

## УТВЕРЖДАЮ

Врио начальника федерального государственного казенного образовательного учреждения высшего образования «Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации имени В.Я. Кикотя»  
доктор юридических наук, доцент

О.В. Зиборов

  
«23» ноября 2021 г.

## ОТЗЫВ

**ведущей организации - Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя – на диссертацию Никитина Александра Александровича на тему «Правовое усмотрение: теория, практика, техника», представленную на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве (г. Саратов, 2021. 514 с.)**

Диссертационное исследование Александра Александровича Никитина посвящено теоретико-правовой проблеме, имеющей несомненную актуальность. В условиях постоянного ускорения темпа изменений, происходящих в жизни современного общества, а также существенного расширения круга задач, решаемых посредством права, эффективность правового регулирования во многом зависит от полноценного использования в нем возможностей такого инструмента как дискреция. В этой связи остро встает вопрос о глубоком научном осмыслении правового усмотрения и связанных с ним явлений, значимых для правовой жизни общества.

В современной юриспруденции отчетливо прослеживается тенденция противопоставлять правовое усмотрение законности, сосредотачивая внимание преимущественно на его негативных сторонах. Однако невозможность исключения дискреции из процесса реализации норм права и широкое использование законодателем таких предполагающих свободу усмотрения субъекта правовых средств, как преимущества, льготы,

исключения, доказывают несостоятельность подобного подхода и необходимость глубокого научного исследования поднимаемых А.А. Никитиным проблем.

Не оспаривая значимость изучения отдельных аспектов в характеристике правового усмотрения (его оснований, пределов, отдельных видов и др.), приоритетным направлением научного поиска следует признать комплексный общетеоретический анализ, позволяющий уяснить природу правового усмотрения, а также представить в систематизированном виде знания обо всем многообразии его типов и видов. Именно такой анализ позволяет сформировать адекватное научное представление об усмотрении как о правовом феномене, которое может стать и основой дальнейшей теоретической разработки проблематики, связанной с правовой дискрецией, и научным базисом для выработки рекомендаций по совершенствованию действующего законодательства и юридической практики.

Важность комплексного общетеоретического исследования правового усмотрения обусловлена еще одним обстоятельством. Предметом научного анализа чаще всего становится осуществление усмотрения в процессе применения норм права, в то время как в действительности оно играет значимую роль в правотворчестве, обнаруживается в деятельности, связанной с толкованием и систематизацией нормативных правовых актов, влияет на принятие правовых решений субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями. Определенный дисбаланс, возникающий вследствие повышенного внимания к усмотрению в правоприменении и игнорированию его связи с другими видами правозначимой деятельности, приводит к неверному пониманию места и роли правового усмотрения в механизме действия права. Как следствие, не принимается во внимание возможность решения целого комплекса значимых для правовой практики проблем за счет расширения или, наоборот, сужения свободы усмотрения субъектов правотворчества, сотрудников правоохранительных органов, судей и других специальных субъектов права.

Принимая во внимание изложенное, следует признать, что предпринятое Александром Александровичем Никитиным диссертационное исследование теории, практики и техники правового усмотрения является весьма актуальным.

В качестве цели исследования соискателем определено 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 (с. 10).

В соответствии с указанной целью автором были сформулированы задачи (с. 10-11), которые, судя по содержанию диссертационного исследования, успешно решены.

Целью и задачами исследования определена его структура. Работа состоит из введения, пяти глав, объединяющих шестнадцать параграфов, заключения и библиографического списка.

**Во введении** обосновывается актуальность темы диссертационного исследования; освещается степень ее научной разработанности; определяются объект, предмет, цель и задачи исследования; описывается методологическая, теоретическая, нормативно-правовая и эмпирическая основа диссертации; раскрывается научная новизна исследования; формулируются положения, выносимые на защиту; аргументируется теоретическая и практическая значимость диссертации; приводятся сведения об апробации результатов исследования и структуре работы (с. 4-30).

Первая глава **«Усмотрение в праве как объект теоретико-правового исследования»**, которая включает четыре параграфа, носит установочный характер.

В первом параграфе *«Общая характеристика правового усмотрения: понятие, признаки и виды»* диссертант, опираясь на анализ различных подходов к определению понятия «усмотрение», формулирует те исходные

идеи методологического плана, на которых базируется проводимое им исследование.

Автор обоснованно полагает, что, несмотря на многообразие научных подходов к изучению правовой дискреции, их можно разделить на три группы: первая группа ученых определяет усмотрение как право, свободу, полномочие (с. 37-39); вторая группа рассматривает усмотрение как деятельность, процесс (с. 39-40); третья группа исследователей, чья позиция наиболее близка автору, акцентирует внимание на принимаемом решении, сочетании процесса выбора с его результатом (с. 43).

Опираясь на теоретические наработки, так или иначе связанные с проблемой правового усмотрения, а также ориентируясь на нормы действующего законодательства, диссертант выделяет ключевые признаки правового усмотрения (с. 44-50), осуществляет его типологию (с. 52-57) и классификацию (с. 57-59).

Итогом рассуждений становится представляющее безусловный интерес авторское определение правового усмотрения, под которым предлагается понимать «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» (с. 61).

Во втором параграфе *«Объективные и субъективные причины усмотрения в праве: комплексный анализ»* соискатель предпринимает вполне успешную попытку систематизировать факторы, обуславливающие существование усмотрения в праве.

В качестве объективных (неустранимых) причин А.А. Никитин предлагает рассматривать исторические (с. 63-64), сущностно-правовые, т.е. проистекающие из сущности права (с. 64-68) причины, а также причины,

связанные со спецификой сложившейся в обществе правовой системы (с. 68-73).

В качестве субъективных (корректируемых) причин диссертант рассматривает: целенаправленное закрепление в законодательстве дискреционных полномочий (с. 74-75), выбранный для определенной сферы тип правового регулирования (с. 75), конкуренцию правовых норм (с. 75-76), ошибки правотворческой техники (с. 76-77), юридические коллизии (с. 77-78) и пробелы в праве (с. 78-80). Интересным представляется предложение соискателя считать (с определенной долей условности) первые три из перечисленных причин «положительными» на том основании, что наделение лица большей или меньшей свободой дискреции в данном случае происходит целенаправленно (с. 76).

