, закрепленные в действующем законодательстве. Так, в ст. 1 АПК РФ определено, что правосудие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности осуществляется арбитражными судами путем разрешения экономических споров и рассмотрения иных дел, отнесенных к их компетенции АПК РФ. Аналогичное по смыслу положение содержится в ст. 5 ГПК России. Из этого следует, что законодатель не предполагал исключения какой-либо категории дел, подлежащей рассмотрению судом в соответствии с процессуальным законодательством, из содержания деятельности по осуществлению правосудия. В сфере уголовного судопроизводства справедливость «широкого» понимания правосудия, включающего деятельность суда как в судебных, так и в досудебных стадиях уголовного процесса, подтверждена рядом решений Конституционного Суда РФ<sup>3</sup>.

Второй признак правосудия, имеющий различные трактовки, —

<sup>1</sup> См.: *Аргунов, В. В.* Каким быть особому производству по административным делам: к проекту изменений в КАС РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 62–75.

<sup>2</sup> См. например: *Азаров, В. А., Таричко, И. Ю.* Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России. Омск, 2004. С. 335; *Берова, Д. М.* Функции суда в уголовном судопроизводстве // Философия права. 2010. № 6. С. 103; *Тулянский, Д. В.* Осуществляет ли суд правосудие в стадии исполнения приговора? // Журнал российского права. 2001. № 7. С. 118–121 и др.

<sup>3</sup> См. например: Постановление Конституционного Суда РФ от 18 марта 2014 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности части второй.1 статьи 399 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кетовского районного суда Курганской области» // СЗ РФ. 2014. № 13. Ст. 1526; Постановление Конституционного Суда РФ от 14 ноября 2017 г. № 28-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина М. И. Бондаренко» // СЗ РФ. 2017. № 48. Ст. 7299; Постановление Конституционного Суда РФ от 11 января 2018 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности части первой статьи 81.1 и пункта 3.1 части второй статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Синклит»» // СЗ РФ. 2018. № 4. Ст. 685 и др.

требование к форме осуществления правосудия. В большинстве случаев авторы ограничиваются указанием на то, что правосудие осуществляется в строгой процессуальной форме посредством конституционного, административного, гражданского, арбитражного и уголовного судопроизводства<sup>1</sup>. Однако не вся деятельность судей, регулируемая процессуальным законодательством, может однозначно рассматриваться, как осуществляемая в соответствующей требованиям правосудия процессуальной форме. Так, например, разрешение дел в порядке упрощенного или приказного производств, предусмотренных Кодексом административного судопроизводства, Гражданским процессуальным и Арбитражным процессуальным кодексами России, некоторые авторы правосудием не считают<sup>2</sup>.

В рассмотренном вопросе следует согласиться с позицией тех ученых, которые в качестве дополнительного признака правосудия указывают не просто процессуальную форму, а необходимость осуществления этой деятельности в судебном заседании<sup>3</sup>. Эта позиция находит определенное подтверждение в законодательстве и документах Верховного Суда РФ. В частности, в п. 50 ст. 5 УПК РФ указывается на то, что судебное заседание является процессуальной формой осуществления правосудия в ходе досудебного и судебного производства по уголовному делу. Верховный Суд РФ в своем Постановлении<sup>4</sup> от 10 февраля 2009 г. обращает внимание на то, что деятельность судей по рассмотрению жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ

<sup>1</sup> См. например: Меркулова, А. В. Юридическое понимание категории «правосудие» // Ученые записки Орловского государственного университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки. 2015. № 2. С. 223–224; Панкова, О. В. Правосудие в современной России: понятие и признаки // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Том 22. № 4. С. 535–536 и др.

<sup>2</sup> См.: Громошина, Н. А. Дифференциация и унификация в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 11, 34; Судебная власть / Абова, Т. Е., Абросимова, Е. Б., Боровский, М. В., Булаковский, С. В. и др.; Отв. ред. И. Л. Петрухин. М.: ООО «ТК Велби», 2003. С. 648–682 и др.

<sup>3</sup> См.: Бурмагин, С. В. О сущности, понятии и пределах уголовного правосудия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2018. № 1. С. 36; Он же. Признаки и границы уголовного правосудия // Публичное и частное право. 2019. № 1. С. 151; Организация судебной и правоохранительной деятельности в России: Учебное пособие: в 3 ч. / сост. А. Ф. Соколов, В. А. Телегина; под ред. А. Ф. Соколова. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2007. Ч. 1. С. 21.

<sup>4</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. (в ред. от 29 ноября 2016 г.) № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 4; 2017. № 1.

осуществляется в форме правосудия, поскольку проводится по правилам состязательного производства и, как правило, в открытом судебном заседании (если отсутствуют предусмотренные законом основания для проведения закрытого судебного заседания). В иных видах судопроизводства позиция законодателя и высших судебных органов так явно не выражена, но полагаем, что идея о связи необходимой процессуальной формы правосудия с проведением судебного заседания может быть распространена и на них.

Научная дискуссия относительно границ правосудия, безусловно, будет продолжаться, возможно, с использованием новых аргументов, появившихся в результате изменений законодательства, но на сегодняшний день можно прийти к выводу, что правосудием является не любая деятельность суда (судьи), осуществляемая в рамках того или иного судопроизводства.

Таким образом, судебное усмотрение, реализуемое в рамках какого-либо вида судопроизводства, можно разделить на: усмотрение суда при осуществлении правосудия и иное процессуальное усмотрение суда. Исходя из этого, дискреция суда выражается как в акте правосудия, так и в ином судебном акте.

Общая классификация судебного усмотрения по основанию специфики процедурной формы, в которой оно осуществляется, можно представить следующим образом:

1. Основное судебное усмотрение (в рамках основных полномочий судебной власти), включающее:
  - а. Процессуальное усмотрение суда:
    - а.1. Усмотрение суда в рамках осуществления правосудия (с дальнейшей дифференциацией, например, в зависимости от судебной инстанции);
    - а.2. Иное процессуальное усмотрение суда.
  - б. Усмотрение суда, осуществляемое в иных процедурных формах (с возможностью дальнейшей классификации).
2. Организационное судебное усмотрение, включающее

разновидности, соответствующие реализуемым судами (судьями) организационным полномочиям.

Еще одной чертой, характеризующей специфику **судебного усмотрения**, является возможность **наличия в нем правотворческой и правоинтерпретационной составляющей и их совмещения с правоприменительным усмотрением.**

В большинстве случаев судебное усмотрение рассматривается в контексте правоприменительной деятельности суда. Такой подход абсолютно справедлив, поскольку основными полномочиями судебной власти, как отмечалось ранее, является правосудие, конституционный контроль и судебный контроль. Они представляют собой разновидности правоприменительной деятельности. Это находит свое отражение и в научных исследованиях судебного (судейского) усмотрения, в рамках которых большинство авторов изучает дискрецию суда в контексте осуществляемой им правоприменительной деятельности<sup>1</sup>. Так, например, С. М. Лысенко изучает дискреционные полномочия арбитражного суда, которыми он обладает при рассмотрении дел о банкротстве<sup>2</sup>, Ю. В. Грачева и М. А. Кауфман исследуют значение усмотрения судьи для преодоления пробелов в уголовном праве при осуществлении правоприменительной деятельности<sup>3</sup>.

Однако основные полномочия судебной власти не исчерпываются правосудием, конституционным и судебным контролем. Не менее важным полномочием является участие судов в правотворческой деятельности.

<sup>1</sup> См.: *Азарова, Е. С.* Понятие «усмотрение суда» в праве // Правовая парадигма (Legal Concept). 2019. Т. 18. № 2. С. 70; *Она же.* Усмотрение суда как часть структуры уголовно-процессуальной парадигмы // Правовая парадигма (Legal Concept). 2019. Т. 18. № 4. С. 168; *Гизатуллин, И. А.* Процессуальная независимость судей: сущность и проблемы обеспечения // Российский журнал правовых исследований. 2019. Т. 6. № 1. С. 111–112; *Струнский, А. Д.* К вопросу о соотношении свободы судейского усмотрения и принципа правовой определенности // Правотолкование и проблема судебного правотворчества. Материалы III Всероссийской научно-практической конференции. Крымский федеральный университет им. В. И. Вернадского. Симферополь, 2020. С. 173–174 и др.

<sup>2</sup> См.: *Лысенко, С. М.* Дискреционный характер полномочий арбитражного суда в делах о банкротстве // Вестник Омского университета. Серия: Право. 2013. № 1. С. 162–165.

<sup>3</sup> См.: *Грачева, Ю. В.* Возможно ли судейское усмотрение при пробеле в уголовном праве? // Уголовное право. 2010. № 3. С. 108–112; *Кауфман, М. А.* Пробелы в уголовном праве и судейское усмотрение. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 309–312.

Можно выделить две разновидности судебного усмотрения при реализации названного полномочия: *судебное правотворческое усмотрение* и *совмещенное правоприменительное и правотворческое усмотрение суда*.

Первая разновидность представляет собой правотворческое усмотрение, особый характер которому придают следующие обстоятельства: субъект, его реализующий, и процедурная форма осуществления.

Субъектом, реализующим судебное правотворческое усмотрение, является носитель судебной власти — суд или судья, но законодательство зачастую ограничивает круг субъектов, предоставляя соответствующие полномочия лишь определенным судебным органам. Так, например, в России согласно ст. 104 Конституции на федеральном уровне правом законодательной инициативы обладают только Верховный Суд и Конституционный Суд РФ. При этом Верховный Суд РФ помимо собственной законодательной инициативы участвует в законотворческом процессе путем согласования проектов федеральных законов, вносимых в законодательный орган другими субъектами, если такое согласование предусмотрено законодательством. Например, законы, устанавливающие общую численность мировых судей в субъектах РФ (п. 2 ст. 4 закона «О мировых судьях в РФ»<sup>1</sup>), или вносящие изменения в Уголовный кодекс РФ (ст. 8 закона «О введении в действие Уголовного кодекса РФ»<sup>2</sup>).

Деятельность, в рамках которой реализуется правотворческое усмотрение названных субъектов, строго урегулирована процедурными нормами права. Для Верховного Суда РФ такие нормы не являются судопроизводственными, они закреплены в Регламенте Верховного Суда РФ<sup>3</sup>. Для Конституционного Суда РФ реализация права законодательной инициативы регламентирована, по сути, процессуальными правовыми

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6270; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5112.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 13 июня 1996 г. (в ред. от 13 июля 2015 г.) № 64-ФЗ «О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2955; 2015. № 29 (ч. 1). Ст. 4392.

<sup>3</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 7 августа 2014 г. (в ред. от 12 сентября 2019 г.) № 2 «Об утверждении Регламента Верховного Суда Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 10; 2019. № 11.

нормами. Параграфом 6 Регламента Конституционного Суда РФ<sup>1</sup> определяется, что решение о выступлении данного органа с законодательной инициативой принимается им в порядке, предусмотренном для вынесения итоговых решений по вопросам, входящим в его компетенцию (глава VIII Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ»).

В рамках названной разновидности судебного усмотрения высшие судебные органы Российской Федерации в предусмотренной законодательством форме решают вопрос о необходимости правового урегулирования тех или иных общественных отношений (в пределах вопросов, относящихся к предмету их ведения), принимают меры по разработке проектов соответствующих законов и направляют их в законодательный орган государства, инициируя законодательный процесс. Разработка законопроектов не обязательно осуществляется названными органами самостоятельно. Возможны ситуации внесения, например Верховным Судом РФ от своего имени законопроектов, разработанных иными органами: прокуратурой, министерством юстиции и др. Но это в любом случае осуществляется после рассмотрения соответствующего вопроса на Пленуме Верховного Суда РФ.

Второй разновидностью участия судебных органов в правотворчестве является вынесение судебных актов, *сочетающих правоприменительное и правотворческое усмотрение*, в том числе решений, *создающих судебные прецеденты*. Такая разновидность в большей степени характерна для правовых систем, которые признают судебные прецеденты источником права, в первую очередь — англосаксонским правовым системам. В Российской Федерации судебный прецедент источником права не является, хотя некоторые авторы полагают, что решения высших судебных органов

---

<sup>1</sup> См.: Регламент Конституционного Суда РФ (в ред. от 28 января 2021 г.) // Вестник Конституционного Суда РФ. 2016. № 4; Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 2021. 1 февраля.

фактически становятся таковыми<sup>1</sup>. Полагаем, что проблеме судебного прецедента и судебного усмотрения необходимо будет посвятить отдельную часть исследования.

В России совмещение правоприменительной и правотворческой составляющей в судебном усмотрении можно найти в решениях Конституционного Суда РФ. Зачастую, признавая норму закона не соответствующей Конституции РФ (буквально или с учетом ее истолкования правоприменительной практикой), Конституционный Суд РФ предписывает законодателю устранить недостаток в правовом регулировании соответствующих отношений, приняв во внимание правовые позиции Суда, выраженные в его решении. При этом в постановлении может содержаться, по сути, «проект» правовой нормы, которую законодателю следует принять, а в некоторых случаях Конституционный Суд РФ предписывает правоприменителям руководствоваться этим «проектом» до принятия соответствующих поправок в закон<sup>2</sup>.

Помимо участия в правотворчестве еще одним основным полномочием судебной власти, в рамках которого может реализовываться судебное усмотрение, является толкование правовых норм. Поскольку стадия толкования обязательно присутствует в правоприменительном процессе, то следует обратить внимание, что в данном случае речь идет о самостоятельном направлении деятельности судов по интерпретации юридических норм, в результате которой создается официальное, нормативное разъяснение, закрепленное в определенном правовом акте. Названным полномочием, как и правом на участие в правотворчестве, обладают не все, а только высшие судебные органы государства.

Для Конституционного Суда РФ соответствующее полномочие

---

<sup>1</sup> См.: Бавсун, М. В., Баландюк, В. Н., Спиридонов, А. П. Влияние прецедентных решений Верховного Суда Российской Федерации на правоприменительную деятельность // Научный вестник Омской академии МВД России. 2014. № 1. С. 3.

<sup>2</sup> См. например: Постановление Конституционного Суда РФ от 5 марта 2020 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности подпунктов 4 и 5 пункта 1 и пункта статьи 57 Земельного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки И. С. Бутримовой» // СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1639.

отдельно закреплено в ч. 5 ст. 125 Конституции РФ и п. 4 ст. 3 Закона «О Конституционном Суде РФ»<sup>1</sup>, где определено, что данный судебный орган дает толкование Конституции России. Статья 106 Закона «О Конституционном Суде РФ» устанавливает, что данное им толкование Конституции РФ является официальным и обязательным для всех субъектов российского права, включая государственные органы законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти.

При рассмотрении Конституционным Судом РФ названной категории дел фактически происходит совмещение правоприменительного и правоинтерпретационного усмотрения суда. Это обусловлено тем, что, с одной стороны, осуществляется правоприменительный процесс в форме конституционного судопроизводства, в рамках которого предусмотрена процедура рассмотрения данной категории дел, регламентированная отдельной главой закона (глава XIV Закона «О Конституционном Суде РФ»). Итогом рассмотрения дела по этой категории будет вынесение правоприменительного акта в форме Постановления Конституционного Суда РФ, что предусмотрено ч. 2 ст. 71 закона. Но с другой стороны, содержанием названного акта будет разъяснение положений (положения) Конституции страны.

Однако толкование Конституционным Судом Основного закона не исчерпывается названным полномочием. В ряде случаев оно осуществляется при рассмотрении иных категорий дел, входящих в компетенцию данного органа, в том числе при проверке конституционности закона, подлежащего применению или примененного в конкретном деле, осуществляемой по жалобам граждан на нарушение конституционных прав и свобод или по запросам судов (ч. 4 ст. 125 Конституции, пункты 3 и 3.1 ст. 3 Закона). Например, в период с 1 января по 1 мая 2020 г. Конституционным Судом РФ было вынесено 22 Постановления по результатам рассмотрения жалоб

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5045.

граждан на нарушение конституционных прав и свобод. В резолютивной части только одного Постановления<sup>1</sup> он ограничился констатацией того, что обжалуемые нормы действующего законодательства не противоречат Конституции РФ, и не раскрыл конституционно-правового смысла обжалуемых норм. В остальных случаях, признавая обжалуемые нормы действующего законодательства не противоречащими Конституции РФ, данный судебный орган в резолютивной части постановлений раскрывал их конституционно-правовой смысл и указывал, что он является обязательным и исключает любое иное истолкование этих норм в правоприменительной практике<sup>2</sup>. В решении, которым обжалуемые нормы текущего законодательства признаются не соответствующими Конституции РФ (полностью или в определенной Конституционным Судом мере), также могут содержаться элементы толкования (в описательно-мотивировочной части), поскольку от законодателя требуется при устранении нарушения (например, при обеспечении необходимого уровня правовой определенности) учитывать правовые позиции Конституционного Суда РФ, содержащиеся в таком решении<sup>3</sup>. Можно отметить тенденцию к увеличению количества случаев, когда Конституционный Суд РФ прибегает к толкованию (в 2013 г. нормы законодательства истолковывались в 25 % случаев, в 2017 г. — 65,96 %<sup>4</sup>).

Верховный Суд России также обладает правом толкования норм действующего законодательства. Это полномочие закреплено в ст. 126

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 29 апреля 2020 г. № 22-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 193 и пункта 4 статьи 195 Налогового кодекса Российской Федерации, а также пункта 5 статьи 20 Федерального закона «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Центр-Продукт» // СЗ РФ. 2020. № 20. Ст. 3226.

<sup>2</sup> См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 февраля 2020 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности статьи 324 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Н. М. Деменьшиной» // СЗ РФ. 2020. № 10. Ст. 1415.

<sup>3</sup> См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 13 января 2020 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности частей 2 и 3 статьи 13, пункта 5 части 5 статьи 19 и части 1 статьи 20 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки Р. Д. Свечниковой» // СЗ РФ. 2020. № 3. Ст. 275.

<sup>4</sup> См.: Федоренко, Н. В., Григорянц, С. А., Тория, Д. З. Конституционно-правовые основы организации судебной власти в Российской Федерации // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2019. № 5. С. 45.

Конституции РФ и в п. 1 ч. 7 ст. 2 Закона «О Верховном Суде РФ»<sup>1</sup>, предусматривающих, что данный орган в целях обеспечения единообразного применения законодательства дает судам разъяснения по вопросам судебной практики. Соответствующие разъяснения принимаются на заседаниях Пленума Верховного Суда РФ и оформляются его постановлением. В отличие от постановлений Конституционного Суда РФ постановления Пленума Верховного Суда РФ, содержащие разъяснения практики применения действующего законодательства, можно считать исключительно интерпретационными правовыми актами (не правоприменительными), поэтому их можно считать формой выражения правоинтерпретационного усмотрения данного суда. Также они не обладают такой юридической силой, которая присуща решениям Конституционного Суда РФ. Постановления Пленума Верховного Суда РФ с формальной точки зрения носят рекомендательный характер, но многие ученые<sup>2</sup> сходятся во мнении, что фактически с их содержанием соотносят свою правоприменительную деятельность не только судьи, но и другие органы государства: прокуратура, следственные органы, органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, и другие субъекты права. Более того, в отдельных видах судопроизводств закреплены положения, фактически обязывающие судей учитывать содержащиеся в постановлениях Пленума или Президиума Верховного Суда РФ правовые позиции относительно практики применения правовой нормы. Принятие названных документов считается новым обстоятельством, которое, в случае указания в этих документах такой возможности, может являться основанием для пересмотра вступившего в законную силу судебного акта (п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 350 КАС РФ). Данные обстоятельства не позволяют относить

<sup>1</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. (в ред. от 2 августа 2019 г.) № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 550; 2019. № 31. Ст. 4413.

<sup>2</sup> См. например: *Иванов, Н.* Постановления Пленума Верховного Суда РФ как обязательный «прецедент» // Уголовное право. 2005. № 2. С. 30; *Лопашенко, Н. А.* Толкование Пленумом Верховного Суда РФ норм об ответственности за незаконное предпринимательство и легализацию // Уголовное право. 2005. № 2. С. 41; *Рарог, А. И.* Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. 2001. № 2. С. 53 и др.

рассматриваемое полномочие Верховного Суда РФ к числу организационных, имеющих значение лишь для судебной системы.

Исходя из этого, можно говорить о двойственном соотношении судебного и правоприменительного усмотрения. С одной стороны, судебное усмотрение можно рассматривать как одну из разновидностей правоприменительного, а с другой — как более широкое понятие, поскольку судебное усмотрение может включать правотворческое и правоинтерпретационное.

Важным качеством **судебного усмотрения** (за исключением связанного с отдельными полномочиями суда) является то, что **начало его реализации обусловлено усмотрением других субъектов**. Отправной точкой осуществления почти всех основных полномочий судебной власти является поступившее «извне» обращение к суду. Таковым может быть исковое заявление гражданина или юридического лица, уголовное дело, поступившее от прокурора, ходатайство следователя об избрании обвиняемому меры пресечения и другие материалы, инициирующие соответствующий судебный процесс. Однако после начала соответствующего судопроизводства роль суда пассивной быть не должна, особенно в контексте действия принципов состязательности и равноправия сторон, а также осуществления судопроизводства в разумный срок. Именно суд руководит процессом, оказывает содействие в реализации прав участников процесса, создает условия для полного и всестороннего исследования доказательств, установления фактических обстоятельств и правильного разрешения дела. В связи с этим нельзя согласиться с исследователями, выделяющими в качестве специфического признака судебной власти ее инертность<sup>1</sup>.

Названный признак, присущий судебному усмотрению, не является для него исключительным. Существуют и иные виды правоприменительной

---

<sup>1</sup> См.: Косолапов, М. Ф. Суд в системе государственной власти Российской Федерации (конституционные аспекты): автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 11.

деятельности, в рамках которых реализация дискреции правоприменителя зависит от внешних поводов (например, отдельные направления прокурорского надзора).

Инициативно судебное усмотрение осуществляется в рамках законотворческого полномочия судебной власти, т. е. при реализации высшими судебными органами права законодательной инициативы и полномочия Верховного Суда РФ давать разъяснения по вопросам судебной практики.

Еще одной особенностью **судебного усмотрения**, обеспечивающей ему отдельное место в системе правоприменительной дискреции, является то, что судебное усмотрение может выступать в качестве **ограничителя других видов правоприменительного усмотрения**. Такой вывод можно сделать, опираясь на положения ст. 46 Конституции РФ. В ч. 1 данной статьи в качестве самостоятельного основного права человека выделено право на судебную защиту, выступающего определенной юридической гарантией соблюдения иных прав и свобод. Часть 2 указанной статьи отдельно оговаривает возможность обжалования в суд действий (бездействия) и решений, в том числе органов государственной власти и местного самоуправления. Реализация гражданами названного права представляет собой форм юридической ответственности органов государственной власти и должностных лиц, которая гарантирует режим конституционной безопасности<sup>1</sup>.

Названные конституционные положения указывают на то, что в иерархии правоприменительных усмотрений судебное поставлено выше других. Результаты реализации правоприменительной дискреции иными органами по обращениям граждан и юридических лиц могут быть проверены судом, в рамках судебного правоприменительного процесса, в котором будет реализовываться уже судебное усмотрение.

---

<sup>1</sup> См.: *Фомин, А. А.* Юридическая ответственность государственных органов и должностных лиц как гарантия конституционной безопасности // Правовая культура. 2019. № 2. С. 14.

Аналогичная функция судебного усмотрения есть и в отношении **правореализационной** дискреции, реализуемой субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями.

Представляется, что такое положение вещей обусловлено спецификой судебной ветви власти, наделением ее особыми чертами независимости, исключительности, полноты власти, и их гарантиями. Названные качества обеспечивают высокий статус судебных органов, благодаря которому в пределах, установленных законом, судебное усмотрение, выраженное в судебном акте, может быть изменено или отменено только по усмотрению другого суда (вышестоящей судебной инстанции).

Инстанционность, характерная для всех видов судопроизводств, кроме конституционного, обеспечивает возможность проверки судебных актов не внешними «контролерами», а носителями самой судебной власти. Инстанционность определяет иерархию судебных усмотрений, в которой нижний уровень будет занимать дискреция суда первой инстанции, а высший — усмотрение суда надзорной инстанции.

При этом особое положение занимает усмотрение Конституционного Суда РФ, что обусловлено его важной ролью в государстве. Как отмечает В. Д. Зорькин, Конституционный Суд РФ призван исправлять ошибки, допущенные законодателем, снимать актуальные и потенциальные конфликты, охранять Конституцию России, интерпретируя ее применительно к изменяющимся запросам жизни<sup>1</sup>. Рассматривая дела о конституционности законов по жалобам на нарушения основных прав и свобод граждан и по запросам судов, а также реализуя иные предоставленные ему полномочия, Конституционный Суд РФ укрепляет законность и создает условия для полного верховенства и прямого действия Конституции на всей территории Российской Федерации<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Зорькин, В. Д. Конституционный Суд в историческом контексте: Размышления к юбилею Конституционного Суда // Российская газета. Неделя. 2011. 20 октября.

<sup>2</sup> См.: Яшина, И. А. Конституционный Суд Российской Федерации и законность: некоторые вопросы теории // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 5. С. 67–74.

Конституционное судопроизводство не предполагает существования инстанций, поскольку все решения данного суда являются окончательными и не подлежат обжалованию (ст. 79 Закона «О Конституционном Суде РФ»). Сам Конституционный Суд РФ не находится в организационно-процессуальной взаимосвязи с другими судами России и не пересматривает их решений. Однако дискреция названного суда фактически занимает высшее место в иерархии судебных усмотрений, поскольку:

– во-первых, в решениях Конституционного Суда, связанных с функцией нормоконтроля, определяются нормы действующего законодательства, соответствующие или не соответствующие Конституции РФ, а следовательно, подлежащие либо не подлежащие дальнейшему применению всеми органами, в том числе и судами;

– во-вторых, в решениях данного суда может быть определен конституционно-правовой смысл рассматриваемой законодательной нормы, исключающий иное ее истолкование в процессе правоприменения;

– в-третьих, соответствующие решения Конституционного Суда РФ о признании норм законодательства противоречащими Конституции РФ, в рамках иных видов судопроизводств, относятся к категории новых обстоятельств, в случае возникновения которых может быть пересмотрен вступивший в законную силу судебный акт, вынесенный по уголовному, гражданскому или административному делу. В самих постановлениях Конституционного Суда РФ так же указывается на необходимость пересмотра правоприменительных решений, принятых по делам заявителей (заявителя).

Таким образом, **судебное усмотрение** можно определить как **вывод суда (судьи), сделанный в ходе его интеллектуально-практической волевой деятельности, осуществляемой в строгой процедурной форме, по вопросу, отнесенному к компетенции судебной власти, и направленный на применение, создание (при наличии соответствующих полномочий) и интерпретацию правовых норм, способный обеспечить законность**

**правоприменительной и правореализационной дискреции иных органов, организаций, граждан и должностных лиц.**

По методу закрепления судебного усмотрения правовыми нормами оно относится, прежде всего, к компетенционной разновидности, т. е. основывается на целом комплексе норм, определяющих статус суда, порядок его деятельности, а также применяемых судом при осуществлении правосудия. Это существенно усложняет задачу законодателя в установлении нормативных пределов судебного усмотрения, поскольку изменением какой-то одной правовой нормы ее не решить.

Однако рассмотренные особенности судебного усмотрения, его значение для правоприменительной практики требуют от законодателя внимательного и вдумчивого подхода к правовой регламентации полномочий суда в рамках определенного вида судопроизводства, который сможет обеспечить установление баланса дискреционных и недискреционных полномочий при сохранении компетенционного усмотрения в целом, а также соблюдение общеправового принципа правовой определенности<sup>1</sup>. Это означает, что в структуре судопроизводств следует избегать введения излишних процедур, предполагающих судебное усмотрение.

В качестве примера можно привести выборочную кассацию — двухэтапную процедуру обжалования в кассационном порядке вступивших в законную силу актов судов общей юрисдикции. До начала деятельности кассационных судов общей юрисдикции (т. е. до 1 октября 2019 г.) данная процедура была безальтернативной, а в настоящее время распространяется только на обжалование отдельных судебных актов, определяемых для каждого судопроизводства соответствующим процессуальным законодательством (п. 1 и п. 2 ч. 3 ст. 401.3 УПК РФ, ч. 2.1 ст. 322 КАС РФ, § 2 главы 41 ГПК РФ). В отношении других судебных актов, не указанных в перечисленных статьях процессуальных кодексов, действует процедура

---

<sup>1</sup> См.: *Пронин, К. В.* Дискреционные полномочия суда в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2010. С. 4.

сплошной кассации, в которой объем дискреционных полномочий суда меньше.

Данный пример демонстрирует, что при сохранении широких дискреционных полномочий самого суда кассационной инстанции можно устранить излишний элемент судебной процедуры.

Представляется, что для достижения целей правосудия, как общих, так и характерных для каждого вида судопроизводства, необходимо определить оптимальный уровень свободы судебного усмотрения и произвести соответствующую корректировку законодательства, чтобы его достичь. При оценке следует анализировать два фактора: необходимость определенного дискреционного полномочия и собственно его свободу.

Оценка первого фактора предполагает выяснение потребности в существовании тех или иных элементов процедуры, имеющих контрольно-проверочное либо иное дополнительное предназначение. Следует оценить, насколько эта часть судебного процесса важна для достижения конечного результата осуществления правосудия (иного полномочия) по данной категории дел, возможно ли упрощение процесса за счет устранения такого элемента процедуры. Здесь необходимо учитывать, что любой такой элемент, предполагающий решение судьи (суда), будет обладать дискреционным характером, с той или иной степенью его законодательной регламентации. Причем попытки законодательно ограничить свободу судебного усмотрения зачастую приводят к бессмысленности существования такого элемента.

Второй фактор предполагает определение достаточности полномочий, имеющихся у суда, для эффективного осуществления возложенных на него функций в рамках судебной процедуры, «очищенной» от излишних элементов.

Такой комплексный подход позволит с одной стороны, избавить судебную деятельность от избыточных процедурных элементов (действий, решений суда), существование которых затягивало судебные процессы, затрудняло гражданам доступ к правосудию, а с другой стороны —

сохранить у суда достаточные полномочия для эффективной деятельности.

## § 5. Судебное усмотрение и судебный прецедент

Комплексное исследование судебного усмотрения предполагает, в том числе, отдельное рассмотрение вопроса о его соотношении и взаимосвязи с судебным прецедентом. Особое внимание к данному вопросу обусловлено тем, что судебный прецедент является одним из источников права, причем в некоторых правовых системах — одним из основных. В этой связи анализ самого судебного прецедента, взаимного влияния, которое оказывают друг на друга прецедент и судебная дискреция, представляются весьма важными.

Прежде всего необходимо определить, что представляет собой «судебный прецедент», и каковы его признаки.

Само понятие «прецедент» происходит от латинского «*praecedens (praecedentis)*», что в переводе означает «предшествующий». В словарных источниках прецедент определяют как случай, имевший место ранее и служащий примером или оправданием для последующих случаев подобного рода<sup>1</sup>.

В специальной правовой литературе в качестве одной из форм права рассматривается «юридический прецедент», под которым понимается судебное или административное решение по конкретному юридическому делу, которому придается сила правовой нормы и которым следует руководствоваться при разрешении аналогичных дел<sup>2</sup>. Как отмечает В. Н. Хропанюк, суть юридического прецедента заключается в том, что государство придает общеобязательное значение состоявшемуся решению государственного органа по конкретному делу, которое становится образцом при последующем разрешении подобных дел<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: Локшина, С. М. Краткий словарь иностранных слов. М.: «Советская Энциклопедия», 1966. С. 239.

<sup>2</sup> См.: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 289.

<sup>3</sup> См.: Хропанюк, В. Н. Теория государства и права. Учебник для высших учебных заведений / В. Н. Хропанюк; под ред. проф. В. Г. Стрекозов. 3-е изд., доп., испр. М.: Изд-во «Интерстиль»; «Омега-Л», 2008. С. 183.

Судебный прецедент — это решение, принятое высшим судебным органом по конкретному делу, которое считается обязательным для других судов при разрешении подобных дел<sup>1</sup>. Он является один из видов юридического прецедента и характеризуется определенными специфическими признаками. К их числу относят:

- создание судебного прецедента только высшими органами судебной власти;
- судебный прецедент создается в рамках определенной юридической процедуры;
- судебный прецедент обладает обязательностью применения;
- судебный прецедент подлежит официальному опубликованию<sup>2</sup>.

Следует подробнее рассмотреть названные признаки и их соотношение с признаками судебного усмотрения.

В качестве наиболее очевидного признака судебного прецедента, равно как и судебного усмотрения, можно указать то, что субъектом, обладающим правом на судебное усмотрение и возможностью создавать судебные прецеденты, является носитель судебной власти — суд (судья). Однако если правом на судебное усмотрение обладает любой суд, наделенный судебной властью, то возможностью создавать судебные прецеденты, имеющие общеобязательный характер, только определенные, как правило, высшие судебные органы. Мнение о том, что не любая деятельность судов может создавать судебный прецедент, разделяется многими учеными исследовавшими соответствующие вопросы. Так, М. Н. Марченко отмечал, что говоря о прецеденте как об источнике права и о результате правотворческой деятельности судов, следует отметить, что речь идет о деятельности только высших судов<sup>3</sup>. И. Ю. Богдановская в своей работе

<sup>1</sup> См.: Гук, П. А. Судебный прецедент как источник права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 17.

<sup>2</sup> См.: Гук, П. А. Судебный прецедент: теория и практика. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2009. С. 43.

<sup>3</sup> См.: Марченко, М. Н. Общая часть: Учебник для юридических вузов / М. Н. Марченко; Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. Юридический факультет. М.: Зерцало, 2001. С. 396.

также указывала, что прецеденты устанавливаются<sup>1</sup> не всеми судами, а только вышестоящими судебными инстанциями<sup>2</sup>. Аналогичную позицию высказывал и В. С. Нерсесянц<sup>3</sup>.

С таким подходом в целом следует согласиться — далеко не все судебные органы, осуществляя возложенные на них полномочия, могут заниматься правотворчеством, создавая судебные прецеденты. Однако следует отметить, что наличие у определенного суда такого полномочия зависит от специфики правовой системы, существующей в государстве. Так, например, в США силой судебного прецедента обладают не только решения высшего судебного органа государства — Верховного Суда, но и решения верховных судов штатов, входящих в состав страны<sup>4</sup>. Это обусловлено тем, что в последнее столетие развитие федеративных отношений в США, определение соотношения полномочий между федеральной властью и властями штатов шло по «принципу маятника» — с поочередным усилением то позиции федерации, то штатов. Этому немало поспособствовала деятельность самого Верховного Суда, решения которого по юридической силе уступают лишь Конституции США. Формирующийся таким образом баланс компетенции самой федерации и достаточно обширных полномочий штатов предопределяет, что не только законодательная и исполнительная ветви власти организованы в соответствии с федеративным устройством, но и для судебной власти характерен федерализм<sup>5</sup>. В такой ситуации признавать право создания обязательных судебных прецедентов исключительно за Верховным Судом США и иными федеральными судами и не предоставлять соответствующего права верховным судам штатов — невозможно.

В Российской Федерации высшими судебными органами, решения

---

<sup>1</sup> В данном случае речь скорее идет о создании прецедента, поскольку «установление прецедента» вернее трактовать как поиск похожего случая в прошлом, а такой деятельностью могут заниматься все суды, действующие в соответствующих правовых системах.

<sup>2</sup> См.: *Богдановская, И. Ю.* Прецедентное право. М., 1993. С. 22.

<sup>3</sup> См.: *Нерсесянц, В. С.* Теория права и государства: Краткий учебный курс. М.: Норма; ИНФРА-М, 2001. С. 134.

<sup>4</sup> См.: *Гук, П. А.* Судебный прецедент: теория и практика. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2009. С. 43.

<sup>5</sup> См.: *Саликов, М. С.* Судебный федерализм в США // Правоведение. 1998. № 1. С. 40.

которых могли бы рассматриваться в качестве судебного прецедента, являются Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ.

Второй характерной чертой судебного прецедента является то, что он создается в рамках строго определенной юридической процедуры. Аналогичное свойство присуще и судебному усмотрению, которое формируется и реализуется в законодательно регламентированной юридической процедуре. Однако содержание названной характеристики судебного прецедента не полностью совпадает с соответствующим качеством судебного усмотрения. Обратимся к их различиям.

Судебный прецедент есть правоприменительное решение, содержащее норму права, сформированную судом в процессе разрешения конкретного юридического спора<sup>1</sup>, т.е. в процессе осуществления правосудия. Это означает, что юридической процедурой создания судебного прецедента будет являться урегулированная процессуальными нормами деятельность суда по осуществлению правосудия в рамках конституционного, гражданского, административного, арбитражного или уголовного судопроизводства.

Реализация же судебного усмотрения, как уже отмечалось, не ограничивается исключительно формой правосудия или судопроизводства. Процессуальная дискреция суда — это один из видов судебного усмотрения. Правотворческое судебное усмотрение (в романо-германских правовых системах) чаще всего реализуется не в форме судопроизводства, а в иных процедурных формах. Не всегда в процессуальной форме осуществляется и правоинтерпретационное усмотрение суда. Например, в Верховном Суде РФ правотворческое и правоинтерпретационное усмотрение реализуется Пленумом в соответствующей процедуре, которая не входит в какое-либо судопроизводство.

Исходя из названных различий, судебное усмотрение может обрести форму судебного акта, не являющегося актом правосудия, а судебный

---

<sup>1</sup> См.: *Власова, Т. В.* Прецедентное право Англии: Теоретико-сравнительный анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 8.

прецедент как итоговое решение дела по существу, должен быть заключен в акт правосудия.

Таким образом, можно сделать вывод, что понятие «юридическая процедура» применительно к судебному усмотрению понимается более широко, предполагая как процедуру судопроизводства, так и другие урегулированные законом процедуры деятельности суда. В отношении же судебного прецедента это понятие сводится исключительно к осуществлению правосудия, урегулированному процессуальными нормами.

Третьим характерным признаком судебного прецедента является обязательность его применения. Степень обязательности зависит от уровня суда, создавшего прецедент, и положения суда, его применяющего. Так, например, решения Верховного Суда США являются обязательными для нижестоящих судов (так называемое «жесткое» правило действия прецедента), тогда как сам Верховный Суд не считает себя связанным в своих решениях собственными прецедентами<sup>1</sup> («мягкий» подход к правилу действия прецедента). В английской правовой доктрине сформировалось следующее правило прецедента: каждый суд должен следовать решению вышестоящего суда, а апелляционные суды (кроме Палаты лордов) — своим собственным предыдущим решениям<sup>2</sup>.

Следует заметить, что высказываются мнения о том, что данный признак судебного прецедента не является определяющим, и наряду с обязательными прецедентами можно выделять толковательный, убеждающий, информационный прецеденты<sup>3</sup>. Полагаем, что такой подход к сущности судебного прецедента является неверным, поскольку он стирает различия между «судебным казусом» и «судебным прецедентом», придавая любому решению суда то или иное прецедентное значение, которого многие

---

<sup>1</sup> См.: Орлов, А. В. Верховный Суд США в системе государственных органов и его роль в формировании прецедентного права // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. 2010. № 18. С. 22.

<sup>2</sup> См.: Кросс, Р. Прецедент в английском праве. Пер. с англ. / Под общ. ред. Ф. М. Решетников. М.: Юрид. лит., 1985. С. 28.

<sup>3</sup> См.: Ястржембский, И. А. Современное понимание сущности судебного прецедента // Lex russica (Русский закон). 2004. № 1. С. 352–353.

судебные решения фактически лишены. Более того, размываются границы признания судебного прецедента источником права.

Обязательность судебного усмотрения, являющегося решением суда (судьи), зависит от той формы, в которую оно облечено, и характера полномочия судебной власти, в рамках которого оно принято, а также от статуса суда, принявшего данное решение. Общим правилом следует считать то, что результаты судебной дискреции обязательны к исполнению, поскольку она осуществляется носителем судебной власти. Но возможны случаи, когда результат внепроцессуального усмотрения суда получает такое оформление, которое придает ему рекомендательный характер. В частности, много споров ведется относительно обязательности учета правовых позиций, содержащихся в Постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, посвященных разъяснению практики применения какого-либо законодательства и выражающих правоинтерпретационное усмотрение данного суда. Конституционное положение ч. 1 ст. 120, утверждающее, что судьи независимы и подчиняются только Конституции России и федеральному закону, не предполагает обязательности для судей разъяснений по вопросам судебной практики, данных Верховным Судом РФ. В ст. 126 Конституции РФ и в федеральном конституционном законе «О Верховном Суде РФ»<sup>1</sup> обязательность соответствующих актов прямо не закреплена. Но фактическое положение вещей требует от судей учитывать правовые позиции Верховного Суда РФ, затрагивающие рассматриваемые категории дел и выраженные в постановлениях Пленума.

Неоднозначно можно оценить и уровень обязательности правотворческого усмотрения Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ, выраженного в законодательной инициативе данных органов. С одной стороны, результат такого усмотрения обязателен, поскольку законодательная процедура не предполагает отказа субъекту права

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. (в ред. от 2 августа 2019 г.) № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 550; 2019. № 31. Ст. 4413.

законодательной инициативы в рассмотрении предложенного им законопроекта. Но с другой стороны, правотворческое усмотрение названных органов не исчерпывается самим фактом обращения в законодательный орган. Большая часть усмотрения — это сам проект закона, предлагаемый указанными судами, который может быть как принят, так и отклонен.

Аналогично судебному прецеденту обязательность результатов процессуального судебного усмотрения зависит от уровня суда, реализовавшего соответствующее полномочие. В соответствии со ст. 6 Закона «О судебной системе РФ»<sup>1</sup> вступившие в законную силу постановления федеральных судов, судов субъектов РФ и мировых судей (в этой части подразумеваются судебные акты, принятые в рамках соответствующих судопроизводств), а также их законные распоряжения, требования и другие обращения обязательны для всех субъектов российского права и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории России. С этой точки зрения все судебные акты обладают равной степенью обязательности. Что касается самих судов, входящих в судебную систему, то для них обязательность тех или иных судебных актов определяется, исходя из положений соответствующего процессуального законодательства, и зависит от процессуальных полномочий суда, их вынесшего. В частности, учитывается инстанционность судопроизводств, предполагающая, что судебные акты вышестоящей судебной инстанции будут обязательны для нижестоящей (нижестоящих). Также используются правила преюдиции, установленные в процессуальном законодательстве. Высшее место в иерархии актов правосудия занимают решения Конституционного Суда РФ, хотя он в системе судебных инстанций не участвует.

Заключительным признаком судебного прецедента, на который обращают внимание исследователи, является то, что он подлежит официальному опубликованию. Для источника права, каковым является

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1; 2020. № 50 (часть 1). Ст. 8029.

судебный прецедент в некоторых правовых системах, доведение содержания соответствующего судебного решения до сведения правоприменителей является необходимостью.

Судебное усмотрение, выраженное в определенной форме, также, как правило, предается огласке, но требования, порядок и цели опубликования будут различаться в зависимости от вида судебного документа.

С учетом того, что решения Конституционного Суда РФ имеют важное значение для всех граждан российского государства, всех государственных и муниципальных органов, а также иных субъектов российского права, они подлежат официальному опубликованию. Осуществление правоприменительной деятельности без учета правовых позиций Конституционного Суда РФ, сформулированных им при осуществлении конституционного контроля в отношении подлежащих применению норм права, является недопустимым. В соответствии с действующим законодательством решения данного суда должны быть незамедлительно опубликованы в официальных изданиях органов государственной власти Российской Федерации и ее субъектов, которых касается это решение. Но в любом случае оно должно быть размещено на официальном сайте Конституционного Суда Российской Федерации (ст. 78 Закона «О Конституционном Суде РФ»<sup>1</sup>) и в «Собрании законодательства Российской Федерации» (ст. 7, 8 закона<sup>2</sup>).

Другой высший судебный орган Российской Федерации — Верховный Суд также имеет собственное официальное издание «Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации» (ст. 20 закона<sup>3</sup>). В названном печатном издании публикуются постановления Пленума Верховного Суда РФ, в том

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5045.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 14 июня 1994 г. (в ред. от 1 мая 2019 г.) № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» // СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 801; 2019. № 18. Ст. 2207.

<sup>3</sup> См.: Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. (в ред. от 2 августа 2019 г.) № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 550; 2019. № 31. Ст. 4413.

числе содержащие разъяснения вопросов судебной практики (пункт 3.1.1 Регламента Верховного Суда РФ<sup>1</sup>). В постановлениях Пленума может быть выражено правотворческое и правоинтерпретационное усмотрение Верховного Суда, но не процессуальное. Официальное нормативное толкование действующего законодательства, данное этим судебным органом, должно быть доведено до сведения нижестоящих судов и иных правоприменителей, чтобы они руководствовались им в своей практике.

Судебные акты, вынесенные Верховным Судом в рамках осуществляемых им видов судопроизводств, не всегда публикуются в печатных изданиях. Это обусловлено тем, что количество таких актов значительно выше, чем у Конституционного Суда РФ. Поэтому они подлежат обнародованию в другой форме — путем размещения в сети «Интернет». Это же требование, обеспечивающее доступность информации о деятельности судебной системы, распространяется на все суды, действующие в России, а также на органы судейского сообщества, Судебный департамент и его органы<sup>2</sup>. Цель публикации таких судебных актов несколько иная. Размещение информации о деятельности судов в открытом доступе, в том числе в сети Интернет, призвано обеспечить реализацию конституционного принципа открытого разбирательства дел во всех судах (ч. 1 ст. 123 Конституции РФ), что является инструментом общественного контроля за функционированием государства и отдельных его систем.

Общей чертой судебного прецедента и судебного усмотрения в данном контексте является то, что они представляют собой содержательную сторону тех актов суда, которые публикуются.

Исходя из совокупности названных признаков, судебный прецедент определяется, как решение высшего судебного органа по конкретному делу,

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 7 августа 2014 г. (в ред. от 12 сентября 2019 г.) № 2 «Об утверждении Регламента Верховного Суда Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 10; 2019. № 11.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6217; 2020. № 50 (часть 3). Ст. 8074.

вынесенное в рамках определенной юридической процедуры (судопроизводства), содержащее правовое положение, опубликованное в официальных источниках и обладающее обязательностью применения для аналогичных дел в будущем<sup>1</sup>. С таким пониманием судебного прецедента, разделяемым рядом ученых<sup>2</sup>, следует согласиться. Однако распространение данного понятия на решения высших судебных органов РФ представляется неверным, поскольку они обладают не всей совокупностью существенных качеств, присущих прецеденту.

Обычно признаками судебного прецедента наделяют решения Конституционного Суда РФ<sup>3</sup>, постановления Пленума и Президиума Верховного Суда РФ<sup>4</sup>, а также судебную практику других его подразделений<sup>5</sup>. Рассмотрим подробнее, каких необходимых качеств судебного прецедента лишены решения названных судов.

Решения Конституционного Суда РФ принимаются по конкретному делу, обладают высшей степенью обязательности и подлежат официальному опубликованию. Однако признак обязательности судебного прецедента предполагает, что на его основе будут решаться дела, аналогичные тому делу, по которому принято прецедентное решение. Компетенция Конституционного Суда РФ специфична по отношению к компетенции всех других судов. В соответствии с ч. 3–4 ст. 3 Закона «О Конституционном Суде РФ» данный орган в процессе судопроизводства решает исключительно вопросы права и воздерживается от установления и исследования фактических обстоятельств, когда это входит в компетенцию других судов. Следовательно, изложив в судебном акте решение правовых вопросов,

<sup>1</sup> См.: Гук, П. А. Судебный прецедент: теория и практика. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2009. С. 47.

<sup>2</sup> См. например: Бобылев, А. И. Источники (формы) права // Право и государство: теория и практика. 2005. № 1. С. 12–13; Власова, Т. В. Прецедентное право Англии: Теоретико-сравнительный анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 8; Ображиев, К. В. Судебный прецедент как источник уголовного права России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2002. С. 9–10 и др.

<sup>3</sup> См.: Зорькин, В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3–4.

<sup>4</sup> См.: Бавсун, М. В., Баландюк, В. Н., Спиридонов, А. П. Влияние прецедентных решений Верховного Суда Российской Федерации на правоприменительную деятельность // Научный вестник Омской академии МВД России. 2014. № 1. С. 3.

<sup>5</sup> См.: Бавсун, М. В., Баландюк, В. Н., Спиридонов, А. П. Указ. соч. С. 4; Ображиев, К. В. Судебный прецедент как источник уголовного права России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2002. С. 9.

Конституционный Суд РФ не создает образца, по которому все иные суды могли бы решить конкретное дело, включающее наряду с вопросами права и фактические вопросы.

Полагаем, что форма участия Конституционного Суда в правотворчестве несколько иная, нежели создание судебных прецедентов. И речь в данном случае не о праве законодательной инициативы, принадлежащему этому суду. Представляется, что в тех решениях, в которых Конституционный Суд РФ требует от законодателя внесения изменений в действующие нормативно-правовые акты, в связи с признанием правовой нормы противоречащей Конституции РФ, и при этом устанавливает правила, которыми надлежит руководствоваться правоприменителям до внесения соответствующих изменений<sup>1</sup>, он фактически создает новую временную норму права и одновременно — «проект» будущей нормы законодательства (поскольку правовые позиции Конституционного Суда РФ являются обязательными для законодателя, последний должен будет взять за основу временную норму, предложенную Судом). Полагаем, что **полномочие Конституционного Суда РФ при признании законодательных норм противоречащими Основному закону, формулировать нормативно-правовые предписания, действующие до внесения соответствующих изменений в законодательство, можно отдельно закрепить в законе «О Конституционном Суде РФ».**

Постановления Пленума Верховного Суда РФ также не соответствуют всем признакам судебного прецедента. Во-первых, прецедентом является решение суда по конкретному делу, а Пленум Верховного Суда РФ не обладает полномочиями на рассмотрение конкретных уголовных, гражданских, административных дел или экономических споров. Позиция Верховного Суда РФ, которая находит отражение в постановлениях Пленума, формируется в процессе рассмотрения материалов анализа и обобщения

---

<sup>1</sup> См. например: Постановление Конституционного Суда РФ от 5 марта 2020 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности подпунктов 4 и 5 пункта 1 и пункта статьи 57 Земельного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки И. С. Бутримовой» // СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1639.

судебной практики, а не в процессе исследования обстоятельств конкретного дела. Во-вторых, судебный прецедент, как источник права, содержит новую правовую норму (за исключением прецедентов толкования, также включаемых в систему прецедентного права англосаксонской правовой семьи). Верховный Суд РФ самостоятельно новых правовых норм не создает. Он либо интерпретирует уже существующие, или разрабатывает проекты законов (в рамках реализации права законодательной инициативы), которые рассматривает и принимает законодательный орган. В связи с этим сложно согласиться с представителями отраслевых юридических наук, отмечающих, что Пленум Верховного Суда РФ подправляет положения, например уголовного законодательства, и фактически создает новые правовые нормы<sup>1</sup>. В результате принятия разъясняющих постановлений Пленума Верховного Суда РФ «подправляется» не правовая норма, а практика ее применения, иногда весьма существенно. Изменения в практике применения определенных норм права, связанные с принятием Пленумом соответствующих разъяснений, не являются свидетельством создания новых правовых норм. Такие изменения могут быть обусловлены тем, что предыдущая правоприменительная практика складывалась на основе ошибочного понимания норм действующего законодательства, была противоречивой, негативно сказывалась на развитии общественных отношений. Следует согласиться с А. С. Пиголкиным, указывающим, что правотворчество и официальное нормативное толкование юридических норм — это понятия несовпадающие, поскольку нормативные разъяснения не должны содержать новых самостоятельных норм. Акты толкования должны уточнять, объяснять и конкретизировать положения интерпретируемого законодательства<sup>2</sup>.

Исходя из названных обстоятельств, можно сделать вывод, что

---

<sup>1</sup> См., например: *Коняхин, В. П.* Источники уголовно-правовых норм Общей части // Правоведение. 1988. № 1. С. 42–43; *Лопашенко, Н. А.* Толкование Пленумом Верховного Суда РФ норм об ответственности за незаконное предпринимательство и легализацию // Уголовное право. 2005. № 2. С. 41 и др.

<sup>2</sup> См.: Закон: создание и толкование / Под ред. А. С. Пиголкина. М.: Спарк, 1998. С. 68–69.

реализуемое в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ судебное усмотрение не создает судебных прецедентов, являющихся формой права.

Определенной схожестью с судебными прецедентами обладают постановления Президиума Верховного Суда РФ. Здесь следует обратить внимание на две группы постановлений:

а) постановления, принимаемые Президиумом в рамках процессуальных полномочий, установленных п. 1 ч. 1 ст. 7 закона «О Верховном Суде РФ» и соответствующим процессуальным законодательством. В эту группу входят постановления, выносимые по результатам проверки вступивших в законную силу судебных актов в порядке надзора и пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в порядке возобновления производства по новым или вновь открывшимся обстоятельствам;

б) постановления, принимаемые Президиумом в рамках полномочия, предусмотренного п. 7 ч. 1 ст. 7 Закона «О Верховном Суде РФ», — рассматривать отдельные вопросы судебной практики. Реализуя данное полномочие, Президиум Верховного Суда РФ утверждает обзоры судебной практики.

В первой группе постановлений особого внимания заслуживают те, которые принимаются Президиумом в качестве суда надзорной инстанции. Такие постановления являются правоприменительными актами и выносятся по результатам рассмотрения конкретного дела. Однако, как и в случае с решениями Конституционного Суда РФ, возможность использования их в качестве образца при решении «аналогичных» дел — условна. Это объясняется характером полномочий надзорной инстанции, выступающей судебной-проверочной стадией, деятельность которой направлена не столько на сам правовой спор, сколько на проверку правильности применения и толкования норм материального и процессуального права нижестоящими судебными инстанциями (ч. 2 ст. 391.12 ГПК РФ, ч. 2 ст. 342 КАС РФ, ч. 2 ст. 308.11 АПК РФ, ч. 1 ст. 412.12 УПК РФ). В связи с этим аналогичным делом,

к которому можно применить созданный образец, будет не разрешение по существу гражданского, административного, уголовного дела или экономического спора, а проверочная деятельность суда кассационной инстанции, обладающего сходными полномочиями. Еще одним аспектом, отличающим рассматриваемые постановления от судебного прецедента, является обязательность содержащихся в них указаний Президиума Верховного Суда РФ, которая носит не общий, а конкретный характер. В соответствии с нормами процессуальных кодексов, такие указания обязательны для суда, вновь рассматривающего дело (ч. 4 ст. 391.12 ГПК РФ, ч. 5 ст. 342 КАС РФ, ч. 5 ст. 308.11 АПК РФ, ч. 2 ст. 412.12 УПК РФ). Причем в Гражданском процессуальном кодексе РФ и Кодексе административного судопроизводства РФ эта норма сформулирована более конкретно — указания о толковании закона. Также следует отметить, что постановления Президиума Верховного Суда РФ не подлежат официальному опубликованию в обязательном порядке, характерном для нормативно-правовых актов. Они могут быть обнародованы согласно требованиям федерального закона<sup>1</sup> путем размещения в информационной базе судебных актов в сети Интернет.

Названные признаки указывают на то, что постановления Президиума Верховного Суда РФ, принимаемые в рамках процессуальных полномочий, не содержат новых правовых норм и с позиции источников права считаться судебным прецедентом не могут.

Вторую группу постановлений Президиума Верховного Суда РФ образуют те, которыми данный орган утверждает обзоры судебной практики. Верховным Судом РФ в зависимости от состояния правоприменительной практики, важности правового регулирования тех или иных сфер общественных отношений могут формироваться тематические<sup>2</sup> и

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6217; 2020. № 50 (часть 3). Ст. 8074.

<sup>2</sup> См. например: «Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения законодательства о хозяйственных обществах», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2019 г. //

периодические обзоры судебной практики<sup>1</sup> (с использованием результатов обобщения практики судебными коллегиями Верховного Суда РФ). Целями таких обзоров является обеспечение единообразного применения действующего законодательства, а также исключение ошибок при рассмотрении конкретных дел. По своей сути обзоры судебной практики аналогичны разъяснениям, содержащимся в Постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, и являются актами толкования правовых норм. Специфика обзоров судебной практики заключается в том, что это акты не нормативного, а казуального толкования, содержащие примеры разрешения конкретных дел и допускаемых судами ошибок. Отсутствие в постановлениях Президиума и Пленума новых правовых норм в определенной мере подтвердил и законодатель. Он отнес к числу новых обстоятельств, являющихся основанием для пересмотра вступивших в законную силу судебных актов, постановления Пленума или Президиума Верховного Суда РФ, которыми определяется или изменяется *практика применения правовой нормы* (п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 350 КАС РФ, п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ). Такая формулировка подтверждает, что вводить в действие новые нормы права такие постановления не могут.

Еще одним доводом, подтверждающим отсутствие у обзоров судебной практики значения судебного прецедента, является процесс их опубликования. Законодательство не устанавливает четких требований к обязательности, источникам и срокам официального опубликования обзоров судебной практики. Так, например, утвержденный в декабре 2018 г. обзор судебной практики Верховного Суда РФ был опубликован только в августе

---

Бюллетень Верховного Суда РФ. 2020. № 5 (май); «Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19)» № 1 и № 2, утв. соответственно Постановлениями Президиума Верховного Суда РФ от 21 апреля 2020 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2020. № 5 (май); и от 30 апреля 2020 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2020. № 6 (июнь).

<sup>1</sup> См. например: «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 за 2019 год», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2019 г. // Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11 января 2021 г.).

2019 г.<sup>1</sup>. Такой временной разрыв между моментом принятия решения и датой его опубликования едва ли допустим для судебного прецедента.

Изложенные обстоятельства позволяют сделать вывод, что относящиеся и к первой, и ко второй группе постановления Президиума Верховного Суда РФ не являются судебными прецедентами, содержащими новые, самостоятельные нормы права. Их можно относить к прецедентам толкования, значение которых в романо-германских правовых системах, и в частности в российской, значительно отличается от значения аналогичных прецедентов англосаксонской правовой семьи (степень их обязательности, характер использования при рассмотрении других дел, значение с позиции юридической доктрины).

Таким образом, *усмотрение, реализуемое высшими судебными органами Российской Федерации, не создает правовых норм в форме судебного прецедента.*

Подводя краткий итог исследованию соотношения судебного усмотрения и судебного прецедента с позиции основных признаков прецедента, необходимо обозначить полученные результаты.

**1 признак.** *Судебное усмотрение — явление более общее, поскольку может быть реализовано любым органом судебной власти, а судебный прецедент создается только высшими.* При этом, как показало исследование решений высших судебных органов России, даже эти органы могут создавать судебные прецеденты далеко не во всех правовых системах.

**2 признак.** *Понятие необходимой юридической процедуры применительно к судебному усмотрению трактуется более широко, чем в отношении судебного прецедента.*

**3 признак.** *Уровень обязательности судебного усмотрения обусловлен органом, осуществляющим дискреционное полномочие, и формой выражения усмотрения и отличается от уровня обязательности, характерного для*

---

<sup>1</sup> См.: «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 за 2018 год», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 26 декабря 2018 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 8 (август).

*судебного прецедента.*

**4 признак.** Судебное усмотрение не всегда может быть заключено в такую форму, которая подлежит обязательному опубликованию, так же как и судебный прецедент, содержащийся в решении соответствующего суда.

Это указывает на то, что создание судебного прецедента — одна из особых разновидностей дискреции суда. Однако не только создание, но и применение судебных прецедентов привносит определенную специфику в усмотрение суда. К числу таких особенностей будут относиться следующие.

Во-первых, двойственный характер усмотрения суда, создающего судебный прецедент, включающий правоприменительную и правотворческую составляющие. Правоприменительный элемент заключается в том, что судья прежде всего должен разрешить конкретное дело, юридический спор, находящийся в его производстве. Для этого он толкует и применяет нормы Основного закона государства, в котором осуществляет свою деятельность. Особенностью государств с англосаксонской правовой системой является то, что Конституция в них может носить как писанный (США), так и неписанный характер, что означает отсутствие единого нормативного акта, содержащего конституционные нормы (Англия)<sup>1</sup>. Возможно применение норм иных законов (статутов), если они приняты по соответствующим вопросам. Также судьи в процессе создания судебного прецедента обращаются к правовым принципам, исторически сформировавшимся в праве данного государства. Немаловажное значение для судей в англосаксонских правовых системах имеют доктринальные источники<sup>2</sup>, и если они относятся к числу авторитетных книг, то ими также пользуются для разрешения конкретных дел. И, безусловно, судья обращается к ранее созданным судебным прецедентам. Однако их анализ может показать, что аналогичных споров в прошлом суды не

<sup>1</sup> См.: Чумак, Н., Рыбынок, М. Введение в английское право // Петербургский юрист. 2014. № 1. С. 142.

<sup>2</sup> См.: Горбунов, Е. И. Правовая доктрина как источник общего права // Бизнес в законе. 2011. № 6. С. 24.

рассматривали, либо предыдущий прецедент, по мнению судьи, не применим в данном случае или нуждается в корректировке. Последнее относится к случаям, когда судебный прецедент не обязателен для суда, рассматривающего дело. Например, как уже отмечалось ранее, Верховный Суд США не обязан следовать своим предыдущим решениям.

Таким образом, правоприменительное усмотрение судьи связано с реализацией правовых предписаний, содержащихся в названных источниках. Однако при принятии прецедентных решений судебное усмотрение не исчерпывается правоприменительной составляющей, оно включает в себя и правотворческое усмотрение. Как справедливо отмечает Т. В. Власова в отношении английских судей, — они должны знать с начала процесса, что не только разрешают конкретное дело, но и создают правовую норму для других правоприменителей<sup>1</sup>. Это предполагает, что судья должен стремиться так изложить мотивировку и сформулировать решение, чтобы последующим правоприменителям было проще извлечь правовую норму из судебного решения и применить ее в новом деле.

Во-вторых, при использовании судебного прецедента обладает спецификой такой элемент механизма формирования правоприменительного усмотрения, как выбор нормы права. Если в романо-германских правовых системах усмотрение правоприменителя заключается в выборе правовой нормы, подлежащей применению, то в англосаксонской правовой семье усмотрение судьи оказывается шире. Это обусловлено тем, что судебный прецедент не содержит правовой нормы в «чистом» виде. Судье следует не только выбрать подходящее прецедентное решение, а это, с учетом особенностей систематизации источников права, может оказаться сложнее само по себе, но и «извлечь» правовую норму из текста судебного решения. Для этого в решении необходимо выделить его правовую основу — *ratio decidendi*, которую можно определить как правоположение, применяемое

---

<sup>1</sup> См.: Власова, Т. В. Прецедентное право Англии: Теоретико-сравнительный анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 17.

судом к правовым вопросам, возникающим из установленных фактов, на котором основано решение<sup>1</sup>. Именно эта часть прецедентного решения образует то общее правило, которое должны применять судьи в последующем.

Проблема использования судебного прецедента заключается в том, что хотя в судебном решении выделяется правовая часть, как его составной элемент<sup>2</sup>, не все правоположения этой части можно отнести к *ratio decidendi*. *Ratio decidendi* образуют только те из сформулированных судьей правовых положений, которые он считает непосредственно необходимыми для своего решения, а все остальное будет являться — *obiter dictum* (попутно сказанным)<sup>3</sup>. Хотя «попутно сказанное» не включается в состав прецедентного права (например, английского), оно имеет убеждающее значение, подтверждая те или иные принципы, и зависит от престижа судьи и точности проведенного им анализа<sup>4</sup>.

Правильное определение в судебном решении названных двух частей, безусловно, зависит от опыта и профессионализма судьи, применяющего прецедент. И наряду с выбором самого прецедентного решения, определение в нем *ratio decidendi* — усмотрение судьи.

В-третьих, процесс юридической квалификации при применении прецедента также имеет особенности. В правоприменительном процессе стран с романо-германскими правовыми системами юридическая квалификация включает соотнесение частного с общим. Частным является установленная правоприменителем фактическая основа дела, в которой в процессе квалификации выделяются юридические факты (составы) и другие обстоятельства, влияющие на правовую оценку события или деяния. Общим — модель, заключенная в норме права и содержащая указания на

---

<sup>1</sup> См.: Волкер, Р. Английская судебная система (пер. с англ.). М.: Юрид. лит., 1980. С. 159.

<sup>2</sup> См.: Гук, П. А. Судебный прецедент: теория и практика. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2009. С. 48–49.

<sup>3</sup> См.: Кросс, Р. Прецедент в английском праве. Пер. с англ. / Под общ. ред. Ф. М. Решетников. М.: Юрид. лит., 1985. С. 56–57.

<sup>4</sup> См.: Давид, Р. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. С. 321.

юридические факты (составы), являющиеся основанием для применения данной нормы. Правоприменителю необходимо определить, станет ли по юридически значимым критериям частное тождественно общему, если его «избавить» от индивидуализирующих обстоятельств, не имеющих правового значения.

В процессе квалификации при применении судебного прецедента возможно использование двух методов. Первый метод в целом аналогичен применяемому в романо-германских правовых системах соотношению частного с общим. Особенность заключается в том, что в прецедентном праве правовые предписания носят не столь общий характер по сравнению с нормами, содержащимися в нормативно-правовых актах.

Второй используемый метод — метод аналогии. Он заключается в сравнении фактических обстоятельств прецедентного случая и рассматриваемого дела, выявлении в них общих черт и различий; в оценке различий с позиции их значения для существа рассматриваемого дела; в принятии решения о возможности использования данного прецедента<sup>1</sup>. То есть в рамках этого метода соотносится не частное с общим, а два конкретных случая, и определяется, являются ли они тождественными по юридически значимым критериям.

Возможность в процессе применения судебного прецедента выбирать метод юридической квалификации расширяет свободу усмотрения судей в рамках англосаксонских правовых систем (дополнительно реализуется дискреция, заложенная в самом выбранном методе). В романо-германских правовых системах такой выбор судьям недоступен, что сужает пределы судебного усмотрения.

Свобода судебного усмотрения не означает полного отсутствия его пределов. Поскольку судебный прецедент объединяет в себе правотворческое и правоприменительное усмотрение, то на него будут

---

<sup>1</sup> См.: *Петрова, Е. А.* Механизм судебного правотворчества: понятие и особенности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 3. С. 21.

распространяться пределы, характерные для этих двух видов дискреции, с учетом специфики соответствующей правовой системы. Так, если для российской правовой системы характерно такое ограничение правотворческого усмотрения, как официальное толкование Основного закона, данное Конституционным Судом, то для англосаксонской правовой семьи, в частности правовой системы США, создание судебного прецедента и толкование Конституции может быть единым усмотрением (например, содержаться в одном решении Верховного Суда США).

Обладает определенным своеобразием и такой предел правового усмотрения, как законность, распространяющийся в равной мере на правоприменительное и на правотворческое усмотрение. Если рассматривать с позиции правоприменительного усмотрения, то требование законности предполагает строгое следование соответствующего субъекта правовым предписаниям нормативно-правовых актов. При этом создание нормы права и ее применение осуществляются разными субъектами, и данные процессы разведены во времени.

В прецедентном праве судья может не иметь конкретной правовой нормы, требованиям которой он должен следовать (при отсутствии применимого прецедента). Свободу его правоприменительного усмотрения будут ограничивать общие правовые принципы, положения юридической доктрины, а конкретная правовая норма, необходимая для разрешения дела, будет создана им самим, и он же станет первым, кто ее применил. В этом случае правотворчество и правоприменение будет единым процессом, осуществляемым одним субъектом.

С точки зрения правотворчества принцип законности предполагает существование иерархии нормативно-правовых актов, в зависимости от их юридической силы. Соответственно, усмотрение субъекта, создающего нормативно-правовые акты, находящиеся на определенной ступени этой иерархии, ограничено положениями нормативно-правовых актов, обладающих большей юридической силой. Для создания судебных

прецедентов такого ограничения нет, поскольку суд, чьи решения обладают прецедентным характером, может разрешить любое дело, принятое им к своему производству, создав новый прецедент. Ограничение данного права связано с компетенцией разных судебных органов, которая в отсутствие законодательного регулирования не всегда четко разграничена.

Приведенные примеры демонстрируют, что в отношении судебного прецедента установлены границы, аналогичные пределам правотворческого и правоприменительного усмотрения, но действуют они с определенной спецификой, обусловленной двойственной природой судебного прецедента.

Исследование характерных свойств судебного прецедента, особенностей его создания и применения с позиции судебного усмотрения, а также его соотношения с дискрецией суда позволяют сделать вывод, что создание судебного прецедента является особой разновидностью усмотрения.

**Создание судебного прецедента — это особая разновидность усмотрения судебных органов, наделенных соответствующими полномочиями, сочетающего правоприменительный и правотворческий элементы, выраженного в форме официально опубликованного решения суда по конкретному делу, подлежащего использованию в качестве образца для разрешения аналогичных дел.**

Предложенное определение призвано дополнить имеющиеся знания о судебном прецеденте. Оно не должно противопоставляться имеющимся в науке трактовкам судебного прецедента, отражающим другие стороны данного феномена.

## **ГЛАВА 4. УСМОТРЕНИЕ СУБЪЕКТА ПРАВА ПРИ ВЫБОРЕ ФОРМЫ ПРАВОВОГО ПОВЕДЕНИЯ**

### **§ 1. Осуществление правового усмотрения субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями, в процессе реализации правовых норм**

Исследование правового усмотрения не может ограничиться его изучением только в рамках правотворческой и правоприменительной деятельности. В указанных сферах юридической деятельности правовая дискреция приобретает особое значение, поскольку ее результат, с одной стороны, определяет формы выражения объективного права и содержание его норм, а с другой стороны, влияет на особую властно-императивную форму реализации права — применение. Однако значительно большая часть юридического усмотрения осуществляется вне названных сфер: в иных формах реализации права и при выборе субъектом моделей правового поведения. Несмотря на это ученые традиционно уделяли больше внимания исследованию правоприменительного (административного, судебного или судейского) усмотрения, отмечая в качестве характеристик последнего его связь с соответствующими дискреционными полномочиями органа или должностного лица, осуществляющих применение права.

Ограничение дискреции исключительно сферой осуществления властных полномочий правоприменителем существенно обедняет категорию правового усмотрения, необоснованно исключая из нее важнейший тип дискреции — субъективно-поведенческое усмотрение, присущее каждому индивиду при выборе общей модели правового поведения, а также оставляя за пределами усмотрения лиц, осуществляемое в рамках иных форм реализации права. Между тем сам законодатель предполагает, что реализация прав граждан, осуществляемая вне правоприменительного процесса, является их усмотрением. Например, в семейном законодательстве

в качестве одного из общих положений закрепляется, что граждане по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им правами, вытекающими из семейных отношений (ст. 7 СК РФ). В Гражданском кодексе России законодатель употребляет термин «усмотрение» более 35 раз (14 раз в первой части, 3 раза во второй, 5 раз в третьей и 16 раз в четвертой), в том числе в ст. 9, устанавливающей общие положения осуществления гражданских прав. Это свидетельствует о том, что юридическое усмотрение осуществляется не только правоприменителями или субъектами, участвующими в правотворческой деятельности, но и другими лицами в рамках правореализационного процесса.

В связи с этим в данной части исследования представляется необходимым рассмотреть осуществление правового усмотрения субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями, в правореализационном процессе.

«Реализация права» — категория, достаточно устоявшаяся в отечественной юридической литературе. Под реализацией права понимают процесс претворения в жизнь правовых норм, выражающийся в реальных поступках и действиях (бездействии), соответствующих правилам поведения, закрепленным в юридических нормах<sup>1</sup>. Аналогичных взглядов придерживаются и в других странах, чья юридическая наука базируется на достижениях советской юриспруденции, например в Республике Беларусь<sup>2</sup>.

В вопросе о существующих формах реализации права спектр мнений шире. С одной стороны, господствующей в науке является точка зрения, согласно которой существует четыре формы реализации права: соблюдение,

<sup>1</sup> См. например: Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 327; Мельников, С. А. К вопросу о формах реализации права // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 6. С. 68–69; Морозова, Л. А. Особенности форм реализации прав и свобод личности // Актуальные проблемы государства и права. 2018. Т. 2. № 5. С. 6; Недбайло, П. Е. Применение советских правовых норм. М.: Госюриздат, 1960. С. 125; Общая теория права. Учебник / Дмитриев Ю. А., Казьмин И. Ф., Лазарев В. В., Лейст О. Э., и др.; Под общ. ред. А. С. Пиголкина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Изд-во МГТУ им. Баумана, 1996. С. 263 и др.

<sup>2</sup> См. например: Василевич, С. Г. Понятие и формы реализации правовых норм. Общая характеристика // Веснік БДУ. Сер. 3. 2013. № 2. С. 74.

исполнение, использование и применение<sup>1</sup>. С другой стороны, помимо названной предлагаются иные классификации форм реализации права.

Так, высказывалось мнение, что реализация права может происходить в различных формах: воздержание от действий, запрещенных законодательством, или активные действия по исполнению юридических обязанностей. Основной классификационный признак различных форм реализации права усматривался не в активности субъекта, а в том, реализуются ли правовые нормы в правоотношениях либо вне их<sup>2</sup>. При такой классификации исполнение юридической обязанности могло относиться как к первой форме, так и ко второй, т. е. осуществляться либо в рамках правоотношений, либо вне правоотношений.

На существование всего двух форм реализации права — беспрепятственную и применение, указывает А. В. Малько<sup>3</sup>. Также две формы реализации права предполагает и предложенное О. В. Белянской основание разграничения — участие в процессе реализации специально уполномоченного, обладающего властными полномочиями субъекта. Основываясь на данном критерии, можно различать непосредственную форму реализации права (в которой не участвует субъект, наделенный властными полномочиями) и правоприменительную<sup>4</sup>. Представляется, что такой подход к формам реализации права вполне справедливо акцентирует внимание на наличии (отсутствии) субъекта, наделенного властными полномочиями, отличающим применение от иных форм реализации права. Но при этом он абсолютно не учитывает различия, существующие между формами непосредственной реализации: соблюдением, исполнением,

<sup>1</sup> См.: *Василевич, С. Г.* Понятие и формы реализации правовых норм. Общая характеристика // *Веснік БДУ*. Сер. 3. 2013. № 2. С. 74; *Максимов, Г. Б.* Формы реализации права // *Право и практика*. 2014. № 2. С. 76; *Морозова, Л. А.* Особенности форм реализации прав и свобод личности // *Актуальные проблемы государства и права*. 2018. Т. 2. № 5. С. 6; *Орзих, М. Ф.* Реализация советской общественностью норм общенародного социалистического права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1966. С. 6 и др.

<sup>2</sup> См.: *Марксистско-ленинская общая теория государства и права* / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М.: Юридическая литература, 1973. С. 436–442.

<sup>3</sup> См.: *Малько, А. В.* Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристь, 2003. С. 189.

<sup>4</sup> См.: *Белянская, О. В.* Сущность и основные формы реализации права // *Правовая политика и правовая жизнь*. 2008. № 3. С. 117.

использованием. Даже с учетом сложности четкого выделения какой-либо формы реализации права, по причине их тесного переплетения, на которую указывают В. В. Лазарев и С. В. Липень<sup>1</sup>, полагаем, что более точно говорить о непосредственной реализации права как о *группе форм*, а не как о единой форме. Безусловно, существуют действия субъекта, сочетающие в себе несколько форм реализации права одновременно. Так, например, публикация лицом в средствах массовой информации своего мнения относительно сложившейся в обществе ситуации или деятельности должностных лиц, не содержащая запрещенных сведений, — это использование права на свободу слова и одновременно — соблюдение запретов (на публикацию призывов к насилию, заведомо ложной информации, сведений экстремистской направленности и т. п.). Но в случае необходимости такие действия поддаются анализу, и заинтересованные лица (в частности, правоохранительные органы) могут разграничить, где пределы использования права на свободу слова, а где соблюдение (нарушение) законодательно установленных запретов.

Еще одной классификацией является разграничение индивидуальной и коллективной форм реализации права. Под первой понимают активное или пассивное поведение субъекта, направленное на реализацию его прав и обязанностей. Коллективная форма реализации права предполагает необходимость вступления нескольких субъектов в правоотношения для достижения желаемого результата от реализации права<sup>2</sup>. Данная классификация не подменяет собой разграничение форм реализации права на соблюдение, исполнение, использование и может применяться совместно.

Среди форм реализации права предлагают выделять и самозащиту<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Лазарев, В. В., Липень, С. В. Теория государства и права. Учебник для вузов. 3-е изд., испр. и доп. М.: Спарк, 2004. С. 363.

<sup>2</sup> См.: Мельников, С. А. Самозащита как индивидуальная форма реализации права // Правовая политика и правовая жизнь. 2016. № 1. С. 146–147; Он же. Индивидуальная форма реализации права: понятие и виды // Юридическая гносеология. 2017. № 2. С. 17.

<sup>3</sup> См.: Григоров, А. А. Самозащита как форма реализации права // Образование и наука в современных условиях. 2016. № 2-2. С. 231–232; Мельников, С. А. Самозащита как индивидуальная форма реализации права // Правовая политика и правовая жизнь. 2016. № 1. С. 147.

Полагаем, что это внесет определенную сумятицу в представления о формах реализации права, поскольку сами авторы отмечают, что самозащита по своей сути представляет собой использование субъектом предоставленных ему законом возможностей, правомочий с целью избежать нарушения или восстановить нарушенное субъективное право. В ст. 12 ГК РФ самозащита определяется как один из способов защиты гражданских прав, а в ст. 14 закреплено, что ее способы должны быть соразмерными нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения. Комплексный характер самозащиты означает, что входящие в нее правомерные, необходимые для защиты, действия лица, которые оно осуществляет в форме использования соответствующих прав, одновременно предполагают соблюдение требования соразмерности. Следовательно, самозащита может объединять в себе как использование права, так и его соблюдение. Получается, что традиционно выделяемые формы реализации права и самозащита — явления разного порядка, а значит, включать ее в число форм реализации права логически неверно.

Помимо рассмотрения тех форм, в которых установленные юридическими нормами правовые предписания претворяются в жизнь, к числу особых форм реализации права предлагают относить законотворчество. При этом законотворчество соотносят с правоприменением по субъекту, осуществляющему соответствующий вид деятельности (специальный субъект, наделенный необходимым комплексом полномочий), и процедурному характеру деятельности<sup>1</sup>. С этой точки зрения законотворческая и правоприменительная деятельность действительно обладают общими чертами. Однако принципиально различаются результаты законотворческого и правореализационного процессов. В первом случае результатом является новая правовая норма (нормы), выраженная в тексте

---

<sup>1</sup> См.: Степаненко, Р. Ф. Законотворчество как особая форма реализации права (общетеоретические и методологические проблемы) // Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики. Материалы XIV Международной научно-практической конференции. В 4-х томах. Тольятти: Издательство Волжского университета им. В. Н. Татищева, 2017. С. 57.

соответствующего нормативно-правового акта, а во втором — правомерное поведение участников общественных отношений.

В результате анализа рассмотренных точек зрения можно сделать вывод, что в основу исследования правового усмотрения субъектов, не обладающих государственно-властными полномочиями, целесообразно положить наиболее разработанный и обоснованный в настоящее время подход, различающий четыре формы реализации права: соблюдение, исполнение, использование и применение. Соответственно, предметом этой части исследования будут первые три формы<sup>1</sup>.

Наиболее общей формой реализации юридических норм является их *соблюдение*. Суть данной формы реализации определяется как отказ субъекта права от совершения действий, запрещенных юридическими предписаниями<sup>2</sup>. Основными специфическими чертами названной формы правореализации называют:

- пассивный характер поведения субъекта;
- универсальность (общность), т. е. реализация права в этой форме осуществляется всеми субъектами права;
- в данной форме реализуются правовые запреты;
- осуществляется вне конкретных отношений;
- как правило, происходит естественно для субъекта и не фиксируется<sup>3</sup>.

Необходимо отметить, что не все исследователи согласны с характеристикой соблюдения как пассивного поведения. В частности, А. В. Осипов указывал, что существует масса правовых норм, запрещающих бездействовать, а следовательно — соблюдение наряду с пассивным должно

<sup>1</sup> Вопросы о специфике юридического усмотрения при реализации права в непосредственных (беспрепятственных) формах изложены в следующих работах автора: *Никитин, А. А.* Формы реализации права и юридическое усмотрение // *Евразийский юридический журнал*. 2021. № 4. С. 61-64; *Его же.* Соблюдение права и правовое усмотрение // *Закон и право*. 2021. № 8. С. 44-47.

<sup>2</sup> См.: *Максимов, Г. Б.* Формы реализации права // *Право и практика*. 2014. № 2. С. 76

<sup>3</sup> См.: *Матузов, Н. И., Малько, А. В.* Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 329–330.

включать и активное начало<sup>1</sup>. Полагаем, что такой подход смешивает правовые нормы, обладающие разным характером: запретительные и обязывающие, а также разные формы их реализации. Следует уточнить, что А. В. Осипов в своих исследованиях фактически объединял соблюдение и исполнение, называя только три формы реализации права: соблюдение, использование и применение<sup>2</sup>. Правовое поведение субъекта регулируется целым комплексом правовых предписаний, действующих системно, а не изолированно друг от друга. Если, например, обратиться к анализу ст. 125 УК РФ «Оставление в опасности», то она устанавливает уголовную ответственность за заведомое оставление без помощи лица, находящегося в опасном для жизни или здоровья состоянии. Объективная сторона данного состава преступления выражается в форме бездействия<sup>3</sup>. Рассматривая названную статью в логике запрета бездействовать, можно действительно прийти к выводу, что ее соблюдение должно выражаться в активных действиях. Однако в самом тексте статьи указывается на привлечение к ответственности за бездействие лица, которое было обязано оказывать помощь человеку, оказавшемуся в опасном состоянии (например, в соответствии с семейным законодательством таким лицом может быть родитель, оставивший в опасном состоянии малолетнего). То есть рассматриваемая статья устанавливает не запрет бездействовать, а ответственность за неисполнение юридической обязанности, а значит — правомерная активность представляет собой *исполнение* соответствующей обязанности, а *не соблюдение* запрета.

Еще одним доводом, высказываемым противниками исключительно пассивного характера соблюдения права, является использование термина

---

<sup>1</sup> См.: Осипов, А. В. Понятие и характерные черты соблюдения норм права // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. С. 73.

<sup>2</sup> См.: Осипов, А. В. Соблюдение норм советского права как форма их реализации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1980. С. 11.

<sup>3</sup> См.: Ефремова, И. А., Копшева, К. О. Уголовное право (Особенная часть): курс лекций / И. А. Ефремова, К. О. Копшева; ФГБОУ «Саратовская государственная юридическая академия». Саратов: ИП Коваль Ю. В., 2014. С. 47.

«соблюдение» в законодательстве, в частности в Основном законе страны. Так, Конституция России в ч. 2 ст. 15 возлагает на граждан, их объединения, должностных лиц и иных субъектов обязанность *соблюдать* Конституцию и другие законы. Отмечается, что Основной закон, равно как и другие, содержит различные нормы, соблюдение которых не может исчерпываться исключительно пассивным поведением, бездействием<sup>1</sup>. С этим доводом также сложно согласиться. Во-первых, в законодательстве и в юридической литературе, не посвященной специально дифференциации форм реализации права, наблюдается достаточно свободное обращение с терминами «соблюдение» и «исполнение». Во-вторых, использование в Конституции термина «соблюдение» может быть обусловлено универсальным и общим характером данной формы реализации права. В-третьих, понятие «соблюдение» употребляется в положении Основного закона, устанавливающего общеправовой принцип законности (один из ее аспектов). Соответственно, следует его относить к соблюдению общего правового запрета на противоправное поведение, в том числе на: нарушение конституционных прав и свобод граждан, выход государственных органов и их должностных лиц за пределы установленных полномочий и т. п.

Исходя из приведенных доводов, можно сделать вывод, что соблюдением следует считать бездействие — отказ от совершения действий, прямо запрещенных юридическими нормами. Однако применительно к рассматриваемому признаку соблюдения необходимо сделать важную оговорку — при соблюдении нормы права поведение субъекта может быть пассивным только в части, касающейся отказа от совершения запрещенных действий, и активным в иных аспектах. Это обусловлено комплексным воздействием на поведение субъекта целой системы правовых норм, когда в его действиях сочетаются разные формы реализации права. Например, ст. 171 УК РФ установлена ответственность за незаконное

---

<sup>1</sup> См.: *Осинов, А. В.* Понятие и характерные черты соблюдения норм права // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. С. 73.

предпринимательство, которое может выражаться в осуществлении предпринимательской деятельности без регистрации или без лицензии (для тех видов деятельности, для которых она требуется). Это предполагает возможность привлечения к уголовной ответственности альтернативно или за неисполнение юридической обязанности зарегистрироваться в качестве предпринимателя, либо за несоблюдение установленного лицензионным законодательством относительного запрета на осуществление определенных видов хозяйственной деятельности. С позиции этой статьи законным будет являться активное поведение предпринимателя, исполнившего обязанность по прохождению процедуры государственной регистрации (возможно, также и другие обязанности, возлагаемые действующим законодательством), но одновременно *соблюдающего запрет* на осуществление без лицензии отдельных видов деятельности.

Таким образом, усмотрение субъекта при реализации норм права в форме соблюдения внешне будет выражено в виде воздержания от совершения запрещенных юридическими нормами действий.

Еще одной характерной чертой соблюдения норм права, нуждающейся в уточнении, является осуществление этой формы вне конкретных правоотношений. Действительно, значительная часть правовых запретов имеет абсолютный характер и реализуется в рамках соответствующей разновидности правовых отношений. Однако существуют и правовые запреты, которые должны соблюдаться в конкретных относительных правоотношениях. Так, например, п. 2 ст. 6 Кодекса судейской этики устанавливает для судей запрет на использование своего служебного положения для получения преимуществ в гражданско-правовых отношениях<sup>1</sup>. Судьи должны соблюдать данный запрет в каждом конкретном гражданско-правовом отношении, в которые они вступают. Несоблюдение судьей названного требования предоставляет другой стороне правового

---

<sup>1</sup> См.: Кодекс судейской этики (утв. VIII Всероссийским съездом судей 19 декабря 2012 г. (в ред. от 8 декабря 2016 г.)) // Бюллетень актов по судебной системе. 2013. № 2; Судья. 2017. № 1.

отношения возможность обратиться в соответствующую квалификационную коллегия судей с жалобой. Поэтому соблюдение может осуществляться как вне конкретных правоотношений, так и в их рамках.

С позиции юридического усмотрения важной чертой соблюдения права является то, что оно преимущественно является частью обычного естественного поведения субъекта и не подлежит специальной фиксации. Такое качество рассматриваемой формы реализации права предполагает, что содержащиеся в юридических нормах запреты полностью соотносятся с представлениями физических лиц (для органов, организаций — с представлениями их руководителей) о недопустимости совершения определенных действий, поступков. Полагаем, что большинство запрещенных уголовным законом действий: убийства, причинение вреда здоровью, похищения людей, кражи, грабежи и др. для основной части населения любого государства являются неприемлемыми не только в силу соответствующего юридического запрета, но и исходя из целой системы социальных, моральных, религиозных, культурных, семейных и иных установок, определяющих поведение людей. Более того, смысл таких запретов понятен и для лиц, преступивших по каким-то мотивам закон. Для них очевидно, что они совершают правонарушение (преступление).

Однако развитие общественных отношений, появление новых технологий заставляет законодателя вводить новые запреты, которые обладают исключительно правовым характером и не имеют связи с другими нормативно-ценностными системами, регулирующими поведение людей. Так, например, развитие безналичной системы расчетов и появление виртуальных платежных карт, которыми могли пользоваться анонимно (лица, не прошедшие в установленном законом порядке идентификацию), привело к тому, что они стали активно использоваться в противозаконных целях: для финансирования террористической или экстремистской деятельности; для легализации доходов, полученных преступным путем, в том числе от совершения коррупционных преступлений; для ухода от

налогов и т. п. Данные обстоятельства вынудили законодателя вносить коррективы в действующее законодательство, в частности в ст. 7 Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризму»<sup>1</sup>, вводя дополнительные запреты: на безналичные переводы физических лиц на сумму свыше 15 000 руб. без проведения идентификации клиента; на выплату выигрыша в лотерею на сумму свыше 15 000 руб. также без идентификации клиента и др.

Очевидно, что соблюдение новых правовых запретов, появляющихся в законодательстве, не всегда может происходить в рамках естественного, привычного поведения субъекта. От участников соответствующих отношений соблюдение новых правовых запретов требует их осмысления, уяснения содержания и смысла запретительного правового предписания. Чтобы соблюдение вновь установленных запретов вошло для таких лиц в привычку, требуется определенное время.

Полагаем, что исходя из этого возможно говорить о двух видах соблюдения: *общепривычном* (общественном) и *конкретно-волевом*.

В рамках общепривычного вида субъект соблюдает большинство установленных правовых запретов, особенно это характерно для соблюдения конституционных и уголовно-правовых запретов<sup>2</sup>. В совокупность запретов, соблюдаемых в общепривычном виде, входят такие группы:

а) традиционные для данного общества (предполагается, что не только для физических, но и для юридических лиц) запреты, обладающие общим характером, опосредованные правовыми нормами и воспринимаемые каждым субъектом как часть собственной системы ценностных установок, определяющей правовое поведение. Такие правовые запреты известны широкому кругу лиц;

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 7 августа 2001 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризму» // СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. 1). Ст. 3418; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5183.

<sup>2</sup> См.: *Волленко, Н. Н.* Реализация права: учеб. пособие. Волгоград: Изд-во Волгоград. ун-та, 2001. С. 14.

б) специфические правовые запреты, включая новые, характерные для определенных сфер деятельности, распространяющиеся на большинство субъектов. Они могут соблюдаться лицами, не являющимися участниками соответствующих отношений и недостаточно информированными о существовании данных запретов, а также об их сущности;

в) специфические правовые запреты, обладающие устоявшимся характером, присущие определенным сферам отношений. Указанные запреты в общепривычном виде соблюдаются субъектами, являющимися постоянными участниками соответствующих отношений.

Конкретно-волевое соблюдение предполагает, что субъект в конкретной ситуации принимает решение о воздержании от запрещенных действий исходя из уясненного им смысла правового предписания. Такой вид характерен для соблюдения новых для субъекта запретов. Причем сами запреты могли быть установлены достаточно давно, но стали известны данному лицу в связи с возникновением конкретной ситуации (например, началом новой профессиональной деятельности) перед принятием им решения о воздержании от запрещенных действий.

Вид соблюдения каждым субъектом определенного правового запрета (прежде всего, специфического) может меняться, поскольку со временем новый запрет становится привычным, а ранее известный и привычный может забываться, что потребует нового осмысления его требований.

Представляется, что в различных видах соблюдения выражаются разные типы правового усмотрения. Общепривычное соблюдение является одним из внешних проявлений *субъективно-поведенческого* правового усмотрения лица. Для данного типа усмотрения характерен выбор общей модели, вектора правового поведения лица на длительную перспективу без привязки к конкретным юридическим предписаниям и не связанный с решением определенного правового вопроса. В случае выбора субъектом правомерной модели поведения, он стремится избегать совершения действий, носящих, по его мнению, явно противоправный характер. При этом

в представление лица о противоправности тех или иных действий, помимо традиционных правовых запретов, постепенно встраиваются и специфические правовые запреты, неоднократно соблюдаемые им и характерные, например, для сферы его профессиональной деятельности.

Важной особенностью механизма формирования субъективно-поведенческого усмотрения, реализуемого в форме общепривычного соблюдения, является отсутствие элемента правовой квалификации. Имея представление о неприемлемости совершения того или иного действия, лицо, как правило, не стремится установить конкретную правовую норму, запрещающую его совершение.

Необходимо отметить, что значительная часть общепривычного соблюдения лицом правовых запретов *не имеет прямой связи с нормативным типом усмотрением*. Это относится, в том числе, к соблюдению специфических запретов, действующих в тех сферах отношений, в которых конкретное лицо не участвует. Существование соответствующих запретов, а также их смысл могут быть неизвестны субъекту, что означает отсутствие характерной для правового усмотрения интеллектуально-волевой составляющей при их соблюдении.

Конкретно-волевое соблюдение выражает *нормативное* правовое усмотрение субъекта. Для нормативного типа усмотрения характерно, что выбор юридического решения, варианта поведения делается лицом, исходя из содержания конкретной правовой нормы (нескольких взаимосвязанных норм). Процесс формирования усмотрения субъекта, выраженного в конкретно-волевом соблюдении, схож с механизмом формирования правоприменительного усмотрения (безусловно, с учетом особенностей, присущих разным формам реализации права). Субъекту необходимо установить фактическую основу той ситуации, в которой он оказался, и оценить, применим ли к ней соответствующий правовой запрет. Также для правильного уяснения того, какие именно действия или поступки признаны законодателем недопустимыми, лицу желательно ознакомиться с текстом,

формулирующим такое правовое предписание.

Для обеспечения максимального соблюдения вновь вводимых запретов законодателю необходимо обеспечить ясность смысла и четкость формулировок соответствующих правовых норм, отсутствие в них внутренних противоречий и коллизий с другими нормами права. Логичность требований государства воздержаться от тех или иных действий позволит соответствующему правовому запрету легче встроиться в систему ценностно-поведенческих установок субъекта права и реализовываться в рамках общеповеденческого соблюдения. Здесь можно привести обратный пример — введение нелогичного законодательного запрета, соблюдение которого могло сделать бессмысленным существование ряда других юридических норм. Так, в 2018 г. были приняты изменения в ст. 32 Лесного кодекса РФ<sup>1</sup> (далее ЛК РФ), вступившие в законную силу с 1 января 2019 г. и включившие в категорию недревесных ресурсов валежник<sup>2</sup>. Это позволило распространить на сбор и заготовку гражданами валежника положения ст. 33 ЛК РФ, регулирующие заготовку и сбор недревесных лесных ресурсов для собственных нужд. Реализация данных положений позволяет не только принести пользу гражданам, бесплатно получающим соответствующий ресурс, но и способствует обеспечению лесоохраны, поскольку валежник представляет собой потенциальный источник пожарной опасности, а также болезней и вредителей леса.

В соответствии с ч. 4 ст. 33 ЛК РФ порядок сбора и заготовки гражданами недревесных лесных ресурсов для собственных нужд устанавливается законами субъектов РФ. Регионы привели свое законодательство в соответствие с федеральным. В частности, законом Саратовской области от 26 июня 2018 г.<sup>3</sup> внесены изменения в региональный

---

<sup>1</sup> См.: Лесной кодекс Российской Федерации от 4 декабря 2006 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 200-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 50. Ст. 5278; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5130.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 18 апреля 2018 г. № 77-ФЗ «О внесении изменения в статью 32 Лесного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 17. Ст. 2426.

<sup>3</sup> См.: Закон Саратовской области от 26 июня 2018 г. № 65-ЗСО «О внесении изменений в статьи 4 и 5 Закона Саратовской области «Об использовании лесов гражданами для собственных нужд»» // URL: <http://docs.cntd.ru/document/467718292> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

закон «Об использовании лесов гражданами для собственных нужд»<sup>1</sup>. Статья 5 регионального закона дополнена п. 6, не устанавливающим ограничений в сборе и заготовке валежника, за исключением требования соблюдать правила санитарной и пожарной безопасности в лесах.

В Пензенской области в первоначальной редакции от 30 ноября 2018 г.<sup>2</sup> был введен запрет на использование при сборе валежника рубящего инструмента, пил и сучкорезов (ручных, бензомоторных и электрических), а также на сбор ветвей, стволов деревьев и кустарников, имеющих следы спиливания или срубания. Такой законодательный запрет с позиции решения задачи санитарной очистки леса представляется нелогичным, поскольку часть валежника, включающая большие ветви и стволы деревьев, вывоз которых из леса без распила существенно затруднен, осталась бы в лесу, создавая угрозу пожарной и санитарной безопасности. Столь же неестественно выглядит и требование выявлять у лежащих на земле ветвей и стволов деревьев следы спиливания или срубания. Очевидно, что соблюдение таких запретов не сочетается с привычным поведением человека, идущего в лес за дровами с топором (пилой).