Третий параграф *«Пределы правового усмотрения»* посвящен решению вопроса о том, чем определяются границы усмотрения субъектов права.

Автор справедливо указывает, что вопрос о пределах правового усмотрения может рассматриваться в двух аспектах: как проблема отграничения юридической дискреции от иных видов усмотрения и как проблема определения границ правомерности усмотрения (с. 83-84). Основное внимание диссертант вполне обоснованно сосредотачивает именно на исследовании границ правомерности усмотрения, при этом убедительно обосновывает необходимость различать правовые, морально-правовые и внеправовые границы (с. 88-93).

Кроме того, в диссертации предлагается разграничивать внутренние и внешние (с. 85-86), количественные и качественные (с. 86-87) пределы правового усмотрения. Также в качестве определяющих границы правового усмотрения рассматриваются законность и правопорядок (с. 94-95), нормативно-закрепленные границы выбора субъектом права того или иного варианта поведения (с. 95-101), коллизионные нормы и правила преодоления пробелов в праве (с. 101-102), компетенционные пределы (с. 102-105),

официальное толкование юридических норм (с. 105), типовые решения, складывающиеся в юридической практике (с. 106).

Весь комплекс выявленных диссертантом факторов, влияющих на свободу правового усмотрения субъектов, достаточно полно и обстоятельно описывается.

В четвертом параграфе «*Усмотрение в публичном и частном праве*» на основе анализа специфических черт частного и публичного права автор решает вопрос об особенностях усмотрения, реализуемого в сфере их действия.

Следует признать обоснованными выводы диссертанта, который указывает на то, что значимость усмотрения выделенных им типов и видов в частном и публичном праве неодинакова (с. 112-113, 118-122), а также подчеркивает различия в степени дискреционной свободы субъектов частного и публичного права (с. 122-123).

Важное практическое значение имеет сделанный соискателем вывод о том, что субъект законотворчества обладает большей свободой усмотрения при создании норм публичного права, чем при создании частноправовых норм (с. 115-117, 123).

Вторая глава «**Усмотрение в сфере правотворчества**», которая также состоит из четырех параграфов, представляет особый интерес, поскольку посвящена изучению вопросов, слабо изученных в отечественной теории государства и права.

В первом параграфе «*Усмотрение в законотворческой деятельности: понятие и специфика*» автор акцентирует внимание на роли дискреции в законотворчестве как базовой составляющей правотворческой деятельности государства.

Опираясь на устоявшиеся в теории государства и права представления о законотворчестве и собственную оригинальную интерпретацию термина «законодатель», диссертант обстоятельно анализирует особенности законотворческого усмотрения как специфической разновидности правовой

дискреции. Высказываемые при этом автором суждения оказываются нетривиальными и весьма ценными в теоретическом и практическом плане. Сказанное, прежде всего, относится к суждению о необходимости распределения ответственности за принятие неэффективного, коллизийного или обладающего другими недостатками закона между участниками законотворческого процесса (с. 136-137), а также к суждению о характере вопросов, потребность в решении которых в процессе разработки и принятия нормативно-правовых актов определяет структуру механизма усмотрения законодателя (с. 138-147).

Интересными представляются те определения понятий «законотворческое усмотрение» и «правотворческое усмотрение», которые формулирует автор на основе проведенного в рамках рассматриваемого параграфа анализа (с. 147-148).

Второй параграф *«Правовые и внеправовые пределы усмотрения субъекта правотворчества»* посвящен анализу специфических ограничений свободы усмотрения субъектов, осуществляющих правотворческую деятельность, в целях поддержания баланса между различными ветвями власти и обеспечения наибольшей эффективности механизма правового регулирования.

Соискатель справедливо отмечает, что «количество ограничений, устанавливаемых в отношении субъектов, осуществляющих правотворческую деятельность, зависит ... от уровня правотворчества и от правового статуса каждого конкретного органа, организации или лица, наделенных правотворческими полномочиями» (с. 149).

Изучая факторы, определяющие пределы правотворческого усмотрения, он обоснованно акцентирует внимание на значимости в ограничении свободы субъектов правотворчества конституционных норм и производных от конституционных положений (с. 155), общеправовых, межотраслевых и отраслевых принципов права (с. 172), а также общественного мнения о праве (с. 173).

В заключение параграфа автором формулируется определение понятия «пределы правотворческого усмотрения».

В третьем параграфе в полном соответствии с его наименованием рассматривается *усмотрение при определении целей законодательных актов и выборе правовых средств их достижения*.

Рассматривая те особенности, в которых заключается специфика такого усмотрения, диссертант прежде всего подчеркивает важность постановки в законодательных актах целей, которые разделялись бы субъектами, выступающими адресатами правовых норм (с. 179-180), а также многоуровневость процесса конструирования мысленной модели желаемого результата от действия нормативно-правового акта (с. 182-183).

Чрезвычайно интересной представляется та часть параграфа, в которой автор анализирует типичные ошибки, допускаемые при определении целей принятия нормативных правовых актов, негативные последствия таких ошибок и способы их избежать (с. 183-191). Важным представляется тот факт, что анализ, носящий сугубо теоретический характер, автор дополняет рассмотрением конкретных примеров, демонстрирующих, что поднимаемые им проблемы весьма актуальны для российской правовой практики.

Усмотрение субъекта правотворчества в выборе правовых средств, необходимых для достижения цели нормативно-правового акта, по мнению соискателя, находит свою реализацию при определении комплекса правовых средств, потенциально пригодных для достижения цели (с. 194-195); оценке эффективности подобранных правовых средств (с. 195-198); оценке пригодных правовых средств на основе морально-правовых критериев (с. 198-199). Те наблюдения, которые делает автор, рассматривая возможности и перспективы реализации субъектом правотворчества усмотрения на каждом из этапов, представляются интересными и ценными в практическом плане.

Подводя итог проведенному анализу, автор формулирует определение, отражающее его представление о сущности и содержании правотворческого

усмотрения при определении целей и правовых средств законодательных актов.

Четвертый параграф *«Правовое усмотрение в процессе систематизации нормативных правовых актов»*, по справедливому замечанию автора, содержит в себе логическое продолжение исследования проблемы правотворческого усмотрения.