Следует отметить, что указанные запреты просуществовали всего лишь 4 месяца, и уже в апреле 2019 г. региональным законом было разрешено пользоваться при сборе валежника ручным инструментом, а также устранен запрет на сбор ветвей и стволов деревьев, имеющих следы спиливания (срубания)<sup>3</sup>.

Исходя из этого, не следует излишне часто прибегать к использованию запретов в правовом регулировании. Недопустимыми с юридической точки

---

<sup>1</sup> См.: Закон Саратовской области от 28 июня 2007 г. (в ред. от 26 марта 2020 г.) № 119-ЗСО «Об использовании лесов гражданами для собственных нужд» // URL: <http://docs.cntd.ru/document/933009925> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

<sup>2</sup> См.: Закон Пензенской области от 30 ноября 2018 г. № 3265-ЗПО «О внесении изменений в Закон Пензенской области «О некоторых вопросах, связанных с реализацией в Пензенской области отдельных положений Лесного кодекса Российской Федерации»» // URL: <http://www.zspo.ru/legislative/acts/52148/> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

<sup>3</sup> См.: Закон Пензенской области от 3 апреля 2019 г. № 3318-ЗПО «О внесении изменения в Закон Пензенской области «О некоторых вопросах, связанных с реализацией в Пензенской области отдельных положений Лесного кодекса Российской Федерации»» // URL: <http://www.zspo.ru/legislative/acts/55859/> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

зрения должны признаваться те действия и поступки субъектов, которые действительно наносят или способны нанести ущерб нормальному развитию общественных отношений. Уменьшение количества правовых запрещений позволит более эффективно организовать работу по контролю за соблюдением оставшихся наиболее важных запретов.

Следующей формой реализации правовых норм является *исполнение*. Под исполнением как формой реализации права понимают активные действия субъекта, направленные на осуществление возложенных на него юридических обязанностей<sup>1</sup>. При разнице подходов к определению «исполнения права» большинство авторов выделяет в качестве характерных черт данной формы реализации права следующие:

— она предполагает активное поведение субъекта, совершение им определенных действий;

— в такой форме осуществляются юридические обязанности<sup>2</sup>.

Названные характеристики являются наиболее заметными отличиями данной формы реализации права от предыдущей. Однако помимо них выделяют и другие особенности, присущие исполнению права. Так, М. К. Маликов в дополнение к указанным качествам называет следующие: субъект обязан исполнить правовое предписание независимо от личного отношения к нему; исполнение права вытекает из его обязательного государственно-волевого характера, а значит, исполнение обязанности может обеспечиваться принудительной силой государства; исполнение права отражается в определенном документе<sup>3</sup>.

В целом можно согласиться с наличием у исполнения права перечисленных дополнительных свойств. Следует только обратить внимание,

<sup>1</sup> См.: Дологова, В. В. Некоторые особенности использования категории «исполнение» в правотворческой и правореализующей деятельности // Вестник Владимирского юридического института. 2010. № 4. С. 94.

<sup>2</sup> См.: Жинкин, С. А. Теория государства и права: конспект лекций / С. А. Жинкин. Ростов-на-Дону: Феникс, 2002. С. 159–160; Матузов, Н. И., Малько, А. В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 330; Машкин, А. В. Исполнение как форма реализации права в Российской Федерации // Вестник Российского государственного торгово-экономического университета. 2009. № 9. С. 134; Хропанюк, В. Н. Теория государства и права. Учебник для высших учебных заведений / В. Н. Хропанюк; под ред. проф. В. Г. Стрекозов. 3-е изд., доп., испр. М.: Изд-во «Интерстиль»; «Омега-Л», 2008. С. 257 и др.

<sup>3</sup> См.: Маликов, М. К. Проблемы реализации права. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1988. С. 70.

что оформление, фиксация действия (действий), направленных на осуществление юридической обязанности, — это распространенный, но не обязательный признак исполнения. На данное обстоятельство указывает, в частности, Ю. В. Грачева, рассматривая исполнение уголовно-правовых обязанностей<sup>1</sup> (например, ст. 125 УК РФ обязывает одно лицо оказывать помощь другому, если само поставило последнего в опасное для жизни или здоровья состояние).

С позиции правового усмотрения исполнение юридических норм является выражением нормативного типа дискреции. То есть субъект не может одновременно исполнять все юридические обязанности, возлагаемые на него нормами права, как это происходит при соблюдении запретов. Он должен осуществить определенные активные действия, составляющие содержание той или иной обязанности, а это предполагает необходимость соотнесения выполняемых действий с конкретным правовым предписанием.

Механизм формирования усмотрения субъекта, выраженного в форме исполнения обязывающей нормы, обладает значительным сходством с механизмом формирования правоприменительного усмотрения. Для лица, готовящегося исполнить юридическую обязанность, важно правильно установить и оценить обстоятельства, составляющие фактическую основу, а также верно квалифицировать их. К числу таких обстоятельств относятся следующие.

Во-первых, действительно ли, исходя из имеющихся фактических данных, на лицо возлагается определенная юридическая обязанность. Такой вопрос может возникнуть, например, в связи с изменениями действующего законодательства, регулирующего обычные для субъекта правовые отношения. В частности, абз. 3 п. 8 Основных положений по допуску транспортных средств к эксплуатации и обязанности должностных лиц по

---

<sup>1</sup> См.: Грачева, Ю. В. Соблюдение и исполнение как самостоятельные формы реализации уголовно-правовых норм // Актуальные проблемы российского права. 2009. № 3. С. 393.

обеспечению безопасности дорожного движения<sup>1</sup> предусматривал обязанность установки на транспортном средстве знака «шипы», в случаях использования соответствующих автомобильных покрышек. Соответственно, для большинства водителей стало привычным исполнение обязанности по установке соответствующего знака на автомобиль при замене «летней» резины на «зимнюю». Однако в ноябре 2018 г. данную обязанность отменили<sup>2</sup>. Следовательно, субъекту, полагающему в силу привычки или иных причин себя юридически обязанным, целесообразно проверять, действительно ли существует эта обязанность.

Во-вторых, субъектный состав правовых отношений, в рамках которых лицо является юридически обязанным. Для правильной оценки того, какие действия необходимо совершить лицу во исполнение обязанности, необходимо установить, является ли он единоличным ее исполнителем или данная конкретная обязанность распространяется на несколько субъектов. Если в правоотношении со стороны обязанных лиц присутствует несколько субъектов, то следует выяснить, каков характер распределения между ними ответственности за исполнение обязанности (долевой, солидарный или субсидиарный). Это позволит обязанному лицу оценить правомерность требований об исполнении обязанности, обращенных к нему со стороны управомоченного на это субъекта (об исполнении части или всей юридической обязанности, распространяющейся на несколько лиц). Здесь можно ориентироваться на правила, установленные ст. 323–325 ГК РФ, регулирующие исполнение солидарной обязанности. Помимо нескольких обязанных лиц в правоотношении может присутствовать и множественность лиц, управомоченных требовать исполнения этой обязанности. Это

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Правительства РФ от 23 октября 1993 г. (в ред. от 31 декабря 2020 г.) № 1090 «О правилах дорожного движения» (вместе с «Основными положениями по допуску транспортных средств к эксплуатации и обязанности должностных лиц по обеспечению безопасности дорожного движения») // Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. 1993. № 47. Ст. 4531; СЗ РФ. 2021. № 2 (часть 2). Ст. 465.

<sup>2</sup> См.: Постановление Правительства РФ от 24 ноября 2018 г. № 1414 «О внесении изменений в постановление Совета Министров – Правительства Российской Федерации от 23 октября 1993 г. № 1090» // СЗ РФ. 2018. № 49 (часть 6). Ст. 7618.

обстоятельство также имеет для обязанного лица существенное значение, поскольку позволяет ему определить, перед кем и в каком объеме он должен исполнить свою обязанность.

В-третьих, необходимо определить, допускает ли фактическая обстановка и правовое предписание юридической нормы (норм) альтернативное исполнение обязанности. Так, ч. 3 ст. 59 Конституции РФ устанавливает возможность альтернативного исполнения предусмотренной данной статьей обязанности защиты Отечества (несения военной службы). До принятия закона «Об альтернативной гражданской службе»<sup>1</sup> у лиц, на которых распространяется названная конституционная обязанность, фактически отсутствовала возможность ее альтернативного исполнения.

В-четвертых, исходя из фактической ситуации целесообразно определить, не предполагает ли действующее законодательство каких-либо исключений в отношении исполнения определенной обязанности. Например, в ст. 56 Налогового кодекса РФ<sup>2</sup> (далее НК РФ) предусматривается возможность установления льгот по налогам и сборам, которые представляют собой преимущества отдельных категорий налогоплательщиков перед другими, допускающие неисполнение обязанности по уплате налога или сбора, либо исполнение ее не в полном объеме. В зависимости от уровня налога (федеральный, региональный, местный) льготы могут устанавливаться Налоговым кодексом РФ и региональным законодательством, либо решениями представительных органов местного самоуправления соответственно.

Выяснение названных обстоятельств сочетает в себе два элемента механизма формирования правового усмотрения при реализации права в форме исполнения: установление фактической основы и юридическую квалификацию.

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 25 июля 2002 г. (в ред. от 31 июля 2020 г.) № 113-ФЗ «Об альтернативной гражданской службе» // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3030; 2020. № 31 (часть 1). Ст. 5027.

<sup>2</sup> См.: Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31 июля 1998 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 146-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5133.

Для исполнения права важное значение имеет толкование (уяснение) соответствующей юридической обязанности, которое неофициально осуществляет обязанный субъект. Достижение целей, стоящих перед обязывающей нормой, обусловлено тем, насколько правильно будут определены действия, образующие осуществление конкретной юридической обязанности. Такие действия в правовой норме могут быть определены достаточно абстрактно, широко. Например, ст. 124 УК РФ устанавливает ответственность за неоказание помощи больному лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законом или со специальным правилом. Под обязанным лицом в данном случае подразумевается медицинский работник (врач, фельдшер, медсестра, соответствующий сотрудник службы спасения и т. д.)<sup>1</sup>. В обязанности указанных лиц, безусловно, входит большое количество профессиональных действий, с перечнем которых они знакомы. Чтобы не совершить названное преступление, они должны выбрать из всего перечня и исполнить необходимые в конкретной ситуации действия. В данном примере присутствует целая система разноуровневых норм (законов, ведомственных и локальных нормативно-правовых актов), устанавливающих обязанности субъекта, однако возможны ситуации, когда юридическая обязанность, сформулирована недостаточно четко и не имеет такой обширной правовой регламентации.

После уяснения смысла обязывающей нормы права субъект принимает решение, выражающееся в совершении действия (действий), направленного на исполнение возложенной на него юридической обязанности, являющегося внешней формой правореализационного усмотрения данного лица.

Третья форма реализации права — *использование*. В отличие от предыдущих форм, в которых реализуются правовые запреты и обязанности, использование — это форма реализации управомочивающих норм. И. Е. Сенников отмечает, что использование следует понимать как процесс

---

<sup>1</sup> См.: Ефремова, И. А., Копшева, К. О. Уголовное право Особенная часть): курс лекций / И. А. Ефремова, К. О. Копшева; ФГБОУ «Саратовская государственная юридическая академия». Саратов: ИП Коваль Ю. В., 2014. С. 46.

реализации правовых норм, содержащих разнообразные дозволения: субъективные права, юридические свободы, законные интересы и т. д.<sup>1</sup>

Наиболее важная, с позиции правового усмотрения, характерная черта использования юридических норм — добровольность. Субъект может по своему усмотрению выбрать наиболее подходящий для него вариант поведения, в том числе и отказаться от осуществления тех возможностей, которые предоставляют ему нормы права. С этой точки зрения в рамках правомерной модели поведения использование права дает субъекту большую свободу дискреции по сравнению с соблюдением и исполнением. Оговорка относительно правомерной модели поведения акцентирует внимание на то, что при соблюдении и исполнении субъект также может решить отказаться от реализации юридических предписаний в названных формах, однако это будет являться противоправным выбором.

В качестве признака, присущего использованию права, называют активный характер поведения субъекта в рамках этой формы. Г. Б. Максимов пишет, что использование права предусматривает активные действия управомоченного лица, направленные на осуществление субъективных прав и свобод этого лица<sup>2</sup>. Полагаем, что указывая на данное качество использования, необходимо делать оговорку — «если смысл самого права (свободы) не предполагает иного». На наш взгляд, существуют права человека, реализация которых возможна в форме пассивного поведения. Например, предусмотренное ч. 1 ст. 37 Конституции РФ право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Оно может быть реализовано как путем активных действий: освоение определенной профессии, трудоустройство и т. п., так и посредством отказа от их совершения. Бездействие в этом случае выражает способ, которым субъект распорядился своими способностями к труду, и не является противоправным.

---

<sup>1</sup> См.: Сенников, И. Е. Использование права как форма непосредственной реализации юридических норм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2003. С. 6.

<sup>2</sup> См.: Максимов, Г. Б. Формы реализации права // Право и практика. 2014. № 2. С. 76.

Еще одним свойством, отличающим использование права от соблюдения и исполнения, является направленность совершаемых действий — удовлетворение личных интересов субъекта<sup>1</sup>. Интересы лица, использующего право, лежат в плоскости приобретения определенных благ, ценностей. Именно рассматриваемая форма реализации права является основным способом приобретения и пользования социальными благами<sup>2</sup>. При реализации юридических норм в форме исполнения или соблюдения субъект должен совершить определенные действия либо отказаться от них вне зависимости от личной заинтересованности в результатах.

Указанная характеристика использования права включает в содержание усмотрения субъекта дополнительно ряд вопросов.

Во-первых, определение блага или ценности, которые можно приобрести в результате использования предоставленного права. Отдаленность результата использования права — получение лицом конкретных социальных или иных благ — от момента совершения им необходимых для этого действий может привести к утрате субъектом интереса воспользоваться соответствующим правом. Например, оценка избирателями возможности улучшения качества собственной жизни от деятельности избираемого лица влияет на активность использования ими соответствующего права. В частности, 9 сентября 2018 г. в дополнительных выборах депутата Саратовской городской думы пятого созыва по 7 избирательному округу приняло участие всего 10,48% избирателей<sup>3</sup>.

Во-вторых, соотнесение личного интереса с интересами других лиц и социума в целом. Отмечается, что действия, совершаемые в процессе использования права, должны обладать той или иной степенью социальной

---

<sup>1</sup> См.: Морозова, Л. А. Особенности форм реализации прав и свобод личности // Актуальные проблемы государства и права. 2018. Т. 2. № 5. С. 7.

<sup>2</sup> См.: Сенников, И. Е. Использование права как форма непосредственной реализации юридических норм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2003. С. 15.

<sup>3</sup> См.: Протокол дополнительных выборов депутата Саратовской городской думы пятого созыва по избирательному округу № 7 от 9 сентября 2018 года // Сайт Избирательной комиссии Саратовской области URL: [http://www.saratov избирком.ru/arkhiv-vyborov-i-referendumov/msu\\_protokols/MCY%202018.htm](http://www.saratov избирком.ru/arkhiv-vyborov-i-referendumov/msu_protokols/MCY%202018.htm) (дата обращения: 5 июня 2020 г.).

полезности<sup>1</sup> и не должны препятствовать удовлетворению законных интересов других лиц<sup>2</sup>. При несоблюдении данного требования и умышленном совершении поступков, препятствующих реализации прав иных субъектов, действия лица, формально правомерные, приобретут характер злоупотребления правом.

В-третьих, выбор субъективного права, реализация которого, по мнению управомоченного лица, позволит удовлетворить личный интерес наиболее эффективно. Законодательство может наделять лицо разными субъективными правами, ориентированными на удовлетворение одного интереса. Например, ч. 1 ст. 45 Конституции РФ закрепляет право граждан на государственную защиту прав и свобод, а ч. 1 ст. 46 — на судебную защиту. Соответственно, лицо, заинтересованное в защите собственного права, может выбрать, к использованию какого права прибегнуть: обратиться в суд или в иные государственные органы, призванные защищать права человека.

В-четвертых, субъекту необходимо определить, какие именно действия, направленные на удовлетворение личного интереса, допускает совершить соответствующее субъективное право. Содержание управомочивающих норм может носить более абстрактный характер, чем обязывающих норм и норм, устанавливающих правовые запреты. Это обусловлено тем, что соблюдение запретов и исполнение обязанностей, как правило, обеспечивается юридической ответственностью, основанием привлечения к которой является нарушение лицом соответствующего предписания.

Управомочивающие нормы предоставляют субъекту широкую свободу выбора вариантов действий, допускаемых правом и направленных на удовлетворение личного интереса. Например, закрепленное в ст. 42 Конституции РФ право на благоприятную окружающую среду предполагает

---

<sup>1</sup> См.: *Сенников, И. Е.* Использование права как форма непосредственной реализации юридических норм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2003. С. 7.

<sup>2</sup> См.: *Морозова, Л. А.* Особенности форм реализации прав и свобод личности // Актуальные проблемы государства и права. 2018. Т. 2. № 5. С. 7.

целый комплекс действий субъекта-носителя данного права и множество обязанных субъектов. В частности, корреспондируемой названным правом обязанностью будут наделены (в общем виде): правотворческие органы, устанавливающие соответствующие требования к охране окружающей среды и природопользованию; органы и должностные лица, осуществляющие контроль и надзор за исполнением указанных требований; организации, чья деятельность связана с использованием природных ресурсов и (или) воздействием на окружающую среду; граждане, которые не должны допускать экологических правонарушений в своей деятельности. Безусловно, в приведенном примере рассматривается основное конституционное право, реализация которого обеспечивается более конкретными правовыми предписаниями текущего законодательства. Однако это не противоречит общей закономерности — в ряде случаев юридические нормы оставляют на усмотрение субъекта права решение вопроса о том, какими конкретно действиями использовать предоставленное ему субъективное право, и устанавливают лишь внешние пределы такой дискреции.

Элементами механизма формирования правового усмотрения при реализации норм права в форме использования являются: установление фактической основы ситуации (включая определение личного интереса, удовлетворяемого использованием соответствующего права); неофициальная квалификация, осуществляемая субъектом-носителем права; неофициальное толкование выбранной правовой нормы; принятие решения, выраженное в совершении определенных действий (в некоторых случаях в бездействии). При использовании права, как и при исполнении, может потребоваться определенная фиксация совершаемых действий. Это не означает обязательного документального оформления, но совершаемые действия должны явно выражать волю лица, что является сигналом для обязанных субъектов — воздержаться от воспрепятствования использованию права или исполнить предусмотренные юридической обязанностью действия.

Анализ форм реализации права показал, что действия (бездействие),

совершаемые в их рамках субъектом права, основаны на его правовом усмотрении и являются внешней формой выражения последнего. Механизм формирования правореализационного усмотрения по элементному составу аналогичен механизму формирования правоприменительной дискреции, с учетом особенностей, характерных для каждой формы реализации права.

**Таким образом, в процессе соблюдения, исполнения и использования права соответствующим субъектом его юридическое усмотрение выражается в волевых действиях (бездействии), совершаемых на основе интеллектуально-практической оценки фактической ситуации и направленных на осуществление закрепленного правовой нормой запрета, юридической обязанности, субъективного права (свободы).**

## **§ 2. Реализация правового усмотрения в правомерном, маргинальном и противоправном поведении**

Правовое поведение традиционно является предметом многочисленных научных исследований. В фокусе внимания ученых находится как в целом правовое поведение субъектов, характерные черты, отличающие его от поведения, не регулируемого правом, так и отдельные виды правового поведения: правомерное, правонарушения, маргинальное. Именно в правовом поведении выражается усмотрение субъектов права, все его типы, начиная с субъективно-поведенческого и заканчивая нормативным. В связи с этим представляется необходимым изучить понятие и виды правового поведения индивида и его детерминированность юридическим усмотрением лица.

Правовое поведение весьма широкое понятие, которое используют для обозначения юридически значимого поведения. В юридической науке предлагается целый ряд дефиниций правового поведения. Так, в работе В. Н. Кудрявцева под правовым поведением понимается социально значимое

осознанное поведение субъекта, урегулированное правовыми нормами и влекущее юридические последствия<sup>1</sup>.

А. В. Скоробогатов и А. В. Краснов рассматривают правовое поведение как упорядоченную совокупность социально значимых деяний индивида, обусловленных психологическими, социальными и правовыми факторами (прежде всего, правовым архетипом), и направленных на удовлетворение правовых потребностей с целью наступления социально полезного или допустимого результата<sup>2</sup>. Названными авторами отмечается возможность разночтения понятия «правовое» в контексте поведения — его можно понимать исключительно как соответствующее закону (правомерное), или влекущее юридически значимые последствия, либо любое поведение в сфере действия права<sup>3</sup>. Исходя из указания данными учеными социально полезного (допустимого) результата в качестве характерного признака, можно сделать вывод, что ими правовое поведение фактически отождествляется с правомерным. Полагаем, что такой подход неоправданно сужает понятие «правовое поведение». Следует согласиться с А. В. Малько и А. Ю. Барсуковым, что в юридическое бытие входят не только позитивные явления (соответствующие правовым предписаниям), но и негативные, нарушающие нормы права<sup>4</sup>. Следовательно, и правовое поведение, как элемент указанного юридического бытия, не может ограничиваться лишь положительной составляющей, а должно включать в себя и правомерный, и противоправный вид поведения.

Н. Ю. Тетерятников в предлагаемой дефиниции правового поведения обращает внимание на то, что социально значимые волевые деяния в сфере правового регулирования, совершаемые субъектами права, могут повлечь не

<sup>1</sup> См.: Кудрявцев, В. Н. Правовое поведение // Правовая система социализма: Функционирование и развитие. Кн. 2 / С. В. Боботов, А. М. Васильев, О. А. Гаврилов, Л. Н. Завадская, и др.; Редкол.: А. М. Васильев (Отв. ред.), В. П. Казимирчук, В. Н. Кудрявцев. – М.: Юрид. лит., 1987. Т. 2. С. 171.

<sup>2</sup> См.: Скоробогатов, А. В., Краснов, А. В. Правовое поведение как феномен правовой реальности // Правовая культура. 2017. № 1. С. 29.

<sup>3</sup> См.: Скоробогатов, А. В., Краснов, А. В. Указ. соч. С. 27.

<sup>4</sup> См.: Малько, А. В., Барсуков, А. Ю. Правовая жизнь современного общества: позитивные и негативные черты // Государственно-правовые исследования. 2019. № 2. С. 184.

только юридически значимые, но и правовые последствия<sup>1</sup>. В качестве характерной черты юридически значимых последствий указывается потенциальная возможность их правовой реализации (например, возможность подачи искового заявления). Соответственно, правовые последствия — это уже реализованные меры (привлечение к ответственности за правонарушение). Представляется, что подобное уточнение не раскрывает каких-то дополнительных свойств правового поведения и носит скорее избыточный характер.

При наличии некоторых различий в определениях правового поведения большинство из них объединяет перечень признаков, выделяемых в качестве основных характерных черт правового поведения. К числу таких признаков можно отнести следующие.

Во-первых, социальная значимость поведения. Правовому регулированию подлежит только такое поведение людей, которое имеет важное социальное, экономическое, политическое значение<sup>2</sup>. Как справедливо отмечает А. А. Малиновский, социальная значимость — это категория исторически изменчивая и обусловленная объективными факторами<sup>3</sup> (традиции разных народов, уровень развития общественных отношений, экономики, культуры и т. п.). Это предполагает, что в одно и то же время в разных государствах может даваться различная оценка одним и тем же проявлениям поведения индивида: правомерных поступков или противоправных, регламентированных правом либо юридически безразличных.

Разграничивая правовое поведение и внеправовое, признак социальной значимости выполняет ту же функцию и в отношении усмотрения. Выбор и реализация субъектом моделей поведения в тех сферах и тех вопросах,

<sup>1</sup> См.: *Тетерятников, Н. Ю.* Общая характеристика правового поведения // Научный компонент. 2019. № 4. С. 70.

<sup>2</sup> См.: *Кудрявцев, В. Н.* Правовое поведение // Правовая система социализма в 2-х т. / Отв. ред. А. М. Васильев. М., 1987. Т. 2. С. 168.

<sup>3</sup> См.: *Малиновский, А. А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. С. 206.

которые не имеют должного высокого общественного значения, не является *правовым* усмотрением.

Во-вторых, поведение субъекта должно реализовываться в сфере правового регулирования. Данное качество правового поведения разными авторами формулируется неодинаково. Некоторые авторы указывают на «правовой характер» поведения, подразумевая под таким характером наличие юридической регламентации соответствующего поведения или отнесенность поведения к сфере правового регулирования<sup>1</sup>. Другие отмечают, что правовым является поведение в сфере действия юридических норм, определенным образом ими урегулированное<sup>2</sup>. В. Н. Кудрявцев использовал несколько формулировок для обозначения связи поведения и права — «поведение, осуществленное под воздействием права», «поведение, урегулированное правом», «поведение в правовой сфере» и «поведение, предусмотренное правом»<sup>3</sup>. Выбор соответствующей формулировки обусловлен правопониманием, которого придерживается тот или иной автор. Полагаем, что «поведение, реализуемое в сфере правового регулирования», является наиболее взвешенной формулировкой из имеющегося спектра. С одной стороны, она не ограничивает правовое поведение лишь тем, которое «четко регламентировано правом»<sup>4</sup>. К сожалению, законодателю далеко не всегда удастся добиться четкой правовой регламентации поведения, признаваемого в силу социальной значимости правовым. В связи с этим возникает необходимость прибегать к аналогии закона или аналогии права для правового регулирования социально значимого поведения.

С другой стороны, названная формулировка предполагает действительное существование правового регулирования в отношении

<sup>1</sup> См.: Матанцев, Д. А. Понятие и особенности правового поведения как юридической категории // Право и государство: теория и практика. 2016. № 4. С. 52; Тетерятников, Н. Ю. Общая характеристика правового поведения // Научный компонент. 2019. № 4. С. 68.

<sup>2</sup> См.: Пьянов, Н. А. Правовое поведение: понятие и виды // Сибирский юридический вестник. 2004. № 4. С. 12.

<sup>3</sup> См.: Кудрявцев, В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М.: Наука, 1982. С. 41.

<sup>4</sup> Малиновский, А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. С. 208.

социально значимого поведения, отсекая необоснованное расширение правовой сферы и придания данного качества тому поведению, которое таковым на самом деле не является. Так, например, К. Т. Валиулин отмечает, что правовое регулирование часто не отражает всего спектра стремительно меняющихся общественных отношений<sup>1</sup>. В сочетании с названным посылом тезис автора о недопустимости рассмотрения вне права социально значимого поведения, осуществляемого в сфере правового регулирования, становится внутренне противоречивым. Если социально значимое поведение осуществляется в той сфере, которая уже подлежит правовому регулированию, то такое поведение (при наличии всех иных признаков), бесспорно, является правовым. Если же правовое регулирование определенной сферы отсутствует, в том числе и по причине присущего праву консерватизма в сравнении с темпами развития общественных отношений, то поведение, осуществляемое в ней, правовым характером обладать не будет до тех пор, пока не начнется правовое регулирование данной сферы.

Также нельзя согласиться с точкой зрения некоторых авторов, полагающих, что правовой характер поведению придает, в том числе, и индивидуальное право<sup>2</sup>. Индивидуальное право видится, как регулятор поведения, формируемый самим субъектом в процессе взаимодействия, не урегулированного государственным правом (например, в сфере сделок или семейных отношений)<sup>3</sup>. Представляется, что такой подход смешивает понятие объективного права — регулятора общественных отношений и субъективного права, определяющего меру возможного поведения субъекта. «Индивидуальное право» является реализацией правомочий, которые предоставляет лицу законодательно закрепленное субъективное право, зачастую наделяющее индивида широкой свободой в выборе вариантов поведения. Следовательно, правовой характер поведению придает не

---

<sup>1</sup> См.: Валиулин, К. Т. К вопросу о понятии правового поведения как теоретико-правовой категории // Право и государство: теория и практика. 2019. № 10. С. 18.

<sup>2</sup> См.: Краснов, А. В., Скоробогатов, А. В. Индивидуальное право как основа правового поведения индивида // Российский журнал правовых исследований. 2018. Т. 5. № 1. С. 84.

<sup>3</sup> См.: Краснов, А. В., Скоробогатов, А. В. Указ. соч. С. 83.

индивидуальное право, а то обстоятельство, что своим поведением субъект использует свободу выбора вариантов действий, предоставленную ему нормами объективного права.

Следует отметить, что второй признак правового поведения является логичным следствием первого, так же отграничивая правовое поведение от внеправового и юридическое усмотрение от иных видов.

В-третьих, правовое поведение способно повлечь за собой юридически значимые последствия. В результате совершения лицом определенных действий (бездействия) могут возникать, изменяться и прекращаться правоотношения. А. А. Малиновский отмечает, что более правильным было бы говорить о социально-правовых последствиях правового поведения<sup>1</sup>. Такое уточнение имеет определенный смысл, — в случае возникновения необходимости дать наиболее полную характеристику последствий правового поведения. Они, безусловно, имеют не только юридическое измерение, но и значимы как для социума в целом, так и для отдельных его элементов. Однако социальное значение имеют последствия любого социального поведения индивида, разновидностью которого является правовое, а юридическим значением обладают лишь последствия рассматриваемой разновидности поведения. В связи с этим полагаем, что в качестве черты, характеризующей специфику правового поведения, целесообразно выделять именно наступление юридически значимых последствий.

В качестве дополнительной характерной черты правового поведения выделяется также его государственная оценка<sup>2</sup> и подконтрольность государству<sup>3</sup>. Представляется, что выделение названных свойств в качестве отдельных признаков является излишним, поскольку они входят в

---

<sup>1</sup> См.: Малиновский, А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. С. 209.

<sup>2</sup> См.: Валулин, К. Т. К вопросу о понятии правового поведения как теоретико-правовой категории // Право и государство: теория и практика. 2019. № 10. С. 19.

<sup>3</sup> См.: Тетерятников, Н. Ю. Общая характеристика правового поведения // Научный компонент. 2019. № 4. С. 69.

содержание трех основных рассмотренных признаков, в частности наступления юридически значимых последствий. Именно возможность наступления таких последствий подлежит государственной оценке при решении вопроса о правовом регулировании тех или иных видов социально значимого поведения, а после этого оцениваются государством фактически наступившие последствия поведения конкретных субъектов.

Заключительным четвертым признаком правового поведения является субъективность (психологический признак). Он означает, что правовое поведение субъекта является актом сознательным и волевым. Данный признак включает в себя два аспекта: интеллектуальный и волевой.

Интеллектуальный аспект предполагает осознание лицом характера своих действий<sup>1</sup>. Как справедливо отмечает В. А. Пономаренков, все варианты правового поведения проходят под контролем мозга, в деятельности которого есть элементы сознательного и бессознательного<sup>2</sup>. Представляется, что правовое поведение человека есть результат функционирования сознательной составляющей, воплощенный в определенные действия (бездействие). При этом на принятие субъектом решения оказывает влияние целый ряд психологических факторов: знания лица о правовых нормах; принятие или непринятие личностью содержащихся в правовых нормах запретов, юридических обязанностей, субъективных прав; наличие социальных образцов поведения; мотивация социально значимого поведения, осуществляемого в сфере правового регулирования, и др.<sup>3</sup>.

По мнению Л. Ш. Крупениковой, большинство из перечисленных психологических факторов образуют в совокупности ментальную программу – программу правового поведения индивида. В нее включаются следующие

---

<sup>1</sup> См.: *Барахоева, А. Р.* Субъективные аспекты правомерного и противоправного поведения // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества. 2017. № 16. С. 109.

<sup>2</sup> См.: *Пономаренков, В. А.* Биология правового поведения // Правовая политика и правовая жизнь. 2017. № 2. С. 58.

<sup>3</sup> См.: *Барахоева, А. Р.* Психологическая детерминация правового поведения личности // Вестник Ингушского научно-исследовательского института гуманитарных наук им. Ч. Э. Ахриева. 2019. № 1. С. 160–161.

составляющие: когнитивные (представления о праве), аксиологические (ценность права), конативные (отношение к праву) элементы, которые могут носить рефлексивный (осознанный) и нерефлексивный характер<sup>1</sup>. Полагаем, что следует еще раз обратить внимание на преимущественно осознанный характер самого правового поведения (лицо осознает или должно осознавать смысл своих действий либо бездействия), иначе оно может утратить качество правового (например, поступки психически больных людей, не осознающих их характер и последствия). А вот факторы, влияющие на правовое поведение лица: отношение к праву, представления о праве и др., могут иметь как рефлексивное, так и нерефлексивное происхождение.

Волевой аспект заключается в возможности лица руководить совершаемыми им поступками, контролировать собственные действия. Только сочетание интеллектуального и волевого компонентов позволяет характеризовать поведение индивида как правовое и давать ему юридическую оценку.

Названный признак наиболее ясно отражает связь правового поведения и юридического усмотрения. Решение лицом юридически значимого вопроса, являющееся результатом его интеллектуальной деятельности, находит внешнее выражение в правовых деяниях (действиях или бездействии), совокупность которых и есть правовое поведение субъекта.

Представляется, что перечисленные признаки отражают основные наиболее характерные черты **правового поведения**, которое можно определять как **социально значимое сознательно-волевое поведение лица, осуществляемое в сфере правового регулирования и способное повлечь юридически значимые последствия.**

Характер правового поведения лица формируется на основе сочетания разных типов усмотрения: субъективно-поведенческого, базисного и нормативного. Механизм формирования нормативного усмотрения, которое

---

<sup>1</sup> См.: Крупеникова, Л. Ш. Ментальные программы и модальные модели правового поведения в российском обществе // Социально-гуманитарные знания. 2016. № 12-2. С. 140–141.

находит выражение в отдельных деяниях, составляющих различные формы реализации права, был рассмотрен в предыдущих частях исследования. Такое усмотрение опирается на общую (базисную) правовую дискрецию – первоначальное решение лица об использовании субъективного права и исполнении юридической обязанности без конкретизации конкретных способов, зависящих от содержания нормы права. В рамках данной части исследования необходимо проследить формирование и реализацию субъективно-поведенческого типа юридического усмотрения в **общих моделях правового поведения субъекта**.

Следует отдельно оговориться, что здесь понимается под «общей моделью правового поведения» и для чего используется данное понятие. Правовым поведением лица является каждый его социально значимый акт (действие или бездействие), совершенный в сфере правового регулирования и влекущий юридически значимые последствия. То есть правомерным поведением будет являться единый, по сути, поведенческий акт (может включать и систему действий) по исполнению, например, юридической обязанности, предусмотренной нормой права. И наоборот – противоправным поведением является совершение лицом единого акта, рассматриваемого законодательством как правонарушение, которое так же может включать не одно, а несколько действий или носить длящийся характер. Это показывает, что термин «правовое поведение (правомерное или противоправное)» применим к единичному поведенческому акту субъекта.

Под **общей моделью правового поведения** предлагается понимать не единичный поведенческий акт, а их систему, обладающую внутренним единством, целенаправленностью, стабильностью и рассматриваемую на протяжении длительного периода времени. Так же как и просто правовое поведение его общая модель может быть правомерной, противоправной либо маргинальной.

Внутреннее единство общей модели правового поведения предполагает подавляющее преобладание в системе поведенческих актов деяний одного

типа (правомерных или противоправных). Совершение лицом поведенческого акта другого типа возможно лишь как исключение, подтверждающее общее правило. Важно отметить, что преобладание должно рассматриваться не исключительно в количественном, а в качественном аспекте. Следует учитывать степень и характер общественного вреда или пользы от совершаемых поведенческих актов. Так, например, в противоправной общей модели поведения количество правонарушений, как правило, будет меньше числа правомерных поведенческих актов, но степень причиняемого общественным отношениям вреда больше (в частности, вред, который способен причинить совершение даже одного преступления).

Установлению характера внутреннего единства совершаемых поведенческих актов (правомерные или противоправные) способствует определение цели (непосредственной либо перспективной), на которую они направлены.

Стабильность общей модели правового поведения обусловлена тем, что осуществление субъектом поведенческого акта того типа, который не является преобладающим в этой модели, не всегда меняет ее характер.

Практическим выражением качеств внутреннего единства и стабильности является то, что допущенное правонарушение (например, по неосторожности) лицом, у которого все остальные поведенческие акты в рассматриваемый период времени (месяц, полугодие, год и более) являлись правомерными, не меняет его общую модель поведения с правомерной на противоправную, если вред, причиненный таким правонарушением, значительно меньше социальной пользы от всех остальных поведенческих актов лица. В случае совершения грубого правонарушения или преступления, причиняющих значительный вред общественным отношениям, общая модель правового поведения становится противоправной.

Период времени, за который оцениваются поведенческие акты, может определяться по-разному. Возможно самостоятельное определение продолжительности такого периода субъектом, осуществляющим оценку.

Например, при подготовке характеристики на человека, лицо, составляющее данный документ, может отразить в нем сведения за год, два, три и т. д., в зависимости от объективных и субъективных факторов. Вторым вариантом является периодизация, обусловленная изменениями общей модели правового поведения. В частности, для изучения сведений о личности подозреваемого (обвиняемого) по уголовному делу оценивается определенный промежуток времени до совершения им преступления. Такая оценка может свидетельствовать об изменении общей модели правового поведения лица, если до совершения им преступления иных противоправных действий за ним замечено не было. Возможна и обратная ситуация, когда совершение лицом преступления лишь одно из проявлений его противоправной общей модели поведения.

Общая модель правового поведения является достаточно устойчивым качеством индивида. Можно выделять лиц с правомерной общей моделью правового поведения, лиц с противоправной моделью, а также со специфической маргинальной моделью правового поведения личности.

Представляется, что субъективно-поведенческое усмотрение лица находит свое выражение, прежде всего, в общей модели правового поведения. Именно ее анализ позволит определить, какой вариант правового поведения (правомерный или противоправный) на длительную перспективу выбрал для себя человек. Безусловно, субъективно-поведенческое усмотрение проявляется и в отдельных поведенческих актах лица. Субъективно-поведенческое усмотрение формирует ту правовую установку личности, которая в значительной степени определяет ее выбор при реализации базисного и нормативного юридического усмотрения. Однако обособленная оценка каждого акта реализации права или каждого правонарушения не позволит адекватно определить сущность названной установки. Это обусловлено тем, что особым свойством правовой установки личности, выделяемым учеными, является определение *доминантной* линии

юридически значимого поведения человека<sup>1</sup>. А доминантную линию можно проследить, оценивая всю систему деяний лица за определенный промежуток времени. В связи с этим анализ субъективно-поведенческого усмотрения индивида должен осуществляться исходя из общей модели правового поведения этого лица. Необходимость такого анализа обусловлена рядом обстоятельств.

Во-первых, представление о выбранной индивидом общей модели позволит более объективно оценивать каждое проявление правового поведения. В частности, это может иметь значение при назначении наказания за совершенное правонарушение или преступление (даст возможность ответить на вопрос, является ли правонарушение правилом или исключением из правил поведения лица). Аналогичное значение представление об общей модели правового поведения будет иметь и при использовании поощрительных мер за правомерное социально полезное поведение лица.

Развитие современных цифровых технологий позволяет накапливать значительные объемы данных, в том числе сведений о физических лицах (гражданах, иностранных гражданах, беженцах, апатридах и т. д.). В июне 2020 г. в России принят закон «О едином федеральном информационном регистре, содержащем сведения о населении Российской Федерации»<sup>2</sup> (данный закон вступил в силу со дня официального опубликования, однако вступление отдельных положений закона предусмотрено в более поздние сроки — с 1 января 2022 г., с 1 января 2023 г. и позднее). Статья 7 названного закона определяет сведения, подлежащие включению в федеральный информационный регистр: фамилия, имя, отчество физического лица, дата и место рождения, пол, сведения о семейном положении и другие основные данные. Поскольку постоянно совершенствуемые технические средства сбора, обработки и хранения данных позволят эффективно справляться и с

---

<sup>1</sup> См.: *Барахоева, А. Р.* Воздействие правовых установок личности на правовое поведение лица // *Правовая парадигма (Legal Concept)*. 2019. Т. 18. № 3. С. 57.

<sup>2</sup> См.: *Федеральный закон от 8 июня 2020 г. № 168-ФЗ «О едином федеральном информационном регистре, содержащем сведения о населении Российской Федерации»* // *СЗ РФ*. 2020. № 24. Ст. 3742.

большим объемом информации, существует вероятность, что перечень сведений, подлежащих включению в регистр, может быть расширен. Информация о противоправном поведении граждан (судимостях, фактах привлечения к административной ответственности и др.) уже имеется в базах данных правоохранительных органов России.

Во-вторых, в случае избрания лицом девиантной общей формы поведения можно проанализировать причины такого выбора. К числу причин, по которым индивид отказывается от использования правовых средств удовлетворения собственных интересов и прибегает к противоправным, можно отнести:

— информированность граждан о действующем законодательстве;

— отношение населения к праву, сформированное исходя из практики его реализации (широко распространяемой информации о положительных или отрицательных сторонах судебной и иной правоприменительной практики, об эффективности использования гражданами предоставленных им субъективных прав и т. п.);

— качество законодательства. Здесь следует обратить внимание не только на юридико-технический аспект данной проблемы — отсутствие пробелов и коллизий в системе законодательства, но и на сущностный аспект. Различным институтам государства (либо общественным институтам) необходимо оценить, насколько эффективно существующие нормативно-правовые акты, даже безупречные с точки зрения юридической техники, позволяют достигать тех целей, ради которых их принимали (например, защищать права предпринимателей при осуществлении государственного контроля и надзора и т. д.);

— эффективность функционирования систем правового воспитания и правового обучения;

— внеправовые факторы, влияющие на правосознание (уровень экономического, политического, культурного развития).

По сравнению с причинами конкретного правонарушения они будут

носить более общий, но при этом универсальный характер. Целенаправленное воздействие государства на процессы, лежащие в основе названных причин, будет иметь более глобальный, масштабный эффект.

В-третьих, определение субъективно-поведенческого усмотрения, выраженного в общей модели правового поведения лица, может иметь практическое значение. Установленные сведения об общей модели правового поведения лица, о длительности ее функционирования, об имевших место изменениях общей модели возможно использовать при подборе и расстановке кадров в правоохранительных и иных органах, при совершенствовании системы исполнения уголовных наказаний, для развития методик ресоциализации лиц, отбывших уголовные наказания в местах лишения свободы, а также в других сферах. Безусловно, возможность использования таких сведений обусловлена наличием единых, научно-обоснованных комплексных методик их установления, что, в свою очередь, предполагает дальнейшее междисциплинарное исследование данной проблемы.

Представляется, что механизм формирования субъективно-поведенческого усмотрения имеет определенные особенности, обусловленные спецификой данного типа правовой дискреции. Кроме того, важное значение имеет высокая степень абстракции принимаемого решения, отсутствие его строгой привязки к конкретной ситуации и к определенным правовым нормам.

Еще одной особенностью субъективно-поведенческого усмотрения является его перманентный характер. Он не останавливается на одном однажды принятом решении, а постоянно воспроизводит его, либо изменяет.

Механизм формирования субъективно-поведенческого усмотрения включает в себя три элемента: определение целей правового поведения, оценка имеющихся и известных правовых и внеправовых (но правомерных) средств, принятие решения и его реализация в общей модели правового поведения.

В рамках **первого элемента** лицо **определяет перспективные цели** своего поведения. Особенность устанавливаемых целей заключается в том, что они имеют не сиюминутный и конкретный характер, а являются общими (степень конкретизации всегда индивидуальна), и их осуществление рассчитано на длительную перспективу. Желаемый субъектом результат носит комплексный характер и имеет не только правовой аспект (например, достижение определенного уровня благосостояния, достижение карьерных успехов и т. д.).

С правовой точки зрения, определяемые субъектом цели могут являться правомерными (продвижение по службе, улучшение собственного благосостояния и др.), либо противоправными (например, установление нового общественного порядка на основе экстремистских учений). При этом строгая детерминация выбранной общей модели правового поведения названными целями отсутствует — правомерные сами по себе цели могут достигаться противоправными средствами (в частности, улучшение собственного благосостояния за счет совершения коррупционных правонарушений). Обратная ситуация, когда противоправная на момент постановки цель достигается в рамках правомерного поведения, является более редкой, но также возможной. Простейший пример — изменение распространяемых на соответствующие отношения правовых норм за счет переезда в то государство, где поставленная субъектом цель является правомерной. Возможно и изменение правового регулирования общественных отношений, не связанное с поведением данного субъекта. Так, для граждан Советского Союза цель реализовать собственные предпринимательские способности перестала носить противоправный характер после внесения соответствующих изменений в действующее законодательство. Отправной точкой считается, в частности, принятие закона «О кооперации в СССР»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Закон СССР от 26 мая 1988 г. (с изм. от 15 апреля 1998 г.) 8998-ХІ «О кооперации в СССР» // Ведомости ВС СССР. 1988. № 22. Ст. 355; СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1801.

Определяемые субъектом цели не являются статичными, они постоянно обновляются, дополняются конкретными деталями или наоборот — утрачивают некоторые подробности, потерявшие для индивида актуальность. Безусловно, под воздействием различных факторов цели могут меняться кардинально. Именно динамический характер целей во многом определяет характер субъективно-поведенческого усмотрения как постоянно функционирующего механизма.

**Второй элемент — оценка известных субъекту средств достижения целей.** Оценки подлежат как собственно правовые средства, включающие в себя не только средства-инструменты, но и средства-деяния<sup>1</sup>, так и внеправовые (экономические, политические и др.) средства, не обладающие противоправным характером. Особенность заключается в том, что субъект оценивает известные ему средства достижения поставленных целей, действительное количество которых может значительно превосходить ту совокупность, которая анализируется лицом. В связи с этим в обеспечении правомерных моделей поведения важная роль принадлежит информированию и обучению, причем не только правовому.

Основным критерием оценки правовых и внеправовых средств является их потенциальная эффективность в достижении поставленных целей. Субъект заинтересован максимально удовлетворить собственные интересы, используя для этого минимум ресурсов (временных, финансовых, организационных и т. д.). Важным критерием служит и доступность для использования лицом того или иного средства.

Еще одним критерием оценки средств является «побочный эффект» их применения. Лицо оценивает, какие негативные для себя последствия (привлечение к юридической ответственности, утрата социально-правового статуса, потеря возможности воспользоваться государственно-правовой защитой и др.) можно получить, используя то или иное средство, и какова

---

<sup>1</sup> См.: *Петров, К. В.* Развитие теории правовых средств в юридической науке XXI в // Ленинградский юридический журнал. 2019. № 2. С. 46; *Шундилов, К. В.* Цели, средства и результаты в правореализационном процессе // Правоведение. 2001. № 4. С. 31–32.

вероятность наступления таких последствий.

Постоянство функционирования данного элемента обеспечивается расширением знаний субъекта о существующих средствах достижения поставленных целей, о положительных и отрицательных последствиях их использования, изменения системы существующих правовых и внеправовых средств удовлетворения интересов (появление новых, устранение устаревших). Кроме того, как уже отмечалось, изменяются и поставленные субъектом цели, что означает необходимость новой оценки имеющихся средств с точки зрения возможности достижения видоизмененной цели.

**Заключительный третий элемент субъективно-поведенческого усмотрения — принятие решения и его осуществление в общей модели правового поведения.** В рамках данного элемента субъектом осуществляется правовой выбор, представляющий собой мыслительную волевою деятельность лица по определению варианта поведения в сфере права<sup>1</sup>. Основными вариантами общей модели правового поведения, между которыми осуществляется выбор, являются правомерная, маргинальная и противоправная модели.

Правомерная общая модель правового поведения представляет собой совокупность поведенческих поступков лица, соответствующих требованиям правовых норм и не приводящих к противоправным результатам. В качестве признаков правомерного поведения иногда называют также его социальную полезность<sup>2</sup>. Однако не всегда правомерное поведение приносит пользу развитию социальных отношений (например, расторжение брака, признание лица банкротом). Поэтому более точно говорить о допустимости с общественной точки зрения такого поступка<sup>3</sup> и отсутствия от него социального вреда (что характерно для противоправных вариантов

<sup>1</sup> См.: *Шабуров, А. С.* Правовой выбор в системе категорий юриспруденции // *Личность, право, государство.* 2018. № 3. С. 98–99.

<sup>2</sup> См.: *Даничев, Н. В., Исмаилов, А. М., Калинин, С. И.* Правомерное поведение: понятие и виды // *Science and Education: Problems and Innovations.* Сборник статей международной научно-практической конференции (Пенза, 30 июля 2019 г.). Пенза: Изд-во «Наука и Просвещение», 2019. С. 185.

<sup>3</sup> См.: *Бондаренко, М. В.* Правовая культура и правомерное поведение в современном российском обществе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 13.

поведения — обхода закона и злоупотребления правом). В рамках правомерной общей модели могут реализовываться различные виды правомерного поведения: активное правомерное поведение, обычное правомерное поведение и пассивное правомерное поведение<sup>1</sup>. Некоторые ученые помимо названных видов различают также конформистское и маргинальное<sup>2</sup> правомерное поведение. Такая позиция оправдана лишь отчасти. Маргинальное поведение является пограничным, промежуточным видом поведения, и не все составляющие такого поведения находятся в рамках правомерного. Поэтому относить маргинальное поведение исключительно к правомерному некорректно, оно образует самостоятельную разновидность правового поведения.

Конформистское поведение предполагает копирование поступков других членов социальной группы, к которой принадлежит и сам субъект<sup>3</sup>. Это означает, что конформистское поведение относится и к правомерному, и к противоправному, в зависимости от того, какой вид правового поведения доминирует в социальной группе, окружающей соответствующее лицо.

Противоправная общая модель поведения является антиподом правомерной. В ее рамках лицо осознано совершает поступки, нарушающие предписания правовых норм, либо стремится к достижению противоправного результата своей деятельности (обход закона и злоупотребление правом). С точки зрения последствий для общества противоправное поведение всегда наносит определенный вред его развитию, нормальному укладу социальных отношений. Некоторые ученые противоправность связывают наличием вины того лица, которое совершило тот или иной поступок. Оно должно осознавать противоправный характер своего деяния и возможность наступления последствий, причиняющих вред общественным отношениям<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: Барахоева, А. Р. Субъективные аспекты правомерного и противоправного поведения // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества. 2017. № 16. С. 110.

<sup>2</sup> См.: Даничев, Н. В., Исмаилов, А. М., Калинин, С. И. Указ. соч. С. 186.

<sup>3</sup> См.: Ягудина, А. Ю. О понятии правового конформизма // Правовая политика и правовая жизнь. 2018. № 1. С. 133.

<sup>4</sup> См.: Поляков, А. В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход: курс лекций. 2-е изд. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. С. 423.

Другие полагают, что противоправность является абстрактной объективной категорией, не зависящей от вины, вменяемости или возраста лица<sup>1</sup>. Представляется, что более верной является первая точка зрения, поскольку необходимым свойством родового по отношению к исследуемому понятию — правового поведения, является субъективность. Следовательно, данное качество должно быть присуще и отдельным видам правового поведения, в том числе противоправному. Объективное несоответствие поступков предписаниям правовых норм не влечет автоматически их противоправность. Нормы права, регулирующие правовое поведение, адресованы субъектам, отвечающим необходимым требованиям (достигшим определенного возраста, вменяемым и т. д.). На лиц, не соответствующих предъявляемым требованиям, предписания правовой нормы не распространяются, а значит, и нарушить ее они не могут. Кроме того, говоря об общей модели правового поведения, которая включает в себя не один, а систему поступков, допускать, что она может носить неосознанный характер, неверно.

Однако указание на наличие вины как признака противоправного поведения требует определенной оговорки, поскольку законом может быть предусмотрена обязанность возместить причиненный вред и при отсутствии вины причинителя вреда (п. 2 ст. 1064 ГК РФ). При этом гражданское законодательство отдельно предусматривает возможность возмещения вреда, причиненного правомерными действиями (п. 3 ст. 1064 ГК РФ), а это значит, что в предусмотренных законом случаях отсутствие вины в причинении вреда не переводит автоматически данные действия в разряд правомерных.

Противоправное поведение также можно классифицировать по различным основаниям. В зависимости от отраслевой принадлежности нарушаемых норм можно выделять конституционные, административные, гражданские, трудовые и т. п. правонарушения. В зависимости от сферы общественных отношений, урегулированной правовыми нормами, можно

---

<sup>1</sup> См.: Ковалева, Е. Л. Правомерное и противоправное поведение: их соотношение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 7.

различать правонарушения в экономической, социальной, политической сферах, в сфере государственного управления и др. Применительно к общей модели правового поведения такие классификации позволят выявлять очаги, в которых концентрируется большинство правонарушений субъекта и, исходя из этого, анализировать причины таких нарушений.

Еще одним важным основанием классификации противоправного поведения является степень его интенсивности и устойчивость противоправной установки лица. Полагаем, что именно такое основание легло в основу классификации А. Р. Барахоевой, которая предлагает выделять:

- 1) активное (антисоциальное) поведение, характеризуемое устойчивой противоправной установкой лица и умышленными правонарушениями;
- 2) антиобщественное поведение. Данная разновидность по причине частой повторяемости соответствующих поступков становится привычным поведением субъекта, который при этом не соотносит свои действия с предписаниями закона (не думает об этом);
- 3) парциальное (неустойчивое) противоправное поведение, характеризуемое нарушением субъектом лишь определенной группы требований законодательства, неприемлемых для него;
- 4) ситуативное противоправное поведение — единичные нарушения требований закона, обусловленные сложившейся ситуацией и неправильным представлением лица о содержании правовых норм;
- 5) случайное антиобщественное поведение характерно для лиц, признающих ценность права, но в конкретной ситуации под влиянием сильных эмоциональных раздражителей допускающих такие проступки;
- б) конформистское поведение<sup>1</sup>.

Представляется, что такая классификация применима не только к

---

<sup>1</sup> См.: Барахоева, А. Р. Субъективные аспекты правомерного и противоправного поведения // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества. 2017. № 16. С. 112.

отдельным проявлениям правового поведения, но и к общей модели противоправного поведения, которая достаточно объективно отражают характер правовой установки лица, сформированной в рамках субъективно-поведенческого усмотрения.

Особую разновидность общей модели правового поведения составляет маргинальное поведение. Термин «маргинальность» происходит от латинского «*margo*» — «край, граница, предел». Во французском языке «*marginal*» — означает побочный, предельный, написанный на полях<sup>1</sup>. Сам термин «маргинальность» существует достаточно давно и изначально использовался в экономике для обозначения чего-то близкого к пределу, почти убыточного<sup>2</sup>. В современном языке сфера применения понятия «маргинальность» значительно расширилась. Он используется в экономической, политической науке и культурологии. Но основная область его современного применения — науки, изучающие различные аспекты социальных отношений и поведения людей: психология, социология и право.

Право, как и социологию, в первую очередь интересует структурная маргинальность, т. е. не попадание лица в маргинальную ситуацию по причинам особого склада психики, а наоборот — формирование маргинальных качеств у представителей социальных групп, оказавшихся в маргинальном положении в связи с резким изменением экономического, политического, культурного, социального и правового состояния общества<sup>3</sup>.

Маргинальная ситуация складывается тогда, когда индивид (а иногда и целые социальные группы) в силу объективно происходящих политических, социальных, правовых, экономических процессов резко теряет свое место в социальной структуре общества и оказывается вынужденным адаптироваться

---

<sup>1</sup>См.: Выгодская, К. С. Краткий французско-русский и русско-французский словарь: 23000 слов / К. С. Выгодская, О. Л. Долгополова. – 13-е изд., стереотип. – М.: Русский язык, 1983. С.192.

<sup>2</sup>См.: Балабанова, Е. С. Маргинальность в современной России. / Е. С. Балабанова [и др.]. М.: Московский общественный научный фонд, 2000. С. 8.

<sup>3</sup>См.: Сенякин, И. Н., Никитин, А. А. Проблемы социально-правовой реабилитации маргинальной личности в России: вопросы теории и практики / И. Н. Сенякин, А. А. Никитин; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. С. 82.

к условиям своего нового места в этой структуре. Отсутствие планомерности в произошедших изменениях приводит к тому, что процесс адаптации приобретает свойство неопределенности (индивид утрачивает ориентиры для адаптации к новому месту в социальной структуре общества) либо двойственности (выражается в стремлении лица одновременно соответствовать требованиям как нового, так и прежнего места в социальной структуре, которые являются разнополярными).

С правовой точки зрения маргинальность характеризуется утратой прежнего стабильного правового статуса (зачастую он заменяется временными, краткосрочными статусами, характеризуемыми одновременно набором дополнительных гарантий и определенными ограничениями), наличием дополнительных трудностей при реализации прав и свобод, которыми наделено лицо, деформацией правового сознания, снижением уровня правовой культуры. Для представителей маргинальных групп характерна особая общая модель правового поведения — маргинальная.

Маргинальное поведение, анализируемое на протяжении определенного отрезка времени, в большей степени находится в границах правомерности. Так, В. В. Оксамытный полагает, что маргинальный тип поведения означает, что поступки лица находятся на грани антиобщественных, ведущих к правонарушениям, однако не становятся таковыми в силу того, что в данный промежуток времени в механизме поведенческих побуждений субъекта «сработали» иные движущие силы — угроза возможного наказания, собственные выгоды от правомерности, боязнь осуждения со стороны коллектива, группы и другие сдерживающие мотивы<sup>1</sup>. С таким утверждением в целом можно согласиться. Однако отдельные проявления противоправности, обусловленные либо непосредственно внешними факторами, либо сформированными под их воздействием качествами личности, в общей модели маргинального поведения могут

---

<sup>1</sup> См.: Оксамытный, В. В. Правомерное поведение личности / Отв. ред. Н. И. Козюбра. Киев: Изд-во «Наукова Думка», 1985. С. 99–100.

присутствовать. Это обстоятельство выделяет маргинальное поведение в отдельный вид и не позволяет относить его исключительно к правомерному.

В зависимости от тех причин, по которым поведение маргинала может переступить границу правомерности, следует различать два крупных маргинальных общественных слоя:

1. Маргинальный слой «риска» или маргинальные группы «риска». Для представителей социальных групп, образующих данный слой, характерно наличие установок на правомерное поведение, но сложность или невозможность реализации отдельных прав и свобод, либо нарушения, допускаемые в их адрес представителями публичной власти и иными субъектами, создают объективные предпосылки для выхода из границ правомерности. К названному слою относятся: иммигранты, в том числе имеющие статус беженца или вынужденного переселенца, безработные, лица, проживающие в ветхом и аварийном жилье и некоторые другие социальные группы.

2. Асоциальный маргинальный слой или асоциальные маргинальные группы. У представителей асоциальных маргинальных групп формируется правовая установка, сознательно допускающая совершение противоправных поступков, необходимых для удовлетворения собственных потребностей таких субъектов. К асоциальному маргинальному слою относятся беспризорные и безнадзорные несовершеннолетние, бродяги, попрошайки, лица без определенного места жительства, лица, страдающие алкогольной либо наркотической зависимостью и др.<sup>1</sup>.

Исходя из приведенной классификации можно сделать вывод, что в рамках субъективно-поведенческого типа усмотрения формируется две разновидности маргинальных правовых установок:

— первая, ориентированная на правомерный вектор поведения лица и допускающая отступление от него лишь в исключительных случаях при

---

<sup>1</sup> См.: Никитин, А. А. Маргинальное поведение личности и ее правовой статус // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008. № 3. С. 134.

невозможности использования правовых средств, связанной с внешними по отношению к лицу факторами (для маргинальных групп риска);

— вторая, не нацеленная на противоправное поведение, но сознательно допускающая его, как способ более эффективного удовлетворения собственных потребностей (для асоциальных маргинальных групп).

Указанные установки находят свое отражение в соответствующей разновидности маргинальной общей модели правового поведения.

Третий элемент механизма субъективно-поведенческого усмотрения — принятие лицом решения — в значительной степени определяется перспективными целями, поставленными субъектом перед собой, и предположительно наиболее эффективными средствами достижения этих целей. Однако, помимо названных двух элементов, при принятии решения важное значение имеют также мотивы, по которым субъект выбирает тот или иной вариант.

В литературе предлагается иерархия мотивов, влияющих на правовое поведение личности и выбор правомерной модели поведения. В зависимости от общественной полезности мотивов их предлагается располагать в следующем порядке:

— внутренне убеждение в ценности права и выработка потребности в следовании закону;

— осознание общественной необходимости соблюдения правовых предписаний и сознательное подчинение собственного поведения их требованиям;

— следование привычке, выработанной в силу страха наказания или осознания групповых интересов;

— правовой конформизм;

— нежелание потерять авторитет среди окружающих;

— страх юридической ответственности;

— формальное совпадение собственного интереса с требованиями

права<sup>1</sup>.

В целом можно согласиться с мнением о том, что для общества имеет различную ценность правомерное поведение, мотивированное внутренней убежденностью лица в ценности права и осуществляемое исключительно из страха перед наступлением ответственности. Однако расположение мотивов в приведенной иерархии не бесспорно. Представляется, что совпадение интересов лица с правовыми требованиями является мотивом, обладающим большим общественным значением по сравнению со страхом перед юридической ответственностью и даже с правовым конформизмом. Это обусловлено тем, что расположение собственных интересов в границах правомерности предполагает большую степень восприятия лицом правовых ценностей, нежели страх перед наказанием или «соглашательство».

Высшим уровнем правомерного поведения, безусловно, является активное социально полезное поведение. По мнению Н. В. Галустян, оно формируется под влиянием четырех аспектов: информационного (знание права), оценочного (отношение к праву), регулятивного (установка на правомерное поведение) и когнитивного (осознание необходимости правомерного поведения)<sup>2</sup>. Сочетание названных аспектов, по сути, образует тот мотив правомерного поведения, который занимает высшее положение, — внутреннее убеждение субъекта в ценности права и потребность в следовании ему. В названной совокупности факторов, влияющих на правовую активность, уровень знания права (информационный аспект) играет не только мотивационную роль. Он также определяет арсенал правомерных средств достижения поставленных целей, доступных субъекту, т. е. имеет сквозное значение во всех элементах механизма субъективно-поведенческого усмотрения.

Иные виды правомерного поведения, осуществляемого по иным мотивам, имеют меньшее значение для общества, что не препятствует

---

<sup>1</sup> См.: Щегорцов, В. А. Социология правосознания. М.: Мысль, 1981. С. 86–87.

<sup>2</sup> См.: Галустян, Н. В. Правовая активность личности в механизме формирования социально-полезного поведения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2005. С. 11.

признанию наличия социальной пользы от них. В этой связи представляется неверным выделять «близкие к правомерному, но обладающие другой внутренней природой» виды поведения: законосообразное, законопослушное и законоправное. Сущность названных разновидностей, по мнению Г. В. Назаренко, заключается в следующем. Законосообразное поведение соответствует предписаниям правовых норм, но осуществляется без их внутреннего одобрения лицом из-за страха негативных правовых последствий. Законопослушное поведение — результат повиновения требованиям права, которые представляются субъекту в категориях «нельзя», «должно», «можно». При этом интересы самого лица отличаются от зафиксированных в праве общественных интересов. Законоправное поведение соответствует правовым предписаниям, но правосознание лица следует им в силу необходимости (в качестве примера называется необходимая оборона, крайняя необходимость и др.). Содержание данной разновидности поведения составляют насильственные действия, причиняющие вред другому лицу, разрешенные законом при определенных условиях<sup>1</sup>. Полагаем, что приведенные виды поведения не следует отделять от правомерного (обозначать как квазиправомерные), поскольку они различаются между собой и от других видов лишь мотивами поведения лица. Следует согласиться с И. А. Демидовой, отмечающей, что во всех своих разновидностях правомерное поведение имеет позитивные юридические последствия<sup>2</sup>, а именно такие последствия влекут за собой указанные виды поведения: законосообразное, законопослушное и законоправное.

Анализ значения мотивов при избрании субъектом варианта правового поведения (на примере правомерного) показывает, что мотивы оказывают определяющее влияние на выбор лицом одной из разновидностей правомерного, маргинального либо противоправного поведения. При этом

---

<sup>1</sup> См.: Назаренко, Г. В. Правомерное и квазиправомерное поведение как результат деформации правосознания // Ученые записки Орловского государственного университета. 2013. № 2. С. 250–253.

<sup>2</sup> См.: Демидова, И. А. Правомерное поведение в структуре правовой культуры // Вестник факультета бизнеса и права. 2019. № 1. С. 90.

они могут повлиять и на выбор субъектом одной из указанных основных моделей правового поведения.

Третий элемент в механизме формирования субъективно-поведенческого усмотрения, так же как и предыдущие, является постоянно функционирующим. Субъект, исходя из корректировки собственных перспективных целей и средств их достижения, перманентно воспроизводит решение, выражающееся в общей модели правового поведения, а также в отдельных правореализационных актах. Представляется, что в большинстве случаев повторяется принципиально одинаковое решение (могут несколько меняться разновидности основных общих моделей поведения, обусловленные разными мотивами). При выборе лицом правомерной общей модели поведения такая стабильность является положительной чертой, обеспечивающей преобладание в обществе социально полезного, соответствующего правовым предписаниям поведения. В случае избрания субъектом противоправной или маргинальной общей модели поведения стабильность в принятии решения предполагает необходимость значительно больших усилий со стороны государственных и общественных институтов для перенаправления поведения лица в правомерное «русло». Тот факт, что принимаемых государством и обществом мер оказывается не всегда достаточно для изменения общей противоправной модели поведения, подтверждается существованием рецидивной преступности. Лица повторно совершают преступления, несмотря на то, что процесс их ресоциализации, возврата в позитивные или нейтральные социальные группы является многостадийным и включает целую систему мер<sup>1</sup>.

Названные обстоятельства подтверждают вывод о существовании субъективно-поведенческого типа усмотрения лица, оказывающего определяющее влияние на выбор субъектом вариантов решений юридических вопросов в рамках отдельных поведенческих актов

---

<sup>1</sup> См.: Рыбак, М. С. Ресоциализация осужденных к лишению свободы: проблемы теории и практики. 2-е изд., испр. и доп. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. С. 57–64.

(поступков). Субъективно-поведенческое правовое усмотрение может являться предметом самостоятельных научных исследований специалистов в области уголовного, уголовно-исполнительного, административного, гражданского права, юридической психологии, а также в иных сферах юридической науки и неправовых отраслей научного знания.

Подводя итог исследованию субъективно-поведенческого правового усмотрения, можно сформулировать его дефиницию, отражающую механизм формирования.

**Под субъективно-поведенческом усмотрением следует понимать перманентное определение лицом перспективных целей собственного правового поведения, потенциальных средств их достижения, а также принятие с учетом различных мотивов решений о выборе средств, выражающихся в общей модели правового поведения, обуславливающей совершение отдельных юридически значимых поступков.**

### **§ 3. Усмотрение субъекта при выборе противоправных способов реализации права. Обход закона и злоупотребление правом**

Право реализуется в правомерном поведении субъектов, действия (бездействие) которых не нарушают правовых запретов и воплощают в жизнь юридические обязанности и субъективные права. В данном аспекте реализация права — это процесс, в рамках которого соблюдаются, исполняются и используются юридические нормы. Однако этим реализация права не исчерпывается. Можно ли считать, что положение правовой нормы претворено в жизнь, если в результате совершения лицом правомерных действий (бездействия) не достигнуты цели, которые ставил законодатель, принимая ту или иную юридическую норму? Представляется, что нет.

Из этого следует сделать вывод, что вторым важным аспектом реализации права является достижение результата, соответствующего цели

принятия юридической нормы, обеспечивающего прогрессивное развитие общественных отношений, сбалансированное удовлетворение интересов конкретных лиц, общества и государства. В сочетании двух названных аспектов — в правомерном поведении субъектов, которое приводит к получению необходимого результата, норма права реализуется полностью.

Однако не всегда действие правовых норм приводит к ожидаемым результатам, приносит пользу системе отношений в социуме. С одной стороны, это может быть следствием несовершенства нормативного материала, используя который невозможно достичь поставленных целей. С другой стороны, урон нормальному развитию общественных отношений способен нанести то, каким образом отдельные лица реализуют правовые нормы: соблюдают запреты, исполняют обязанности, используют права. В данном случае речь идет не о явных правонарушениях, выражающихся в несоблюдении запретов или неисполнении обязанностей, а о формально правомерном поведении субъекта, направленном на удовлетворение личных интересов в ущерб интересам других лиц и общества в целом, либо на причинение вреда другому субъекту. Такими способами реализации юридических норм, результаты которых не соответствуют правовым целям, являются обход закона и злоупотребление правом.

Обход закона и злоупотребление правом по своей сути носят противоправный характер, поскольку действия (бездействие) субъекта, внешне соответствующие конкретным юридическим нормам, приводят к результатам, нарушающим как общие принципы права (законность, обеспечение прав и свобод человека и гражданина и др.), так и отраслевые (например, принцип добросовестности и разумности гражданского права). Эти способы следует также считать асоциальными ввиду того, что совершаемые субъектами действия причиняют ущерб нормальному развитию общественных отношений, интересам отдельных социальных групп, конкретных лиц и их объединений.

Поскольку названные явления носят достаточно распространенный

характер, необходимо подробно исследовать правовое усмотрение субъекта, реализуемое в обходе закона и злоупотреблении правом<sup>1</sup>.

Для законодательства современной России понятие «обход закона» является достаточно новым, однако данный термин известен юридической науке уже давно. Если обратиться к истории отечественной юриспруденции, то он употреблялся в ст. 30 Гражданского кодекса РСФСР от 11 ноября 1922 г. для обозначения одного из видов недействительных сделок<sup>2</sup>. Использовался этот термин и древнеримскими юристами, отличавшими простое нарушение закона от имитации его соблюдения<sup>3</sup>. В современной правовой науке наиболее пристально обход закона, равно как и злоупотребление правом, изучают представители гражданского права<sup>4</sup>. Это обусловлено спецификой тех общественных отношений, которые регулируются гражданским правом. Кроме того, термины «злоупотребление правом» и «обход закона» используются в гражданском законодательстве: первый — употребляется в ст. 10 ГК РФ с момента его принятия, второй появился в указанной статье после внесения изменений федеральным законом от 30 декабря 2012 г.<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Вопросы о специфике правового усмотрения лиц, действующих в обход закона, и лиц, злоупотребляющих правом, рассмотрены в следующих работах автора: *Никитин, А. А.* Правовое усмотрение и обход закона // Вопросы российского и международного права. 2021. Т. 11. № 5А. С. 125-132; *Его же.* Специфика юридического усмотрения лица, злоупотребляющего правом // Евразийский юридический журнал. 2021. № 6. С. 90-93

<sup>2</sup> См.: *Вольфсон, В. Л.* Об обходе законов // Юридическая мысль. 2012. № 3. С. 97.

<sup>3</sup> См.: *Волков, А. В.* Понятие «обход закона» – новые подходы в гражданском праве // Власть закона. 2013. № 1. С. 24.

<sup>4</sup> См.: *Батора, П. В.* «Иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав» как универсальная форма злоупотребления правом // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2019. № 2. С. 48–52; *Волков, А. В.* Понятие «обход закона» – новые подходы в гражданском праве // Власть закона. 2013. № 1. С. 22–46; *Он же.* Понятие «обход закона» в доктрине и практике гражданского права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 1. С. 67–81; *Вольфсон, В. Л.* О притворности, мнимости и лжеатрибуции: «обход закона» как когнитивная деформация фиктивных сделок // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2015. № 1. С. 4–22; *Захарова, О. Е.* «Обход закона», мнимые и притворные сделки: взаимосвязь и отличительные особенности // Вестник экономики, права и социологии. 2017. № 4. С. 163–166; *Камышанский, В. П.* Обход закона в гражданском праве: как это понимать? // Научное обеспечение агропромышленного комплекса. Сборник статей по материалам 71-й научно-практической конференции преподавателей по итогам НИР за 2015 г. Отв. за выпуск А. Г. Коцаев. Краснодар: Изд-во ФГБОУ ВПО «Кубанский государственный аграрный университет», 2016. С. 384–386; *Попова, И. Ю.* Понятие «обход закона» в гражданском праве России и США // Вопросы экономики и права. 2018. № 123. С. 7–12 и др.

<sup>5</sup> См.: Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. (в ред. от 4 марта 2013 г.) № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7627; 2013. № 9. Ст. 873.

Однако проблема обхода закона и злоупотребления правом не исчерпывается исключительно гражданско-правовой сферой. Полагаем, данные категории носят общеправовой характер и в большей или меньшей степени могут встречаться во всех отраслях права<sup>1</sup>.

Действующее законодательство, в том числе гражданское, оперирующее понятием «обход закона», не дает его легального определения, указывая лишь на его признак — наличие противоправной цели (п. 1 ст. 10 ГК РФ) и, что обход закона есть форма выражения злоупотребления правом (п. 3 ст. 10).

В научной литературе предлагается целый ряд определений понятию «обход закона». Так, А. В. Волков полагает, что в современном гражданском праве обход закона можно трактовать как собирательный термин, включающий «обход преимущественного права», «обход правил», «обход нормы», «обход порядка», «обход прав акционеров» и т. д.<sup>2</sup> При этом под обходом закона следует понимать высшую форму злоупотребления правом, связанную с недобросовестным использованием лицом действующих понятийно-системных средств гражданского права (формализм права) и направленную на достижение запрещенного в действительности результата<sup>3</sup>.

На противоречие содержания форме при обходе закона указывают В. П. Камышанский и Н. Ю. Ветер. Они интерпретируют обход закона как разновидность злоупотребления правом — законную по форме, но по сути неправомерную деятельность недобросовестного участника отношений, которая вступает в противоречие с принципами права и посягает на права и законные интересы других субъектов<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> См. например: *Желева, О. В.* Понятие и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве // Вестник Томского государственного университета. 2015. № 396. С. 116–121; *Цыреторов, А. И.* К вопросу об установлении фактов обхода административно-правового режима тарифного регулирования в сфере энергетики // Научный портал МВД России. 2017. № 4. С. 107–112.

<sup>2</sup> См.: *Волков, А. В.* Понятие «обход закона» – новые подходы в гражданском праве // Власть закона. 2013. № 1. С. 28.

<sup>3</sup> См.: *Волков, А. В.* Понятие «обход закона» в доктрине и практике гражданского права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 1. С. 80.

<sup>4</sup> См.: *Камышанский, В. П., Ветер, Н. Ю.* Обход закона и злоупотребление правом: общее и особенное // Власть закона. 2013. № 4. С. 23.

Т. П. Подшивалов отмечает, что в международном частном праве обход закона представляет собой волеизъявление сторон, направленное на подчинение правоотношения иностранному праву, с целью избежать применения национальной правовой нормы императивного характера<sup>1</sup>. Такое определение с некоторой корректировкой применимо и к внутригосударственному обходу закона, который направлен на подчинение правоотношения более выгодным для участников (или одного из участников) отношений правовым нормам.

В. Л. Харсеева определяет обход закона как форму злоупотребления правом, связанную с недобросовестным поведением участников правоотношений, с использованием законных юридических средств, но с противоправной целью<sup>2</sup>. Аналогичное по основным критериям — использование законных средств для достижения противоправной цели — определение предлагает и А. В. Кузьмина. Она полагает, что обход закона — это использование формально не запрещенной правовой конструкции, направленное на достижение цели, отношение законодательства к которой отрицательное, исходя из установленного запрета на использование других правовых конструкций, приводящих к той же цели<sup>3</sup>.

Также на сочетание не запрещенных законом действий с противозаконными целями, составляющее содержание обхода закона, указывается и в Заключении германского Института зарубежного и международного частного права имени Макса Планка, данного на проект закона, изменяющего ст. 10 ГК РФ. Обход закона в нем определяется как действия адресата нормы, хотя и не совпадающие с прямо запрещенными данным законом действиями, однако ведущими к результату, на

---

<sup>1</sup> См.: Подшивалов, Т. П. Обход закона в международном частном праве // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 146.

<sup>2</sup> См.: Харсеева, В. Л. Понятие обхода закона с противоправной целью как форма злоупотребления правом // Теория и практика общественного развития. 2014. № 6. С. 185.

<sup>3</sup> См.: Кузьмина, А. В. Обход закона с противоправной целью как особая форма злоупотребления правом // Вестник Марийского государственного университета. Серия: Исторические науки. Юридические науки. 2016. Т. 2. № 4. С. 75.

предотвращение которого направлена соответствующая норма<sup>1</sup>.

Проанализированные подходы к определению понятия «обход закона» позволяют выделить ряд характерных свойств этого способа реализации права.

*Первой чертой* является **противоправность цели** действий, совершаемых в обход закона. Данная характеристика законодательно закреплена в ст. 10 ГК РФ. Представляется, что используемая законодателем конструкция направлена не на разграничение двух разновидностей обхода закона: противоправного и правомерного, а на указание необходимого атрибута данного асоциального способа реализации права. В связи с этим полагаем необоснованным предложенное И. Ю. Поповой разграничение действий, совершаемых в обход закона, на категории в зависимости от правовых последствий. В частности, выделяются действия, обладающие признаками обхода закона, но не являющиеся злоупотреблением правом и не наносящие ущерб частным интересам других лиц или публичным интересам. Такие действия совершаются субъектами с целью удовлетворения имеющихся у них интересов, которые невозможно удовлетворить в установленном законом порядке, поскольку юридические нормы имеют дефекты (пробелы, противоречия)<sup>2</sup>. В такой трактовке происходит смешение обхода закона, являющегося негативным правовым явлением, с выработанными юридической наукой и практикой способами преодоления дефектов действующего законодательства. Кроме того, не вполне корректным является сравнение, проводимое И. Ю. Поповой, российского понимания «обхода закона» с американским подходом, согласно которому закон, являющийся экономически нецелесообразным, подлежит отмене или изменению, в том числе путем иного толкования в судебных прецедентах<sup>3</sup>. Другое толкование закона, осуществляемое американским судьей, является

---

<sup>1</sup> Цит. по: *Зубарева, Д. А.* Обход закона: правовая квалификация // Вопросы российской юстиции. 2019. № 3. С. 389.

<sup>2</sup> См.: *Попова, И. Ю.* Понятие «обход закона» в гражданском праве России и США // Вопросы экономики и права. 2018. № 123. С. 8.

<sup>3</sup> См.: *Попова, И. Ю.* Указ. соч. С. 10–11.

способом совершенствования применяемых юридических норм, допускаемым правовой системой данного государства, а не обходом закона.

Если проводить сравнение с другими государствами, то более правильным будет рассматривать те страны, которые имеют правовые системы, схожие с российской. В частности, в европейских государствах понимание термина «обход закона» как формально правомерных действий, направленных на достижение противоправной цели, в целом аналогично российскому. При этом в законодательстве может использоваться как прямой запрет обхода закона (Испания), так и вытекающий из толкования системы иных норм, обеспечивающих правопорядок (Германия)<sup>1</sup>. Это показывает, что использование в российском законодательстве конструкции «обход закона», ее понимание и закрепление за ней атрибута противоправности соответствует тенденциям развития законодательства в других государствах.

Следует отметить, что для применения соответствующих положений, относящихся к обходу закона, важное значение имеет установление (доказывание) наличия противоправной цели в действиях лица. Следует согласиться с Е. В. Вавилиным, полагающим, что для квалификации злоупотребления правом, действий в обход закона основным является факт причинения вреда<sup>2</sup>. Именно наличие вреда позволит соответствующему правоприменителю (как правило, суду) установить, присутствовала ли в действиях лица, совершенных в обход закона, противоправная цель. Представляется, что отсутствие вреда охраняемым законом интересам исключает возможность квалифицировать действия субъекта как совершенные в обход закона. В связи с этим высказываемые опасения, что для лишения субъекта права на защиту правоприменителю достаточно будет усмотреть лишь нацеленность его действий на достижение противоправной

---

<sup>1</sup> См.: Захарова, О. Е. Запрет «обхода закона» в праве России и Германии // Проблемы экономики и юридической практики. 2018. № 1. С. 111.

<sup>2</sup> См.: Вавилин, Е. В. Пределы осуществления гражданских прав: некоторые вопросы // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2018. № 5. С. 84.

цели<sup>1</sup> (при отсутствии причиненного вреда), и это приведет к судебному произволу<sup>2</sup>, можно считать не вполне обоснованными.

*Второй признак* — **умышленный характер** действий, совершаемых в обход закона. Представляется, что целеполагание, как необходимое качество обхода закона, исключает возможность, что данный асоциальный способ реализации права может быть выражен в неосторожных действиях. Но следует различать отношение лица к целям совершаемых действий и к фактическим результатам от их совершения. Другими словами, вред, причиненный в результате обхода закона, мог не полностью охватываться умыслом субъекта (характер, размер вреда).

*Третьим признаком* обхода закона следует считать **выведение отношений из-под действия одной нормы** (комплекса норм) и **включение их под действие другой, более благоприятной для субъекта правовой нормы** (комплекса норм). Зачастую это связано с необходимостью совершения субъектом системы действий, включающих два компонента: подготовительный (действия, скрывающие характерные черты общественного отношения, по которым его можно было бы правильно квалифицировать и реализовать «отклоняемую» норму) и «маскировочный» (действия, направленные на реализацию более благоприятной нормы). Однако возможны случаи, когда эти компоненты осуществляются одновременно. Например, при совершении притворной сделки, как одном из способов обхода закона, выполнение действий, составляющих ее содержание, изымает отношение из-под регулирования отклоняемых норм, распространяющихся на сделку, которую стороны имели в виду, и одновременно подводит отношение под действие благоприятных для участников норм.

---

<sup>1</sup> См.: Камышанский, В. П. Обход закона в гражданском праве: как это понимать? // Научное обеспечение агропромышленного комплекса. Сборник статей по материалам 71-й научно-практической конференции преподавателей по итогам НИР за 2015 г. Отв. за выпуск А. Г. Кошаев. Краснодар: Изд-во ФГБОУ ВПО «Кубанский государственный аграрный университет», 2016. С. 385.

<sup>2</sup> См.: Вольфсон, В. Л. О притворности, мнимости и лжеатрибуции: «обход закона» как когнитивная деформация фиктивных сделок // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2015. № 1. С. 7.

Данный признак указывает на то, что зачастую обход закона представляет собой целую систему действий, в которой виды недействительных сделок (мнимая, притворная), выделявшиеся до включения в законодательство понятия «обход закона», могут являться лишь одним из элементов. Это обстоятельство подчеркивает целесообразность выделения такой специфической группы правонарушений, как действия, совершаемые в обход закона.

В качестве *четвертой черты*, отличающей обход закона от правомерных действий по адаптации законодательства к сложившимся общественным отношениям, следует назвать **наличие реальной возможности реализации отклоняемых юридических норм**. В связи с этим, полагаем, ошибочно рассматривать ситуации, в которых субъект по объективным причинам не имел реальной возможности соблюсти запрет или исполнить обязанность, предусмотренную одними юридическими нормами, и выстраивал свое поведение в соответствии с действующими правовыми нормами. Так, например, А. И. Цыреторов рассматривает как обход законодательства о тарифном регулировании действия энергетических компаний по взысканию платежей за поставленную энергию по рассчитываемым в определенном порядке ценам, в условиях, когда тарифы не были установлены уполномоченным органом по независящим от энергетических компаний причинам<sup>1</sup>. Во-первых, энергетические компании не имели реальной возможности исполнить требования соответствующего законодательства. Во-вторых, характер общественных отношений с участием энергетических компаний был таков, что их прекращение или приостановление могло причинить больший вред публичным интересам, чем преобразование их под действие других правовых норм. Следовательно, в действиях энергетических компаний в этом случае не усматривается наличие противоправной цели, и они не должны рассматриваться как обход закона.

---

<sup>1</sup> См.: Цыреторов, А. И. К вопросу об установлении фактов обхода административно-правового режима тарифного регулирования в сфере энергетики // Научный портал МВД России. 2017. № 4. С. 109–110.

*Пятым признаком* обхода закона является то, что совершаемые субъектом действия соответствуют формам реализации норм права, но не приводят к должному социально полезному или допустимому результату. В своих действиях, совершаемых в обход закона, лицо соблюдает установленные законодательством запреты, исполняет возложенные обязанности, использует права, но им реализуются те юридические нормы, которые носят для него благоприятный характер и не распространяют свое действие на подлинное общественное отношение, участником которого он является. В связи с этим результаты реализации таких норм в контексте действительного общественного отношения оказываются не соответствующими системе других правовых предписаний, а вместо упорядочения и развития социальных отношений причиняют им вред.

Совокупность названных признаков позволяет сформулировать определение исследуемого понятия. Под **обходом закона** следует понимать **дефектный способ реализации юридических норм, выражающийся в умышленном совершении лицом комплекса действий, носящих противоправный характер, подменяющих правовое регулирование объективно сложившихся общественных отношений действительно соответствующими им правовыми нормами на регулирование более благоприятными для удовлетворения интересов субъекта нормами права, положения которых исполняются (соблюдаются, используются) лишь формально.**

Умышленный характер действий, совершаемых в обход закона, предполагает, что в них выражается соответствующее усмотрение субъекта, решившего удовлетворить свои интересы путем совершения правонарушения, «замаскированного» под законопослушное поведение. Представляется, что при принятии лицом решения обойти действие какого-либо закона элементы, входящие в механизм формирования усмотрения, удваиваются и меняют очередность.

**Первая часть** механизма формирования решения об обходе закона

стандартна для соответствующих форм реализации юридических норм, о специфике которых мы говорили в 1 параграфе данной главы. Она включает в себя установление фактической основы сложившейся ситуации, в рамках которой определяются юридические факты (составы) и иные обстоятельства, имеющие значение с юридической точки зрения. Вторым этапом является неофициальная правовая квалификация — выбор исполняемой или используемой нормы права (при соблюдении правовых запретов точной квалификации может не быть). Третий элемент — неофициальное толкование и проверка выбранной юридической нормы. Заключительным элементом механизма формирования правового усмотрения является принятие решения, выражающееся в определенном правовом поведении (действиях или бездействии).

В случаях с обходом закона субъектами принимается, по сути, одно решение — о невозможности удовлетворения собственных интересов за счет реализации правовой нормы, действие которой распространяется на соответствующую ситуацию (отношение), и необходимости получения неадекватных реальной ситуации правовых средств, использование которых позволит удовлетворить собственные интересы, нанеся при этом вред интересам других лиц, социальных групп, общества и государства.

Названное решение отличается от других случаев усмотрения, результатом которого являются противоправные действия. При обходе закона субъект ориентирован на использование правовых средств для удовлетворения собственных интересов в ущерб другим интересам. В ситуации с «ординарными» правонарушениями, установив невозможность удовлетворения собственного интереса за счет реализации юридических норм, лицо прибегает к помощи противоправных средств.

Принятое, таким образом, решение субъекта выражается в интеллектуально-практической деятельности (в некоторых случаях только интеллектуальной), составляющей **вторую часть** механизма формирования усмотрения, реализуемого в обход закона. Она включает аналогичные

элементы, осуществляемые в другой последовательности.

В первую очередь лицо осуществляет выбор правовой нормы (норм), предписания которой являются более благоприятными с точки зрения удовлетворения собственных интересов лица, нежели предписания той правовой нормы, от реализации которой в обычном порядке субъект отказался. В итоге такой замены нормы права, подлежащей осуществлению, форма ее реализации может быть изменена, однако возможно и сохранение формы, аналогичной той, которая должна была быть в действительности. Например, изъятие общественного отношения из-под действия одного правового запрета и подведение его под действие другого. Подобные попытки обхода распространены в отношении запретов на реализацию алкогольной продукции. В частности, установленный п. 9 ст. 16 Закона № 171-ФЗ<sup>1</sup> запрет на розничную продажу алкогольной продукции с 23 часов до 8 часов по местному времени (если органами государственной власти не установлены дополнительные ограничения по времени реализации), пытаются обходить, маскируя соответствующую деятельность под розничную продажу при оказании услуг общественного питания в кафе, ресторанах, буфетах и т. п., на которую данный запрет не распространяется.

Одновременно с выбором субъектом нормы права осуществляется ее неофициальная интерпретация. Особенностью толкования юридической нормы в данном случае будет являться смещение акцента с диспозиции на гипотезу. При «обычном» правоприменении или реализации нормы в другой форме соответствующий субъект уделяет большее внимание уяснению смысла самого правила поведения, установленного толкуемой нормой, которое содержится в ее диспозиции. Акцента на гипотезе реализуемой нормы в этой ситуации практически не делается, поскольку тождество фактических обстоятельств с условиями, заключенными в гипотезе, при

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 22 ноября 1995 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4553; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5173.

которых рассматриваемая норма подлежит воплощению в жизнь, установлено на этапе юридической квалификации.

В случаях обхода закона ситуация иная. Здесь выбор нормы осуществляется исходя не из сложившихся фактически обстоятельств, а основываясь на содержании того заключенного в диспозиции предписания, которое наиболее благоприятно для удовлетворения собственных интересов субъекта. В связи с этим при интерпретации заинтересованному лицу, наряду с уяснением (повторным, дополнительным) содержания установленного нормой правила поведения, необходимо определить, при наличии каких условий данная норма права может быть реализована.

Уяснив, какой юридический факт или состав предусмотрен соответствующей нормой, субъект переходит к установлению фактической основы дела, сочетающейся с ее корректировкой.

При обходе закона деятельность по установлению фактической основы конкретной ситуации не носит объективного характера. Задача данной деятельности заключается в выявлении, закреплении и оценке тех фактических обстоятельств, которые подпадают под имеющуюся конструкцию юридического факта (состава), и в «ретушировании» обстоятельств, указывающих на необходимость квалификации дела по другой правовой норме. В ряде случаев существующих объективно обстоятельств недостаточно для признания наличия искомого юридического факта (состава). В этих ситуациях заинтересованным лицом осуществляются действия, направленные на корректировку фактической основы дела.

С учетом того, что обход закона реализуется, как правило, посредством осуществления комплекса действий, можно сделать вывод о *комплексном* характере соответствующего усмотрения (макроусмотрение). Это предполагает наличие *простых* дискреций (микроусмотрений), реализация которых оказывает воздействие на принятие итогового решения в рамках макроусмотрения. Представляется, что для обхода закона такими микроусмотрениями будут являться решения, реализованные в действиях

субъекта, направленных на корректировку фактической основы всего дела (например, совершение отдельных сделок).

Специфика названных простых дискреций заключается в том, что взятые в отдельности, вне контекста общей противоправной и асоциальной цели они осуществляются в действиях, являющихся правомерными. Например, для обхода положения, предусмотренного ст. 93 ГК РФ, о преимущественном праве участников общества с ограниченной ответственностью покупки доли другого участника или предусмотренных уставом общества дополнительных ограничений на отчуждение доли, использовались сделки (в частности, дарение), которые разрешены законом. Но в контексте действительного намерения лица продать собственную долю, обойдя требование о преимущественном праве покупки другими участниками, такая сделка приобретает характер притворной.

Создав условия, необходимые для реализации выбранной благоприятной правовой нормы (норм), субъект переходит к элементу принятия решения и его осуществления. Суть решения в этой части механизма формирования усмотрения обхода закона едина — реализация предписаний выбранной нормы права в соответствующей форме. То есть лицо воздерживается от определенных действий, соблюдая выгодный для себя правовой запрет, либо ведет себя активно, исполняя юридические обязанности и используя субъективные права, также благоприятные для удовлетворения собственных интересов. Вариации в этом элементе возможны, когда содержание реализуемой нормы права допускает несколько альтернативных вариантов поведения: различные способы исполнения юридической обязанности или использования субъективного права. Из них выбирается наиболее благоприятный для удовлетворения собственных интересов способ реализации нормы.

При анализе механизма формирования усмотрения лица, осуществляющего действия в обход закона, в первую очередь рассматриваются невластные формы реализации права: соблюдение,

исполнение и использование. Однако, как уже ранее отмечалось, понятие «обход закона» носит универсальный общеправовой характер, а следовательно, соответствующий способ может использоваться и в правоприменении. Так, например, пунктами 4–9, 10.1, 11 и 12 ч. 2 ст. 29 УПК РФ устанавливаются случаи, когда следственное действие может осуществляться только с согласия суда, содержащегося в соответствующем решении. Предусмотренная ст. 165 УПК РФ общая процедура предполагает получение судебного решения до проведения следственного действия. Однако ч. 5 ст. 165 допускает возможность в исключительных случаях, не терпящих отлагательства, провести осмотр жилища, обыск и выемку в жилище, личный обыск, выемку заложенной или сданной на хранение в ломбард вещи, а также наложить арест на имущество на основании постановления следователя или дознавателя без получения судебного решения. Учитывая, что закон не содержит исчерпывающий перечень исключительных случаев, допускающих применение указанной нормы, а разъяснения, данные Верховным Судом РФ, предлагают лишь примерный список таковых (п. 16 Постановления Пленума № 19<sup>1</sup>), можно говорить о наличии условий, позволяющих дознавателю или следователю действовать в обход закона (следует подчеркнуть, что не все случаи применения положений ч. 5 ст. 165 УПК РФ являются обходом закона).

Необходимо обратить внимание, что деятельность по применению норм права носит процедурный характер, а значит, оставляет меньше возможностей «для маневра» субъектам, ее осуществляющим, чем другие формы правореализации. Но полностью обход закона правоприменителем не исключается. Следует обозначить признаки, разграничивающие обход закона правоприменителем, его правомерное поведение или допущенную в процессе применения права неправильную квалификацию. Полагаем, что в качестве таких признаков можно рассматривать следующие обстоятельства:

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 1 июня 2017 г. № 19 «О практике рассмотрения судами ходатайств о производстве следственных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан (статья 165 УПК РФ)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 7.

1. Цель деятельности. Это, безусловно, основная черта, отличающая правомерное поведение от обхода закона. Если цель деятельности правоохранительных органов и их должностных лиц можно сформулировать как обеспечение соблюдения прав и свобод человека и гражданина: защита их от всяких противоправных посягательств и ограничений, не обусловленных объективной необходимостью, то при обходе закона должностным лицом она приобретает другой вид. Из общественно полезной цель трансформируется в личную — достижение высоких показателей на службе для дальнейшего карьерного роста, обеспечение необходимых показателей работы во избежание должностных взысканий и т. п.

2. Объективность установления фактической основы дела. Ошибки при выявлении, собирании, фиксации и оценке сведений, имеющих значение для правильного разрешения дела, в рамках правоприменительной деятельности могут происходить и далеко не всегда по умыслу лица, осуществляющего данные операции. Для оценки ошибок, допущенных на этапе установления фактической основы дела и повлиявших на правильность квалификации, как непреднамеренных, необходимо, чтобы деятельность по выявлению, собиранию, фиксации и оценке фактических данных не обладала признаками целенаправленного воздействия на устанавливаемые обстоятельства. Не должно быть попыток завуалировать одни обстоятельства и вывести на первый план другие или изменить какие-то обстоятельства, имеющие правовое значение. В случаях, когда деятельность по установлению фактической основы дела имеет названные признаки, она утрачивает необходимую объективность, и это может свидетельствовать о попытке обхода закона субъектом.

3. Структура механизма формирования правового усмотрения субъекта. При обходе закона структура включает две части, которые рассмотрены в данном параграфе. В других случаях, в том числе при неправильной квалификации, допущенной соответствующим субъектом, структура механизма формирования усмотрения не имеет деления на две

части.

Для выявления случаев обхода закона наиболее сложным является именно установление структуры механизма формирования правового усмотрения, включающей две части. Органам и должностным лицам, оценивающим поведение лица, очень сложно определить, с чем они имеют дело: с единым усмотрением, включающим две части, или с двумя не связанными друг с другом дискрециями. Выяснение данного вопроса требует скрупулезного внимания ко всем обстоятельствам, позволяющим определить наличие у лица противоправной цели, выявить подлинную первоначальную фактическую основу юридического дела и действия лица, направленные на ее «маскировку», установить связь между формально правомерными действиями лица и фактически противоправным результатом таких действий. Естественно, что собранные данные, свидетельствующие о наличии едва уловимых внутренних связей, подлежат оценке лицом, уполномоченным устанавливать наличие или отсутствие обхода закона (как правило, судьей), что предполагает высокую роль усмотрения указанного лица в итоговом решении. Именно высокая степень «насыщенности усмотрением» решений, принимаемых по делам об установлении фактов обхода закона с противоправной целью, и применения последствий, предусмотренных законом для этих случаев, в первую очередь беспокоит противников законодательного закрепления понятия «обход закона»<sup>1</sup>. Но это не должно стать основанием для отказа от законодательного оформления негативного отношения к такому правовому явлению, как обход закона.