Признавая существование между правотворчеством и систематизацией нормативных правовых актов неразрывной связи и анализируя причины, вследствие которых такая связь возникает (с. 201-204), диссертант приходит к заключению о необходимости изучения усмотрения, осуществляемого в процессе систематизации законодательства, во взаимосвязи с правотворческим усмотрением (с. 204).

Следуя по избранному пути, автор последовательно разбирает особенности дискреционных полномочий субъектов систематизации законодательства, уточняет пределы свободы их усмотрения, рассматривает факторы, оказывающие ощутимое влияние на принятие ими решений в пользу систематизации, дает оценку ожидаемым результатам от систематизации законодательства с точки зрения того, в какой мере они вообще могут быть достигнуты. Особое внимание А.А. Никитин уделяет анализу тех слабых и сильных сторон правотворчества и систематизации нормативно-правовых актов, которые могут повлиять на усмотрение уполномоченного осуществлять их субъекта (с. 210-213).

Обобщая результаты проведенного анализа, диссертант определяет круг вопросов, в решении которых заключается усмотрение субъекта, полномочного осуществлять систематизацию законодательства (с. 220).

Заслуживает внимания третья глава **«Усмотрение в правоприменительной деятельности»**, состоящая из пяти параграфов.

В первом параграфе *«Понятие правоприменительного усмотрения и механизм его формирования»* автор решает вопрос о том, что собой

представляет правоприменительное усмотрение, чем оно отличается от других видов правового усмотрения.

Диссертант последовательно проводит мысль о том, что структура механизма формирования правоприменительного усмотрения аналогична структуре правоприменительного процесса (с. 225). При этом выделяются и исследуются следующие элементы названного механизма: усмотрение при установлении фактических обстоятельств дела (с. 225-240); усмотрение в процессе его юридической квалификации (с. 240-244); усмотрение при проверке и толковании выбранной правовой нормы (с. 244-246); выбор варианта решения дела и вынесение правоприменительного акта (с. 246-248); дискреция в вопросах исполнения принятого решения (с. 248-250).

Рассматривая перечисленные элементы механизма формирования правоприменительного усмотрения, автор обнаруживает, что они обладают разной степенью влияния на итоговое решение и предполагают различный уровень свободы для субъекта, что правоприменители, бесспорно, должны учитывать в своей деятельности.

Квинтэссенцией параграфа можно считать сформулированные А.А. Никитиным определения понятий «правоприменительное усмотрение» (с. 222) и «механизм формирования правоприменительного усмотрения» (с. 250).

Второй параграф «*Усмотрение в процессе толкования правовых норм*» посвящен дискреции как средству обеспечения точного и правильного определения смысла правовой нормы субъектом, осуществляющим юридическую деятельность.

Опираясь на анализ сущности толкования права как процесса и условий, предопределяющих его востребованность, автор приходит к выводу о том, что «с позиции правового усмотрения самого субъекта-интерпретатора и иных лиц важное значение имеет деление толкования на уяснительное (однокомпонентное) и разъяснительное (двухкомпонентное)» (с. 259). Автор обосновывает, что в первом случае речь идет о субъекте, для которого

усмотрение в процессе толкования правовых норм становится элементом формирования его же правоприменительного (правореализационного) усмотрения. Во втором случае уяснение интерпретатором смысла и содержания правовой нормы, получив внешнее выражение, становится или может стать одним из ограничителей правоприменительного (правореализационного) усмотрения другого субъекта.

Автору представляется важным, что толкование правовой нормы предполагает установление ряда обстоятельств, определяемых, как правило, самим интерпретатором. Совокупность таких обстоятельств диссертант предлагает обозначать как «предмет выяснения» (с. 260). В параграфе обосновывается, что усмотрение интерпретатора в определении предмета выяснения оказывает решающее влияние на итоговый результат толкования нормы (с. 268). Еще одним фактором, оказывающим ощутимое влияние на результат толкования, по мнению соискателя, является выбор интерпретатором способов (приемов) толкования (с. 269-271).

Подводя итог проведенному анализу, диссертант формулирует определение усмотрения при толковании юридических норм, учитывающее значимость влияния на названный процесс формулирования предмета выяснения и выбора способов толкования (с. 275).

Кроме того, автор формулирует ряд интересных в теоретическом и практическом плане выводов относительно характера факторов, определяющих пределы усмотрения интерпретатора (с. 276-278).

В третьем параграфе «*Зависимость усмотрения правоприменителя от правовой системы*» автор предпринимает вполне успешную попытку выяснить, каким образом особенности правовой системы общества влияют на осуществление усмотрения в правоприменительной деятельности.

Автор последовательно демонстрирует, каким образом особенности четырех правовых семей (романо-германской, англосаксонской, правовой семьи религиозного права и семьи традиционного права) проявляются в

реализации усмотрения правоприменителями, при этом делает ряд ценных наблюдений.

Прежде всего следует упомянуть его суждение о том, что в правовых системах романо-германской правовой семьи усмотрение в значительной мере обусловлено тем первостепенным значением, которое придается норме права, обладающей определенной степенью абстрактности и рассчитанной на многократное применение к схожим общественным отношениям (с. 284).

Представляется интересным и мнение соискателя о наделении отдельных правоприменителей в правовых системах англосаксонской семьи большей свободой усмотрения при применении правовых норм и возможностью реализации в некоторых случаях правотворческой дискреции. По мнению диссертанта, это связано с тем, что в правовых системах, относящихся к названной правовой семье, придается равное значение законам и судебным прецедентам как источникам права (с. 291-295).

В отношении правовых систем, входящих в семью религиозного права, диссертантом делается любопытный вывод о высокой значимости свободы усмотрения правоприменителя при толковании правовых норм, а также о существенности роли религиозных факторов в установлении границ правотворческого усмотрения. И первое, и второе диссертант связывает с архаичностью используемых традиционных источников права (с. 302-303).

В правовых системах, относящихся к семье традиционного права, правоприменители, как отмечает автор, наделены значительной свободой усмотрения при интерпретации слабо формализованных обычно-правовых норм, преодолении юридических коллизий и пробелов в праве (с. 305-307).

Четвертый параграф *«Судебное усмотрение как особый вид правоприменительного усмотрения»* посвящен вопросу о том, чем специфично судебное усмотрение.