Исследование специфики механизма формирования усмотрения субъекта, действующего в обход закона, позволяет сформулировать определение данной разновидности правового усмотрения. **Усмотрение лица, действующего в обход закона, представляет собой комплексное правореализационное решение, направленное на достижение противоправной цели, включающее отказ от осуществления правовой**

<sup>1</sup> См.: Вольфсон, В. Л. Об обходе законов // Юридическая мысль. 2012. № 3. С. 104.

**нормы, подлежащей реализации, и принятие мер по корректировке фактической основы дела, обеспечивающей возможность реализации заинтересованным лицом наиболее благоприятной для удовлетворения его интересов нормы права, приводящей к искомому противоправному результату.**

Еще одним «дефектным» способом правореализации следует считать злоупотребление правом. Как и обход закона, явление, именуемое «злоупотребление правом», имеет глубокие исторические корни. Под этим названием или под наименованием «шикана» оно было известно еще древнеримским юристам<sup>1</sup>. Т. С. Яценко отмечает, что у романистов нет единого мнения относительно существования в римском праве запрета шиканы в качестве общего принципа<sup>2</sup>. Однако можно точно говорить, что римское право не оставляло без внимания случаи недобросовестного пользования правами и напрямую закрепляло отрицательное отношение к различным проявлениям злоупотребления правом<sup>3</sup>. По мнению О. А. Поротиковой, именно классическими римскими юристами был сформирован прообраз современного регулирования ненадлежащего осуществления гражданских прав<sup>4</sup>.

Следует отметить, что проблема правового регулирования недобросовестного использования субъективных прав известна не только правовым системам, базирующимся на римском праве. Аналогичные запреты на использование права, если это не приносит пользы управомоченному лицу или причиняет вред кому-то другому, существуют и в государствах мусульманского права (Египет, Сирия и др.)<sup>5</sup>. Это указывает на то, что примеры целенаправленного использования предоставленных законом прав

---

<sup>1</sup> См.: *Покровский, И. А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 113.

<sup>2</sup> См.: *Яценко, Т. С.* Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. М.: Статут, 2003. С. 17–18.

<sup>3</sup> См.: *Яценко, Т. С.* Указ. соч. С. 22.

<sup>4</sup> См.: *Поротикова, О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 7.

<sup>5</sup> См.: *Малиновский, А. А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. С. 35.

для причинения вреда другому лицу или обществу в целом присутствовали во многих государствах, в связи с чем в законодательстве этих стран формулировались соответствующие запреты на злоупотребление правом либо пределы осуществления субъективных прав, выполняющие ту же ограничительную функцию.

В современном российском законодательстве недопустимость злоупотребления правом закреплена в ст. 10 ГК РФ в качестве одного из принципиальных положений данной отрасли права. Однако, как и в случае с обходом закона, Гражданский кодекс не содержит легального определения злоупотребления правом. Пункт 1 ст. 10 ГК РФ только обозначает, каким образом может выражаться злоупотребление правом: осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав.

Отсутствует единый подход к пониманию злоупотребления правом и среди ученых, занимающихся названной проблемой. Как справедливо отмечает А. А. Малиновский, помимо разнообразия выделяемых признаков злоупотребления правом различные научные концепции отличает друг от друга определение сущности данного явления. Можно выделить три основных подхода к пониманию злоупотребления правом. В рамках первого подхода злоупотребление правом рассматривается как обычное правонарушение, а следовательно, обладает общими признаками последнего: противоправностью, наказуемостью, виновностью, опасностью причинения общественного вреда. Другие исследователи видят в злоупотреблении правом особый вид правонарушения. В рамках третьего подхода злоупотребление правом рассматривается как правомерное деяние, не обладающее признаком противоправности<sup>1</sup>.

Весьма интересной, выбивающейся из общего ряда, представляется

---

<sup>1</sup> См.: Малиновский, А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. С. 55–56.

теория, которую выдвинул В. И. Червонюк. По мнению данного автора, злоупотребление правом следует рассматривать не как особый вид правонарушений, а как разновидность неправовых действий, связанных со злоупотреблением правовой свободой и находящихся в противоречии с назначением предоставленного субъекту права. При этом оно занимает промежуточное положение между правомерным поведением и правонарушением<sup>1</sup>. Однако выделяемые названным автором признаки злоупотребления правом: причинение вреда в результате таких действий; реализация права в противоречии с его назначением; «конфликт» злоупотребления правом и добросовестного поведения; возможность применения специальных мер правового воздействия при квалификации действий в качестве злоупотребления правом<sup>2</sup>, — характеризуют его скорее, как противоправное поведение. При злоупотреблении правом речь идет о конкретном деянии лица (возможно носящем длящийся характер), которое может либо соответствовать праву, либо противоречить ему. Но поскольку ст. 10 ГК РФ устанавливает общий запрет на злоупотребление правом, то такие действия должны признаваться правонарушением.

Также нельзя согласиться с позицией А. А. Малиновского, указывающего на возможность существования двух форм злоупотребления правом: правомерную и противоправную<sup>3</sup>. Это обусловлено тем, что признаки, характеризующие «правомерное злоупотребление правом»: соответствие поведения субъекта правовым нормам, отсутствие законодательно закрепленного негативного отношения государства к результатам такого поведения (отсутствие наказуемости), являются свойствами правомерного поведения. А несоответствие поведения субъекта общепризнанным в обществе нормам нравственности, противоречие идеалам справедливости, при отсутствии юридической ответственности за это,

---

<sup>1</sup> См.: Червонюк, В. И. Злоупотребление правом в сфере действия частного и публичного права // Вестник Московского университета МВД России. 2017. № 3. С. 168.

<sup>2</sup> См.: Червонюк, В. И. Указ. соч. С. 169.

<sup>3</sup> См.: Малиновский, А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. С. 220.

переводит «злоупотребление» из правовой плоскости в морально-нравственную<sup>1</sup>. В правовом же измерении остается лишь правомерное осуществление субъективного права.

Господствующей в настоящее время является точка зрения, признающая злоупотребление правом противоправным поведением. Так, В. П. Грибанов под злоупотреблением правом понимает совершенное при использовании принадлежащего права управомоченным лицом правонарушение, выражающееся в использовании недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного общего типа поведения<sup>2</sup>. О. А. Поротикова предлагает внести в Гражданский кодекс РФ ст. 10 (прим.), закрепив в ней законодательную дефиницию злоупотребления правом как умышленного поведения уполномоченного лица по осуществлению принадлежащего ему гражданского права, сопряженного с нарушением установленных в ст. 10 Гражданского кодекса РФ пределов осуществления гражданских прав, причиняющего вред третьим лицам или создающего условия для наступления вреда<sup>3</sup>. Следует согласиться с Н. И. Суховой, считающей, что нормативное закрепление дефиниции «злоупотребления правом» и более четкая правовая регламентация пределов осуществления субъективного права позволят эффективно функционировать механизму нейтрализации злоупотребления правом<sup>4</sup>, а также, полагаем, приведет к единообразию судебной и иной правоприменительной практики.

В публично-правовых отраслях злоупотребление правом также рассматривается как противоправное поведение. В частности, О. В. Желева злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве определяет как особый вид правового поведения участника уголовно-процессуальных отношений, который осуществляется путем нарушения порядка реализации

<sup>1</sup> См.: Малиновский, А. А. Указ. соч. С. 225.

<sup>2</sup> См.: Грибанов, В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 63.

<sup>3</sup> См.: Поротикова, О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 13.

<sup>4</sup> См.: Сухова, Н. И. Нейтрализация злоупотребления правом в условиях неопределенности теоретико-эмпирических оснований его идентификации // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. № 4. С. 73–74.

принадлежащего права в противоречии с его смыслом и назначением, причиняющий вред интересам других участников процесса, общества и государства<sup>1</sup>. Помимо представителей науки уголовно-процессуального права к проблеме злоупотребления правом исследователи обращаются также в конституционном<sup>2</sup>, в административном<sup>3</sup>, в арбитражном и гражданском процессах<sup>4</sup> и в иных сферах юриспруденции<sup>5</sup>. Это указывает на то, что проблема злоупотребления правом носит не отраслевой сугубо цивилистический характер, а общеправовой. Безусловно, злоупотребление субъективным правом будет обладать определенной спецификой в зависимости от того, нормами каких отраслей регулируются соответствующие отношения. Но основные характеристики данной дефектной противоправной формы реализации юридических норм общие.

К основным характерным чертам злоупотребления правом большинство исследователей относит следующие:

1) в результате злоупотребления правом причиняется вред (или создается реальная угроза его причинения) интересам других лиц либо публичным интересам. На это качество указывает и законодательство, закрепляющее, что если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, то оно вправе требовать возмещения причиненных этим убытков (п. 4 ст. 10 ГК РФ). Кроме прав конкретного лица, от злоупотребления правом недобросовестным субъектом могут пострадать и интересы всего общества или государства. Представляется, что при

<sup>1</sup> См.: Желева, О. В. Понятие и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве // Вестник Томского государственного университета. 2015. № 396. С. 119.

<sup>2</sup> См.: Шарнина, Л. А. Злоупотребление конституционными правами и злоупотребление полномочиями: общее и особенное // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 12. С. 9–15.

<sup>3</sup> См.: Крымова, Е. Н. Формы и виды злоупотребления правом в системе функционирования исполнительной власти в России как в демократическом правовом государстве // Юридические записки: сб. науч. трудов. Вып. 22: Демократия и правовая система России: преимущества, достижения и противоречия / Под ред. Ю. Н. Старилова. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2009. С. 86–96.

<sup>4</sup> См.: Зайков, Д. Е. Понятие и содержание злоупотребления процессуальными правами в арбитражном и гражданском процессах // Арбитражный и гражданский процесс. 2014. № 9. С. 48–53; Казаков, А. Применение норм о злоупотреблении правом в иностранном гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. № 9. С. 31–38; Юдин, А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском и уголовном судопроизводстве: межотраслевой анализ // Lex russica (Русский закон). 2006. № 5. С. 976–987.

<sup>5</sup> См.: Офман, Е. М. Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006.

отсутствии какого-либо вреда (или реальной угрозы его причинения) установить злоупотребление правом невозможно, поскольку не будет того результата, который изменяет характер правомерного использования субъективного права на неправомерные действия;

2) злоупотребление правом является умышленным поведением. Данное свойство также можно выявить, проанализировав ст. 10 ГК РФ, закрепляющую формы, в которых выражается злоупотребление правом. Во всех случаях фигурирует противоправная цель: «исключительно с намерением причинить вред», «заведомо недобросовестное осуществление права»;

3) злоупотребление правом — противоправное поведение, поскольку законодательство устанавливает общий правовой запрет на соответствующее поведение, а также содержит меры правового воздействия к нарушителям данного запрета. Это касается, прежде всего, гражданского законодательства, однако и в нормативно-правовых актах других отраслей права могут содержаться соответствующие меры. Например, частью 3 ст. 217 УПК РФ предусмотрена мера воздействия на обвиняемого, злоупотребляющего своим правом, заключающаяся в возможности следователя окончить соответствующее процессуальное действие до полного ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела в случае умышленного затягивания времени этими лицами и нарушения установленного судом срока ознакомления;

4) злоупотребление возможно лишь тем субъективным правом, которое в действительности принадлежит лицу. Осуществление действий, на которые субъект не имеет права, не может образовывать злоупотребления правом. В данном случае уместно провести параллель с уголовным законодательством, различающим злоупотребление полномочиями и превышение полномочий.

Представляется, что последний критерий отграничивает злоупотребление правом не только от «обычных» правонарушений, но и от

обхода закона. При злоупотреблении правом субъект использует во вред то субъективное право, которое в действительности принадлежит ему. При обходе закона тоже возможно злоупотребление правом, но чаще всего лицо использует то право, которым в действительности не должно обладать, либо в результате обхода приобретает такое субъективное право. Поэтому следует согласиться с И. В. Сазановой, отмечающей, что отождествление обхода закона и злоупотребления правом в налоговых спорах неправомерно, поскольку в случае обхода закона у налогоплательщика нет субъективного права, которым можно злоупотреблять<sup>1</sup>.

Кроме того, злоупотребление правом связано в первую очередь с такой формой реализации права, как использование, а обход закона может выражаться также в соблюдении и исполнении юридических норм.

Исходя из этого, представляется, что позиция, отраженная в законе и разделяемая некоторыми авторами<sup>2</sup>, согласно которой обход закона является одной из форм злоупотребления правом, неверна. Обход закона и злоупотребление субъективным правом представляют два самостоятельных противоправных и асоциальных способа дефектной реализации юридических норм. При этом злоупотребление правом по отношению к обходу закона является более простым способом, который может использоваться как один из элементов комплекса действий, составляющих обход закона.

С позиции усмотрения, реализуемого в случаях злоупотребления правом, наиболее важной характерной чертой рассматриваемого поведения является противоправная цель, оказывающая определяющее воздействие на механизм формирования дискреции.

В отличие от обхода закона, имеющего особую структуру механизма

---

<sup>1</sup> См.: Сазанова, И. В. К вопросу о соотношении обхода закона и злоупотребления правом // Ученые записки юридического факультета. 2010. № 17. С. 94.

<sup>2</sup> См. например: Батора, П. В. «Иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав» как универсальная форма злоупотребления правом // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2019. № 2. С. 50–51; Захарова, О. Е. Конструкция «обхода закона» как форма злоупотребления правом // Государственная служба и кадры. 2016. № 4. С. 83; Суслина, Е. Отдельные вопросы применения норм о злоупотреблении правом в судебной практике // Научный вестник Волгоградского филиала РАНХиГС. Серия: юриспруденция. 2017. № 1. С. 88.

формирования усмотрения, при злоупотреблении правом структура механизма общая, характерная для правореализационного процесса (в частности, для использования права). Специфику правового усмотрения, реализуемого в злоупотребительном поведении, детерминирует не структура механизма, а определяющее воздействие противоправной цели на каждый элемент данного механизма.

В зависимости от желаемого результата противоправные цели в общем виде могут быть разделены на три группы:

– исключительно причинение вреда другим интересам. При этом у субъекта данная цель может быть не персонифицирована и допускать причинение вреда интересам конкретных лиц, либо интересам общества и государства. Например, затягивание судебного процесса при рассмотрении уголовного дела может иметь целью, создать наибольшие неудобства всей правоохранительной системе, задействованной в нем;

– удовлетворение собственных интересов злоупотребляющего субъекта за счет причинения вреда интересам других лиц. Если в первой группе вред, причиненный интересам других лиц, не приносит выгоды злоупотребляющему субъекту, то в данном случае причинение такого вреда является для злоупотребляющего средством извлечения собственной выгоды. Такую цель, в частности, может преследовать кредитор, умышленно затягивающий обращение в суд с требованиями к должнику для максимального увеличения штрафных санкций;

– несоразмерное удовлетворение собственных интересов. Основной мотивацией поведения злоупотребляющего субъекта в данном случае является наиболее полное удовлетворение собственных интересов и игнорирование интересов других лиц, равно как и публичных интересов. Противоправность этой группы целей связана с тем, что злоупотребляющий субъект должен осознавать явное несоответствие того блага, которое он предполагает получить от использования субъективного права, тому благу, для обеспечения которого это право предназначено.

Цель, принадлежащая к одной из названных групп, будет оказывать определяющее воздействие на процесс установления фактической основы дела, выбор нормы права, устанавливающей правомочие, входящее в субъективное право, толкование данной нормы и, безусловно, на итоговое решение лица, выражающееся в определенных действиях (бездействии) и направленное на достижение поставленной цели.

Рассмотренные характерные черты злоупотребления правом позволяют сформулировать определение, отражающее специфику правового усмотрения, реализуемого в этой разновидности поведения. **Усмотрение субъекта, злоупотребляющего правом, представляет собой правореализационное решение, при котором выбирается ориентированный на достижение противоправной цели вариант использования субъективного права, выражающееся в совершении незапрещенных законом действий, приводящих к причинению (реальной угрозе причинения) вреда интересам других лиц или публичным интересам.**

Общим свойством для усмотрения, реализуемого при обходе закона и при злоупотреблении правом, будет являться подчиненность решений и действий субъекта противоправной цели. Противоправная цель формируется у лица при реализации субъективно-поведенческого усмотрения, в рамках которого определяется общая направленность правового поведения субъекта. Можно сказать, что каждая дискреция лица, выраженная в действиях, совершенных в обход закона или злоупотребляющих правом, является частным проявлением субъективно-поведенческого усмотрения, в результате которого выбрана противоправная или маргинальная модель поведения для удовлетворения собственных интересов лица.

Названное обстоятельство подчеркивает необходимость системного исследования субъективно-поведенческого типа усмотрения лица в сочетании с вопросами обхода закона и злоупотребления правом.

## ГЛАВА 5. ЗАКОННОСТЬ И ПРАВОВОЕ УСМОТРЕНИЕ

Исследуя усмотрение в праве, нельзя не обратиться к вопросу о том, какую роль играет дискреция в обеспечении законности. Зачастую законность и правовое усмотрение противопоставляют друг другу, отождествляя последнее с произволом, беззаконием. Как уже отмечалось, именно такая точка зрения нередко является определяющей при разработке новых нормативных правовых актов, или поправок к действующим законодательным актам, в которых излишне ограничиваются, либо чрезмерно детализируются полномочия публичных субъектов права (государственных и муниципальных органов, их должностных лиц); при нормативном закреплении коррупциогенных факторов<sup>1</sup>. Следует оговориться, что в указанных случаях речь идет, по сути, не об усмотрении в целом, как общеправовом феномене, а о его правоприменительной (в том числе судебной) разновидности.

Фактическое противопоставление законности и правоприменительного усмотрения имеет достаточно глубокие корни в отечественной юриспруденции. Как отмечает Д. В. Бойко, еще дореволюционные теоретики права высказывались за приоритет законности по отношению к усмотрению<sup>2</sup> (хотя фактически такого состояния в тот период достигнуть не удалось). После непродолжительного перерыва — с Октябрьской революции до создания СССР, во время которого деятельность правоприменителей по усмотрению («руководствуясь революционным сознанием») оценивалась положительно — снова последовал достаточно длительный период (примерно до начала 70-х гг. XX в.) противопоставления законности и

---

<sup>1</sup> Законом «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» устанавливается, что к числу коррупциогенных факторов относятся положения нормативно-правовых актов (их проектов), устанавливающие для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения. Эта норма закона конкретизируется в Методике проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной Постановлением Правительства РФ.

<sup>2</sup> См.: Бойко, Д. В. Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности: вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011. С. 8.

усмотрения<sup>1</sup>. С начала 70-х гг. XX в. оценка соотношения законности и усмотрения приобрела более объективный характер, поскольку последнее стало рассматриваться, как необходимый элемент правоприменительной (судебной, административной) деятельности в отдельных сферах.

В настоящее время сформировалась двоякая ситуация. С одной стороны, в научных исследованиях, посвященных правовому усмотрению в целом, или его отдельным аспектам, отмечается объективность существования усмотрения, его многогранность и неоднозначное влияние на состояние законности. С другой стороны, во многих иных научных трудах прослеживается направленность на противопоставление законности и усмотрения, на ограничение (не всегда обоснованное) дискреции, что зачастую находит отклик в правотворческой практике (с середины 2000-х годов можно говорить о существовании соответствующей тенденции в правотворчестве). Однако реализация подобного подхода в правотворческой деятельности далеко не всегда приводит к ожидаемым положительным результатам, что подтверждает необходимость выявления и других аспектов взаимодействия правового усмотрения и законности.

В науке традиционно рассматривают законность как многоаспектное понятие, обладающее различными оттенками и требующее разнообразия в подходах к его пониманию и исследованию<sup>2</sup>. Несмотря на многообразие дефиниций законности, имеющих в отечественной и зарубежной науке, представляется возможным выделить три ключевых аспекта в понимании законности. Она рассматривается: во-первых, как принцип государственно-правовой жизни — требование к поведению всех участников общественных отношений, регулируемых правом; во-вторых, как метод государственного руководства, принцип формирования и деятельности всех ветвей

---

<sup>1</sup> См.: *Фастов, А. Г., Бойко, Д. В.* Соотношение законности и усмотрения в советской юридической науке и практике // *Вестник Волгоградской академии МВД России*. 2011. № 4. С. 15.

<sup>2</sup> См.: *Горячева, С. В.* Законность и права человека // *Вестник Екатеринбургского института*. 2014. № 3. С. 60; *Солуков, А. А.* Многообразие подходов к пониманию законности // *Право и образование*. 2011. № 2. С. 89, 93; *Юрочкин, М. А.* Теоретические проблемы законности // *Актуальные вопросы современной науки*. 2016. № 50. С. 210; *Он же.* Законность: теоретический аспект формирования понятия // *Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции*. 2016. Т. 2. № 9. С. 338, и др.

государственной власти и органов, их представляющих; в-третьих, как устойчивое правовое состояние, являющееся элементом политического режима жизни общества<sup>1</sup>. Полагаем, что законность необходимо рассматривать в единстве названных составляющих, поскольку лишь соблюдение всеми субъектами права требований строгого и точного исполнения предписаний закона, а также реализация государственными и муниципальными органами и их должностными лицами нормативно закреплённого принципа законности позволят достичь одноименного правового состояния жизни общества. Также обратим внимание на то, что требование строгого и неукоснительного следования закону распространяется на поведение всех без исключения субъектов права. В этой связи, представляются не вполне обоснованными выводы авторов, ограничивающих распространение принципа законности лишь сферой деятельности государственных и муниципальных органов и их должностных лиц и исключаящих из нее граждан<sup>2</sup>. Разграничение на законность и правомерность (как требование к поведению граждан) выглядит искусственным, так как и в отношении граждан и в отношении государственно-публичных субъектов действуют и императивные нормы, требующие их строгого соблюдения, и диспозитивные — допускающие определенную свободу в поведении субъекта (в регулировании деятельности государственных органов, должностных лиц диспозитивных норм, безусловно, значительно меньше, но они присутствуют). Стоит согласиться с В. П. Серегиним, утверждающим, что законность должна присутствовать и в гражданско-правовых, семейных, трудовых отношениях<sup>3</sup>, т.е. в тех сферах, в которых значительную часть субъектов составляют граждане.

---

<sup>1</sup> См.: *Байтин, М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е доп. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 340–341; *Зорченко, Е. А.* От «социалистической» законности к законности правовой — современная тенденция развития института законности // Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции. 2016. Т. 2. № 9. С. 108.

<sup>2</sup> См.: *Солуков, А. А.* Многообразие подходов к пониманию законности // Право и образование. 2011. № 2. С. 91–92.

<sup>3</sup> См.: *Серегин, В. П.* Законность, виновность, справедливость // Вестник Прикамского социального института. Гуманитарное обозрение. 2013. № 2. С. 47–48.

Рассматривая взаимодействие усмотрения в праве и законности, необходимо отметить, что они связаны взаимным влиянием, оказываемым друг на друга<sup>1</sup>. Один из аспектов влияния законности на правовое усмотрение уже был назван в соответствующей части работы — законность является универсальным внешним пределом правовой дискреции, распространяющимся на все ее типы и виды. В роли такого предела выступают, в первую очередь, такие элементы, составляющие сущность законности, как принцип соблюдения законов в деятельности государственного аппарата, а также общее требование неукоснительного соблюдения законодательных предписаний, обращенное ко всем субъектам права.

Определенной спецификой обладает воздействие данного требования на субъективно-поведенческий тип усмотрения. Те мотивационные посылы, которые связаны с требованиями законности, могут уступить иным мотивам, что повлечет формирование правовых установок, воплощенных в общей модели правового поведения, ориентированной на правонарушения (противоправной) или допускающей совершение правонарушений (маргинальной). В результате этого, в рамках общего и нормативного типов усмотрения противоправные или маргинальные правовые установки субъекта вступят в конкуренцию с требованиями законности. Следовательно, для обеспечения в каждом конкретном поведенческом акте такого субъекта верховенства требований неукоснительного соблюдения закона, необходимо наличие и функционирование системы эффективных гарантий законности. Например, могут существовать ситуации, когда стремление лица занять определенную должность вызвано личными корыстными мотивами. Для того, чтобы исключить коррупционные проявления после замещения должностей подобными лицами, должна существовать система действенных

---

<sup>1</sup> Вопросы соотношения законности и правового усмотрения рассмотрены в следующих работах автора: *Никитин, А. А.* Законность и правоприменительное усмотрение // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 4. С. 141-146; *Его же.* Феномен усмотрения в праве. Саратов: ИЦ «Наука», 2021.

мер по предупреждению и профилактике коррупции. При ее функционировании нормативное усмотрение соответствующего должностного лица останется в пределах законности.

Воздействие правового усмотрения на законность заключается в способствовании или наоборот — воспрепятствовании достижения соответствующего правового состояния жизни общества. Сложность и неоднозначность такого явления, как усмотрение в праве, состоит именно в том, что оно может оказывать и положительное, и отрицательное влияние на социально-правовые процессы и состояния общества, включая законность.

Уже было отмечено преобладание научных работ, исследований, противопоставляющих правовое усмотрение и законность, либо освещающих отрицательное воздействие дискреции на законность. Критикуя соответствующие выводы в части односторонности оценки правового усмотрения, использования исключительно негативных примеров, нельзя не согласиться с ними в том, что в обеспечении законности усмотрение в праве может играть отрицательную роль.

Развивая диспозитивные начала в праве, законодатель предоставляет субъектам определенную свободу в поиске пути к правильному решению. Однако фактические обстоятельства разрешаемых правовых казусов, порой, предопределяют возможность достижения правильного (законного) решения лишь одним путем, хотя движение другой дорогой само по себе закону не противоречит. В качестве примера к данному рассуждению можно привести достаточно широкие пределы, в рамках которых правоприменитель может назначать наказание за совершение некоторых преступлений. В них может входить возможность назначения альтернативных видов наказания и большой разброс между нижней и верхней границей размера одного вида наказания (например, лишения свободы на определенный срок). Определение наказания в этих пределах входит в полномочия соответствующего суда и, само по себе, не является противозаконным. Но усмотрение суда относительно наказания по конкретному уголовному делу, выраженное в

приговоре, может быть признано незаконным вышестоящей судебной инстанции в силу, например, несправедливости назначенного наказания, не выходящего за пределы санкции статьи Особенной части УК РФ, но чрезмерно мягкого или чрезмерно сурового (предусмотрено ч. 2 ст. 389.18 УПК РФ). Такой незаконный акт правосудия нарушает состояние законности.

В приведенном примере можно наблюдать как реализация абсолютно необходимого дискреционного полномочия, призванного обеспечить индивидуализацию и справедливость наказания, оказывает негативное влияние на состояние законности. При этом, полагаем, что уменьшать свободу усмотрения суда в данном вопросе не целесообразно. Законодатель, предоставляя суду подобные полномочия, обеспечивающие реализацию в правоприменительном процессе идей гуманизма, равенства и справедливости, предусмотрел возможность ошибки, создав контрольно-проверочные механизмы, обладающие правом пересмотра судебных актов в апелляционном, кассационном и надзорном порядках.

Безусловно, есть случаи, когда свобода усмотрения, предоставленная правоприменителям или иным субъектам права, избыточна и ее реализация приводит к многочисленным нарушениям режима законности, прав и свобод человека. Соответствующие положения законодательства необходимо выявлять и корректировать, устанавливая новые пределы усмотрения в праве, обеспечивающие возможность достижения состояния законности. Такие задачи должны решаться при участии, прежде всего, представителей отраслевых юридических наук, имеющих более тесную связь с правоприменительной практикой, нежели исследователи общей теории права.

В рамках общей теории права представляется более целесообразным определить основные моменты, в которых правовое усмотрение является необходимым, а характер его влияния на состояние законности (положительное или отрицательное) обусловлен тем, как дискреция реализуется в каждом конкретном случае.

Прежде всего, следует отметить, что на состояние законности в обществе существенное влияние оказывает правотворческое усмотрение. Это обусловлено тем, что целый ряд факторов, гарантирующих законность, является результатом правотворческой деятельности. К числу таких факторов относят:

— конституционное закрепление прав и обязанностей граждан, основ государственного и общественного строя;

— верховенство Конституции по отношению к иным правовым актам и необходимость обеспечения соответствия текущего законодательства Основному Закону страны;

— развитая система законодательства, обеспечивающая стабильность правоотношений<sup>1</sup>.

Существование названных факторов и их качество во многом зависит от правотворческого усмотрения соответствующих субъектов. Так, достаточно длительное время ученые и практикующие юристы указывали на определенные проблемные моменты Основного Закона России, принятого в 1993 г. Связанные с ними вопросы, адресованные Президенту РФ, побудили его инициировать процесс разработки и принятия поправок к Конституции РФ, о чем было объявлено 15 января 2020 г. в Послании Федеральному Собранию РФ<sup>2</sup>. За основу были взяты предложения Президента РФ, озвученные в рамках указанного Послания, однако возможность направлять свои предложения относительно поправок в Основной Закон в специальную рабочую группу была у широкого круга субъектов. В итоге был разработан пакет изменений, объединенных в Закон РФ о поправке к Конституции РФ, который одобрен в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.

Здесь можно выделить целую систему усмотрений субъектов, участвовавших в разработке и принятии названных поправок. Во-первых, это

---

<sup>1</sup> См.: Таги-заде, А. Д. Принцип законности в контексте развития и функционирования правового государства: философско-правовые аспекты // Гуманитарные и социальные науки. 2012. № 2. С. 154.

<sup>2</sup> См.: Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации. 15 января 2020 г. // Сайт Президента России. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/62582> (дата обращения: 30 марта 2021 г.).

инициирование соответствующего процесса. Президенту важно было выбрать оптимальное время для политико-правовых изменений такого рода, когда потребность в совершенствовании и обновлении Конституции начнет преобладать над необходимостью обеспечения ее стабильности. Можно отметить, что к началу 2020 г. текст действовавшей Конституции стал «маловат» «выросшему» обществу современной России.

Во-вторых, был реализован целый комплекс усмотрений разных субъектов относительно содержания вносимых поправок. Какие-то предложения были включены в Основной Закон, другие оставлены для закрепления в текущем законодательстве. Так, в обновленной Конституции РФ нашли свое место положения: о запрете отчуждения части территории России; о государственной поддержке соотечественников, проживающих за рубежом, в осуществлении их прав; о недопустимости исполнения решений межгосударственных органов, принятых на основании международных договоров, в истолковании, противоречащем Конституции России; и многие другие.

В-третьих, группа усмотрений по технико-юридическим вопросам. Например, положение о недопустимости исполнения решений межгосударственных органов, принятых на основании международных договоров, в истолковании, противоречащем Конституции России, закрепленное в ст. 79, столь же органично могло вписаться и в ч. 4 ст. 15 Основного Закона. Однако внесение изменений в главы 1, 2 и 9 Конституции потребовало бы проведение более сложной процедуры, установленной ст. 135 Основного Закона. Также к этой группе усмотрений можно отнести и решение о проведении общероссийского голосования по вопросу одобрения разработанных поправок. Такая процедура не является обязательной при принятии поправок в те главы, в которые были внесены изменения (главы с 3 по 8), достаточно выполнить требования ст. 136 Конституции. Но одобрение поправок большинством населения страны, безусловно, придает им большую легитимность, по сравнению с процедурой принятия и одобрения лишь

органами законодательной власти.

Приведенные примеры наглядно демонстрируют, какое значение имеет правотворческое усмотрение в вопросе конституционного закрепления прав и свобод человека и гражданина, государственного и общественного строя. Столь же велико его значение и в обеспечении соответствия принимаемых нормативных правовых актов Конституции. Если проанализировать уровень федеральных законов, то становится очевидным, что законотворческое усмотрение в отдельных случаях может приводить и к отрицательным результатам — принятию норм, не соответствующих Конституции РФ (полностью или в части). Об этом, в частности, свидетельствует практика Конституционного Суда РФ, который в 2017 году из всей совокупности дел, отнесенных к нормоконтролю, признавал нормы законов, не соответствующими Конституции (полностью или в определенной части), практически в 34 % случаев<sup>1</sup>. Велик ли приведенный показатель? Представляется, что нет, поскольку указанный процент определен от числа норм законов, являвшихся предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ. При этом, количество норм, конституционность которых была подтверждена указанным органом или даже не ставилась под сомнение, значительно больше, чем количество норм, признанных неконституционными. Это указывает на то, что реализация законотворческого усмотрения оказывает скорее положительное влияние на данный аспект законности. Также на обеспечение верховенства Конституции РФ может влиять и правоприменительное усмотрение таких органов, как Конституционный Суд РФ и прокуратура России, поскольку решение соответствующих задач входит в их компетенцию.

Создание развитой системы законодательства так же немислимо без реализации правотворческого усмотрения. Представляется, что критерий развитости предполагает не столько количественную, сколько качественную

---

<sup>1</sup> См.: Федоренко, Н. В., Григорянц, С. А., Тория, Д. З. Конституционно-правовые основы организации судебной власти в Российской Федерации // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2019. № 5. С. 45.

характеристику системы нормативных правовых актов. Едва ли можно говорить о существовании развитой системы законодательства, если в имеющемся большом объеме правовых норм (как правило, «разбросанных» среди многочисленных разноуровневых нормативно-правовых актов) будет содержаться значительная доля «мертвых», неисполнимых или иных дефектных норм, не обеспечивающих достижения того результата, ради которого они принимались. Наличие подобных норм права и их количество являются определенными индикаторами (негативного характера) уровня развития правовой надстройки<sup>1</sup>. С этой точки зрения, следует акцентировать внимание на своевременности принятия законодательных актов, степени их детализированности, используемых в них типах и способах правового регулирования, т.е. на тех вопросах, решение которых составляет сущность правотворческой дискреции. Свобода реализации правотворческого усмотрения в контексте действия целой системы факторов (экономических, политических, научных, и др.) не гарантирована от ошибок.

В системе факторов, гарантирующих поддержание режима законности, помимо названных, формируемых в ходе правотворческой деятельности, существует и комплекс факторов, связанных с правоприменительной сферой. В число последних входят, в частности, независимая и эффективная деятельность суда, функционирование системы органов контроля и надзора, качественная работа всего государственного аппарата<sup>2</sup>. Создание таких условий, безусловно, имеет прямую связь с правоприменительным усмотрением.

Так, например, эффективность функционирования органов контроля и надзора, действующих в государстве, во многом обусловлена наличием сбалансированного уровня свободы правоприменительного усмотрения названных органов. Отсутствие стабильности развития соответствующих

---

<sup>1</sup> См.: *Сухова, Н. И.* Действие закона и противодействие его осуществлению: понятие, детерминация и взаимодействие: монография. М.: Юрлитинформ, 2021. С. 157.

<sup>2</sup> См.: *Таги-заде, А. Д.* Принцип законности в контексте развития и функционирования правового государства: философско-правовые аспекты // Гуманитарные и социальные науки. 2012. № 2. С. 154.

областей законодательства затрудняют достижение названной цели, внося дисбаланс в работу контрольных и надзорных органов, препятствуя их нормальному взаимодействию и, в конечном итоге, создавая реальную угрозу состояниям законности и безопасности в определенных сферах общественной жизни<sup>1</sup>. В попытках обрести названный баланс правового регулирования государству важно не впасть в одну из крайностей.

С одной стороны, предоставление излишних дискреционных полномочий — это создание «питательной среды», в которой развиваются формализм, злоупотребления властью и иные коррупционные проявления, пренебрежение к правам и законным интересам проверяемых субъектов. В условиях многочисленности органов контроля и надзора это может оказывать крайне негативное влияние на экономическую жизнь общества, создавая непреодолимые административные барьеры для развития различных производств, строительства, торговли и других сфер народного хозяйства. В качестве подтверждения данного тезиса отметим, что в системе органов исполнительной власти функциями по контролю и надзору в общем порядке наделены все федеральные службы, а в случаях, определенных указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ, также федеральные министерства и федеральные агентства<sup>2</sup>. На 2018 г. в Российской Федерации в сумме насчитывалось более 200 видов государственного контроля (надзора), осуществляемого федеральными органами исполнительной власти и региональными органами государственной власти, а также муниципального контроля<sup>3</sup>. Кроме органов исполнительной власти, существуют и иные органы, осуществляющие контрольные и надзорные функции (Счетная палата РФ, прокуратура РФ и др.). Положительный эффект от

---

<sup>1</sup> См.: *Фомин, А. А.* Финансовая безопасность и ее правовое обеспечение в современной России // Ученые записки юридического факультета. 2014. № 32. С. 28.

<sup>2</sup> См.: Указ Президента РФ от 9 марта 2004 г. (в ред. от 20 ноября 2020 г.) № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 945; 2020. № 47. Ст. 7508.

<sup>3</sup> См.: *Евсиков, К. С., Спиридонов, А. А.* Повышение уровня защиты конституционных прав и свобод человека в свете реформы государственного контроля (надзора) и муниципального контроля в Российской Федерации // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2018. № 3-2. С. 69.

функционирования столь мощного контрольно-надзорного аппарата может быть получен лишь при условии создания качественной и современной нормативно-правовой основы деятельности каждого его элемента и обеспечения неукоснительного соблюдения соответствующих предписаний.

С другой стороны, чрезмерное ограничение полномочий органов контроля и надзора, в том числе неоправданное уменьшение свободы усмотрения, делает эти органы «слабыми», нерасторопными, лишает необходимого им государственно-властного авторитета и эффективных рычагов влияния на подконтрольных субъектов. Как справедливо отмечается в литературе, анализ отчетных данных, представляемых по итогам контрольно-надзорной деятельности, свидетельствует о том, что в условиях активной работы органов контроля и надзора не наблюдается устойчивого снижения количества выявляемых нарушений со стороны проверяемых субъектов<sup>1</sup>. Из двух миллионов проверок, проводимых ежегодно в России, только в 15 % случаев выявляется угроза реального причинения вреда<sup>2</sup>. Это демонстрирует наличие двух взаимосвязанных тенденций. Во-первых, отсутствие у органов контроля и надзора достаточного объема действенных полномочий, реализация которых обеспечила бы снижение числа нарушений обязательных требований. Причем это характерно для всех полномочий, входящих в классическую триаду: полномочий по выявлению нарушений; полномочий по реагированию на нарушения и их устранению; полномочия по предупреждению нарушений. Во-вторых, недостаток прав органы контроля и надзора компенсируют многочисленностью проводимых проверочных мероприятий. Увеличение количества проверочных мероприятий, рост числа выявленных нарушений (при отсутствии действенных средств борьбы с ними) должны демонстрировать качество и эффективность работы соответствующего органа (должностного лица), при

---

<sup>1</sup> См.: Никонова, Ю. Ш. Совершенствование системы принципов государственного контроля (надзора) в условиях реформирования контрольно-надзорной деятельности // Оригинальные исследования. 2018. Т. 8. № 4. С.31.

<sup>2</sup> См.: Евсиков, К. С., Спиридонов, А. А. Указ. соч. С. 70.

отсутствии положительных результатов. Стоит согласиться с авторами, утверждающими, что увеличение количества административных барьеров для бизнеса, чрезмерный рост бюрократии и коррупции — душит экономику, не создавая стимулов к законопослушному поведению<sup>1</sup>. В итоге происходит углубление недоверия людей к государству и его способности обеспечить защиту от противоправных проявлений, что является одной из реальных угроз не только режиму законности, но и юридической безопасности в стране<sup>2</sup>.

Названные обстоятельства определяют необходимость предоставления контрольным и надзорным органам целого комплекса полномочий, включая дискреционные. Разнообразие жизненных ситуаций, которые могут быть предметом изучения в процессе осуществления контроля и надзора, затрудняет законодательное закрепление всего объема прав, предоставленных контрольному или надзорному органу для выявления нарушений, и (или) детальную регламентацию порядка их реализации. Так, например, одним из способов выявления нарушений законов, используемым прокурорами, называют *непосредственное обнаружение* данным лицом фактов несоблюдения действующего законодательства<sup>3</sup>. Федеральный закон «О прокуратуре РФ»<sup>4</sup> такого самостоятельного полномочия не предусматривает (его, как правило, увязывают с полномочием, закрепленным в п. 1 ст. 22 Закона «О прокуратуре РФ», — правом беспрепятственно проходить на территории и в помещения поднадзорных объектов<sup>5</sup>). Однако очевидно, что возможность прокурора непосредственно обнаружить нарушение закона не всегда связана с реализацией указанного полномочия

---

<sup>1</sup> См.: *Аверьянова, О. В.* Понятие законности и система средств обеспечения законности в государственном управлении // Ленинградский юридический журнал. 2019. № 2. С. 114.

<sup>2</sup> См.: *Фомин, А. А.* Юридическая безопасность в сфере законотворчества и правореализации: монография / А. А. Фомин. Пенза: Изд-во Пенз. гос. ун-та, 2006. С. 144.

<sup>3</sup> См.: *Настольная книга прокурора* / Коллектив авторов; под ред. С. И. Герасимова. М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка, издательство «Экслипт», 2002. С. 211.

<sup>4</sup> См.: Федеральный закон от 17 января 1992 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; 2021. № 27 (часть 1). Ст. 5093.

<sup>5</sup> См.: *Настольная книга прокурора*. В 2 т. Т. 1: практич. пособие / под общ. ред. С. Г. Кехлерова, О. С. Капинус; науч. ред. А. Ю. Винокуров. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2015. С. 142–143.

(например, неисполнение управляющей компанией обязанности по очистке крыш домов от наледи). В таких случаях прокуроры, фактически, используют способ выявления нарушений, не запрещенный действующим законодательством, но и не предусмотренный им напрямую.

Реализация прямо закрепленных законом полномочий также может быть проявлением дискреции. Например, право прокуроров вызывать должностных лиц и граждан для объяснений по поводу нарушений законов, предусмотренное п. 1 ст. 22 Закона «О прокуратуре РФ», толкуется расширительно, с акцентом на получение объяснений. Сам термин «вызывать» предполагает требование к лицу прибыть по месту нахождения прокурора, как правило, в орган прокуратуры. Однако, приемлемой формой реализации данного полномочия считается получение прокурором объяснений по месту нахождения опрашиваемого, в частности, по месту его работы<sup>1</sup>.

Это демонстрирует, что нецелесообразно и практически невозможно на уровне закона закрепить все возможные варианты сбора информации о допущенных нарушениях или подробно детализировать процедуры реализации полномочий, предусмотренных нормативно-правовыми актами. В связи с этим законодатель справедливо пошел по пути наделяния контрольных и надзорных органов немногочисленными, но широкими по содержанию полномочиями, соответствующими основным источникам возможной информации о нарушениях и обладающими дискреционным характером.

Но сформированную систему полномочий органов контроля и надзора законодателю не следует воспринимать в качестве окончательного результата собственной работы. Представляется, что совершенствование названной системы — это процесс, в рамках которого законодатель с определенной периодичностью должен возвращаться к решению вопроса о

---

<sup>1</sup> См.: Настольная книга прокурора / Коллектив авторов; под ред. С. И. Герасимова. М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка, издательство «Экслист», 2002. С. 216.

необходимости пересмотра полномочий того или иного органа контроля (надзора). Основой для принятия соответствующего решения могут являться материалы анализа правоприменительной практики, результаты мониторинга эффективности реализации имеющихся полномочий, научные разработки по этой проблематике. В процессе такой «тонкой настройки» системы контроля и надзора объем полномочий и свобода усмотрения при их реализации у одних органов будут увеличиваться, а у других — уменьшаться. Например, учитывая многочисленные нарушения состояния законности при осуществлении контрольных мероприятий в сфере предпринимательства, законодателю потребовалось наделить органы прокуратуры новыми полномочиями (по согласованию проведения внеплановых выездных проверок юридических лиц и предпринимателей и т.п.), а объем полномочий и степень свободы усмотрения при их реализации у целого ряда контрольных органов снизить<sup>1</sup>.

При рассмотрении эффективного функционирования органов контроля и надзора, а также остальных элементов государственного аппарата, как одной из гарантий законности, традиционно акцентируется внимание на проблеме обеспечения единства законности. С учетом того, что функционирование государственных и муниципальных органов невозможно без некоторой свободы усмотрения, представляется важным определить — возможно ли обеспечение единства законности в условиях существования правоприменительной дискреции.

Если обратиться к *требованию законности*, то его единство означает, что данное требование универсально и в равной степени распространяется на всех субъектов, все сферы жизни, урегулированные правом, а также на всю территорию государства. Претворение данного требования в жизнь должно привести к единству *состояния законности*, характеризуемому

---

<sup>1</sup> См.: Субанова, Н. В. Прокурорский надзор как средство укрепления законности в сфере экономики // Журнал российского права. 2012. № 1. С. 57.

формированием на всей территории страны<sup>1</sup> всеми субъектами во всех сферах деятельности единообразной правореализационной (включая правоприменительную) практики.

В качестве одной из угроз единству законности рассматривают возможность применения законодательства по-разному в зависимости от усмотрения правоприменителя<sup>2</sup>. В современных условиях бурного развития технологий средством устранения названной угрозы многие считают исключение человеческого фактора из процесса правоприменения за счет активного внедрения технических средств и целой системы технологий, именуемой — «искусственный интеллект». Исходя из этого, следует провести анализ потенциала использования современных технологий в юриспруденции.

В настоящее время можно наблюдать, как технологии все больше внедряются в ряд сфер государственно-правовой деятельности: оказание государственных и муниципальных услуг, контрольно-надзорная деятельность. В частности государственными органами контроля и надзора разрабатываются и используются государственные информационные системы, средства автоматизированной идентификации, автоматические устройства дистанционного контроля и «электронные инспектора» (в тестовом режиме), позволяющие проводить самопроверку соблюдения действующих обязательных требований<sup>3</sup>. При этом большинство из существующих средств автоматизации, заменяющих человека в рутинных областях юридической деятельности (правовые справочно-информационные системы, системы подготовки и тиражирования документов и др.), являются примером «слабого» искусственного интеллекта. Более современные

---

<sup>1</sup> Существуют законодательные акты, действие которых распространяется лишь на отдельные территории. Но в данном случае, безусловно, подразумевается практика реализации законодательства, действие которого охватывает всю территорию.

<sup>2</sup> См.: *Воробьев, Д. С.* Гарантии единства законности в интересах безопасности политической системы современной России // Ученые записки Орловского государственного университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки. 2011. № 2. С. 168.

<sup>3</sup> См.: *Мартынов, А. В.* Актуальные вопросы применения искусственного интеллекта при осуществлении контрольно-надзорной деятельности органов исполнительной власти // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. 2020. № 2. С. 175–176.

разработки «сильного (универсального)» искусственного интеллекта будут внедряться уже в существенные аспекты юриспруденции: для поддержки принятия решений в правотворчестве, судебной и иной правоприменительной деятельности; для прогнозирования, мониторинга, анализа версий и т.п.<sup>1</sup>

Использование технологии искусственного интеллекта в юриспруденции не ограничивается сферой оказания государственных и муниципальных услуг, а также контрольно-надзорной деятельностью государственных и муниципальных органов. Данные технологии все больше проникают в сферу судопроизводства. По мнению исследователей, технологии (устройства), способные осуществлять имитационное моделирование (например, следственных версий), составлять проекты процессуальных документов, принимать и обрабатывать обращения, поступившие в электронном виде, будут востребованы у судей, прокуроров, следователей и адвокатов<sup>2</sup>. Результатом внедрения соответствующих технологий может стать «предсказанное правосудие» — появление информационно-аналитических систем (программ), способных просчитать исход наиболее типичных судебных дел, в том числе определить оптимальный способ защиты, подобрать наиболее подходящие аргументы, оценить размер возможной компенсации<sup>3</sup>.

Положительные стороны внедрения современных технологий, как в судопроизводство, так и в сферу иного правоприменения нельзя не замечать. Во-первых, системы дистанционного взаимодействия (видеоконференц-связь, системы электронного документооборота) позволяют экономить средства бюджета и участников судопроизводства (иного правоприменительного процесса), устраняя необходимость участникам

---

<sup>1</sup> См.: Долматов, А. В., Долматова, Л. А. Возможности и перспективы применения технологий искусственного интеллекта в юриспруденции // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. 2020. № 1. С. 44–45.