Решая обозначенный вопрос, диссертант обосновывает, что в качестве отличительных особенностей судебного усмотрения следует рассматривать: наличие особого, наделенного судебной властью субъекта (с. 310);

осуществление усмотрения в рамках полномочий (функций) судебной власти (с. 313-315); формирование и реализацию усмотрения в строгих процедурных формах (с. 315-316); наличие в судебном усмотрении правотворческой и правоинтерпретационной составляющих и их совмещение с правоприменительным усмотрением (с. 322); обусловленность начала реализации судебного усмотрения усмотрением других субъектов (с. 329); способность судебного усмотрения выступать ограничителем усмотрения иных субъектов (с. 330-331). С учетом перечисленных особенностей формулируется определение понятия «судебное усмотрение» (с. 332-333).

В рассматриваемой части работы также представляет интерес приведенная на с. 321-322 классификация судебного усмотрения, которую автор осуществляет исходя из особенностей процедурной формы, в рамках которой такое усмотрение формируется и реализуется.

В пятом параграфе *«Судебное усмотрение и судебный прецедент»* автор рассуждает о том, какова связь изучаемого им вида правоприменительного усмотрения с судебным прецедентом.

Диссертант отмечает, что признаки судебного усмотрения и признаки судебного прецедента схожи между собой, но при этом признаки судебного усмотрения носят более общий характер (с. 336-342). Следовательно, создание судебных прецедентов можно признать особой разновидностью усмотрения судебных органов, сочетающего в себе правотворческий и правоприменительный элементы (с. 356).

Рассматривая через призму сделанных наблюдений вопрос о правовых свойствах решений Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ и о возможности признания их судебными прецедентами, автор приходит к выводу, что решения названных органов прецедентными считаться не могут (с. 342-350). В то же время результаты проведенного анализа позволяют ему высказать небезынтересное предложение о том, 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» (с. 345).

Примечательна четвертая глава диссертации **«Усмотрение субъекта права при выборе формы правового поведения»**, состоящая из трех параграфов.

Первый параграф *«Осуществление правового усмотрения субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями, в процессе реализации правовых норм»* посвящен особенностям механизма формирования усмотрения указанных в названии параграфа субъектов, соблюдающих, исполняющих и использующих нормы права.

Автор справедливо указывает на то, что ограничение дискреции исключительно сферой осуществления властных полномочий неоправданно сужает объем понятия «правовое усмотрение» (с. 357). Конечно, нельзя оставлять вне поля зрения все то, что связано с повседневно осуществляемым любым индивидом выбором моделей правового поведения, и в этой связи обобщения и выводы, которые делает А.А. Никитин, приобретают бесспорную теоретическую и практическую ценность.

Говоря о соблюдении правовых норм, автор выделяет общепривычную и конкретно-волевою разновидности данной формы реализации правовых норм (с. 367), обосновывая, что для них характерно усмотрение разных типов. Там, где реализация правовой нормы происходит в форме «конкретно-волевого соблюдения», преобладает нормативный тип усмотрения, в рамках такого соблюдения норм, которое автор называет «общепривычным», преобладает субъективно-поведенческий тип усмотрения (с. 368-370).

Кроме того, проведенный анализ позволяет выявить различия в механизме формирования усмотрения в процессе «конкретно-волевого» и «общепривычного» соблюдения норм, в частности, автор обнаруживает, что важной особенностью механизма формирования субъективно-

поведенческого усмотрения, реализуемого в форме «общепривычного соблюдения», является отсутствие элемента правовой квалификации (с. 369).

Механизм формирования усмотрения при исполнении юридических обязанностей и использовании субъективных прав в структурном плане, как демонстрирует автор, аналогичен механизму формирования правоприменительного усмотрения, однако имеет ряд особенностей, обусловленных спецификой названных форм реализации права (с. 372-381).

Во втором параграфе *«Реализация правового усмотрения в правомерном, маргинальном и противоправном поведении»* соискатель обращается к проблеме детерминированности различных видов правового поведения индивида его субъективно-поведенческим усмотрением.

Очевидной новацией является то, что диссертанту удалось установить закономерную связь не только между реализацией усмотрения субъекта и его поведением в конкретной ситуации, но и между осуществлением усмотрения и характером типичных моделей поведения, воспроизводимых субъектом в течение длительного периода времени (с. 389). В последнем случае наличие связи обуславливается тем, что усмотрение формирует правовую установку личности, определяя доминантную линию ее юридически значимого поведения (с. 392).

Рассмотрение субъективно-поведенческого усмотрения через призму его связи с различными моделями правового поведения позволяет дать ему более полную характеристику, а также уточнить механизм формирования такого усмотрения (с. 392-397). Итогом проведенного анализа становится определение понятия «субъективно-поведенческое усмотрение» (с. 408).

В третьем параграфе *«Усмотрение субъекта при выборе противоправных способов реализации права. Обход закона и злоупотребление правом»* рассматривается вопрос о том, как проявляется усмотрение в поведении, формально соответствующем требованиям правовых норм, но не приводящем к достижению целей правового регулирования.

Согласимся с мнением диссертанта о том, что усмотрение субъекта, реализующего норму права, может приводить к противоправному, по сути, но формально соответствующему требованиям правовых норм поведению – обходу закона и злоупотреблению правом. В этой связи изучение дискреции в контексте связи с названными моделями поведения оказывается значимым в теоретическом и практическом плане.

Исследование усмотрения, приводящего к выбору в пользу обхода закона или злоупотребления правом, позволяет заключить, что механизм его формирования не имеет структурных особенностей в сравнении со стандартным механизмом формирования усмотрения, лежащего в основе выбора любой другой модели правового поведения лица. Специфика усмотрения лица, действующего в обход закона или злоупотребляющего правом, определена именно противоправной целью (с. 431-432). Этот вывод представляется важным с той точки зрения, что указывает на невозможность борьбы с противоправным по сути, но формально соответствующим требованиям правовых норм поведением посредством воздействия на механизм формирования правового усмотрения.

Пятая глава **«Законность и правовое усмотрение»** деления на параграфы не имеет, ее включение в диссертацию обусловливается стремлением диссертанта обосновать, что широко распространенное мнение о противопоставленности усмотрения законности несправедливо.

Данная часть работы ценна как содержащимся в ней теоретическим анализом, так и практически значимыми выводами.

Следует согласиться с тезисом диссертанта о том, что связь правового усмотрения с законностью носит противоречивый характер: с одной стороны, реализация усмотрения может способствовать достижению состояния законности, а с другой – воспрепятствовать ему (с. 438).

Автор справедливо отмечает, что в совершенствовании законодательства как гарантии законности далеко не малозначимую роль играет реализация правотворческого усмотрения (с. 440-442).

Представляется обоснованным указание диссертанта на необходимость «сбалансированного уровня свободы правоприменительного усмотрения» для органов контроля и надзора, деятельность которых обеспечивает законность (с. 443). Излишне строгие пределы дискреции действительно снижают эффективность работы названных органов (с. 443-446).

Также можно поддержать мнение автора о нецелесообразности ограничения правового усмотрения субъектов за счет внедрения новых технологий, поскольку уровень их развития не позволяет заменить человека в правоприменительном процессе, особенно там, где последний связан с реализацией правовых льгот, исключений, преимуществ (с. 451-456).

В **заключении** подводятся итоги диссертационного исследования, формулируются основные выводы, обозначаются проблемы, требующие дальнейшего изучения (с. 458-464).

Проведенный анализ свидетельствует о том, что представленная к защите работа отвечает принципу внутреннего единства, а ее структура отличается строгой логикой изложения материала. Структурные элементы диссертации связаны единым исследовательским замыслом, структурно, содержательно и логически согласованы, взаимно дополняют друг друга и обогащают систему отстаиваемых автором теоретических положений.

Анализ содержания диссертационного исследования позволяет сделать вывод о его безусловной научной новизне. Несмотря на то, что отечественными правоведами ранее уже предпринимались исследования, так или иначе связанные с правовым усмотрением, А.А. Никитину удалось сформировать новую как по своим методологическим основаниям, так и по содержанию концепцию, обеспечив существенное приращение научных знаний об усмотрении и его роли в механизме действия права.

Автором разработан комплекс теоретических положений, позволяющих рассматривать правовое усмотрение в качестве общеправового явления, предопределенного прежде всего нормативностью права и выступающего неотъемлемой составляющей правотворчества,

интерпретационной деятельности и правореализации. Определены объективные причины неустрашимости дискреции в праве, а также субъективные факторы, обуславливающие ее востребованность.

Уточнено, чем определяются пределы усмотрения субъектов в рамках различных видов правозначимой деятельности.

Обоснована связь между характеристикой правовой системы общества и особенностями реализации в нем правового усмотрения, по крайней мере, на отдельных стадиях механизма действия права. Установлена связь между базовыми характеристиками правовой системы и степенью свободы усмотрения субъектов, осуществляющих применение норм права.

Выявлено типологическое многообразие усмотрения в праве. Обосновано, что в зависимости от степени абстрактности решаемого правового вопроса и связи принимаемого решения с конкретным содержанием юридических норм, предусматривающих вариативность поведения субъекта права либо не допускающих ее, можно различать три типа правового усмотрения: субъективно-поведенческий, общий (базисный) и нормативный. Субъективно-поведенческий и общий (базисный) типы усмотрения при этом рассматриваются как усмотрение, формирующее такие правовые поведенческие установки субъекта, которые влияют на нормативное усмотрение в процессе принятия правозначимых решений по более конкретным вопросам.

Новеллой диссертационной работы является и то, что соискателем установлено общее и особенное в характеристике правотворческого, правореализационного и интерпретационного усмотрения, а также раскрыта специфика механизма формирования каждого из выделенных видов усмотрения в праве. Тем самым восполнены ранее существовавшие в общей теории государства и права пробелы, затрудняющие решение актуальных проблем правового регулирования, повышение эффективности действующего права, оптимизацию функционирования механизма государства.

Также автор продемонстрировал новаторский подход в исследовании проблем судебного усмотрения. Во-первых, он убедительно обосновал, что в нем правоприменительное усмотрение при определенных условиях органично сочетается с правотворческим и интерпретационным. Во-вторых, продемонстрировал разнообразие видов судебного усмотрения. В-третьих, уточнил роль усмотрения в формировании судебных прецедентов.

Очевидной новизной как по своей постановке, так и по предложенному подходу к их решению характеризуются вопросы, связанные с осуществлением правового усмотрения субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями, а также с ролью усмотрения в формировании различных видов правового поведения.

Диссертационное исследование А.А. Никитина обладает очевидной теоретической и практической значимостью.

Теоретическое значение его результатов состоит в том, что в нем сформулированы и обоснованы положения, способствующие существенному приращению научных знаний о механизме действия права, а также факторах, влияющих на принятие правовых решений субъектами, участвующими в правотворчестве, правоприменении и осуществляющих толкование норм права.

Практическое значение исследования заключается в том, что сделанные автором теоретически значимые выводы могут быть учтены в правотворческой, правоприменительной и правоинтерпретационной деятельности для более эффективного решения задач, связанных с обеспечением действенности права.

Результаты диссертационного исследования могут использоваться в преподавании учебных дисциплин «Теория государства и права», «Проблемы теории государства и права», «Юридическая техника», а также учебных курсов в рамках образовательных программ повышения квалификации сотрудников правоохранительных органов.

Достоверность результатов исследования определяется правильным выбором и умелым применением сложного комплекса методов исследования, апробированных научным сообществом, а также изучением широкого круга источников, обобщением и использованием эмпирических данных.

Избранная автором методология позволила автору сформировать целостную концепцию теории правового усмотрения, а также обеспечила реализацию всего комплекса исследовательских задач, поставленных в работе.

Выполненное диссертационное исследование соответствует паспорту научной специальности 12.00.01 – Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве.

Автореферат верно и точно передает содержание диссертации.

Результаты исследования прошли апробацию. Основные положения диссертации с необходимой степенью полноты отражены в публикациях автора, в том числе в 8 монографиях (включая коллективные с разделенным участием) и 26 статьях в изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации для опубликования основных научных результатов диссертаций. Всего по теме диссертации, судя по автореферату, автором опубликована 51 работа.

Содержание работы, а также данные о публикационной активности автора и апробации материалов исследования свидетельствуют о личном участии соискателя в получении изложенных в диссертации результатов.

Отмечая новаторский характер диссертационной работы, ее актуальность, теоретическую и практическую значимость, высокий научный уровень, обоснованность основных положений и выводов, а также их достоверность, следует, тем не менее, высказать некоторые замечания, а также указать на имеющиеся в исследовании спорные положения.