<sup>2</sup> См.: Апостолова, Н. Н. Искусственный интеллект в судопроизводстве // Северо-Кавказский юридический вестник. 2019. № 3. С. 135.

<sup>3</sup> См.: Бирюков, П. Н. Искусственный интеллект и «предсказанное правосудие»: зарубежный опыт // Lex russica (Русский закон). 2019. № 11. С. 80–81.

судопроизводства преодолевать большие расстояния (при обращении в межрегиональные органы или центральные аппараты федеральных органов). Во-вторых, справочно-информационные системы упрощают работу с нормативными и правоприменительными правовыми актами, количество которых постоянно возрастает. В-третьих, автоматизированные системы фиксации экономят человеческие ресурсы, которые необходимо было бы выделять для решения аналогичного объема задач. В-четвертых, минимизируют «человеческий фактор»: усталость, ослабление внимания или зрения и др. (например, автоматизированные системы распознавания лиц, совмещенные с видеонаблюдением).

Также активное внедрение соответствующих технологий, по оценкам ученых, позволит искоренить или существенно снизить бытовую и среднеуровневую коррупцию<sup>1</sup>.

Наряду с позитивными результатами использования современных технологий в юриспруденции существуют и те, значение которых представляется весьма спорным. Такие спорные результаты особенно заметны в контексте исследования проблемы правового усмотрения. Так сторонники более активного внедрения и всеобъемлющего использования современных технологий в юриспруденции в качестве положительных результатов реализации предлагаемых мер отмечают минимизацию усмотрения (правоприменительного, судебного), устранение «человеческого фактора» из процесса принятия решения и обеспечение единообразия правоприменительной практики за счет машинной алгоритмизации выносимых решений. Полагаем, что перечисленные результаты внедрения современных технологий далеко не в полном объеме можно считать «достоинствами» данного решения и оценивать положительно.

Например, недопустимо ставить знак равенства между минимизацией усмотрения и уменьшением количества правоприменительных ошибок.

---

<sup>1</sup> См.: *Овчинников, А. И.* Противодействие коррупции в условиях цифровизации: возможности, перспективы, риски // Журнал российского права. 2019. № 11. С. 163.

Несмотря на бурное развитие, технологии искусственного интеллекта находятся еще на невысоком уровне. Это позволяет их использовать исключительно в качестве вспомогательного инструмента в применении юридических норм, а не заменять ими правоприменителя<sup>1</sup>. Следовательно, передача права на принятие решения от человека к таким несовершенным алгоритмам будет означать замену возможных человеческих ошибок на ошибки автомата. Последние, при определенном стечении обстоятельств, могут множиться за счет отсутствия критической оценки поступающей информации (несколько раз повторенная ошибка может восприниматься программой как истинный «опыт», на котором будет основываться последующее разрешение аналогичных дел). Следует согласиться с А. И. Овчинниковым, отмечающим: «Цифровизация и алгоритмизация правоприменительной деятельности повлечет не только исчезновение справедливости и правосудия в праве, но и к обилию абсурдных правоприменительных решений»<sup>2</sup>.

При принятии решения правоприменитель, как правило, должен руководствоваться собственным внутренним убеждением (в процессуальном законодательстве напрямую закреплены соответствующие положения). А внутреннее убеждение явление значительно более сложное, чем программные алгоритмы. В связи с этим, невозможно «объяснить» машине, почему в зависимости от конкретных обстоятельств одни и те же доказательства в одном деле отвергаются, а в другом кладутся в основу решения<sup>3</sup>. В возможности выявлять и правильно оценивать такие «необъяснимые» нюансы дела и заключается ценность правоприменительного (судебного) усмотрения.

Кроме того, существуют целые пласты правового регулирования, в которых изначально отводится более важная роль правовому усмотрению

---

<sup>1</sup> См.: *Амиянц, К. А., Чемеринский, К. В.* Использование искусственного интеллекта в современной судебной системе и права человека // *Международный журнал гуманитарных и естественных наук.* 2019. № 11-3. С. 50.

<sup>2</sup> *Овчинников, А. И.* Риски в процессах цифровизации права // *Юридическая техника.* 2019. № 13. С. 258.

<sup>3</sup> См.: *Амиянц, К. А., Чемеринский, К. В.* Указ. соч. С. 50–51.

(как правотворческому, так и правоприменительному). К таковым, в частности, можно отнести использование специфических правовых средств — правовых льгот<sup>1</sup> и правовых преимуществ<sup>2</sup>. Во-первых, решение об установлении льгот, преимуществ в отношении того или иного субъекта; о нормативном закреплении содержания предоставляемых льгот, преимуществ — по своей сути является правотворческим усмотрением. Например, И. С. Морозова называет в числе субъектов, участвующих в механизме льготирования, Президента РФ, Федеральное Собрание, которые определяют приоритетные направления льготно-правового регулирования, осуществляют процесс законодательного оформления механизма льготирования, выполняют другие функции, обеспечивающие функционирование механизма льготирования<sup>3</sup>. Характер дискреции названных субъектов при осуществлении или участии в осуществлении правотворческой деятельности уже рассматривался в работе.

Во-вторых, реализация закрепленных в нормах права льгот и преимуществ связана с правоприменительным и иным правореализационным усмотрением. В частности, А. Г. Репьев отмечает использование оценочных категорий в юридических нормах, устанавливающих правовые преимущества<sup>4</sup>. Хотя толкование соответствующих терминов может представлять определенные сложности для правоприменителя, законодатель сознательно идет на их включение в правовую норму, предполагая, что толковать и применять эту норму будет человек, а не машина.

В-третьих, правовые льготы и преимущества представляют собой обусловленные объективными обстоятельствами определенные отступления от единых типовых правил, установленных правовыми нормами, от

---

<sup>1</sup> См.: Морозова, И. С. Нормативные изъятия и дополнительные преимущества: общетеоретические проблемы // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2006. № 3. С. 190.

<sup>2</sup> См.: Репьев, А. Г. Категория «правовое преимущество»: к постановке научной проблемы исследования // Правовая культура. 2013. № 1. С. 51.

<sup>3</sup> См.: Морозова, И. С. Механизм льготирования: постановка вопроса // Ленинградский юридический журнал. 2007. № 1. С. 77.

<sup>4</sup> См.: Репьев, А. Г. Оценочные категории в нормах законодательства (на примере положений о правовых преимуществах) // Вестник Барнаульского юридического института МВД России. 2018. № 2. С. 60–62.

требований принципа формального равенства<sup>1</sup>. Следовательно, возможность их правильного применения искусственным интеллектом, ориентированным на единообразие и применение именно типовых правил и решений, вызывает сомнение. Отказ от использования названных правовых средств фактически невозможен, поскольку благодаря им обеспечивается наиболее полное удовлетворение интересов субъектов права. Даже коррупционные риски, связанные с установлением в законодательстве льгот и преимуществ, нивелируются тем положительным эффектом, которого можно достичь в результате их применения<sup>2</sup>.

Названные обстоятельства подтверждают, что важным компонентом, без которого невозможно реализовать правовые льготы и правовые преимущества, а следовательно и обеспечить законность в соответствующих сферах, является юридическое усмотрение. Единство законности не исключает необходимости в процессе правореализации учитывать особенности регулируемых правом фактических отношений и использовать индивидуальный подход к решению проблемной ситуации.

Необходимо также отметить тот факт, что правовое регулирование отношений, связанных с использованием новейших технологий, серьезно отстает от уровня развития последних. И государству, нагоняя данное отставание, следует действовать крайне осторожно, избегая спешки и скоропалительных решений, поскольку цифровизация может привести не к развитию общества, а к его гибели<sup>3</sup>.

Подводя итог анализу возможностей замены правоприменителя-человека на искусственный интеллект, следует согласиться с точкой зрения исследователей, отмечающих, что автоматизация правоприменения возможна только в пределах рутинных процедур оформления типовых документов и не

---

<sup>1</sup> См.: *Морозова, И. С.* Правовые льготы: проблемы формирования теории // Современное право. 2008. № 1. С. 54; *Репьев, А. Г.* Социальная функция института правовых преимуществ // Вестник Алтайской академии экономики и права. 2014. № 4. С. 107.

<sup>2</sup> См.: *Репьев, А. Г.* Коррупционные риски при установлении в законодательстве правовых преимуществ // Вестник Томского государственного университета. 2018. № 434. С. 209–210.

<sup>3</sup> См.: *Овчинников, А. И.* Тенденции развития права в условиях нового технологического уклада // Философия права. 2018. № 3. С. 30.

более того. Иное приведет к тому, что искусственные правоприменители, лишенные гибкого, глубокого и точного человеческого мышления, окажутся еще более зависимы от предустановок, чем человек зависим от предрассудков, воздействия со стороны руководства и иных факторов<sup>1</sup>.

Помимо невозможности передать сущностные вопросы правоприменения на решение искусственному интеллекту, следует обратить внимание на еще один аспект деятельности по применению права, в рамках которого дискреция необходима. Таким аспектом является применение юридических норм в условиях наличия правовых коллизий, пробелов или иных дефектов правового регулирования. Как полагают некоторые авторы, в таких ситуациях реализуется «усмотрение без законодательной модели» — вторая разновидность дискреции, существующая наряду с законодательно смоделированным усмотрением<sup>2</sup> (т.е., когда законодатель целенаправленно наделил правоприменителя дискреционными полномочиями и закрепил в нормах права пределы их реализации).

Представляется, что названный второй вид усмотрения играет важную роль в обеспечении законности, поскольку позволяет реализовывать дефектные правовые нормы, а следовательно — упорядочивать общественные отношения на основе правовых предписаний и избегать формирования внеправовых регуляторов, способных причинить вред социуму. В отличие от законодательно смоделированного усмотрения, которое, как уже отмечалось, предлагают исключить из правореализационного процесса, за счет применения современных технологий, вторую разновидность дискреции подобным способом не устранить. Это обусловлено тем, что цифровые технологии, которые хотят использовать вместо человека, применяющего право, функционируют на основе определенных алгоритмов, имеющих некоторую схожесть с

---

<sup>1</sup> См.: Овчинников, А. И., Хакимов, И. А. Правоприменение, искусственный интеллект и контекстуальное значение принципов права // Юридическая техника. 2020. № 14. С. 481.

<sup>2</sup> См.: Поройко, М. С. Политико-правовой режим законности и свобода усмотрения правоприменителя // Законность и правопорядок в современном обществе. 2015. № 23. С. 115.

правилами поведения, содержащимися в норме (полагаем, что весьма незначительную). Данное обстоятельство позволяет сторонникам цифровизации правоприменения полагать, что достаточно перевести содержащееся в норме права правило поведения на понятный искусственному интеллекту язык для того, чтобы получить тот алгоритм, следуя которому техническое устройство (система) сможет разрешать юридические казусы. Но дефекты правового регулирования характеризуются именно тем, что в них соответствующий алгоритм нарушен, а также отсутствуют универсальные средства для его восстановления, пригодные для использования автоматизированной системой (устройством). В подавляющем большинстве случаев, усмотрение при преодолении пробела в праве или иного дефекта представляет собой творческое нетипичное решение, принятое с учетом конкретной обстановки. Полагаем, что разработка «алгоритма принятия нетипичных решений» столь же нереальна, как и создание «вечного двигателя».

Проведенный анализ взаимного влияния правового усмотрения и законности позволяет сделать ряд выводов.

Во-первых, законность является универсальным внешним пределом усмотрения в праве, определяя те границы, в рамках которых реализация субъектом предоставленной ему свободы принятия решений будет правомерной.

Во-вторых, влияние правового усмотрения на состояние законности носит противоречивый характер. Дискреция может оказывать как отрицательное влияние на состояние законности в обществе, так и положительное, обеспечивая возможность более полного удовлетворения интересов субъектов права.

В-третьих, негативное влияние правового усмотрения на состояние законности обусловлено не только свойствами самой дискреции (избыточным уровнем свободы, отсутствием четко обозначенных пределов), но и целым комплексом иных факторов, обладающих правовым и

внеправовым характером. В этой связи необходимо выработать взвешенный подход к закреплению в нормах права дискреционных полномочий и пределов их реализации. Следует учитывать, что прямое воздействие на нормативный тип усмотрения (исключение дискреционных полномочий из правовых норм, необоснованное уменьшение вариативности действий субъекта и т.п.) не всегда приводит к устранению негативных социально-правовых явлений (злоупотребление властными полномочиями, «чиновничий произвол», административные барьеры, и др.), существование которых на обыденном уровне связывают с усмотрением. Грубое и не до конца продуманное вмешательство в юридические нормы, закрепляющие право на усмотрение, может повлечь снижение эффективности реализации соответствующих правовых институтов или деятельности отдельных элементов государственного механизма.

Таким образом, законность и правовое усмотрение не являются абсолютными антагонистами. Их совместное существование характеризуется сложной системой связей, в рамках которых происходит взаимное влияние названных правовых явлений.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Исследование усмотрения в праве с позиции общей теории права позволило охватить большой комплекс вопросов, включив в него и отдельную отраслевую проблематику, проанализировать широкий спектр научных взглядов на правовое усмотрение или его разновидности, изучить значительный объем нормативно-правовых актов и практики их применения. В результате проведенной работы можно сделать ряд обобщающих выводов и сформулировать предложения, имеющие теоретическое и практическое значение.

Проявления правового усмотрения обнаруживаются в правотворческом и правоприменительном процессах, в правореализационной и интерпретационной деятельности, в судебных и иных правоприменительных актах, в юридических нормах, система которых образует объективное право. Право как центральный элемент правовой системы является и источником, и продуктом усмотрения. С одной стороны, нормативный характер права детерминирует усмотрение субъекта при применении или иных формах реализации юридических норм, поскольку без усмотрения установить тождество фактически сложившихся, конкретных, юридически значимых обстоятельств с абстрактной общеобязательной моделью, содержащейся в норме, невозможно. С другой стороны, сложившееся в определенный момент времени право конкретного государства — это выражение правотворческого усмотрения субъектов, выполняющих соответствующие функции в этом государстве, их взглядов на: необходимость правового регулирования тех или иных общественных отношений, оптимальное сочетание различных типов и способов правового регулирования, систему и структуру права, конкретное содержание юридических норм.

Названные обстоятельства подтверждают, что усмотрение является общеправовым явлением, требующим соответствующего комплексного подхода к его исследованию. Изучение отдельных разновидностей правового

усмотрения или отраслевые исследования данного феномена, безусловно, важны, и их следует продолжать, но они нуждаются в фундаментальном общетеоретическом базисе, который позволит привести результаты соответствующих работ к общему «знаменателю».

Усмотрение в праве — явление многоаспектное. Осуществление исследований лишь нормативного типа и зачастую конкретно-нормативного вида правового усмотрения безосновательно ограничивает научный поиск и обедняет потенциальные результаты таких исследований. Бесспорно, правовое усмотрение, основанное на прямом закреплении в юридической норме права на дискрецию, составляет важный пласт в общем объеме усмотрения в праве. Любые отрицательные правовые явления, которые государство и (или) общество связывают с нормативно-закрепленным правом на дискрецию, внешне легко устранимы — достаточно соответствующим образом скорректировать юридическую норму. Но практика очень часто демонстрирует обратный результат: преобразование нормы права не устраняет негативных проявлений при ее реализации, но при этом затрудняет ее позитивное осуществление. Это означает, что подобное целенаправленное воздействие изменяет только одну разновидность правового усмотрения и не затрагивает другие виды, реализация которых может иметь как положительные, так и отрицательные последствия, в зависимости от целого ряда факторов. Этим объясняется отсутствие ожидаемых результатов от внесения поправок в действующее законодательство, от антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов. Кроме того, такой подход оставляет за пределами рассмотрения правовые поведенческие установки, формируемые в рамках субъективно-поведенческого усмотрения, которые ориентируют индивида на правомерный или противоправный выбор варианта поведения вне прямой связи с содержанием конкретной юридической нормы.

В этой связи целенаправленное воздействие, направленное на устранение негативных проявлений правового усмотрения, должно

осуществляться комплексно, учитывать всю систему существующих пределов усмотрения в праве и охватывать все типы правовой дискреции. Комплексное воздействие, наряду с системой других мероприятий (правовое информирование, правовое обучение, правовое воспитание и др.), также предполагает изменение юридических норм, в том числе регулирующих правовой статус субъекта, процедуры осуществления им юридической деятельности, а не только тех, которые закрепляют право на усмотрение.

В обеспечении нормального функционирования любой правовой системы важная роль принадлежит правотворческому усмотрению, научному осмыслению которого до настоящего времени внимания практически не уделялось. Между тем именно в рамках данного вида усмотрения формируется нормативная основа интерпретационной, правоприменительной и иной правореализационной дискреции. В определенной степени по воле субъектов, осуществляющих правотворческие функции, конкретные сферы правовых отношений включаются в сферу правового регулирования или остаются вне ее. Возрастание уровня социальной значимости какой-либо сферы, как объективное условие правового опосредования данной сферы, не всегда своевременно оценивается законодателем, что приводит к недостаточности или полному отсутствию правовой регламентации важнейших областей общественной жизни, тогда как некоторые иные вопросы оказываются урегулированными сверх меры.

Взаимное влияние правотворческого усмотрения и правоприменительного можно проследить, в том числе, при выборе законодателем сочетания абстрактности и конкретности, закладываемого в юридическое нормы. Многие недостатки правоприменительной практики, справедливо или ошибочно связываемые с правовой дискрецией, законодатель стремится ликвидировать, уменьшая свободу такой дискреции. В России в последнее время отчетливо прослеживается тенденция к увеличению конкретности в нормах права, которая приводит к уменьшению уровня свободы правоприменительного, иного правореализационного и

интерпретационного усмотрения, что одновременно снижает и риски негативных последствий осуществления таких видов усмотрения. Однако избыточность такой конкретизации не устраняет, а лишь добавляет проблем. Она влечет за собой выпадение отдельных разновидностей общественных отношений, не обладающих конкретизирующими особенностями, из сферы правового регулирования, которое устраняется за счет постоянного принятия новых норм права. Экстенсивный рост нормативного материала затрудняет реализацию многочисленных правовых норм и фактически предоставляет субъектам дополнительную свободу выбора, на минимизацию которой изначально был ориентирован процесс конкретизации правовых предписаний.

Поиск субъектом, осуществляющим правотворческие функции, баланса абстрактного и конкретного начал в юридической норме должен протекать в границах правотворческого усмотрения, в том числе ориентироваться на эффективность нормативного элемента механизма правового регулирования в обеспечении соблюдения прав и свобод человека и гражданина, законности и правового порядка. Также необходимо учитывать и внеправовые пределы, включая общественное мнение о принимаемых нормативно-правовых актах, их качестве, практике реализации.

Усмотрение правоприменителя — та грань исследуемого правового явления, которая привлекает к себе наибольшее внимание теоретиков и практиков, профессиональных юристов и широкой общественности. Это обусловлено тем, что именно в рамках правоприменительного процесса государство реализует свой принудительный потенциал, властно воздействуя на поведение лиц, в отношении которых применяются соответствующие меры. Поэтому физические и юридические лица остро ощущают недостатки правоприменительной деятельности. Совершенствованию реализации правоприменительного усмотрения призвана способствовать разработка механизма формирования данного вида дискреции.

Изучение структуры механизма формирования правоприменительного или иного правореализационного усмотрения позволит акцентировать внимание на тех элементах, которые предшествуют и в определенной степени определяют принятие соответствующего решения. В частности, следует рассмотреть возможность дополнительной правовой регламентации за счет принятия новых процедурных норм такого элемента правоприменительного процесса, как установление фактической основы дела, при котором правоприменителем решается целый комплекс вопросов. Целесообразно обратиться к разработкам уголовно-процессуальной науки и анализу соответствующего законодательства, поскольку именно в уголовном процессе наиболее подробно исследуются и регулируются вопросы сбора, проверки и оценки доказательств. По сути, в любом процессе применения права установление фактической основы дела аналогично уголовно-процессуальному доказыванию, с тем отличием, что доказательства понимаются не в строгом процессуальном значении этого термина, а как любые сведения, позволяющие установить обстоятельства, входящие в фактическую основу дела.

Существенное влияние на принятие правоприменительного решения оказывает толкование правовых норм, причем не только уяснение, являющееся частью процесса применения права, но и официальные разъяснения, устанавливающие определенные пределы усмотрению правоприменителя. При интерпретации правовых норм субъект реализует дискрецию в выборе обстоятельств, подлежащих выяснению для правильного толкования нормы, установлении цели действия нормы, заложенной законодателем, определении способов толкования. Придать процессу интерпретации дополнительную упорядоченность позволит разработка принципов толкования норм права, научно-практических рекомендаций, адресованных соответствующим субъектам.

Особой разновидностью правоприменительного усмотрения является судебная дискреция. Это обусловлено не только особым местом суда, как

органа, представляющего судебную ветвь власти среди других правоприменительных органов, но и специфическим содержанием данного вида усмотрения. Судебное усмотрение при определенных условиях сочетает в себе правоприменительный элемент с интерпретационным (толкованием-разъяснением) и правотворческим. Особенно отчетливо двойственный характер судебного усмотрения проявляется при создании судебных прецедентов, являющихся специфической разновидностью судебного усмотрения.

Механизм формирования усмотрения при соблюдении, исполнении и использовании правовых норм обладает структурой, аналогичной структуре механизма формирования правоприменительного усмотрения. Однако некоторые элементы механизма формирования усмотрения при реализации правовых норм в иных формах, чем применение, могут носить усеченный характер, не требуя от субъекта полного осознания всего комплекса вопросов.

Важное значение, как с теоретической, так и с практической точки зрения, имеет изучение усмотрения субъекта, действующего в обход закона или злоупотребляющего правом. Отграничение названных способов дефектной (противоправной) реализации права, не имеющих явных признаков правонарушения, от правомерного поведения осуществляется по отдельным факторам, обуславливающим решение лица, в частности по целям совершения деяния. Деятельность в обход закона, помимо этого, характеризуется более сложным механизмом формирования усмотрения соответствующего субъекта, выявить который можно по отдельным внешним проявлениям, сочетающим интеллектуальную и практическую стороны механизма. Представление о таких проявлениях и структуре механизма формирования правового усмотрения лица, действующего в обход закона, должно способствовать более полному выявлению названной разновидности противоправного поведения.

Усмотрение субъекта, осуществляемое при применении норм права или реализации их в других формах, находится в прямой зависимости от правовых установок, сформированных этим лицом в рамках субъективно-поведенческого усмотрения. Механизм формирования данного типа усмотрения структурно отличается от механизма формирования нормативного усмотрения. Имеются различия и во внешних проявлениях усмотрений разного типа. Субъективно-поведенческое усмотрение проявляется в общей модели правового поведения лица, характеризуемой внутренним единством, устойчивостью, целенаправленностью, рассматривать которую нужно на продолжительных временных отрезках. Также к особенностям механизма формирования субъективно-поведенческого усмотрения следует отнести то, что он является постоянно действующим — не останавливается после принятия решения и его реализации, а вновь возвращается к первому элементу (этапу).

Сделанные в результате проведенного исследования выводы и сформулированные предложения могут быть положены в основу дальнейшего общетеоретического и (или) отраслевого изучения проблемы усмотрения в праве, а также использоваться при рассмотрении вопросов, смежных названной проблематике.

## БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

### Нормативно-правовые акты

1. Конституция Российской Федерации. (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г., с изм., одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.) // Официальный интернет-портал правовой информации. – URL: <http://www.pravo.gov.ru>. – 2020. – 4 июля.
2. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ «Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы» // СЗ РФ. – 2009. – № 1. – Ст. 1.
3. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ «О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2009. – № 1. – Ст. 2.
4. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2014. – № 6. – Ст. 548.
5. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ «О Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2014. – № 30 (часть 1). – Ст. 4202.
6. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // СЗ РФ. – 2020. – № 11. – Ст. 1416.
7. Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1994. – № 13. – Ст. 1447; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5045.
8. Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1997. – № 1. – Ст. 1; 2020. – № 50 (часть 1). – Ст. 8029.
9. Федеральный конституционный закон от 7 февраля 2011 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2011. – № 7. – Ст. 898; 2020. – № 50 (часть 1). – Ст. 8029.
10. Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. (в ред. от 2 августа 2019 г.) № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2014. – № 6. – Ст. 550; 2019. – № 31. – Ст. 4413.

11. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 51-ФЗ // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5053.
12. Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 223-ФЗ // СЗ РФ. – 1996. – № 1. – Ст. 16; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5138.
13. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. (в ред. от 9 марта 2021 г., с изм. от 8 июля 2021 г.) № 14-ФЗ // СЗ РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410; 2021. – № 11. – Ст. 1698.
14. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 63-ФЗ // СЗ РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2954; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5120.
15. Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. (в ред. от 1 июля 2021 г., с изм. от 15 июля 2021 г.) № 145-ФЗ // СЗ РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3823; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5079.
16. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31 июля 1998 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 146-ФЗ // СЗ РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3824; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5133.
17. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26 ноября 2001 г. (в ред. от 18 марта 2019 г.) // СЗ РФ. – 2001. – № 49. – Ст. 4552; 2019. – № 12. – Ст. 1224.
18. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 174-ФЗ // СЗ РФ. – 2001. – № 52 (часть I). – Ст. 4921; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5122.
19. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 195-ФЗ // СЗ РФ. – 2002. – № 1 (часть 1). – Ст. 1; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5111.
20. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 197-ФЗ // СЗ РФ. – № 1 (часть 1). – Ст. 3; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5048.
21. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 95-ФЗ // СЗ РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3012; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5110.
22. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 138-ФЗ // СЗ РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5071.
23. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 188-ФЗ // СЗ РФ. – 2005. – № 1 (часть 1). – Ст. 14; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5057.
24. Лесной кодекс Российской Федерации от 4 декабря 2006 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 200-ФЗ // СЗ РФ. – 2006. – № 50. – Ст. 5278; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5130.

25. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. (в ред. от 11 июня 2021 г.) № 230-ФЗ // СЗ РФ. – 2006. – № 52 (часть 1). – Ст. 5496; 2021. – № 24 (часть 1). – Ст. 4231.
26. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. (в ред. от 30 апреля 2021 г.) № 21-ФЗ // СЗ РФ. – 2015. – № 10. – Ст. 1391; 2021. – № 18. – Ст. 3059.
27. Закон СССР от 26 мая 1988 г. (с изм. от 15 апреля 1998 г.) 8998-ХІ «О кооперации в СССР» // Ведомости ВС СССР. – 1988. – № 22. – Ст. 355; СЗ РФ. – 1998. – № 16. – Ст. 1801.
28. Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. (в ред. от 26 июля 2006 г.) № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. – 1991. – № 16. – Ст. 499; СЗ РФ. – 2006. – № 31 (часть 1). – Ст. 3434.
29. Закон РФ от 19 апреля 1991 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 1031-1 «О занятости населения в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1915; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5047.
30. Федеральный закон от 17 января 1992 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1995. – № 47. – Ст. 4472; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5093.
31. Закон РФ от 26 июня 1992 г. (в ред. от 5 апреля 2021 г.) № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ. – 1992. – № 30. – Ст. 1792; СЗ РФ. – 2021. – № 15 (часть 1). – Ст. 2430.
32. Федеральный закон от 14 июня 1994 г. (в ред. от 1 мая 2019 г.) № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» // СЗ РФ. – 1994. – № 8. – Ст. 801; 2019. – № 18. – Ст. 2207.
33. Федеральный закон от 19 мая 1995 г. (в ред. от 30 декабря 2020 г.) № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» // СЗ РФ. – 1995. – № 21. – Ст. 1930; 2021. – № 1 (часть 1). – Ст. 20.
34. Федеральный закон от 15 июля 1995 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1995. – № 29. – Ст. 2757; 2020. – № 50 (часть 3). – Ст. 8074.
35. Федеральный закон от 12 августа 1995 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // СЗ РФ. – 1995. – № 33. – Ст. 3349; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5080.
36. Федеральный закон от 22 ноября 1995 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» // СЗ РФ. – 1995. – № 48. – Ст. 4553; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5173.
37. Федеральный закон от 13 июня 1996 г. (в ред. от 13 июля 2015 г.) № 64-ФЗ «О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2955; 2015. – № 29 (часть 1). – Ст. 4392.

38. Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1998. – № 51. – Ст. 6270; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5112.

39. Федеральный закон от 6 октября 1999 г. (в ред. от 11 июня 2021 г.) № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1999. – № 42. – Ст. 5005; 2021. – № 24 (часть 1). – Ст. 4188.

40. Федеральный закон от 11 июля 2001 г. (в ред. от 30 апреля 2021 г.) № 95-ФЗ «О политических партиях» // СЗ РФ. – 2001. – № 29. – Ст. 2950; 2021. – № 18. – Ст. 3061.

41. Федеральный закон от 7 августа 2001 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризму» // СЗ РФ. – 2001. – № 33 (часть 1). – Ст. 3418; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5183.

42. Федеральный закон от 12 июня 2002 г. (в ред. от 4 июня 2021 г.) № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2002. – № 24. – Ст. 2253; 2021. – № 23. – Ст. 3916.

43. Федеральный закон от 25 июля 2002 г. (в ред. от 31 июля 2020 г.) № 113-ФЗ «Об альтернативной гражданской службе» // СЗ РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3030; 2020. – № 31 (часть 1). – Ст. 5027.

44. Федеральный закон от 27 декабря 2002 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 184-ФЗ «О техническом регулировании» // СЗ РФ. – 2002. – № 52 (часть 1). – Ст. 5140; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5179.

45. Федеральный закон от 5 июня 2007 г. (в ред. от 22 декабря 2014 г.) № 87-ФЗ «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2007. – № 24. – Ст. 2830; 2014. – № 52 (часть 1). – Ст. 7538.

46. Федеральный закон от 21 июля 2007 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 185-ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» // СЗ РФ. – 2007. – № 30. – Ст. 3799; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5103.

47. Федеральный закон от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2008. – № 49. – Ст. 5724.

48. Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. (в ред. от 8 декабря 2020 г.) № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2008. – № 52 (часть 1). – Ст. 6217; 2020. – № 50 (часть 3). – Ст. 8074.

49. Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. (в ред. от 26 мая 2021 г.) № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // СЗ РФ. – 2008. – № 52 (часть 1). – Ст. 6228; 2021. – № 22. – Ст. 3690.

50. Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. (в ред. от 11 июня 2021 г.) № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // СЗ РФ. – 2008. – № 52 (часть 1). – Ст. 6249; 2021. – № 24 (часть 1). – Ст. 4188.

51. Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. (в ред. от 19 декабря 2016 г.) № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // СЗ РФ. – 2010. – № 18. – Ст. 2144; 2016. – № 52 (часть 5). – Ст. 7499.

52. Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. (в ред. от 8 марта 2015 г.) № 69-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // СЗ РФ. – 2010. – № 18. – Ст. 2145; 2015. – № 10. – Ст. 1393.

53. Федеральный закон от 23 декабря 2010 г. № 387-ФЗ «О внесении изменений в статью 22.1 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» и Трудовой кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2010. – № 52 (часть 1). – Ст. 7002.

54. Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. (в ред. от 1 июля 2021 г.) № 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2011. – № 1. – Ст. 15; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5070.

55. Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. (в ред. от 31 декабря 2017 г.) № 404-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием деятельности органов предварительного следствия» // СЗ РФ. – 2011. – № 1. – Ст. 16; 2018. – № 1 (часть 1). – Ст. 76.

56. Федеральный закон от 4 мая 2011 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // СЗ РФ. – 2011. – № 19. – Ст. 2716; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5177.

57. Федеральный закон от 1 июля 2011 г. (в ред. от 28 декабря 2017 г.) № 169-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2011. – № 27. – Ст. 3880; 2018. – № 1 (часть 1). – Ст. 19.

58. Федеральный закон от 1 июля 2011 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 170-ФЗ «О техническом осмотре транспортных средств и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2011. – № 27. – Ст. 3881; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5159.

59. Федеральный закон от 18 июля 2011 г. (в ред. от 3 июля 2016 г.) № 218-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу Федерального закона

«Об ограничениях розничной продажи и потребления (распития) пива и напитков, изготавливаемых на его основе» // СЗ РФ. – 2011. – № 30 (часть 1). – Ст. 4566; 2016. – № 27 (часть 1). – Ст. 4194.

60. Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. (в ред. от 3 июля 2016 г.) № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2011. – № 50. – Ст. 7362; 2016. – № 27 (часть 2). – Ст. 4262.

61. Федеральный закон от 1 апреля 2012 г. № 27-ФЗ «О внесении изменений в статью 22.1 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» и статьи 331 и 351.1 Трудового кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2012. – № 14. – Ст. 1553.

62. Федеральный закон от 2 мая 2012 г. № 40-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2012. – № 19. – Ст. 2274.

63. Федеральный закон от 28 июля 2012 г. № 141-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2012. – № 31. – Ст. 4330.

64. Федеральный закон от 3 декабря 2012 г. (в ред. от 30 декабря 2020 г.) № 230-ФЗ «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам» // СЗ РФ. – 2012. – № 50 (часть 4). – Ст. 6953; 2021. – № 1 (часть 1). – Ст. 68.

65. Федеральный закон от 28 декабря 2012 г. (в ред. от 28 июня 2021 г.) № 272-ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2012. – № 53 (часть 1). – Ст. 7597; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5058.

66. Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. (в ред. от 2 июля 2021 г.) № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2012. – № 53 (часть 1). – Ст. 7598; 2021. – № 27 (часть 1). – Ст. 5150.

67. Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. (в ред. от 4 марта 2013 г.) № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2012. – № 53 (часть 1). – Ст. 7627; 2013. – № 9. – Ст. 873.

68. Федеральный закон от 23 июля 2013 года (в ред. от 31 декабря 2014 г.) № 217-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и статьи 1 и 3 Федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных

актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» по вопросам совершенствования процедуры апелляционного производства» // СЗ РФ. – 2013. – № 30 (Часть 1). – Ст. 4050; 2015. – № 1 (часть 1). – Ст. 71.

69. Федеральный закон от 31 декабря 2014 г. № 489-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2015. – № 1 (часть 1). – Ст. 42.

70. Федеральный закон от 18 апреля 2018 г. № 77-ФЗ «О внесении изменения в статью 32 Лесного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2018. – № 17. – Ст. 2426.

71. Федеральный закон от 27 декабря 2018 г. № 519-ФЗ «О внесении изменения в статью 282 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2018. – № 53 (часть 1). – Ст. 8445.

72. Федеральный закон от 8 июня 2020 г. № 168-ФЗ «О едином федеральном информационном регистре, содержащем сведения о населении Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2020. – № 24. – Ст. 3742.

73. Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 22 января 1998 г. (в ред. от 15 декабря 2020 г.) № 2134-II ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. – 1998. – № 7. – Ст. 801; 2020. – № 50 (часть 4). – Ст. 8131.

74. Постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 30 января 2002 г. (в ред. от 19 мая 2021 г.) № 33-СФ «О Регламенте Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2002. – № 7. – Ст. 635; 2021. – № 22. – Ст. 3714.

75. Закон Саратовской области от 28 июня 2007 г. (в ред. от 26 марта 2020 г.) № 119-ЗСО «Об использовании лесов гражданами для собственных нужд» // URL: <http://docs.cntd.ru/document/933009925> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

76. Закон Саратовской области от 26 июня 2018 г. № 65-ЗСО «О внесении изменений в статьи 4 и 5 Закона Саратовской области «Об использовании лесов гражданами для собственных нужд»» // URL: <http://docs.cntd.ru/document/467718292> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

77. Закон Пензенской области от 30 ноября 2018 г. № 3265-ЗПО «О внесении изменений в Закон Пензенской области «О некоторых вопросах, связанных с реализацией в Пензенской области отдельных положений Лесного кодекса Российской Федерации»» // URL: <http://www.zspo.ru/legislative/acts/52148/> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

78. Закон Пензенской области от 3 апреля 2019 г. № 3318-ЗПО «О внесении изменения в Закон Пензенской области «О некоторых вопросах, связанных с реализацией в Пензенской области отдельных положений Лесного кодекса Российской Федерации»» // URL: <http://www.zspo.ru/legislative/acts/55859/> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

79. Указ Президента Российской Федерации от 9 марта 2004 г. (в ред. от 20 ноября 2020 г.) № 314 «О системе и структуре федеральных органов

исполнительной власти» // СЗ РФ. – 2004. – № 11. – Ст. 945; 2020. – № 47. – Ст. 7508.

80. Указ Президента Российской Федерации от 7 мая 2008 г. (ред. от 9 января 2010 г.) № 714 «Об обеспечении жильем ветеранов Великой Отечественной войны 1941 – 1945 годов» // СЗ РФ. – 2008. – № 19. – Ст. 2126; 2010. – № 2. – Ст. 131.

81. Указ Президента Российской Федерации от 1 сентября 2009 г. (в ред. от 15 января 2019 г.) № 986 «Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка» // СЗ РФ. – 2009. – № 36. – Ст. 4312; 2019. – № 3. – Ст. 235.

82. Указ Президента Российской Федерации от 27 сентября 2010 г. (в ред. от 14 января 2011 г.) № 1182 «Вопросы Следственного комитета Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2010. – № 40. – Ст. 5043; 2011. – № 4. – Ст. 572.

83. Указ Президента Российской Федерации от 7 мая 2018 г. (в ред. от 21 июля 2020 г.) № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года» // СЗ РФ. – 2018. – № 20. – Ст. 2817; 2020. – № 30. – Ст. 4884.

84. Указ Президента Российской Федерации от 24 апреля 2019 г. (в ред. от 4 ноября 2020 г.) № 183 «Об определении в гуманитарных целях категорий лиц, имеющих право обратиться с заявлениями о приеме в гражданство Российской Федерации в упрощенном порядке» // СЗ РФ. – 2019. – № 17. – Ст. 2071; 2020. – № 45. – Ст. 7094.

85. Постановление Правительства РФ от 23 октября 1993 г. (в ред. от 31 декабря 2020 г.) № 1090 «О правилах дорожного движения» (вместе с «Основными положениями по допуску транспортных средств к эксплуатации и обязанности должностных лиц по обеспечению безопасности дорожного движения») // Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. – 1993. – № 47. – Ст. 4531; СЗ РФ. – 2021. – № 2 (часть 2). – Ст. 465.

86. Постановление Правительства Российской Федерации от 28 января 2006 г. (в ред. от 27 июля 2020 г.) № 47 «Об утверждении Положения о признании помещения жилым помещением, жилого помещения непригодным для проживания, многоквартирного дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции, садового дома жилым домом и жилого дома садовым домом» // СЗ РФ. – 2006. – № 6. – Ст. 702; 2020. – № 32. – Ст. 5269.

87. Постановление Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. (в ред. от 10 июля 2017 г.) № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. – 2010. – № 10. – Ст. 1084; 2017. – № 29. – Ст. 4374.

88. Постановление Правительства РФ от 24 ноября 2018 г. № 1414 «О внесении изменений в постановление Совета Министров – Правительства

Российской Федерации от 23 октября 1993 г. № 1090» // СЗ РФ. – 2018. – № 49 (часть 6). – Ст. 7618.

89. Регламент Конституционного Суда РФ (в ред. от 28 января 2021 г.) // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2016. – № 4; Официальный интернет-портал правовой информации. – URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 2021. – 1 февраля.

90. Кодекс судейской этики (утв. VIII Всероссийским съездом судей 19 декабря 2012 г. (в ред. от 8 декабря 2016 г.)) // Бюллетень актов по судебной системе. – 2013. – № 2; Судья. – 2017. – № 1.

91. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 7 августа 2014 г. (в ред. от 12 сентября 2019 г.) № 2 «Об утверждении Регламента Верховного Суда Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2014. – № 10; 2019. – № 11.

92. Указание Генерального прокурора РФ от 06 июля 1999 г. № 39/7 (с изм., внесенными приказом Генерального прокурора РФ от 16 октября 2000 г. № 134) «О применении предостережения о недопустимости нарушения закона» // Сборник основных организационно-распорядительных документов Генпрокуратуры РФ. – М., 2004. – Том 1.

93. Приказ Генерального прокурора РФ от 7 декабря 2007 г. (в ред. от 21 июня 2016 г.) № 195 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина» // Законность. – 2008. – № 3.

94. Приказ министра строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации от 31 января 2019 г. (в ред. от 18 февраля 2020 г.) № 65/пр «Об утверждении методических рекомендаций по разработке региональной адресной программы по переселению граждан из аварийного жилищного фонда, признанного таковым до 1 января 2017 года // Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 1 июня 2020 г.).

### **Нормативно-правовые акты, утратившие силу**

95. Закон РСФСР от 12 июля 1991 г. «О Конституционном Суде РСФСР» (утратил силу) // Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. – 1991. – № 30. – Ст. 1017.

96. Закон РФ от 10 июля 1992 г. (в ред. от 12 ноября 2012 г.) № 3266-1 «Об образовании» (утратил силу) // Российская газета. – 1992. – 31 июля; 2012. – 14 ноября.

97. Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. (в ред. от 11 декабря 2002 г., с изм. от 24 декабря 2002 г.) № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товара» (утратил силу) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. – 1992. – № 42. – Ст. 2322.

98. Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. (в ред. от 2 февраля 2006 г.) № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных

вычислительных машин и баз данных» (утратил силу) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. – 1992. – № 42. – Ст. 2325.

99. Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. (в ред. от 2 февраля 2006 г.) № 3526-1 «О правовой охране топологий интегральных микросхем» (утратил силу) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. – 1992. – № 42. – Ст. 2328.

100. Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. (в ред. от 20 июля 2004 г.) № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (утратил силу) // Ведомости СНД и ВС РФ. – 1993. – № 32. – Ст. 1242.

101. Федеральный закон от 10 июля 2001 г. (ред. от 22 декабря 2008 г.) № 87-ФЗ «Об ограничении курения табака» (утратил силу) // СЗ РФ. – 2001. – № 29. – Ст. 2942; 2008. – № 52 (часть 1). – Ст. 6223.

102. Федеральный закон от 7 марта 2005 г. № 11-ФЗ «Об ограничениях розничной продажи и потребления (распития) пива и напитков, изготавливаемых на его основе» (утратил силу) // СЗ РФ. – 2005. – № 10. – Ст. 759.

103. Федеральный закон от 14 марта 2009 г. № 39-ФЗ «О внесении изменений в статьи 404 и 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (утратил силу с 1 января 2013 г.) // СЗ РФ. – 2009. – № 11. – Ст. 1268.

### **Материалы правоприменительной практики**

104. Постановление Конституционного Суда РФ от 11 мая 2005 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Курганского областного суда, жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, производственно-технического кооператива «Содействие», общества с ограниченной ответственностью «Карелия» и ряда граждан» // СЗ РФ. – 2005. – № 22. – Ст. 2194.

105. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 2012 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 23 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина И. Д. Ушакова» // СЗ РФ. – 2012. – № 15. – Ст. 1810.

106. Постановление Конституционного Суда РФ от 18 марта 2014 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности части второй.1 статьи 399 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кетовского районного суда Курганской области» // СЗ РФ. – 2014. – № 13. – Ст. 1526.

107. Постановление Конституционного Суда РФ от 14 ноября 2017 г. № 28-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений

Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина М. И. Бондаренко» // СЗ РФ. – 2017. – № 48. – Ст. 7299.

108. Постановление Конституционного Суда РФ от 11 января 2018 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности части первой статьи 81.1 и пункта 3.1 части второй статьи 82 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Синклит»» // СЗ РФ. – 2018. – № 4. – Ст. 685.

109. Постановление Конституционного Суда РФ от 13 января 2020 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности частей 2 и 3 статьи 13, пункта 5 части 5 статьи 19 и части 1 статьи 20 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки Р. Д. Свечниковой» // СЗ РФ. – 2020. – № 3. – Ст. 275.

110. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 февраля 2020 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности статьи 324 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Н. М. Демьшиной» // СЗ РФ. – 2020. – № 10. – Ст. 1415.

111. Постановление Конституционного Суда РФ от 5 марта 2020 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности подпунктов 4 и 5 пункта 1 и пункта статьи 57 Земельного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки И. С. Бутримовой» // СЗ РФ. – 2020. – № 11. – Ст. 1639.

112. Постановление Конституционного Суда РФ от 29 апреля 2020 г. № 22-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 193 и пункта 4 статьи 195 Налогового кодекса Российской Федерации, а также пункта 5 статьи 20 Федерального закона «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Центр-Продукт» // СЗ РФ. – 2020. – № 20. – Ст. 3226.

113. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. (в ред. от 3 марта 2015 г.) № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1999. – № 3; 2015. – № 5.

114. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. (в ред. от 5 марта 2013 г.) № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2003. – № 12; 2013. – № 5.

115. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. (в ред. от 29 ноября 2016 г.) № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2009. – № 4; 2017. – № 1.

116. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 2 июля 2009 г. № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при

применении Жилищного кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2009. – № 9.

117. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2015 г. (в ред. от 18 декабря 2018 г.) № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2016. – № 2; 2019. – № 2.

118. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 1 июня 2017 г. № 19 «О практике рассмотрения судами ходатайств о производстве следственных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан (статья 165 УПК РФ)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2017. – № 7.

119. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 сентября 2018 г. № 32 «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2011 года № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности»» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2018. – № 11.

120. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 июня 2019 г. (в ред. от 29 июня 2021 г.) № 19 «О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2019. – № 9; Российская газета. – 2021. – 16 июля.

121. «Обзор судебной практики по делам, связанным с обеспечением жилищных прав граждан в случае признания жилого дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда от 29 апреля 2014 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2014. – № 7.

122. «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 за 2018 год», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 26 декабря 2018 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2019. – № 8 (август).

123. «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 за 2019 год», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2019 г. // Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11 января 2021 г.).

124. «Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения законодательства о хозяйственных обществах», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2019 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2020. – № 5 (май).

125. «Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 1», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 21 апреля 2020 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2020. – № 5 (май).

126. «Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 2», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 30 апреля 2020 г. соответственно // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2020. – № 6 (июнь).

127. Постановление судьи Верховного Суда РФ от 3 мая 2018 года по делу № 46-АД18-5 // Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11 января 2021 г.).

128. Решение Высокогорского районного суда Республики Татарстан от 8 апреля 2016 г. по делу № 12-52/2016 // ГАС «Правосудие». – URL: <https://bsr.sudrf.ru> (дата обращения: 11 января 2021 г.).

### **Специальная юридическая литература: учебники, учебные пособия, монографии, научно-практические комментарии**

129. *Абушенко, Д. Б.* Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе [Текст] / Д. Б. Абушенко. – М.: Изд-во НОРМА, 2002. – 176 с.

130. *Азаров, В. А.* Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России: монография [Текст] / В. А. Азаров, И. Ю. Таричко. – Омск, 2004. – 379 с.

131. *Акимчев, А. А.* Доказывание в уголовном судопроизводстве: Учебное пособие [Текст] / А. А. Акимчев. – Саратов: Издательский центр «Наука», 2008. – 112 с.

132. *Александров, Н. Г.* Право и законность в период развернутого строительства коммунизма [Текст] / Н. Г. Александров. – М.: Госюриздат, 1961. – 271 с.

133. *Алексеев С. С.* Общая теория права (в двух томах). Т. 2 [Текст] / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1982. – 360 с.

134. *Алексеев, С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве [Текст] / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1966. – 187 с.

135. *Алексеев, С. С.* Общая теория права (в двух томах). Т. 1 [Текст] / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1981. – 360 с.

136. *Алексеев, С. С.* Общая теория социалистического права: Правовые акты. Курс лекций: Учебное пособие. – Вып. 3 [Текст] / С. С. Алексеев; Отв. ред.: Ю. Г. Судницын. – Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1966. – 212 с.

137. *Алексеев, С. С.* Теория права [Текст] / С. С. Алексеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 1995. – 320 с.

138. *Афанасьев, В. Г.* Социальные аспекты управления [Текст] / В. Г. Афанасьев. – М.: Экономика, 1981. – 216 с.