1. В тексте диссертации термины «усмотрение» и «дискреция» используются как синонимы, и действительно, их использование в этом

качестве представляется возможным там, где их значения совпадают. Однако, «дискреция» вряд ли может быть синонимом «усмотрения» при условии, если последнее определять так, как предлагает это делать автор, в качестве результата интеллектуально-практической волевой деятельности, выработанного на основе представлений и (или) знаний о предписаниях правовых норм решения (с. 16). Дискреция – это возможность выбора, но не решение как его результат.

2. Судя по описанию нормативно-правовой основы исследования в Введении и Библиографическому списку, автор опирается исключительно на анализ отечественных законов и подзаконных нормативных правовых актов. Однако, в действительности это не так. По крайней мере, в той части, в которой исследование касается влияния особенностей правовой системы на осуществление усмотрения в правоприменительной деятельности, а также характера связи между судебным усмотрением и судебным прецедентом, решение сформулированных диссертантом задач априори было бы невозможно без опоры на анализ законодательства иностранных государств.

3. Спорным представляется выносимое на защиту положение о том, что «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» (с. 19). Представляется, что в данном случае речь идет далеко не о тех факторах, которые можно было бы назвать субъективными.

4. К числу объективных причин существования усмотрения в праве автор относит «причины, проистекающие из самой сущности права» (с. 18, 64). Однако, судя по тексту диссертации (с. 64-68), в данном случае речь идет о том, что характеризует право с точки зрения его природы, а не сущности.

5. Вряд ли пределы правотворческого усмотрения можно определить как «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» (с. 177). Представляется, что перечисленные ограничения определяют пределы правотворческого усмотрения, но не являются ими.

Предложенное автором определение пределов правотворческого усмотрения не согласуется с тем, что пределы правового усмотрения определяются им 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» (с. 84).

6. В первом параграфе второй главы, озаглавленном «Усмотрение в законотворческой деятельности: понятие и специфика», автор решает вопрос о том, чем законодательный процесс отличается от правотворческой деятельности (с. 125-126), а правотворческое усмотрение – от законотворческого (с. 148). В то же время законотворческая деятельность вполне обоснованно рассматривается диссертантом как «часть правотворческого процесса» (с. 124), и в этой связи сама постановка вопроса об отличии законодательного процесса от правотворческой деятельности, а правотворческого усмотрения – от законотворческого представляется некорректной.

7. Справедливо полагая, что субъектами усмотрения в праве выступают не только субъекты, наделенные государственно-властными полномочиями, но и лица, действующие от своего имени и в своих правовых интересах, диссертант, тем не менее, не уделяет должного внимания дискреции в договорной практике. Представляется, что усмотрение участников договорных отношений имеет определенную специфику, исследованию которой целесообразно было бы уделить отдельное внимание.

Также исследование выиграло бы, если бы предметом исследования были бы общие закономерности формирования правового усмотрения, его

признаки и формы не только во внутригосударственном (национальном), но и в международном праве.

Высказанные замечания не снижают в целом высокой положительной оценки диссертационной работы. Диссертация Александра Александровича Никитина является самостоятельной научно-квалификационной работой, в которой на основании выполненных автором исследований разработаны теоретические положения, совокупность которых можно квалифицировать как научное достижение в сфере теории государства и права. Работа написана автором самостоятельно, обладает внутренним единством, содержит новые научные результаты и положения, выдвигаемые для публичной защиты, что свидетельствует о личном вкладе А.А. Никитина в науку теорию государства и права.

Содержание диссертации Александра Александровича Никитина «Правовое усмотрение: теория, практика, техника» соответствует научной специальности 12.00.01 — теория и история права и государства; история учений о праве и государстве.

Обоснованность и достоверность выводов и предложений А.А. Никитина подтверждены использованием современной методологии исследования, опорой на нормативный и эмпирический материал. Анализ предложенных автором решений и их оценка в сравнении с другими известными решениями позволяет сделать вывод о значимости полученных А. А. Никитиным результатов для развития науки теории государства и права, а также для правовой практики.

Таким образом, диссертационное исследование Никитина Александра Александровича «Правовое усмотрение: теория, практика, техника» соответствует требованиям, предъявляемым к диссертациям на соискание ученой степени доктора наук разделом II Положения о присуждении ученых степеней, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 24 сентября 2013 г. № 842 (в ред. от 11 сентября 2021 г.). Автор диссертации «Правовое усмотрение: теория, практика, техника»

Александр Александрович Никитин заслуживает присуждения искомой ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве.

Отзыв подготовлен начальником кафедры теории государства и права федерального государственного казенного образовательного учреждения высшего образования «Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации имени В.Я. Кикотя», доктором юридических наук, доцентом Клименко Алексеем Ивановичем и профессором кафедры теории государства и права федерального государственного казенного образовательного учреждения высшего образования «Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации имени В.Я. Кикотя», доктором юридических наук, доцентом Лановой Галиной Михайловной.

Отзыв обсужден и одобрен на заседании кафедры теории государства и права федерального государственного казенного образовательного учреждения высшего образования «Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации имени В.Я. Кикотя» 23 ноября 2021 года, протокол № 4.

Начальник кафедры теории государства и права ФГКОУ ВО «Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации имени В.Я. Кикотя», доктор юридических наук, доцент

А.И. Клименко

«23» ноября 2021 г.

**Ведущая организация:**

Федеральное государственное казенное образовательное учреждение высшего образования «Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации имени В.Я. Кикотя».

Почтовый адрес: 117997, г. Москва, улица Академика Волгина, д. 12

Тел.: +7 (495)-336-22-44; e-mail: support\_mosu@mvd.ru

Официальный сайт: <http://www.mosy.mvd.rf>

Заместитель начальника ОДП  
Московского университета  
МВД России имени В.Я.Кикотя

*Согласен А.И. Клименко заверено*



## Сведения о ведущей организации:

1. Федеральное государственное казенное образовательное учреждение высшего образования «Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации имени В.Я. Кикотя»; ФГКОУ ВО «МОСУ МВД России имени В.Я. Кикотя»

2. 117997, Россия, г. Москва, ул. Академика Волгина, д. 12

3. Почтовый адрес: 117997, г. Москва, ул. Академика Волгина, д. 12;

тел.: (495) 336-22-44

e-mail: support\_mosu@mvd.ru

официальный сайт: <http://www.mosu.mvd.pf>

4. Основные публикации работников ведущей организации по теме диссертации за последние 5 лет в рецензируемых научных изданиях:

1. Лановая Г. М. Права человека в современном мире // История государства и права. – 2017. – № 3. – С. 19-23.

2. Сигалов К. Е. Правоспособность как концепт правовой жизни человека // Вестник Московского университета МВД России. – 2017. – № 3. – С. 125-129.

3. Сигалов К. Е., Петрова Т. Э. Человек юридический и его правовая определенность // История государства и права. – 2017. – № 20. – С. 28-32.

4. Сигалов К. Е., Чувальникова А. С. Охранительная функция права и эффективного государства: диалектика частного и публичного в праве // Вестник Московского университета МВД России. – 2018. – № 6. – С. 24-30.

5. Клименко А. И. Антиномии идеи права и серьезное отношение к правам // Закон и право. – 2018. – № 12. – С. 15-18.

6. Клименко А. И. Проблема легализации правовой практики // Философия права. – 2018. – № 3(86). – С. 77-82.

7. Клименко А. И. Социо-аксиологический подход к праву и его значение для современной юридической науки // Юрист-Правоведъ. – 2018. – № 4(87). – С. 102-107.

8. Клименко А. И. Международное право как особая форма права // Закон и право. – 2019. – № 9. – С. 153-158.

9. Гарашко А. Ю. Современные процессы информатизации как вызов государственно-правовой и общественно-правовой жизни // Расследование преступлений: проблемы и пути их решения. – 2019. – № 4. – С. 13-18.

10. *Лановая Г. М., Правкина И. Н.* Стратегическое планирование в современном публично-правовом регулировании // Закон и право. – 2019. – № 7. – С. 26-29.
11. *Лановая Г. М., Правкина И. Н.* Механизм правового регулирования: понятие и содержание // Аграрное и земельное право. – 2019. – № 3. – С. 14-17.
12. *Самойлюк Р. Н., Давидов Д. С.* Проблемы правового регулирования применения сотрудниками полиции физической силы как меры государственного принуждения // Вестник Московского университета МВД России. – 2020. – № 2. – С. 18-21.
13. *Лановая Г. М.* Роль государственно-правового регулирования в правовой системе постиндустриального общества // Государственная власть и местное самоуправление. – 2020. – № 3. – С. 8-12.
14. *Дубинина Е. Н.* Детерминанты и последствия коррупции // Право и образование. – 2021. – № 7. – С. 11-17.
15. *Малахов В. П., Азнагулова Г. М.* Проблема правопонимания в условиях цифровой реальности // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. – 2021. – № 2. – С. 37-44.

В диссертационный совет Д 212.239.02,  
созданный на базе федерального  
государственного бюджетного  
образовательного учреждения высшего  
образования «Саратовская государственная  
юридическая академия»  
410056, г. Саратов, ул. Чернышевского, д. 104

## **ОТЗЫВ**

**официального оппонента Давыдовой Марины Леонидовны,  
доктора юридических наук, профессора, заведующего кафедрой  
конституционного и муниципального права ФГАОУ ВО  
«Волгоградский государственный университет» о диссертации  
Никитина Александра Александровича «Правовое усмотрение:  
теория, практика, техника», представленной на соискание ученой  
степени доктора юридических наук по специальности 12.00.01 – теория  
и история права и государства; история учений о праве и государстве**

Происходящие в современном обществе коренные изменения затрагивают практически все сферы жизни – от наиболее динамичных областей техники и технологий, с одной стороны, до весьма консервативных религии, морали, культуры, с другой. Такие изменения сопровождаются формированием новых социальных отношений, нуждающихся в правовом регулировании. Однако тот масштаб, который приобрели происходящие общественные трансформации, не позволяет законодателю в полной мере предусмотреть и отразить в нормативно-правовых актах пути развития социальных отношений. В связи с указанными объективными причинами, в законодательстве всегда присутствует определенная степень дискреционности, позволяющая субъекту действовать по собственному усмотрению.

Правовое усмотрение – явление неоднозначное, обладающее положительными и отрицательными чертами. Оно может рассматриваться как некий «врожденный порок», обусловленный присущей праву консервативностью, а также ошибками, допускаемыми в правотворческой деятельности. По мнению ряда юристов, данный порок необходимо искоренять или максимально минимизировать, поскольку именно усмотрение они видят первопричиной нарушений режима законности, коррупционных проявлений, злоупотреблений правами и других негативных последствий. С другой стороны, сама реализация правовых

норм, обладающих определенной степенью абстрактности и общим характером, немислима без усмотрения соответствующих субъектов. Кроме того, закладывая в юридические нормы дискреционные полномочия, законодатель стремится гарантировать достижение целей правового регулирования, придав ему необходимую гибкость. С этой точки зрения, усмотрение – это, безусловно, необходимое положительное правовое явление, обеспечивающее эффективное функционирование механизма правового регулирования.

Наличие у юридического усмотрения противоречивых качеств предполагает необходимость разработки сложного инструментария, позволяющего, не мешая течению положительных процессов, снижать негативное влияние дискреции на различные аспекты правовой жизни. Это требует от представителей юриспруденции, стремящихся познать указанное явление, проведения объективных комплексных исследований, направленных на раскрытие сущности правового усмотрения, его причин, форм проявления и решение других исследовательских задач. Изложенное определило актуальность и своевременность темы диссертационного исследования, выбранной Никитиным Александром Александровичем.

Несмотря на то, что отдельные вопросы правового усмотрения ранее подвергались научным исследованиям, диссертация А.А. Никитина отличается существенной новизной, заключающейся в том, что диссертанту на основе комплексного общетеоретического анализа усмотрения в праве удалось разработать комплекс теоретических положений, раскрывающих сущность изучаемого явления, его типы, виды, причины и пределы. Сформированную соискателем теоретическую модель можно квалифицировать как научное достижение, имеющее важное значение для развития науки теории государства и права.

В диссертационной работе автор формулирует оригинальное определение усмотрения в праве, анализирует его основные признаки; выделяет в зависимости от связи с содержанием юридических норм и степени конкретизации решаемого вопроса три типа правового усмотрения; предлагает развернутую классификацию правовой дискреции по различным основаниям; выявляет и исследует объективные и субъективные причины правового усмотрения, обозначает и характеризует его пределы.