139. *Байтин, М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) [Текст] / М. И. Байтин. – Изд. 2-е, доп. – М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. – 544 с.
140. *Балабанова, Е. С.* Маргинальность в современной России [Текст] / Е. С. Балабанова, и др. – М.: Московский общественный научный фонд, 2000. – 208 с.
141. *Барак, А.* Судейское усмотрение [Текст] / А. Барак; Пер. с англ.; Науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун; Вступ. статья М. В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – 364 с.
142. *Белкин, Р. С.* Собираение, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы [Текст] / Р. С. Белкин. – М.: Наука, 1966. – 295 с.
143. *Богдановская, И. Ю.* Прецедентное право [Текст] / И. Ю. Богдановская; отв. ред. Н. С. Крылов. – М.: Наука, 1993. – 239 с.
144. *Бохан, В. Ф.* Формирование убеждений суда [Текст] / В. Ф. Бохан. – Минск: Изд-во БГУ, 1973. – 160 с.
145. *Венгеров, А. Б.* Основы теории государства и права: учебник. [Текст] / А. Б. Венгеров, И. Ф. Казьмин, А. В. Мицкевич, и др.; Под ред. А. С. Пиголкина. – М.: Высш. Шк., 1982. – 256 с.
146. *Волков, А. В.* Принцип недопустимости злоупотребления гражданскими правами в законодательстве и судебной практике (анализ более 250 судебных дел о злоупотреблении правом): монография [Текст] / А. В. Волков. – М.: Волтерс Клувер, 2011. – 960 с.
147. *Вопленко, Н. Н.* Реализация права: учеб. пособие [Текст] / Н. Н. Вопленко. – Волгоград: Изд-во Волгоград. ун-та, 2001. – 48 с.
148. *Горевой, Е. Д.* Внутреннее судейское убеждение в оценке доказательств по уголовным делам [Текст] / Е. Д. Горевой. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008. – 136 с.
149. *Горшенев, В. М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе [Текст] / В. М. Горшенев. – М.: Юрид. лит., 1972. – 258 с.
150. *Грачева, Ю. В.* Судейское усмотрение в применении уголовно-правовых норм: проблемы и пути их решения: монография [Текст] / Ю. В. Грачева; отв. ред. А. И. Чучаев. – М.: Проспект, 2015. – 373 с.
151. *Грибанов, В. П.* Осуществление и защита гражданских прав [Текст] / В. П. Грибанов. – М.: Статут, 2000. – 411 с.
152. *Громов, Н. А.* Оценка доказательств в уголовном процессе [Текст] / Н. А. Громов, С. А. Зайцева. – М.: ПРИОР, 2002. – 128 с.
153. *Гук, П. А.* Судебный прецедент: теория и практика [Текст] / П. А. Гук. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2009. – 128 с.
154. *Давид, Р.* Основные правовые системы современности [Текст] / Р. Давид; Пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. – М.: Прогресс, 1988. – 496 с.
155. *Денисов, Ю. А.* Абстрактное и конкретное в советском правоведении [Текст] / Ю. А. Денисов, Л. И. Спиридонов. – Л.: Наука, 1987. – 206 с.

156. *Джати́ев, В. С.* Доказывание и оценка обстоятельств преступления [Текст] / В. С. Джати́ев. – Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского университета, 1990. – 152 с.
157. *Ефремова, И. А.* Уголовное право (Особенная часть): курс лекций [Текст] / И. А. Ефремова, К. О. Копшева; ФГБОУ «Саратовская государственная юридическая академия». – Саратов: ИП Коваль Ю. В., 2014. – 368 с.
158. *Жинкин, С. А.* Теория государства и права: конспект лекций [Текст] / С. А. Жинкин. – Ростов-на-Дону: Феникс, 2002. – 224 с.
159. Закон: создание и толкование [Текст] / Под ред. А. С. Пиголкина. – М.: Спарк, 1998. – 283 с.
160. *Зинатуллин, З. З.* Избранные труды: в 2 т. Т. II [Текст] / З. З. Зинатуллин. – СПб.: Изд-во «Юридический центр-Пресс», 2013. – 699 с.
161. *Кант, И.* Собрание сочинений в восьми томах: Юбилейное издание 1794–1994 [Текст] / И. Кант / Под общ. ред. проф. А. В. Гулыги. – М.: Изд-во «Чоро», 1994. Т. 6. – 613 с.
162. *Кауфман, М. А.* Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение [Текст] / М. А. Кауфман. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 344 с.
163. *Керимов, Г. К.* Шариат: закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности [Текст] / Г. К. Керимов. – СПб.: Изд-во «Диля», 2010. – 512 с.
164. *Кокорев, Л. Д.* Уголовный процесс: доказательства и доказывание [Текст] / Л. Д. Кокорев, Н. П. Кузнецов. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1995. – 272 с.
165. *Колесников, Е. В.* Статус суда в Российской Федерации: конституционные вопросы [Текст] / Е. В. Колесников, Н. М. Селезнева; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. – 204 с.
166. *Комиссаров, К. И.* Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства [Текст] / К. И. Комиссаров. – Свердловск: СЮИ, 1971. – 167 с.
167. Коммуникативная концепция права: вопросы теории: Обсуждение монографии А. В. Полякова [Текст] – СПб.: С.-Петербург. гос. ун-т. юрид. фак., 2003. – 154 с.
168. *Костенко, Р. В.* Оценка уголовно-процессуальных доказательств: Монография [Текст] / Р. В. Костенко. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2010. – 152 с.
169. *Кофанов, Л. Л.* Обязательственное право в архаическом Риме (VI – IV вв. до н.э.) [Текст] / Л. Л. Кофанов; Отв. ред. И. Л. Маяк. – М.: Юрист, 1994. – 240 с.
170. *Кросс, Р.* Прецедент в английском праве [Текст] / Р. Кросс; пер с англ.; Под общ. ред. Ф. М. Решетников. – М.: Юрид. лит., 1985. – 238 с.

171. *Кудин, Ф. М.* Достаточность доказательств в уголовном процессе. Монография [Текст] / Ф. М. Кудин, Р. В. Костенко. – Краснодар, 2000. – 160 с.
172. *Кудрявцев, В. Н.* Общая теория квалификации преступлений [Текст] / В. Н. Кудрявцев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристь, 2004. – 304 с.
173. *Кудрявцев, В. Н.* Общая теория квалификации преступлений [Текст] / В. Н. Кудрявцев. – М.: Юрид. лит., 1972. – 352 с.
174. *Кудрявцев, В. Н.* Правовое поведение: норма и патология [Текст] / В. Н. Кудрявцев. – М.: Наука, 1982. – 287 с.
175. *Кудрявцев, В. Н.* Теоретические основы квалификации преступлений [Текст] / В. Н. Кудрявцев. – М.: Госюриздат, 1963. – 324 с.
176. *Лазарев, В. В.* Применение советского права [Текст] / В. В. Лазарев; Науч. ред. Б. С. Волков. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1972. – 200 с.
177. *Лазарев, В. В.* Теория государства и права. Учебник для вузов [Текст] / В. В. Лазарев, С. В. Липень. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Спарк, 2004. – 528 с.
178. *Ленин, В. И.* Полное собрание сочинений [Текст] / В. И. Ленин. – М.: Государственное издательство политической литературы, 1973. – Т. 16. – 697 с.
179. *Ленин, В. И.* Полное собрание сочинений [Текст] / В. И. Ленин. – М.: Государственное издательство политической литературы, 1974. – Т. 44. – 725 с.
180. *Ломакина, И. Б.* Обычное право: институциональный аспект: монография [Текст] / И. Б. Ломакина. – СПб.: Изд-во Астерион, 2005. – 284 с.
181. *Лукьянова, Е. Г.* Глобализация и правовая система России (основные направления развития) [Текст] / Е. Г. Лукьянова. – М.: Норма, 2006. – 110 с.
182. *Маликов, М. К.* Проблемы реализации права [Текст] / М. К. Маликов. – Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1988. – 144 с.
183. *Малиновский, А. А.* Злоупотребление правом (основы концепции) [Текст] / А. А. Малиновский. – М., 2000. – 100 с.
184. *Малиновский, А. А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование) [Текст] / А. А. Малиновский. – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. – 352 с.
185. *Малько, А. В.* Стимулы и ограничения в праве [Текст] / А. В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристь, 2003. – 250 с.
186. *Малько, А. В.* Цели и средства в праве и правовой политике. Монография [Текст] / А. В. Малько, К. В. Шундигов. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2003. – 296 с.
187. *Маркс, К.* Избранные произведения в 3-х т. Т. 3. [Текст] / К. Маркс, Ф. Энгельс. – М.: Политиздат, 1985. – 639 с.

188. Марксистско-ленинская общая теория государства и права [Текст] / Отв. ред. Е. А. Лукашева. – М.: «Юридическая литература», 1973. – 647 с.
189. *Марченко, М. Н.* Источники права: учебное пособие [Текст] / М. Н. Марченко. – 2-е изд., перераб. – М.: Норма; НИЦ ИНФРА-М, 2014. – 672 с.
190. *Марченко, М. Н.* Правовые системы современного мира: учебное пособие [Текст] / М. Н. Марченко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Зерцало-М, 2009. – 528 с.
191. *Марченко, М. Н.* Сравнительное правоведение. Общая часть: Учебник для юридических вузов [Текст] / М. Н. Марченко; Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. Юридический факультет. – М.: Зерцало, 2001. – 560 с.
192. *Матузов Н. И.* Правовая система и личность [Текст] / Н. И. Матузов. – Саратов, 1987. – 294 с.
193. *Матузов, Н. И.* Теория государства и права: Учебник [Текст] / Н. И. Матузов, А. В. Малько. – М.: Юристъ, 2003. – 512 с.
194. Настольная книга прокурора [Текст] / Коллектив авторов; под ред. С. И. Герасимова. – М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка, издательство «Экслит», 2002. – 850 с.
195. Настольная книга прокурора. В 2 т. Т. 1: практич. пособие [Текст] / под общ. ред. С. Г. Кехлерова, О. С. Капинус; науч. ред. А. Ю. Винокуров. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2015. – 449 с.
196. *Недбайло, П. Е.* Применение советских правовых норм [Текст] / П. Е. Недбайло. – М.: Госюриздат, 1960. – 511 с.
197. *Некрасов, С. В.* Толкование и применение уголовно-процессуальных норм о юридической силе доказательств. Науч.-практич. пособие [Текст] / С. В. Некрасов; Под науч. ред. д-ра юрид. наук Ю. Г. Торбина. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2008. – 184 с.
198. *Нерсесянц, В. С.* Теория права и государства: Краткий учебный курс [Текст] / В. С. Нерсесянц; Институт государства и права РАН. – М.: Норма; ИНФРА-М, 2001. – 272 с.
199. *Никитин, А. А.* Общие вопросы усмотрения в праве [Текст] / А. А. Никитин. – Саратов: ИЦ «Наука», 2019. – 167 с.
200. *Никитин, А. А.* Феномен усмотрения в праве [Текст] / А. А. Никитин. – Саратов: ИЦ «Наука», 2021. – 459 с.
201. Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах [Текст] / Отв. ред. М. Н. Марченко. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма; ИНФРА-М, 2013. – Том 2: Право. – 816 с.
202. Общая теория права. Учебник [Текст] / Дмитриев Ю. А., Казьмин И. Ф., Лазарев В. В., Лейст О. Э., и др.; Под общ. ред. А. С. Пиголкина. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во МГТУ им. Баумана, 1996. – 384 с.

203. *Огибалин, Ю. А.* Средства и способы обеспечения индивидуальной свободы личности в гражданском материальном и процессуальном праве: учеб. пособие [Текст] / Ю. А. Огибалин. – Тверь: Изд-во Твер. ун-та, 1991. – 97 с.

204. *Оксамытный, В. В.* Правомерное поведение личности [Текст] / В. В. Оксамытный; Отв. ред. Н. И. Козюбра. – Киев: Изд-во «Наукова Думка», 1985. – 176 с.

205. Организация судебной и правоохранительной деятельности в России: Учебное пособие: в 3 ч. [Текст] / сост. А. Ф. Соколов, В. А. Телегина; под ред. А. Ф. Соколова. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2007. – Ч. 1. – 236 с.

206. *Орлов, Ю. К.* Основы теории доказательств в уголовном процессе. Научно-практическое пособие [Текст] / Ю. К. Орлов. – М.: Проспект, 2000. – 140 с.

207. Основы теории доказательств в уголовном процессе России: учеб. пособие [Текст] / Е. А. Артамонова, О. В. Фирсов. – 4-е изд., испр. и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2014. – 240 с.

208. *Пархоменко, В. С.* Определение размера компенсации морального вреда. Анализ законодательства и судебной практики. Образцы судебных решений и исковых заявлений: практическое пособие [Текст] / В. С. Пархоменко; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». – 2-е изд., испр. и доп. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. – 172 с.

209. *Петров, Д. Е.* Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права [Текст] / Д. Е. Петров; под ред. И. Н. Сенякина; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2015. – 472 с.

210. *Петров, Д. Е.* Отрасль права [Текст] / Д. Е. Петров; Под ред. М. И. Байтина. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. – 192 с.

211. *Покровский, И. А.* Основные проблемы гражданского права [Текст] / И. А. Покровский; МГУ им. М. В. Ломоносова. – М.: Статут, 1998. – 353 с.

212. *Поляков, А. В.* Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход: курс лекций [Текст] / А. В. Поляков. – 2-е изд. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 845 с.

213. Правовая система социализма: Понятие, структура, социальные связи. Кн. 1 [Текст] / А. М. Васильев, О. А. Гаврилов, В. П. Казимирчук, В. Н. Кудрявцев, и др.; Редкол.: А. М. Васильев (Отв. ред.), В. П. Казимирчук, В. Н. Кудрявцев. – М.: Юрид. лит., 1986. – 368 с.

214. Правовая система социализма: Функционирование и развитие. Кн. 2 [Текст] / С. В. Боботов, А. М. Васильев, О. А. Гаврилов,

Л. Н. Завадская, и др.; Редкол.: А. М. Васильев (Отв. ред.), В. П. Казимирчук, В. Н. Кудрявцев. – М.: Юрид. лит., 1987. – 327 с.

215. Правоприменение в советском государстве [Текст] / Под ред. И. Н. Кузнецова, И. С. Самощенко. – М.: Юрид. лит., 1985. – 304 с.

216. Проблемы общей теории права [Текст] / Под ред. В. С. Нерсисянца. – М.: ИНФРА-М, 2004. – 832 с.

217. *Решетов, Ю. С.* Реализация норм советского права: системный анализ [Текст] / Ю. С. Решетов. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1989. – 156 с.

218. *Романов, А. К.* Правовая система Англии: Учеб. пособ. [Текст] / А. К. Романов; Академия народного хозяйства при Правительстве Российской Федерации. – 2-е изд., испр. – М.: Дело, 2002. – 344 с.

219. *Рыбак, М. С.* Ресоциализация осужденных к лишению свободы: проблемы теории и практики. 2-е изд., испр. и доп. [Текст] / М. С. Рыбак. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. – 480 с.

220. *Сенякин, И. Н.* Проблемы социально-правовой реабилитации маргинальной личности в России: вопросы теории и практики [Текст] / И. Н. Сенякин, А. А. Никитин; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. – 360 с.

221. *Сенякин, И. Н.* Специальные нормы советского права [Текст] / И. Н. Сенякин; Под ред. проф. М. И. Байтина. – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1987. – 97 с.

222. *Сенякин, И. Н.* Судебное усмотрение в частном праве (общетеоретический анализ) [Текст] / И. Н. Сенякин, А. Б. Степин, В. Д. Подмосковный. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2005. – 240 с.

223. *Сенякин, И. Н.* Федерализм как принцип российского законодательства [Текст] / И. Н. Сенякин; ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права». – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2007. – 504 с.

224. *Синюков В. Н.* Российская правовая система: Введение в общую теорию [Текст] / В. Н. Синюков. – Саратов: Полиграфист, 1994. – 496 с.

225. Систематизация законодательства в Российской Федерации [Текст] / Под ред. А. С. Пиголкина. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 382 с.

226. *Соколов, А. Ф.* Организация расследования преступлений в России: учебное пособие [Текст] / А. Ф. Соколов; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2012. – 80 с.

227. *Степин, А. Б.* Судебное усмотрение в частном праве: Учебное пособие [Текст] / А. Б. Степин. – Астрахань, 2002. – 62 с.

228. *Стецовский, Ю. И.* Судебная власть. Учебное пособие [Текст] / Ю. И. Стецовский. – М.: Дело, 1999. – 400 с.

229. *Строгович, М. С.* Курс советского уголовного процесса. Том I: Основные положения науки советского уголовного процесса [Текст] / М. С. Строгович. – М.: Изд-во «Наука», 1968. – 470 с.
230. Судебная власть [Текст] / Абова Т. Е., Абросимова Е. Б., Боровский М. В., Булаковский С. В., и др.; Отв. ред. И. Л. Петрухин. – М.: ООО «ТК Велби», 2003. – 720 с.
231. *Сухова, Н. И.* Действие закона и противодействие его осуществлению: понятие, детерминация и взаимодействие: монография [Текст] / Н. И. Сухова. – М.: Юрлитинформ, 2021. – 176 с.
232. *Сырых, В. М.* Логические основания общей теории права. Т. 3: Современное правопонимание [Текст] / В. М. Сырых. – М.: Российская академия правосудия, 2007. – 512 с.
233. *Сюкияйнен, Л. Р.* Мусульманское право. Вопросы теории и практики [Текст] / Л. Р. Сюкияйнен; отв. ред. Туманов В. А. – М.: Наука, 1986. – 256 с.
234. Теория государства и права: Учебник [Текст] / В. К. Бабаев, В. М. Баранов, Н. В. Витрук, и др.; Под ред. В. К. Бабаева. – М.: Юристь, 2004. – 592 с.
235. Теория доказательств в советском уголовном процессе [Текст] / отв. ред. Н. В. Жогин, изд. 2-е исправ. и дополн. – М.: «Юрид. лит.», 1973. – 736 с.
236. *Тихомиров, Ю. А.* Теория компетенции [Текст] / Ю. А. Тихомиров. – М.: Юринформцентр, 2001. – 355 с.
237. *Тихомиров, Ю. А.* Юридическая коллизия [Текст] / Ю. А. Тихомиров. – М.: Манускрипт, 1994. – 140 с.
238. Уголовный процесс: учебник для бакалавров [Текст] / отв. ред. А. П. Кругликов. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. – 688 с.
239. *Уолкер, Р.* Английская судебная система [Текст] / Р. Уолкер; пер. с англ. – М.: Юрид. лит., 1980. – 631 с.
240. *Фомин, А. А.* Юридическая безопасность в сфере законотворчества и правореализации: монография [Текст] / А. А. Фомин. – Пенза: Изд-во Пенз. гос. ун-та, 2006. – 236 с.
241. *Халфина, Р. О.* Право как средство социального управления [Текст] / Р. О. Халфина; отв. ред. М. И. Пискотин. – М.: Наука, 1988. – 256 с.
242. *Харт Г. Л. А.* Понятие права [Текст] / Г. Л. А. Харт; Пер с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. – СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. – 302 с.
243. *Хмыров, А. А.* Теория доказывания: Общая часть. Учеб. пособие [Текст] / А. А. Хмыров. – Краснодар: Кубанский гос. ун-т, 2006. – 211 с.
244. *Хропанюк, В. Н.* Теория государства и права. Учебник для высших учебных заведений [Текст] / В. Н. Хропанюк; под ред. проф. В. Г. Стрекозов. – 3-е изд., доп., испр. – М.: Изд-во «Интерстиль»; «Омега-Л», 2008. – 384 с.

245. *Черданцев, А. Ф.* Вопросы толкования советского права. Учебное пособие [Текст] / А. Ф. Черданцев; Отв. за вып.: В. М. Семенов. – Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. – 191 с.
246. *Чечот, Д. М.* Административная юстиция (теоретические проблемы) [Текст] / Д. М. Чечот. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1973. – 134 с.
247. *Шершеневич, Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 1. [Текст] / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1910. – 806 с.
248. *Шляпочников, А. С.* Толкование уголовного закона [Текст] / А. С. Шляпочников. – М.: Госюриздат, 1960. – 240 с.
249. *Шминке, А. Д.* Система права и система законодательства России: вопросы методологии [Текст] / А. Д. Шминке; под ред. И. Н. Сенякина; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2013. – 200 с.
250. *Щегорцов, В. А.* Социология правосознания [Текст] / В. А. Щегорцов. – М.: Мысль, 1981. – 174 с.
251. *Элькинд, П. С.* Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве [Текст] / П. С. Элькинд. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. – 143 с.
252. *Явич, Л. С.* Общая теория права [Текст] / Л. С. Явич; Отв. ред. А. И. Королев. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. – 287 с.
253. *Явич, Л. С.* Проблемы правового регулирования советских общественных отношений [Текст] / Л. С. Явич. – М.: Госюриздат, 1961. – 172 с.
254. *Явич, Л. С.* Сущность права. Социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений [Текст] / Л. С. Явич. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1985. – 207 с.
255. *Яценко, Т. С.* Категория шиканы в гражданском праве: история и современность [Текст] / Т. С. Яценко. – М.: Статут, 2003. – 160 с.
256. *Davis, K. C.* Discretionary justice: a preliminary inquiry. – Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1969. – 233 pp.
257. *Frank, J.* Courts on Trial. – Princeton: Princeton University Press, 1949. – 456 pp.
258. *Galligan, D. J.* Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion. – Oxford: Clarendon Press, 1986. – 401 pp.
259. *Handler, J. F.* The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy. – New York: Russell Sage Foundation, 1986. – 344 pp.
260. *Heath J.* The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State. – Oxford: Oxford University Press, 2020. – 438 pp.
261. *Jowell, J. L.* Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legal Action. – New York: Dunellen Pub. Co., 1975. – 214 pp.

262. *Аверьянова, О. В.* Понятие законности и система средств обеспечения законности в государственном управлении [Текст] / О. В. Аверьянова // Ленинградский юридический журнал. – 2019. – № 2. – С. 112-119.

263. *Азарова, Е. С.* Генезис пределов правоприменительного усмотрения [Текст] / Е. С. Азарова // Вестник Евразийской академии административных наук. – 2014. – № 4. – С. 94-98.

264. *Азарова, Е. С.* Понятие «усмотрение суда» в праве [Текст] / Е. С. Азарова // Правовая парадигма (Legal Concept). – 2019. – Т. 18. – № 2. – С. 69-73.

265. *Азарова, Е. С.* Усмотрение суда как часть структуры уголовно-процессуальной парадигмы [Текст] / Е. С. Азарова // Правовая парадигма (Legal Concept). – 2019. – Т. 18. – № 4. – С. 166-173.

266. *Акимова, И. Л.* Об опыте кодификации законодательства о выборах и референдумах в Алтайском крае [Текст] / И. Л. Акимова, О. В. Китновская // Избирательное законодательство и практика. – 2019. – № 1. – С. 15-17.

267. *Алексеев, С. С.* О теоретических основах классификации отраслей советского права [Текст] / С. С. Алексеев // Советское государство и право. – 1957. – № 7. – С. 99-107.

268. *Алексеев, С. С.* Право и правовая система [Текст] / С. С. Алексеев // Правоведение. – 1980. – № 1. – С. 27-34.

269. *Алексеев, С. С.* Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация [Текст] / С. С. Алексеев // Советское государство и право. – 1987. – № 6. – С. 12-19.

270. *Альбов, А. П.* Философско-религиозные основы исламского семейного права [Текст] / А. П. Альбов // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. – 2018. – № 4. – С. 26-29.

271. *Амиянц, К. А.* Использование искусственного интеллекта в современной судебной системе и права человека [Текст] / К. А. Амиянц, К. В. Чемеринский // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. – 2019. – № 11-3. – С. 49-52.

272. *Апостолова, Н. Н.* Искусственный интеллект в судопроизводстве [Текст] / Н. Н. Апостолова // Северо-Кавказский юридический вестник. – 2019. – № 3. – С. 135-141.

273. *Аргунов, В. В.* Каким быть особому производству по административным делам: к проекту изменений в КАС РФ [Текст] / В. В. Аргунов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2017. – № 3. – С. 62-75.

274. *Артамонова, Ю. С.* Систематизация как направление модернизации образовательного законодательства [Текст] / Ю. С. Артамонова // Тенденции развития науки и образования. – 2020. – № 62-15. – С. 11-14.

275. *Бавсун, М. В.* Влияние прецедентных решений Верховного Суда Российской Федерации на правоприменительную деятельность [Текст] / М. В. Бавсун, В. Н. Баландюк, А. П. Спиридонов // Научный вестник Омской академии МВД России. – 2014. – № 1. – С. 3-7.

276. *Байтин, М. И.* К уточнению понятия законности [Текст] / М. И. Байтин // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2008. – № 3. – С. 8-12.

277. *Байтин, М. И.* О принципах и функциях права: новые моменты [Текст] / М. И. Байтин // Правоведение. – 2000. – № 3. – С. 4-16.

278. *Байтин, М. И.* Право и правовая система: вопросы соотношения [Текст] / М. И. Байтин // Право и политика. – 2000. – № 4. – С. 4-14.

279. *Байтин, М. И.* Соотношение отрасли права и отрасли законодательства [Текст] / М. И. Байтин, Д. Е. Петров // Правоведение. – 2004. – № 4. – С. 29-40.

280. *Барахоева, А. Р.* Воздействие правовых установок личности на правовое поведение лица [Текст] / А. Р. Барахоева // Правовая парадигма (Legal Concept). – 2019. – Т. 18. – № 3. – С. 56-60.

281. *Барахоева, А. Р.* Психологическая детерминация правового поведения личности [Текст] / А. Р. Барахоева // Вестник Ингушского научно-исследовательского института гуманитарных наук им. Ч. Э. Ахриева. – 2019. – № 1. – С. 160-162.

282. *Барахоева, А. Р.* Субъективные аспекты правомерного и противоправного поведения [Текст] / А. Р. Барахоева // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества. – 2017. – № 16. – С. 108-116.

283. *Батора, П. В.* «Иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав» как универсальная форма злоупотребления правом [Текст] / П. В. Батора // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. – 2019. – № 2. – С. 48-52.

284. *Белянская, О. В.* Сущность и основные формы реализации права [Текст] / О. В. Белянская // Правовая политика и правовая жизнь. – 2008. – № 3. – С. 116-122.

285. *Бенедик, И. В.* Правовая квалификация в структуре правоприменительного процесса [Текст] / И. В. Бенедик // Проблемы социалистической законности: научн. тр. – Вып. 15. – Харьков, 1985. – С. 141-143.

286. *Березкин, И. С.* Проблемы систематизации законодательства субъектов в Российской Федерации: теория и практика [Текст] / И. С. Березкин // Избирательное законодательство и практика. – 2019. – № 1. – С. 10-15.

287. *Берова, Д. М.* Функции суда в уголовном судопроизводстве [Текст] / Д. М. Берова // Философия права. – 2010. – № 6. – С. 103-106.

288. *Бехруз, Х.* Исламское государство: классическая модель и современная интерпретация [Текст] / Х. Бехруз // Российский юридический журнал. – 2012. – № 2. – С. 62-68.

289. *Бирюков, П. Н.* Искусственный интеллект и «предсказанное правосудие»: зарубежный опыт [Текст] / П. Н. Бирюков // Lex russica (Русский закон). – 2019. – № 11. – С. 79-87.

290. *Бобылев, А. И.* Источники (формы) права [Текст] / А. И. Бобылев // Право и государство: теория и практика. – 2005. – № 1. – С. 6-14.

291. *Боннер, А. Т.* Применение закона и судебное усмотрение [Текст] / А. Т. Боннер // Советское государство и право. – 1979. – № 6. – С. 34-42.

292. *Борисов, В. В.* Правопорядок советского общества и пути его укрепления [Текст] / В. В. Борисов // Вопросы теории государства и права: сборник статей / Под ред. М. И. Байтина, В. В. Борисова. Выпуск 2. – Саратов, 1971. – С. 42-67.

293. *Бурмагин, С. В.* О сущности, понятии и пределах уголовного правосудия [Текст] / С. В. Бурмагин // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2018. – № 1. – С. 32-53.

294. *Бурмагин, С. В.* Признаки и границы уголовного правосудия [Текст] / С. В. Бурмагин // Публичное и частное право. – 2019. – № 1. – С. 149-162.

295. *Вавилин, Е. В.* Пределы осуществления гражданских прав: некоторые вопросы [Текст] / Е. В. Вавилин // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2018. – № 5. – С. 81-85.

296. *Валиулин, К. Т.* К вопросу о понятии правового поведения как теоретико-правовой категории [Текст] / К. Т. Валиулин // Право и государство: теория и практика. – 2019. – № 10. – С. 17-19.

297. *Варфоломеева, Т. В.* Средства и методы кибернетики в деятельности адвокатуры [Текст] / Т. В. Варфоломеева, В. И. Гончаренко // Проблемы правоведения: республиканский междуведомственный научный сборник. Выпуск 46. – Киев: Изд-во при Киевском государственном университете, 1985. – С. 108-115.

298. *Василевич, С. Г.* Понятие и формы реализации правовых норм. Общая характеристика [Текст] / С. Г. Василевич // Веснік БДУ. Сер. 3. – 2013. – № 2. – С. 73-77.

299. *Васильев, А. А.* Роль правовой доктрины в истории английского права [Текст] / А. А. Васильев // История государства и права. – 2007. – № 10. – С. 38-40.

300. *Вершок, И. Л.* Междисциплинарный подход к анализу динамики правового сознания [Текст] / И. Л. Вершок // Сибирское юридическое обозрение. – 2020. – Т. 17. – № 4. – С. 438-454.

301. *Витченко, А. М.* Механизм правового регулирования социалистических общественных отношений, его понятие и структура [Текст] / А. М. Витченко // Вопросы теории государства и права. Вып. 1. – Саратов, 1968. – С. 65-92.

302. *Власенко, Н. А.* Разумность и право: связь явлений и пути исследования [Текст] / Н. А. Власенко // Журнал российского права. – 2011. – № 11. – С. 45-57.

303. *Волков, А. В.* Понятие «обход закона» – новые подходы в гражданском праве [Текст] / А. В. Волков // Власть закона. – 2013. – № 1. – С. 22-46.

304. *Волков, А. В.* Понятие «обход закона» в доктрине и практике гражданского права [Текст] / А. В. Волков // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2013. – № 1. – С. 67-81.

305. *Вольфсон, В. Л.* О притворности, мнимости и лжеатрибуции: «обход закона» как когнитивная деформация фиктивных сделок [Текст] / В. Л. Вольфсон // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. – 2015. – № 1. – С. 4-22.

306. *Вольфсон, В. Л.* Об обходе законов [Текст] / В. Л. Вольфсон // Юридическая мысль. – 2012. – № 3. – С. 97-110.

307. *Вопленко, Н. Н.* Официальное толкование и конкретизация советских правовых норм [Текст] / Н. Н. Вопленко // Вопросы теории государства и права: сб. статей / Под ред. М. И. Байтина и В. В. Борисова. – Саратов, 1971. – С. 166-178.

308. *Воробьев, Д. С.* Гарантии единства законности в интересах безопасности политической системы современной России [Текст] / Д. С. Воробьев // Ученые записки Орловского государственного университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки. – 2011. – № 2. – С. 167-169.

309. *Воробьев, С. А.* К вопросу о месте прокуратуры в системе государственных органов [Текст] / С. А. Воробьев // Прокуратура в системе политических и правовых институтов общества: Материалы Всесоюзной научно-практической конференции. – М., 1990. – С. 109-111.

310. *Газизова, Р. Г.* Теоретические начала мусульманского права – как основа правового регулирования финансовой системы ближневосточных стран [Текст] / Р. Г. Газизова // Вестник экономики, права и социологии. – 2010. – № 4. – С. 95-99.

311. *Гизатуллин, И. А.* Процессуальная независимость судей: сущность и проблемы обеспечения [Текст] / И. А. Гизатуллин // Российский журнал правовых исследований. – 2019. – Т. 6. – № 1. – С. 105-115.

312. *Гончарова, Л. Н.* Кодификация как способ систематизации законодательства и форма правотворчества [Текст] / Л. Н. Гончарова // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. – 2020. – № 11. – С. 78-81.

313. *Горбунов, Е. И.* Правовая доктрина как источник общего права [Текст] / Е. И. Горбунов // Бизнес в законе. – 2011. – № 6. – С. 24-25.

314. *Горячева, С. В.* Законность и права человека [Текст] / С. В. Горячева // Вестник Екатеринбургского института. – 2014. – № 3. – С. 60-62.

315. *Грачева, Ю. В.* Возможно ли судебное усмотрение при пробеле в уголовном праве? [Текст] / Ю. В. Грачева // Уголовное право. – 2010. – № 3. – С. 108-112.

316. *Грачева, Ю. В.* Соблюдение и исполнение как самостоятельные формы реализации уголовно-правовых норм [Текст] / Ю. В. Грачева // Актуальные проблемы российского права. – 2009. – № 3. – С. 388-395.

317. *Григоров, А. А.* Самозащита как форма реализации права [Текст] / А. А. Григоров // Образование и наука в современных условиях. – 2016. – № 2-2. – С. 227-233.

318. *Гук, П. А.* Правовые исключения и их реализация в судебной деятельности [Текст] / П. А. Гук, С. Ю. Суменков // Журнал российского права. – 2006. – № 8. – С. 123-130.

319. *Давыдова, М. Л.* Демократизация правотворчества: принцип здравого смысла в применении технико-юридического инструментария [Текст] / М. Л. Давыдова // Юридическая техника. – 2014. – № 8. – С. 131-134.

320. *Давыдова, М. Л.* Законотворческие риски и проблема стабильности законодательства [Текст] / М. Л. Давыдова // Юридическая техника. – 2019. – № 13. – С. 155-160.

321. *Давыдова, М. Л.* Нормативность юридической техники: к вопросу о механизме действия правотворческих правил и средств [Текст] / М. Л. Давыдова // Юридическая техника. – 2012. – № 6. – С. 154-158.

322. *Даничев, Н. В.* Правомерное поведение: понятие и виды [Текст] / Н. В. Даничев, А. М. Исмаилов, С. И. Калинин // Science and Education: Problems and Innovations. Сборник статей международной научно-практической конференции (Пенза, 30 июля 2019 г.). – Пенза: Изд-во «Наука и Просвещение», 2019. – С. 184-187.

323. *Демидова, И. А.* Правомерное поведение в структуре правовой культуры [Текст] / И. А. Демидова // Вестник факультета бизнеса и права. – 2019. – № 1. – С. 83-91.

324. *Деркачева, Т. В.* Актуальные вопросы кодификации регионального законодательства по социальному обеспечению (на примере Волгоградской области) [Текст] / Т. В. Деркачева // Правовая парадигма (Legal Concept). – 2019. – Т. 18. – № 3. – С. 90-96.

325. *Долматов, А. В.* Возможности и перспективы применения технологий искусственного интеллекта в юриспруденции [Текст] / А. В. Долматов, Л. А. Долматова // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. – 2020. – № 1. – С. 44-49.

326. *Долотова, В. В.* Некоторые особенности использования категории «исполнение» в правотворческой и правореализующей деятельности [Текст] / В. В. Долотова // Вестник Владимирского юридического института. – 2010. – № 4. – С. 93-96.

327. *Домнышев, А. А.* Особенности правовой системы КНР [Текст] / А. А. Домнышев, Н. Е. Тиханова // Тенденции развития науки и образования. – 2018. – № 37-3. – С. 21-23.

328. *Евсиков, К. С.* Повышение уровня защиты конституционных прав и свобод человека в свете реформы государственного контроля (надзора) и муниципального контроля в Российской Федерации [Текст] / К. С. Евсиков, А. А. Спиридонов // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. – 2018. – № 3-2. – С. 68-76.

329. *Егоров, А. В.* Китайская правовая система: новые подходы в оценке традиционного китайского права [Текст] / А. В. Егоров // Вестник Полоцкого государственного университета. Серия D: экономические и юридические науки. – 2006. – № 2. – С. 171-177.

330. *Емелин, М. Ю.* Использование доктринальных источников в решениях Верховного Суда США [Текст] / М. Ю. Емелин // Право и государство: теория и практика. – 2015. – № 4. – С. 66-69.

331. *Елифанова, Е. В.* К вопросу о систематизации медицинского законодательства (теоретико-правовой аспект) [Текст] / Е. В. Елифанова, А. А. Чупрова, И. М. Хиль // Право и государство: теория и практика. – 2019. – № 12. – С. 46-49.

332. *Желева, О. В.* Понятие и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве [Текст] / О. В. Желева // Вестник Томского государственного университета. – 2015. – № 396. – С. 116-121.

333. *Заец, А. П.* Повышение согласованности и взаимосвязанности правовых норм – важное средство совершенствования правового регулирования [Текст] / А. П. Заец // Проблемы правопедания: республиканский междуведомственный научный сборник. Выпуск 46. – Киев: Изд-во при Киевском государственном университете, 1985. – С. 49-55.

334. *Зажицкий, В.* Новые нормы доказательственного права и практика их применения [Текст] / В. Зажицкий // Российская юстиция. – 2003. – № 7. – С. 45-47.

335. *Зажицкий, В.* О допустимости доказательств [Текст] / В. Зажицкий // Российская юстиция. – 1999. – № 3. – С. 26-27.

336. *Зайков, Д. Е.* Понятие и содержание злоупотребления процессуальными правами в арбитражном и гражданском процессах [Текст] / Д. Е. Зайков // Арбитражный и гражданский процесс. – 2014. – № 9. – С. 48-53.

337. *Зайцева, С. А.* Достоверность и вероятность доказательств [Текст] / С. А. Зайцева, Н. А. Громов, В. А. Пономаренко // Следователь. – 1999. – № 7. – С. 11-17.

338. *Зарьков, Д. С.* Соотношение и взаимосвязь консолидации с другими формами систематизации законодательства [Текст] / Д. С. Зарьков // Право и государство: теория и практика. – 2020. – № 4. – С. 11-13.

339. *Захарова, О. Е.* «Обход закона», мнимые и притворные сделки: взаимосвязь и отличительные особенности [Текст] / О. Е. Захарова // Вестник экономики, права и социологии. – 2017. – № 4. – С. 163-166.

340. *Захарова, О. Е.* Запрет «обхода закона» в праве России и Германии [Текст] / О. Е. Захарова // Проблемы экономики и юридической практики. – 2018. – № 1. – С. 110-113.

341. *Захарова, О. Е.* Конструкция «обхода закона» как форма злоупотребления правом [Текст] / О. Е. Захарова // Государственная служба и кадры. – 2016. – № 4. – С. 80-85.

342. *Зеленский, С. Н.* Судейская дискреция в уголовном судопроизводстве [Текст] / С. Н. Зеленский // Правовая парадигма (Legal Concept). – 2019. – Т. 18. – № 2. – С. 74-78.

343. *Зорченко, Е. А.* От «социалистической» законности к законности правовой — современная тенденция развития института законности [Текст] / Е. А. Зорченко // Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции. – 2016. – Т. 2. – № 9. – С. 108-113.

344. *Зорькин, В. Д.* Конституционный Суд в историческом контексте: Размышления к юбилею Конституционного Суда [Текст] / В. Д. Зорькин // Российская газета. Неделя. – 2011. – 20 октября.

345. *Зорькин, В. Д.* Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации [Текст] / В. Д. Зорькин // Журнал российского права. – 2004. – № 12. – С. 3-9.

346. *Зубарева, Д. А.* Обход закона: правовая квалификация [Текст] / Д. А. Зубарева // Вопросы российской юстиции. – 2019. – № 3. – С. 387-397.

347. *Иванов, Н.* Постановления Пленума Верховного Суда РФ как обязательный «прецедент» [Текст] / Н. Иванов // Уголовное право. – 2005. – № 2. – С. 30-32.

348. *Игнатьева, И. А.* Консолидация в экологическом законодательстве России: теоретические проблемы и перспективы применения [Текст] / И. А. Игнатьева // Журнал российского права. – 2007. – № 12. – С. 105-113.

349. *Казаков, А.* Применение норм о злоупотреблении правом в иностранном гражданском процессе [Текст] / А. Казаков // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. – № 9. – С. 31-38.

350. *Калмыкова, А. А.* Анализ зарубежного опыта кодификации социального законодательства [Текст] / А. А. Калмыкова // Актуальные вопросы современной экономики. – 2019. – № 5. – С. 924-931.

351. *Камышанский, В. П.* Обход закона в гражданском праве: как это понимать? [Текст] / В. П. Камышанский // Научное обеспечение агропромышленного комплекса. Сборник статей по материалам 71-й научно-практической конференции преподавателей по итогам НИР за 2015 г. Отв. за выпуск А. Г. Коцаев. – Краснодар: Изд-во ФГБОУ ВПО «Кубанский государственный аграрный университет», 2016. – С. 384-386.

352. *Камышанский, В. П.* Обход закона и злоупотребление правом: общее и особенное [Текст] / В. П. Камышанский, Н. Ю. Ветер // Власть закона. – 2013. – № 4. – С. 19-23.

353. *Касаткин, С. Н.* Проблема судейского усмотрения в полемике Г. Харта и Р. Дворкина: очерк основных позиций [Текст] / С. Н. Касаткин // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Серия: Юридические науки. – 2018. – № 4. – С. 21-27.

354. *Клочков, В. В.* О перестройке деятельности прокуратуры (концептуально-правовые положения) [Текст] / В. В. Клочков // Прокуратура в системе политических и правовых институтов общества: Материалы Всесоюзной научно-практической конференции. – М., 1990. – С. 99-101.

355. *Кожевников, В. В.* К проблеме консолидации нормативных правовых актов в Российской Федерации [Текст] / В. В. Кожевников // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2019. – Т. 16. – № 1. – С. 29-36.

356. *Козлихин, И. Ю.* Марксизм и современное правопонимание (к выходу в свет 3-го тома «Логических оснований общей теории права» В. М. Сырых) [Текст] / И. Ю. Козлихин // Право. Законодательство. Личность (сб. научн. трудов). Вып. 3. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. – С. 229-238.

357. *Козырева, А. А.* Использование механизмов искусственного интеллекта в процессе систематизации российского и международного законодательства [Текст] / А. А. Козырева, Д. А. Девяткин // Международный правовой курьер. – 2020. – № 1-2. – С. 14-17.

358. *Комиссаров, К. И.* Судебное усмотрение в советском гражданском процессе [Текст] / К. И. Комиссаров // Советское государство и право. – 1969. – № 4. – С. 49-56.

359. *Константинов, А. В.* Миграционный кодекс Российской Федерации как результат систематизации миграционного законодательства [Текст] / А. В. Константинов, М. В. Дульнев // Вестник Московского университета МВД России. – 2019. – № 1. – С. 124-127.

360. *Коняхин, В. П.* Источники уголовно-правовых норм Общей части [Текст] / В. П. Коняхин // Правоведение. – 1988. – № 1. – С. 39-43.

361. *Коренев, А. П.* Толкование и применение норм советского административного права [Текст] / А. П. Коренев // Советское государство и право. – 1971. – №1. – С. 46-53.

362. *Кошель, Д. Е.* Понятие финансового контроля и вопросы систематизации законодательства [Текст] / Д. Е. Кошель // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2019. – Т. 16. – № 1. – С. 51-56.

363. *Красавчиков, О. А.* Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) [Текст] / О. А. Красавчиков // Правоведение. – 1975. – № 2. – С. 62-71.

364. *Краснов, А. В.* Индивидуальное право как основа правового поведения индивида [Текст] / А. В. Краснов, А. В. Скоробогатов // Российский журнал правовых исследований. – 2018. – Т. 5. – № 1. – С. 81-90.

365. *Крупеникова, Л. Ш.* Ментальные программы и модальные модели правового поведения в российском обществе [Текст] / Л. Ш. Крупеникова // Социально-гуманитарные знания. – 2016. – № 12-2. – С. 139-147.

366. *Крымова, Е. Н.* Формы и виды злоупотребления правом в системе функционирования исполнительной власти в России как в демократическом правовом государстве [Текст] / Е. Н. Крымова // Юридические записки: сб. науч. трудов. Вып. 22: Демократия и правовая система России: преимущества, достижения и противоречия / Под ред. Ю. Н. Старилова. – Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2009. – С. 86-96.

367. *Кудрявцев, В. Н.* Законность: содержание и современное состояние [Текст] / В. Н. Кудрявцев // Журнал российского права. – 1998. – № 1. – С. 7-12.

368. *Кудрявцев, В. Н.* О правопонимании и законности [Текст] / В. Н. Кудрявцев // Государство и право. – 1994. – № 3. – С. 3-8.

369. *Кузнецова, Н. В.* Дискуссионные вопросы правоприменительного усмотрения [Текст] / Н. В. Кузнецова, Л. П. Лапшина // Вестник Удмуртского университета. Серия: экономика и право. – 2020. – Т. 30. – № 1. – С. 165-169.

370. *Кузьмина, А. В.* Обход закона с противоправной целью как особая форма злоупотребления правом [Текст] / А. В. Кузьмина // Вестник Марийского государственного университета. Серия: Исторические науки. Юридические науки. – 2016. – Т. 2. – № 4. – С. 73-82.

371. *Кузьмина, Е. М.* Правоприменительная деятельность в современной России: теоретико-правовой аспект [Текст] / Е. М. Кузьмина // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2014. – № 5. – С. 31-37.

372. *Кулапов, В. Л.* Современные проблемы установления фактических обстоятельств при квалификации противоправного поведения [Текст] / В. Л. Кулапов, О. Г. Сардаева // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2015. – № 1. – С. 79-85.

373. *Куртяк, А. И.* Систематизация законодательства, регулирующего правовой статус должностного лица органа внутренних дел, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в форме кодификации [Текст] / А. И. Куртяк // Журнал правовых и экономических исследований. – 2019. – № 4. – С. 81-86.

374. *Лавров, Ю. Б.* Реформа законодательства о закупках, осуществляемых отдельными видами юридических лиц, в контексте проблемы систематизации нормативных правовых актов в сфере публичных закупок [Текст] / Ю. Б. Лавров, А. О. Миняева // Сибирское юридическое обозрение. – 2020. – Т. 17. – № 3. – С. 320-327.

375. *Лазарева, В. А.* Об уголовно-процессуальной функции прокурора в свете независимости судебной власти [Текст] / В. А. Лазарева // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2001. – № 3. – С. 21-25.

376. *Лившиц, Р. З.* Отрасль права – отрасль законодательства [Текст] / Р. З. Лившиц // Советское государство и право. – 1984. – № 2. – С. 26-32.
377. *Лисюткин, А. Б.* К понятию законности [Текст] / А. Б. Лисюткин // Правоведение. – 1993. – № 5. – С. 108-112.
378. *Лопашенко, Н. А.* Толкование Пленумом Верховного Суда РФ норм об ответственности за незаконное предпринимательство и легализацию [Текст] / Н. А. Лопашенко // Уголовное право. – 2005. – № 2. – С. 40-43.
379. *Лукьянова, Е. Г.* Строгость закона следует предпочесть обманчивой мягкости усмотрения [Текст] / Е. Г. Лукьянова // Правоведение. – 2009. – № 3. – С. 14-21.
380. *Лысенко, С. М.* Дискреционный характер полномочий арбитражного суда в делах о банкротстве [Текст] / С. М. Лысенко // Вестник Омского университета. Серия: Право. – 2013. – № 1. – С. 162-165.
381. *Лысов, П. К.* Функциональное содержание судебной власти [Текст] / П. К. Лысов // Вестник Московского университета МВД России. – 2013. – № 4. – С. 50-53.
382. *Макеева, Е. М.* О правовых основах государственного регулирования предпринимательской деятельности на примере России и Австралии [Текст] / Е. М. Макеева // Административное право и процесс. – 2010. – № 1. – С. 41-44.
383. *Максимов, Г. Б.* Формы реализации права [Текст] / Г. Б. Максимов // Право и практика. – 2014. – № 2. – С. 75-81.
384. *Малиновский, А. А.* Усмотрение в праве [Текст] / А. А. Малиновский // Государство и право. – 2006. – № 4. – С. 102-104.
385. *Малько, А. В.* Льготы и поощрения как важнейшие правовые средства регионального законодательства [Текст] / А. В. Малько // Правоведение. – 1999. – № 1. – С. 235-239.
386. *Малько, А. В.* Поощрение как правовое средство [Текст] / А. В. Малько // Правоведение. – 1996. – № 3. – С. 3-13.
387. *Малько, А. В.* Правовая жизнь современного общества: позитивные и негативные черты [Текст] / А. В. Малько, А. Ю. Барсуков // Государственно-правовые исследования. – 2019. – № 2. – С. 183-191.
388. *Малько, А. В.* Правовые средства как общетеоретическая проблема [Текст] / А. В. Малько // Правоведение. – 1999. – № 2. – С. 4-16.
389. *Малько, А. В.* Правовые средства: вопросы теории и практики [Текст] / А. В. Малько // Журнал российского права. – 1998. – № 8. – С. 66-77.
390. *Манджиева, Э. Г.* Конкуренция и коллизия норм права: соотношение и взаимосвязь [Текст] / Э. Г. Манджиева // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2005. – № 3. – С. 31-38.
391. *Мартынов, А. В.* Актуальные вопросы применения искусственного интеллекта при осуществлении контрольно-надзорной деятельности органов исполнительной власти [Текст] / А. В. Мартынов // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. – 2020. – № 2. – С. 175-186.

392. *Марченко, М. Н.* Основные источники англосаксонского права: понятие, прецедент [Текст] / М. Н. Марченко // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. – 1999. – № 4. – С. 32-41.

393. *Марченко, М. Н.* Роль судов в развитии современной правовой системы Великобритании [Текст] / М. Н. Марченко // Государство и право. – 2007. – № 9. – С. 58-64.

394. *Марченко, М. Н.* Формы судейского права и их особенности [Текст] / М. Н. Марченко // Ленинградский юридический журнал. – 2006. – № 1. – С. 41-54.

395. *Матанцев, Д. А.* Понятие и особенности правового поведения как юридической категории [Текст] / Д. А. Матанцев // Право и государство: теория и практика. – 2016. – № 4. – С. 49-52.

396. *Матузов, Н. И.* Право как центральный элемент и нормативная основа правовой системы [Текст] / Н. И. Матузов // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. – С. 15-33.

397. *Матузов, Н. И.* Правовой идеализм как «родимое пятно» российского общественного сознания [Текст] / Н. И. Матузов // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2008. – № 2. – С. 8-16.

398. *Машкин, А. В.* Исполнение как форма реализации права в Российской Федерации [Текст] / А. В. Машкин // Вестник Российского государственного торгово-экономического университета. – 2009. – № 9. – С. 132-136.

399. *Медная, Ю. В.* Аналогия закона как средство «поднормативного» правового регулирования общественных отношений [Текст] / Ю. В. Медная // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2008. – № 2. – С. 25-28.

400. *Мельников, С. А.* Индивидуальная форма реализации права: понятие и виды [Текст] / С. А. Мельников // Юридическая гносеология. – 2017. – № 2. – С. 17-24.

401. *Мельников, С. А.* К вопросу о формах реализации права [Текст] / С. А. Мельников // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2015. – № 6. – С. 68-72.

402. *Мельников, С. А.* Самозащита как индивидуальная форма реализации права [Текст] / С. А. Мельников // Правовая политика и правовая жизнь. – 2016. – № 1. – С. 146-147.

403. *Меркулова, А. В.* Юридическое понимание категории «правосудие» [Текст] / А. В. Меркулова // Ученые записки Орловского государственного университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки. – 2015. – № 2. – С. 223-224.

404. *Мешкова, О. Е.* Соотношение системы права и системы законодательства [Текст] / О. Е. Мешкова // Вестник Омского университета. – 1998. – Вып. 1. – С. 88-90.

405. *Миронов, В. О.* Систематизация законодательства: понятие и виды [Текст] / В. О. Миронов, Н. В. Зин // Право и государство: теория и практика. – 2019. – № 7. – С. 48-50.

406. *Михайлова, О. Р.* Методы ограничения усмотрения налоговых органов при осуществлении налогового контроля [Текст] / О. Р. Михайлова // Государство и право. – 2005. – № 7. – С. 90-96.

407. *Мицкевич, А. В.* Соотношение системы советского права с системой советского законодательства [Текст] / А. В. Мицкевич // Ученые записки ВНИИСЗ. – М., 1967. – Вып. 11. – С. 3-24.

408. *Морозова, И. С.* Механизм льготирования: постановка вопроса [Текст] / И. С. Морозова // Ленинградский юридический журнал. – 2007. – № 1. – С. 74-86.

409. *Морозова, И. С.* Нормативные изъятия и дополнительные преимущества: общетеоретические проблемы [Текст] / И. С. Морозова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2006. – № 3. – С. 190-199.

410. *Морозова, И. С.* Правовые льготы: проблемы формирования теории [Текст] / И. С. Морозова // Современное право. – 2008. – № 1. – С. 53-57.

411. *Морозова, Л. А.* Особенности форм реализации прав и свобод личности [Текст] / Л. А. Морозова // Актуальные проблемы государства и права. – 2018. – Т. 2. – № 5. – С. 5-17.

412. *Морхат, П. М.* Использование искусственного интеллекта при осуществлении правосудия как способ преодоления судейского усмотрения [Текст] / П. М. Морхат // Право и государство: теория и практика. – 2018. – № 5. – С. 6-11.

413. *Назаренко, Г. В.* Правомерное и квазиправомерное поведение как результат деформации правосознания [Текст] / Г. В. Назаренко // Ученые записки Орловского государственного университета. – 2013. – № 2. – С. 250-253.

414. *Небратенко, Г. Г.* Дихотомия традиционных правовых систем общества [Текст] / Г. Г. Небратенко // Юрист-Правовед. – 2009. – № 6. – С. 74-78.

415. *Небратенко, Г. Г.* Доктрина правовой семьи традиционного (обычного) права: современное состояние и перспективы модернизации [Текст] / Г. Г. Небратенко // Философия права. – 2010. – № 5. – С. 10-14.

416. *Нечепурнов, А. В.* Понятие юридической квалификации [Текст] / А. В. Нечепурнов // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. – С. 159-167.

417. *Никитин, А. А.* Законность и правоприменительное усмотрение [Текст] / А. А. Никитин // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2015. – № 4. – С. 141-146.

418. *Никитин, А. А.* Законодательное ограничение судебного усмотрения [Текст] / А. А. Никитин // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2020. – № 1. – С. 191-197.
419. *Никитин, А. А.* Маргинальное поведение личности и ее правовой статус [Текст] / А. А. Никитин // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2008. – № 3. – С. 132-139.
420. *Никитин, А. А.* Особенности правового усмотрения в различных правовых системах [Текст] / А. А. Никитин // Вопросы российского и международного права. – 2016. – № 10. – С. 31-40.
421. *Никитин, А. А.* Особенности юридического усмотрения в правовых системах религиозного права [Текст] / А. А. Никитин // Евразийский юридический журнал. – 2020. – № 6. – С. 118-120.
422. *Никитин, А. А.* Правовое усмотрение и обход закона [Текст] / А. А. Никитин // Вопросы российского и международного права. – 2021. – Т. 11. – № 5А. – С. 125-132.
423. *Никитин, А. А.* Соблюдение права и правовое усмотрение [Текст] / А. А. Никитин // Закон и право. – 2021. – № 8. – С. 44-47.
424. *Никитин, А. А.* Соотношение судебного усмотрения и судебного прецедента [Текст] / А. А. Никитин // Евразийский юридический журнал. – 2020. – № 8. – С. 68-70.
425. *Никитин, А. А.* Специфика правового усмотрения в англосаксонских правовых системах [Текст] / А. А. Никитин // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. – 2020. – № 3. – С. 18-22.
426. *Никитин, А. А.* Специфика юридического усмотрения лица, злоупотребляющего правом [Текст] / А. А. Никитин // Евразийский юридический журнал. – 2021. – № 6. – С. 90-93.
427. *Никитин, А. А.* Судебное усмотрение как особый вид правоприменительного усмотрения [Текст] / А. А. Никитин // Вопросы российского и международного права. – 2020. – Т. 10. – № 8А. – С. 5-11.
428. *Никитин, А. А.* Усмотрение в праве и его признаки [Текст] / А. А. Никитин // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2012. – № 6. – С. 34-41.
429. *Никитин, А. А.* Усмотрение в публичном праве [Текст] / А. А. Никитин // Право и его реализация в XXI веке: сб. науч. тр. (по материалам Междунар. науч.–практ. конф., посвящ. 80-летию Саратовской государственной юридической академии, Саратов, 29 – 30 сентября 2011 г.): в 2 ч. / Под общ. ред. С. Н. Туманова; ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия». – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2011. – Ч. 1. – С. 249-250.
430. *Никитин, А. А.* Усмотрение в частном праве [Текст] / А. А. Никитин // Евразийский союз ученых. – 2015. – № 8. – С. 151-153.

431. *Никитин, А. А.* Формы реализации права и юридическое усмотрение [Текст] / А. А. Никитин // Евразийский юридический журнал. – 2021. – № 4. – С. 61-64.

432. *Никитин, А. А.* Юридическое усмотрение в правовых системах традиционного права [Текст] / А. А. Никитин // Правовая политика и правовая жизнь. – 2020. – № 3. – С. 9-15.

433. *Никитина, Л. В.* Справедливость решений суда второй и надзорной инстанций [Текст] / Л. В. Никитина // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2005. – № 3. – С. 44-47.

434. *Никонова, Ю. Ш.* Совершенствование системы принципов государственного контроля (надзора) в условиях реформирования контрольно-надзорной деятельности [Текст] / Ю. Ш. Никонова // Оригинальные исследования. – 2018. – Т. 8. – № 4. – С. 26-33.

435. *Овчинников, А. И.* Правоприменение, искусственный интеллект и контекстуальное значение принципов права [Текст] / А. И. Овчинников, И. А. Хакимов // Юридическая техника. – 2020. – № 14. – С. 481-484.

436. *Овчинников, А. И.* Противодействие коррупции в условиях цифровизации: возможности, перспективы, риски [Текст] / А. И. Овчинников // Журнал российского права. – 2019. – № 11. – С. 158-170.

437. *Овчинников, А. И.* Риски в процессах цифровизации права [Текст] / А. И. Овчинников // Юридическая техника. – 2019. – № 13. – С. 257-261.

438. *Овчинников, А. И.* Тенденции развития права в условиях нового технологического уклада [Текст] / А. И. Овчинников // Философия права. – 2018. – № 3. – С. 26-32.

439. *Оглезнев, В. В.* Г. Л. А. Харт и Р. Дворкин о судебском усмотрении: бихевиористский подход [Текст] / В. В. Оглезнев // Российское правосудие. – 2012. – № 10. – С. 70-78.

440. *Орлов, А. В.* Верховный Суд США в системе государственных органов и его роль в формировании прецедентного права [Текст] / А. В. Орлов // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. – 2010. – № 18. – С. 20-23.

441. *Осипов, А. В.* Понятие и характерные черты соблюдения норм права [Текст] / А. В. Осипов // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. – С. 72-82.

442. *Павлушков, А. Р.* Реализация принципа справедливости наказания в церковном, светском и традиционном праве [Текст] / А. Р. Павлушков // Человек: преступление и наказание. – 2014. – № 4. – С. 53-58.

443. *Панкова, О. В.* Правосудие в современной России: понятие и признаки [Текст] / О. В. Панкова // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. – 2018. – Том 22. – № 4. – С. 527-546.

444. *Панова, И.* Административное и судебское усмотрение [Текст] / И. Панова // Хозяйство и право. – 2011. – № 12. – С. 105-108.

445. Папкина, О. А. Пределы судейского усмотрения в гражданском процессе [Текст] / О. А. Папкина // Журнал российского права. – 1998. – № 2. – С. 99-107.

446. Папкина, О. А. Судебное усмотрение в гражданском процессе и его виды [Текст] / О. А. Папкина // Вестник Московского университета. – 1997. – № 3. – С. 100-108.

447. Папкина, О. А. Судейское усмотрение в гражданском процессуальном праве [Текст] / О. А. Папкина // Законодательство. – 1999. – № 2. – С. 58-65.

448. Петров, К. В. Развитие теории правовых средств в юридической науке XXI в [Текст] / К. В. Петров // Ленинградский юридический журнал. – 2019. – № 2. – С. 44-50.

449. Петрова, Е. А. Доктрина судебной интерпретации статутов в правовой системе США [Текст] / Е. А. Петрова // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2011. – № 5. – С. 105-111.

450. Петрова, Е. А. Механизм судебного правотворчества: понятие и особенности [Текст] / Е. А. Петрова // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2016. – № 3. – С. 16-23.

451. Петрунина, А. А. Проблемы соотношения единства судебной практики и судебного прецедента [Текст] / А. А. Петрунина // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2016. – № 1. – С. 38-43.

452. Петрухин, И. Л. Проблемы судебной власти в современной России [Текст] / И. Л. Петрухин // Государство и право. – 2000. – № 7. – С. 15-21.

453. Подкалюк, В. А. К проблеме систематизации и кодификации экологического законодательства России [Текст] / В. А. Подкалюк // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. – 2019. – № 4-3. – С. 140-143.

454. Подовинникова, Ю. В. Усмотрение в налоговом праве: несовершенство законодательной техники или результат культурно-исторического развития правового государства? [Текст] / Ю. В. Подовинникова // Юридические записки. Вып. 18: Современный этап развития российского государства: на пути к «сильному» или правовому государству? – Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2005. – С. 261-270.

455. Подшивалов, Т. П. Обход закона в международном частном праве [Текст] / Т. П. Подшивалов // Журнал российского права. – 2016. – № 8. – С. 145-153.

456. Поленина, С. В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России [Текст] / С. В. Поленина // Государство и право. – 1999. – № 9. – С. 5-12.

457. *Пономаренков, В. А.* Биология правового поведения [Текст] / В. А. Пономаренков // Правовая политика и правовая жизнь. – 2017. – № 2. – С. 54-60.
458. *Попадюк, О. А.* Ислам и конституционно-правовая система исламской республики Пакистан [Текст] / О. А. Попадюк // Право и управление. XXI век. – 2010. – № 4. – С. 35-43.
459. *Попова, И. Ю.* Понятие «обход закона» в гражданском праве России и США [Текст] / И. Ю. Попова // Вопросы экономики и права. – 2018. – № 123. – С. 7-12.
460. *Поройко, М. С.* Политико-правовой режим законности и свобода усмотрения правоприменителя [Текст] / М. С. Поройко // Законность и правопорядок в современном обществе. – 2015. – № 23. – С. 111-116.
461. *Пьянов, Н. А.* Правовое поведение: понятие и виды [Текст] / Н. А. Пьянов // Сибирский юридический вестник. – 2004. – № 4. – С. 11-14.
462. *Рарог, А. И.* Законодательная техника как средство ограничения судейского усмотрения [Текст] / А. И. Рарог, Ю. В. Грачева // Государство и право. – 2002. – № 11. – С. 93-100.
463. *Рарог, А. И.* Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ [Текст] / А. И. Рарог // Государство и право. – 2001. – № 2. – С. 51-57.
464. *Рарог, А. И.* Судейское усмотрение при назначении наказания [Текст] / А. И. Рарог, В. П. Степалин // Государство и право. – 2002. – № 2. – С. 36-42.
465. *Резниченко, А. В.* Государственный контроль и надзор в промышленной сфере [Текст] / А. В. Резниченко // Аграрное и земельное право. – 2016. – № 5. – С. 139-145.
466. *Репьев, А. Г.* Категория «правовое преимущество»: к постановке научной проблемы исследования [Текст] / А. Г. Репьев // Правовая культура. – 2013. – № 1. – С. 48-51.
467. *Репьев, А. Г.* Коррупционные риски при установлении в законодательстве правовых преимуществ [Текст] / А. Г. Репьев // Вестник Томского государственного университета. – 2018. – № 434. – С. 208-211.
468. *Репьев, А. Г.* Оценочные категории в нормах законодательства (на примере положений о правовых преимуществах) [Текст] / А. Г. Репьев // Вестник Барнаульского юридического института МВД России. – 2018. – № 2. – С. 60-62.
469. *Репьев, А. Г.* Преимущества в праве: междисциплинарный подход исследования [Текст] / А. Г. Репьев // Государственно-правовые исследования. – 2020. – № 3. – С. 231-234.
470. *Репьев, А. Г.* Социальная функция института правовых преимуществ [Текст] / А. Г. Репьев // Вестник Алтайской академии экономики и права. – 2014. – № 4. – С. 105-108.
471. *Саврасова, Л. Н.* Социальное значение и технико-юридические характеристики кодификации законодательства [Текст] / Л. Н. Саврасова,

В. Д. Петрова, Т. Ю. Подкопаева // Тенденции развития науки и образования. – 2020. – № 62-16. – С. 62-65.

472. Сазанова, И. В. Злоупотребление субъективным гражданским правом: проблемы применения статьи 10 Гражданского Кодекса Российской Федерации [Текст] / И. В. Сазанова // Ленинградский юридический журнал. – 2006. – № 2. – С. 120-132.

473. Сазанова, И. В. К вопросу о соотношении обхода закона и злоупотребления правом [Текст] / И. В. Сазанова // Ученые записки юридического факультета. – 2010. – № 17. – С. 90-96.

474. Саликов, М. С. Судебный федерализм в США [Текст] / М. С. Саликов // Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 40-46.

475. Санисалова, Н. А. Судебный прецедент как источник корпоративного права [Текст] / Н. А. Санисалова, А. С. Ершова // Судебная реформа в современной России: итоги и перспективы: материалы Всерос. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию судебной реформы (г. Пенза 20 – 21 октября 2011 г.) / Под ред. А. В. Малько, В. А. Терехина. – Пенза: Изд-во ПГУ, 2011. – С. 345-352.

476. Семенов, В. Е. Морально-правовые принципы в истории философии права [Текст] / В. Е. Семенов // Lex russica (Русский закон). – 2015. – № 11. – С. 25-46.

477. Семенова, А. В. Актуальные проблемы регулирования миграционных отношений [Текст] / А. В. Семенова // Современная юридическая наука и правоприменение (III Саратовские правовые чтения): сб. тез. док. (по мат. Всероссийской научно-практической конференции, г. Саратов, 3 – 4 июня 2010 г.). – Саратов: ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2010. – С. 66-67.

478. Сергеева, С. Л. Конституционное судебное правотворчество в США [Текст] / С. Л. Сергеева // Закон и право. – 2012. – № 1. – С. 30-31.

479. Серегин, В. П. Законность, виновность, справедливость [Текст] / В. П. Серегин // Вестник Прикамского социального института. Гуманитарное обозрение. – 2013. – № 2. – С. 47-50.

480. Синюков, В. Н. Функции юридических фактов [Текст] / В. Н. Синюков // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. – С. 141-151.

481. Ситкова, О. Ю. Трансформация древнеримских понятий *aequitas* и *bonae fidei* в международном частном праве [Текст] / О. Ю. Ситкова // Право. Законодательство. Личность (сб. научн. трудов). Вып. 3. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. – С. 216-222.

482. Скоробогатов, А. В. Правовое поведение как феномен правовой реальности [Текст] / А. В. Скоробогатов, А. В. Краснов // Правовая культура. – 2017. – № 1. – С. 25-35.

483. *Солуков, А. А.* Многообразие подходов к пониманию законности [Текст] / А. А. Солуков // Право и образование. – 2011. – № 2. – С. 89-94.
484. *Становкина, М. В.* Судебная практика и судебный прецедент: сравнительно-правовой анализ [Текст] / М. В. Становкина // Судебная реформа в современной России: итоги и перспективы: материалы Всерос. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию судебной реформы (г. Пенза 20 – 21 октября 2011 г.) / Под ред. А. В. Малько, В. А. Терехина. – Пенза: Изд-во ПГУ, 2011. – С. 430-436.
485. *Старых, Ю. В.* Презумпции как средство ограничения усмотрения в налоговом праве [Текст] / Ю. В. Старых // Правовая наука и реформа юридического образования: сб. науч. трудов. Вып. 19: Правотворчество и правоприменение: Взаимосвязь и проблемы повышения юридического качества / под ред. Ю. Н. Старилова. – Воронеж: Изд-во Воронеж. Гос. ун-та, 2006. – С. 201-206.
486. *Старых, Ю. В.* Теоретические аспекты влияния законодательной техники на усмотрение в налоговом праве [Текст] / Ю. В. Старых // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2007. – № 2. – С. 180-186.
487. *Старых, Ю. В.* Типы источников усмотрения в налоговом правоприменении [Текст] / Ю. В. Старых // Вестник Воронежского государственного университета. Серия Право. – 2006. – № 1. – С. 246-256.
488. *Степаненко, Р. Ф.* Законотворчество как особая форма реализации права (общетеоретические и методологические проблемы) [Текст] / Р. Ф. Степаненко // Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики. Материалы XIV Международной научно-практической конференции. В 4-х томах. – Тольятти: Издательство Волжского университета им. В. Н. Татищева, 2017. – С. 56-60.
489. *Струнский, А. Д.* К вопросу о соотношении свободы судейского усмотрения и принципа правовой определенности [Текст] / А. Д. Струнский // Правотолкование и проблема судебного правотворчества. Материалы III Всероссийской научно-практической конференции. Крымский федеральный университет им. В. И. Вернадского. – Симферополь, 2020. – С. 169-176.
490. *Субанова, Н. В.* Прокурорский надзор как средство укрепления законности в сфере экономики [Текст] / Н. В. Субанова // Журнал российского права. – 2012. – № 1. – С. 55-61.
491. *Суменков, С. Ю.* Законодательная оговорка как доминантный способ закрепления исключений из правил [Текст] / С. Ю. Суменков // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2017. – № 6. – С. 30-36.
492. *Суменков, С. Ю.* Исключения в праве: сущность и юридическая природа [Текст] / С. Ю. Суменков // Бизнес в законе. – 2009. – № 1. – С. 331-334.
493. *Суслина, Е.* Отдельные вопросы применения норм о злоупотреблении правом в судебной практике [Текст] / Е. Суслина //

Научный вестник Волгоградского филиала РАНХиГС. Серия: юриспруденция. – 2017. – № 1. – С. 83-89.

494. *Сухова, Н. И.* Влияние судебной практики на действие закона [Текст] / Н. И. Сухова // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2015. – № 6. – С. 58-63.

495. *Сухова, Н. И.* Нейтрализация злоупотребления правом в условиях неопределенности теоретико-эмпирических оснований его идентификации [Текст] / Н. И. Сухова // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2019. – № 4. – С. 69-77.

496. *Таги-заде, А. Д.* Принцип законности в контексте развития и функционирования правового государства: философско-правовые аспекты [Текст] / А. Д. Таги-заде // Гуманитарные и социальные науки. – 2012. – № 2. – С. 147-159.

497. *Терехов, Е. М.* Принципы правоинтерпретационной деятельности [Текст] / Е. М. Терехов // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2018. – № 3. – С. 67-72.

498. *Тетерятников, Н. Ю.* Общая характеристика правового поведения [Текст] / Н. Ю. Тетерятников // Научный компонент. – 2019. – № 4. – С. 66-74.

499. *Тимощук А. С.* Особенности правовой системы традиционного общества (на примере классического индусского права) [Текст] / А. С. Тимощук // Lex russica (Русский закон). – 2006. – № 5. – С. 893-897.

500. *Тихий, А. В.* Усмотрение как элемент механизма формирования внутреннего убеждения судьи при рассмотрении уголовных дел [Текст] / А. В. Тихий // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2017. – № 2. – С. 206-212.

501. *Тихомиров, Ю. А.* О коллизионном праве [Текст] / Ю. А. Тихомиров // Журнал российского права. – 1997. – № 2. – С. 45-53.

502. *Тихомиров, Ю. А.* Правовая система развитого социалистического общества [Текст] / Ю. А. Тихомиров // Советское государство и право. – 1979. – № 7. – С. 31-39.

503. *Тихомиров, Ю. А.* Усмотрение в фокусе права [Текст] / Ю. А. Тихомиров // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2011. – № 4. – С. 72-75.

504. *Толстик, В. А.* Некоторые теоретико-методологические проблемы целеполагания в законодательстве [Текст] / В. А. Толстик, А. В. Азархин // Вестник Саратовской государственной академии права. – 2010. – № 6. – С. 72-75.

505. *Трощинский, П. В.* Современная правовая система Гонконга [Текст] / П. В. Трощинский // Труды Института государства и права РАН. – 2016. – № 2. – С. 175-198.

506. *Тулянский, Д. В.* Осуществляет ли суд правосудие в стадии исполнения приговора? [Текст] / Д. В. Тулянский // Журнал российского права. – 2001. – № 7. – С. 118-121.

507. *Фастов, А. Г.* Соотношение законности и усмотрения в советской юридической науке и практике [Текст] / А. Г. Фастов, Д. В. Бойко // Вестник Волгоградской академии МВД России. – 2011. – № 4. – С. 9-16.

508. *Федина, А. С.* История становления мусульманской правовой системы [Текст] / А. С. Федина, К. Б. Егоров // Вестник научной ассоциации студентов и аспирантов Исторического факультета Пермского государственного гуманитарно-педагогического университета. Серия: *Stadia Historica*enium. – 2011. – № 1. – С. 117-121.

509. *Федоренко, Н. В.* Конституционно-правовые основы организации судебной власти в Российской Федерации [Текст] / Н. В. Федоренко, С. А. Григорянц, Д. З. Тория // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. – 2019. – № 5. – С. 44-46.

510. *Фомин, А. А.* Нравственная безопасность как объект правовой политики: общетеоретический и отраслевой аспекты [Текст] / А. А. Фомин // Право и образование. – 2013. – № 11. – С. 33-40.

511. *Фомин, А. А.* Финансовая безопасность и ее правовое обеспечение в современной России [Текст] / А. А. Фомин // Ученые записки юридического факультета. – 2014. – № 32. – С. 26-29.

512. *Фомин, А. А.* Юридическая ответственность государственных органов и должностных лиц как гарантия конституционной безопасности [Текст] / А. А. Фомин // Правовая культура. – 2019. – № 2. – С. 7-18.

513. *Хаитжанов, А.* К вопросу о судебском усмотрении при назначении наказания [Текст] / А. Хаитжанов // Судебная реформа в современной России: итоги и перспективы: материалы Всерос. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию судебной реформы (г. Пенза 20 – 21 октября 2011 г.) / Под ред. А. В. Малько, В. А. Терехина. – Пенза: Изд-во ПГУ, 2011. – С. 187-191.

514. *Харсеева, В. Л.* Понятие обхода закона с противоправной целью как форма злоупотребления правом [Текст] / В. Л. Харсеева // Теория и практика общественного развития. – 2014. – № 6. – С. 183-185.

515. *Хузиахметов, Д. М.* Влияние судебной практики на усмотрение судьи в уголовном судопроизводстве [Текст] / Д. М. Хузиахметов // Вестник Оренбургского государственного университета. – 2010. – № 3. – С. 155-158.

516. *Цыреторов, А. И.* К вопросу об установлении фактов обхода административно-правового режима тарифного регулирования в сфере энергетики [Текст] / А. И. Цыреторов // Научный портал МВД России. – 2017. – № 4. – С. 107-112.

517. *Чвялева, Е. В.* Субъекты юридической квалификации [Текст] / Е. В. Чвялева // Вопросы теории государства и права: Личность, право, правовая система. Межвуз. научн. сб. (вып. 8). – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1988. – С. 167-174.

518. *Червонюк, В. И.* Злоупотребление правом в сфере действия частного и публичного права [Текст] / В. И. Червонюк // Вестник Московского университета МВД России. – 2017. – № 3. – С. 166-170.

519. *Чиркин, В. Е.* Возможности и пределы гармонизации глобальных правовых систем [Текст] / В. Е. Чиркин // *Lex russica (Русский закон)*. – 2014. – № 7. – С. 832-836.
520. *Чиркин, В. Е.* Возможности и пределы сближения (конвергенции) глобальных правовых систем [Текст] / В. Е. Чиркин // *Публичное и частное право*. – 2015. – № 3. – С. 11-20.
521. *Чумак, Н.* Введение в английское право [Текст] / Н. Чумак, М. Рыбынок // *Петербургский юрист*. – 2014. – № 1. – С. 140-148.
522. *Шабуров, А. С.* Правовой выбор в системе категорий юриспруденции [Текст] / А. С. Шабуров // *Личность, право, государство*. – 2018. – № 3. – С. 88-99.
523. *Шарнина, Л. А.* Злоупотребление конституционными правами и злоупотребление полномочиями: общее и особенное [Текст] / Л. А. Шарнина // *Конституционное и муниципальное право*. – 2012. – № 12. – С. 9-15.
524. *Шарнина, Л. А.* Понятие усмотрения (дискреции) в праве: отличия усмотрения органов власти от усмотрения граждан и юридических лиц [Текст] / Л. А. Шарнина // *Конституционное и муниципальное право*. – 2013. – № 8. – С. 12-17.
525. *Шатковская, Т. В.* Традиционное право в контексте цивилизационного подхода [Текст] / Т. В. Шатковская // *Актуальные проблемы российского права*. – 2014. – № 9. – С. 1823-1827.
526. *Шевченко, Я. Н.* Средства защиты в гражданском праве [Текст] / Я. Н. Шевченко // *Советское государство и право*. – 1977. – № 7. – С. 55-62.
527. *Шундииков, К. В.* Цели, средства и результаты в правореализационном процессе [Текст] / К. В. Шундииков // *Правоведение*. – 2001. – № 4. – С. 30-39.
528. *Юдин, А. В.* Злоупотребление процессуальными правами в гражданском и уголовном судопроизводстве: межотраслевой анализ [Текст] / А. В. Юдин // *Lex russica (Русский закон)*. – 2006. – № 5. – С. 976-987.
529. *Юрочкин, М. А.* Законность: теоретический аспект формирования понятия [Текст] / М. А. Юрочкин // *Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции*. – 2016. – Т. 2. – № 9. – С. 335-339.
530. *Юрочкин, М. А.* Теоретические проблемы законности [Текст] / М. А. Юрочкин // *Актуальные вопросы современной науки*. – 2016. – № 50. – С. 204-212.
531. *Ягудина, А. Ю.* О понятии правового конформизма [Текст] / А. Ю. Ягудина // *Правовая политика и правовая жизнь*. – 2018. – № 1. – С. 132-136.
532. *Янюшкина, О. А.* Виды судебного усмотрения в арбитражном судопроизводстве [Текст] / О. А. Янюшкина // *Вестник Саратовской государственной академии права*. – 2008. – № 1. – С. 54-58.
533. *Ястржембский, И. А.* Современное понимание сущности судебного прецедента [Текст] / И. А. Ястржембский // *Lex russica (Русский закон)*. – 2004. – № 1. – С. 352-358.

534. *Яшина, И. А.* Конституционный Суд Российской Федерации и законность: некоторые вопросы теории [Текст] / И. А. Яшина // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2012. – № 5. – С. 67-74.
535. *Ящук, Т. Ф.* Систематизация законодательства: теоретические, историко-правовые и отраслевые проблемы (обзор материалов круглого стола) [Текст] / Т. Ф. Ящук // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2019. – Т. 16. – № 1. – С. 219-224.
536. *Ящук, Т. Ф.* Эволюция понятия «систематизация законодательства» в советской правовой науке [Текст] / Т. Ф. Ящук // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2019. – Т. 16. – № 3. – С. 40-50.
537. *Biernat, T.* On the Lawmaking Policy, Discretion and Importance of the Rule of Law Standards // *Studia Iuridica Lublinensia*. – 2020. – Vol. 29. – № 3. – Pp. 67-85.
538. *Cooper, E. H.* Timing as Jurisdiction: Federal Civil Appeals in Context // *Law and Contemporary*. – 1984. – Vol. 47. – № 3. – Pp. 157-164.
539. *Dworkin, R.* Judicial Discretion // *Journal of Philosophy*. – 1963. – № 60. – Pp. 624-638.
540. *Dworkin, R.* Law Ambitions for Itself // *Virginia Law Review*. – 1985. – Vol. 71. – № 2. – Pp. 173-187.
541. *Galanter, M.* Adjudication, Litigation and Related phenomena // *Law and the Social Sciences* / L. Lipson and S. Wheeler (eds.). – New York: Russell Sage Foundation, 1986. – Pp. 151-258.
542. *Hawkins, K.* The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science // *The Uses of Discretion* / Ed. by K. Hawkins. – Oxford: Clarendon Press, 1992. – Pp. 11-46.
543. *Hutchinson, A. C., Wakefield, J. N.* A Hard Look at «Hard Cases»: The Nightmare of a Noble Dreamer // *Oxford Journal of Legal Studies*. – 1982. – № 2. – Pp. 86-110.
544. *Lempert, R.* Docket Data and «Local Knowledge»: Studying the Court and Society Link Over Time // *Law & Society Review*. – 1990. – № 24. – Pp. 321-332.
545. *Leszczyński, L.* Open Axiology in Judicial Interpretation of Law and Possible Misuse of Discretion // *Studia Iuridica Lublinensia*. – 2020. – Vol. 29. – № 3. – Pp. 39-54.
546. *Neimanis, J.* Discretion of institutions // *Administrative Law and Process*. – 2020. – № 4(27). – Pp. 41-46.
547. *Sartorius, R.* The Justification of the Judicial Decision // *Ethics*. – 1968. – № 78. – Pp. 171-187.
548. *Schneider, C. E.* Discretion and Rules: A Lawyer's View // *The Uses of Discretion* / Ed. by K. Hawkins. – Oxford: Clarendon Press, 1992. – Pp. 47-88.

549. *Szczekocki, P.* Axiology of Judicial Application of Enforcement Law: View on the Bailiff's Discretion // *Studia Iuridica Lublinensia*. – 2020. – Vol. 29. – № 3. – Pp. 149-162.

### Диссертации и авторефераты диссертаций

550. *Антропов, В. Г.* Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование: логико-семантический аспект [Текст] / В. Г. Антропов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 1995. – 20 с.

551. *Бабай, А. Н.* Юридическая квалификация правового поведения личности [Текст] / А. Н. Бабай: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1985. – 24 с.

552. *Бандорин, А. Е.* Механизм правового регулирования предпринимательской деятельности в России (вопросы теории и практики) [Текст] / А. Е. Бандорин: дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2010. – 220 с.

553. *Белозерова, К. А.* Пределы усмотрения сторон трудового правоотношения: вопросы теории и практики [Текст] / К. А. Белозерова: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2013. – 33 с.

554. *Белоносов, В. О.* Толкование норм права в системе теоретической и практической деятельности в сфере уголовного судопроизводства [Текст] / В. О. Белоносов: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Саратов, 2009. – 41 с.

555. *Берг, Л. Н.* Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект) [Текст] / Л. Н. Берг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2008. – 22 с.

556. *Березин, А. А.* Пределы правоприменительного усмотрения [Текст] / А. А. Березин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2007. – 26 с.

557. *Бойко, Д. В.* Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности: вопросы теории [Текст] / Д. В. Бойко: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2011. – 35 с.

558. *Бондаренко, М. В.* Правовая культура и правомерное поведение в современном российском обществе [Текст] / М. В. Бондаренко: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – 23 с.

559. *Бугрова, Т. М.* Право как средство демографической политики российского государства (теоретический аспект) [Текст] / Т. М. Бугрова: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2008. – 26 с.

560. *Буяков, А. Ю.* Юридические коллизии и способы их устранения [Текст] / А. Ю. Буяков: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1999. – 30 с.

561. *Варьяс, М. Ю.* Церковное право в романо-германской правовой системе [Текст] / М. Ю. Варьяс: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1997. – 14 с.

562. *Власова, Т. В.* Прецедентное право Англии: теоретико-сравнительный анализ [Текст] / Т. В. Власова: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – 22 с.

563. *Воеводин, Л. Д.* Толкование норм советского социалистического права [Текст] / Л. Д. Воеводин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1950. – 13 с.

564. *Галустян, Н. В.* Правовая активность личности в механизме формирования социально-полезного поведения [Текст] / Н. В. Галустян: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2005. – 26 с.

565. *Гирвиц, А. В.* Полицейское усмотрение в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации [Текст] / А. В. Гирвиц: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2017. – 32 с.

566. *Грачева, Ю. В.* Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики [Текст] / Ю. В. Грачева: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2011. – 535 с.

567. *Гревцов, Ю. И.* Использование права субъектами юридических отношений: проблемы теории и практики [Текст] / Ю. И. Гревцов: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Л., 1989. – 42 с.

568. *Громошина, Н. А.* Дифференциация и унификация в гражданском судопроизводстве [Текст] / Н. А. Громошина: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2010. – 50 с.

569. *Гук, П. А.* Судебный прецедент как источник права [Текст] / П. А. Гук: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2002. – 30 с.

570. *Демидов, А. С.* Право и общественное мнение (вопросы теории) [Текст] / А. С. Демидов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2008. – 32 с.

571. *Дурново, Н. А.* Злоупотребление правом как особый вид правового поведения (теоретико-правовой анализ) [Текст] / Н. А. Дурново: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2006. – 27 с.

572. *Ермакова, К. П.* Пределы судебного усмотрения [Текст] / К. П. Ермакова: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – 26 с.

573. *Игнатъев, А. С.* Усмотрение как правовая общетеоретическая категория и алгоритм его отраслевого анализа (на примере сферы судебного конституционного контроля) [Текст] / А. С. Игнатъев: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2016. – 25 с.

574. *Калинина, А. В.* Аффилированные лица как особый субъект правоотношений (вопросы теории и практики) [Текст] / А. В. Калинина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2010. – 25 с.

575. *Каневский, А. А.* Место галахи (иудейского права) в национальных системах правового регулирования [Текст] / А. А. Каневский: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2015. – 28 с.

576. *Ковалева, Е. Л.* Правомерное и противоправное поведение: их соотношение [Текст] / Е. Л. Ковалева: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – 25 с.

577. Колоколов, Н. А. Судебная власть как общеправовой феномен [Текст] / Н. А. Колоколов: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Нижний Новгород, 2006. – 52 с.

578. Кораблина, О. В. Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспекты) [Текст] / О. В. Кораблина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2009. – 22 с.

579. Корчевский, Д. С. Современная правовая система Российской Федерации [Текст] / Д. С. Корчевский: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2000. – 23 с.

580. Косолапов, М. Ф. Суд в системе государственной власти Российской Федерации (конституционные аспекты) [Текст] / М. Ф. Косолапов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2001. – 24 с.

581. Кудрявцев, В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений [Текст] / В. Н. Кудрявцев: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1963. – 31 с.

582. Кузнецов, Н. П. Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России [Текст] / Н. П. Кузнецов: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Воронеж, 1998. – 34 с.

583. Кунашев, М. А. Усмотрение следователя в уголовном судопроизводстве [Текст] / М. А. Кунашев: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2019. – 34 с.

584. Кухарук, Т. В. Правовая система и систематика законодательства [Текст] / Т. В. Кухарук: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 1998. – 22 с.

585. Лиходаев, Е. Г. Реализация прокурором принципа охраны прав личности на стадии возбуждения уголовного дела [Текст] / Е. Г. Лиходаев: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2007. – 27 с.

586. Ломакина, И. Б. Этническое обычное право: Теоретико-правовой аспект [Текст] / И. Б. Ломакина: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 2005. – 43 с.

587. Марков, П. В. Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения [Текст] / П. В. Марков: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2012. – 29 с.

588. Марфицин, П. Г. Усмотрение следователя (Уголовно-процессуальный аспект) [Текст] / П. Г. Марфицин: дис. ... д-ра юрид. наук. – Омск, 2003. – 418 с.

589. Небратенко, Г. Г. Обычно-правовая система традиционного общества [Текст] / Г. Г. Небратенко: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Махачкала, 2011. – 54 с.

590. Никонов, М. А. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты [Текст] / М. А. Никонов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2014. – 33 с.

591. *Ображиев, К. В.* Судебный прецедент как источник уголовного права России [Текст] / К. В. Ображиев: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2002. – 24 с.
592. *Орзих, М. Ф.* Реализация советской общественностью норм общенародного социалистического права [Текст] / М. Ф. Орзих: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харьков, 1966. – 22 с.
593. *Осипов, А. В.* Соблюдение норм советского права как форма их реализации [Текст] / А. В. Осипов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1980. – 23 с.
594. *Офман, Е. М.* Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений [Текст] / Е. М. Офман: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2006. – 23 с.
595. *Пархоменко, Д. А.* Усмотрение в уголовном праве [Текст] / Д. А. Пархоменко: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2015. – 22 с.
596. *Петелина, И. В.* Теоретические проблемы российской правовой системы [Текст] / И. В. Петелина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1996. – 28 с.
597. *Пивоварова, А. А.* Правосознание и усмотрение судьи: соотношение понятий, роль при назначении наказания [Текст] / А. А. Пивоварова: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2009. – 20 с.
598. *Попов, Н. Ю.* Правовая система Италии [Текст] / Н. Ю. Попов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1984. – 25 с.
599. *Поротикова, О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом [Текст] / О. А. Поротикова: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2002. – 24 с.
600. *Пронин, К. В.* Дискреционные полномочия суда в уголовном судопроизводстве [Текст] / К. В. Пронин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2010. – 25 с.
601. *Разуваев, А. А.* Экспертиза как средство повышения эффективности процесса правореализации (вопросы теории и практики) [Текст] / А. А. Разуваев: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2006. – 26 с.
602. *Сардаева, О. Г.* Установление фактических обстоятельств дела как основа квалификации юридически значимого поведения [Текст] / О. Г. Сардаева: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2013. – 26 с.
603. *Сенников, И. Е.* Использование права как форма непосредственной реализации юридических норм [Текст] / И. Е. Сенников: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2003. – 22 с.
604. *Синюков, В. Н.* Российская правовая система: вопросы теории [Текст] / В. Н. Синюков: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Саратов, 1995. – 37 с.
605. *Скударнов, А. С.* Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений) [Текст] / А. С. Скударнов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2014. – 26 с.

606. *Слюсарева, Т. Г.* Административное усмотрение в деятельности государственных служащих [Текст] / Т. Г. Слюсарева: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2013. – 26 с.
607. *Суменков, С. Ю.* Исключения в праве: общетеоретический анализ [Текст] / С. Ю. Суменков: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Саратов, 2016. – 58 с.
608. *Терехин, В. А.* Судебная власть в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод граждан (вопросы теории и практики) [Текст] / В. А. Терехин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2001. – 26 с.
609. *Фарбер, И. Е.* Сущность и способы применения советского закона [Текст] / И. Е. Фарбер: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М. 1951. – 16 с.
610. *Хайдаров, А. А.* Судейское усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процесса России [Текст] / А. А. Хайдаров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011 – 24 с.
611. *Шарнина, Л. А.* Усмотрение в конституционном праве [Текст] / Л. А. Шарнина: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2019. – 353 с.
612. *Шафеев, Д. Р.* Современная правовая система Российской Федерации [Текст] / Д. Р. Шафеев: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2002. – 25 с.
613. *Шундииков, К. В.* Цели и средства в праве: общетеоретический аспект [Текст] / К. В. Шундииков: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1999. – 24 с.

### Интернет-ресурсы

614. «Закон Димы Яковлева»: общественная оценка // Сайт ВЦИОМ [Электронный ресурс]. – URL: [https://wciom.ru/database/baza\\_rezultatov\\_oprosa\\_s\\_1992\\_goda/?search=1&prevSql=KGB6aF9xX3ZgLmBuYW11YCBMSUtFICcl0LfQsNC60L7QvSUnKQ%3D%3D&text=%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD&logic=AND&inq=on&day\\_f1=11&month\\_f1=1&year\\_f1=2013&day\\_t3=13&month\\_t3=1&year\\_t3=2013&ds=2&day\\_f2=11&month\\_f2=1&year\\_f2=2013&day\\_t2=13&month\\_t2=1&year\\_t2=2013](https://wciom.ru/database/baza_rezultatov_oprosa_s_1992_goda/?search=1&prevSql=KGB6aF9xX3ZgLmBuYW11YCBMSUtFICcl0LfQsNC60L7QvSUnKQ%3D%3D&text=%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD&logic=AND&inq=on&day_f1=11&month_f1=1&year_f1=2013&day_t3=13&month_t3=1&year_t3=2013&ds=2&day_f2=11&month_f2=1&year_f2=2013&day_t2=13&month_t2=1&year_t2=2013) (дата обращения: 1 сентября 2019 г.).
615. *Вылегжанина, У.* Несчастливые новоселы: как решить проблему качества «нового аварийного жилья» // Российская газета: Экономика Северо-запада. 2017. 4 мая [Электронный ресурс]. – URL: <https://rg.ru/2017/05/04/reg-szfo/kak-reshit-problemu-kachestva-novogo-avarijnogo-zhilia-v-szfo.html> (дата обращения: 1 июля 2020 г.).
616. *Голубкова, М.* Эмбрион не признали ребенком // Интернет портал «Российской газеты». 2012. 26 сентября [Электронный ресурс]. – URL: <https://rg.ru/2012/09/26/reg-szfo/embrion.html> (дата обращения: 1 июля 2021 г.).

617. *Егоров, И.* Огласите телефонное право // Российская газета. 2011. 24 ноября [Электронный ресурс]. – URL: <https://rg.ru/2011/11/24/egorova.html> (дата обращения: 1 июля 2020 г.).

618. *Жандарова, И.* Сносные метры // Российская газета. 2018. 16 октября [Электронный ресурс]. – URL: <https://rg.ru/2018/10/15/iz-avarijnogo-zhilia-budut-rasseliat-po-160-tysiach-chelovek-ezhegodno.html> (дата обращения: 1 июля 2020 г.).

619. *Замахина, Т., Зубов, М., Латухина, К.* Лечение маразма. Президент предлагает смягчить наказание за вторичные публикации в интернете // Сайт «Российской газеты» [Электронный ресурс]. – URL: <https://rg.ru/2018/10/11/za-reposty-perestanut-privlekat-k-ugolovnoj-otvetstvennosti.html> (дата обращения: 24 апреля 2020 г.).

620. Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации. 15 января 2020 г. // Сайт Президента России. – URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/62582> (дата обращения: 30 марта 2021 г.).

621. *Проценко, Л.* Хозяев квартир научат платить налог с аренды // Российская газета. 2012. 12 июля [Электронный ресурс]. – URL: <https://rg.ru/2012/07/12/kvartiry-site.html> (дата обращения: 1 июля 2021 г.).

622. Сайт газеты «Наша Версия» [Электронный ресурс]. – URL: <https://nversia.ru/news/veteran-loginov-otkazalsya-ot-kvartiry-na-ulice-antonova/> (дата обращения 1 сентября 2019 г.).

623. *Цинклер, Е.* Эмбрион может стать гражданином // Интернет портал «Российской газеты». 2012. 16 августа [Электронный ресурс]. – URL: <https://rg.ru/2012/08/16/reg-szfo/embrion-anons.html> (дата обращения: 1 июля 2021 г.).

## Словари

624. *Выгодская, К. С.* Краткий французско-русский и русско-французский словарь: 23000 слов [Текст] / К. С. Выгодская, О. Л. Долгополова. – 13-е изд., стереотип. – М.: Русский язык, 1983. – 688 с.

625. *Даль, В.* Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. [Текст] / В. Даль – М.: Рус. яз., 1998. – Т. 4: Р — γ. 1998. – 688 с.

626. *Ефремова, Т. Ф.* Новый словарь русского языка: Толково-словообразовательный. В 2 т. – Т.2: П — Я [Текст] / Т. Ф. Ефремова. – 2-е изд., стер. – М.: Русский язык, 2001. – 1084 с.

627. Краткий толковый словарь русского языка (для иностранцев) [Текст] / Под ред. В. В. Розановой. – М.: Издательство «Русский язык», 1978. – 227 с.

628. *Локшина, С. М.* Краткий словарь иностранных слов [Текст] / С. М. Локшина. – М.: «Советская Энциклопедия», 1966. – 384 с.

629. *Ожегов, С. И.* Толковый словарь русского языка: Около 100000 слов, терминов и фразеологических выражений [Текст] / С. И. Ожегов; Под

ред. проф. Л. И. Скворцова. – 27-е изд., испр. – М.: Изд-во АСТ; Мир и образование, 2018. – 1360 с.

630. Словарь русского языка: В 4-х т. [Текст] / АН СССР, Ин-т рус. яз.; Под ред. А. П. Евгеньевой. 2-е изд., испр. и доп. – М.: Русский язык, 1981 – 1984. – Т. 4. С — Я. 1984. – 794 с.

631. Современный словарь иностранных слов [Текст]. – М.: Рус. яз., 1992. – 740 с.

632. Толковый словарь русского языка. Репринтное издание: В 3 т. / Под ред. Д. Н. Ушакова. — М., 2001. – Т. 2. – 789 с.