Новаторский характер диссертации, безусловно, придает обстоятельный юридический анализ правотворческого усмотрения – наименее изученной разновидности правовой дискреции. Новые подходы реализованы диссертантом также при постановке и решении научных задач,

связанных с правоприменительной, судебной дискрецией и усмотрением субъектов, не наделенных государственно-властными полномочиями.

Никитиным А.А. на защиту вынесено семнадцать обоснованных, комплексных положений, подтверждающих научную новизну и актуальность избранной темы. Достоверность выводов и предложений обеспечивается избранной методологией исследования, правильной постановкой целей и задач, а также комплексным подходом к их решению. Достоверность выводов и рекомендаций, содержащихся в диссертации, достигается и за счет системного использования общенаучных и частнонаучных методов. Полученные выводы, юридические конструкции и сформулированные рекомендации обосновываются широкой теоретической и нормативно-правовой базой исследования, а также согласуются с эмпирическими материалами, включающими правоприменительные и интерпретационные акты органов государственной власти.

Теоретическая значимость исследования обусловлена тем, что в диссертации обобщены, разработаны и сформулированы теоретические положения, позволяющие раскрыть сущность правового усмотрения, его причины и пределы, а также установить существующие типы и виды дискреции. Содержащиеся в работе теоретические выводы и предложения направлены на обогащение науки теории государства и права новыми знаниями о механизме формирования законотворческого усмотрения и специфике его пределов, особенностях судебного усмотрения и его соотношении с судебным прецедентом, реализации правового усмотрения в правомерном, маргинальном и противоправном поведении. Практическое значение результатов исследования состоит в том, что сделанные в диссертации выводы и сформулированные предложения могут быть использованы в правотворческой, интерпретационной, правоприменительной деятельности, а также в процессе систематизации законодательства.

Результаты диссертационного исследования прошли достаточную апробацию: соискателем опубликована по теме исследования 51 работа, включая 8 монографий, в том числе коллективных с разделенным участием, и 26 статей в ведущих рецензируемых научных изданиях, рекомендованных ВАК при Минобрнауки России.

Последовательность изложения материала в диссертации обусловлена внутренней логикой изучения проблемы правового усмотрения. В первую очередь, автор представляет правовое усмотрение в качестве объекта теоретико-правового исследования, формулируя определение усмотрения в

праве, анализируя его признаки, причины, пределы, специфику реализации в частном и публичном праве.

Соискателем проведена обстоятельная работа по анализу отечественных и зарубежных научных трудов, посвященных правовой дискреции или отдельным аспектам этой проблемы. В результате обобщения теоретического материала диссертант рассматривает основные подходы к определению правового усмотрения (с. 37-43), выделяет признаки усмотрения в праве, (с. 44-49), а также формулирует его дефиницию. Вполне обоснованным представляется предлагаемое в работе авторское определение правового усмотрения как результата интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта (индивидуального или коллективного) — выбранного на основе представлений и (или) знаний о предписаниях правовых норм решения по вопросу, имеющему юридическое значение, и выраженного в определенных деяниях в правотворческой, правореализационной, правоинтерпретационной сферах, либо в общей модели правового поведения данного субъекта (с. 61).

Безусловно интересной является позиция диссертанта о существовании трех типов правового усмотрения: субъективно-поведенческого, общего и нормативного, различающихся между собой степенью конкретизации решаемого юридического вопроса и характером связи с содержанием конкретных норм права (с. 52-57). Также автором предлагается классификация правового усмотрения по различным основаниям, применимая, прежде всего, к нормативному типу дискреции (с. 57-61).

Заслуживают поддержки выводы соискателя относительно причин и пределов правового усмотрения. Последние понимаются в работе 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 (с. 94).

Отдельное внимание в диссертационной работе уделено изучению вопросов, связанных с усмотрением в сфере правотворчества. Отправной точкой этой части исследования является рассмотрение соискателем возможности применения термина «правовое усмотрение» к решениям, принимаемым в законотворческой деятельности. Автор приходит к выводу о существовании в сфере правотворчества особой разновидности правового усмотрения — правотворческого или более узкого законотворческого (с. 126-128, 138 и др.). Следует поддержать вывод диссертанта о том, что

законотворчество не сводится исключительно к законодательной процедуре, урегулированной нормами Конституции РФ и регламентов палат Федерального Собрания России. Оно может включать деятельность по инициированию принятия законов и разработке их проектов, находящуюся за пределами законодательной процедуры, и в этом смысле, «законодателем», т.е. субъектом реализующим законотворческое усмотрение, можно считать не только законодательные органы. На основе анализа элементов, составляющих структуру механизма формирования законотворческого усмотрения, Никитин А.А. формулирует заслуживающие одобрения оригинальные дефиниции законотворческого и правотворческого усмотрения (с. 147-148).

Достаточно интересной в научно-практическом плане является часть исследования, посвященная усмотрению при определении целей законодательных актов и выборе правовых средств их достижения. Неодуманный подход законодателя к определению целей приводит к ошибкам, наиболее распространенные из которых диссертант анализирует в работе: установление цели, не вписывающейся в систему ожидаемых результатов функционирования механизма правового регулирования (с. 184-185); определение мнимых целей, т.е. ожидаемых результатов явно не соответствующих используемому комплексу правовых средств (с. 185-190), и нереальных целей (с. 190-191). Ошибки при определении целей порождают недоработки при подборе необходимых правовых средств. Для предупреждения последних диссертант предлагает алгоритм выбора правовых средств, включающий три этапа (с. 194-200).

Не менее интересной представляется глава диссертационной работы об усмотрении в правоприменительной деятельности. Несмотря на наличие значительного количества научных трудов, посвященных правоприменительному и судебному усмотрению, Никитину А.А. удалось по-новому взглянуть на данную проблематику. Заслуживает одобрения скрупулезный анализ механизма формирования правоприменительного усмотрения, проведенный диссертантом. Результаты данного анализа наглядно подтверждают вывод автора о невозможности полного устранения дискреции из правоприменительной деятельности (с. 224-225), поскольку на каждом этапе применения права присутствует возможность варьировать действия и выводы, что влияет на итоговое решение по делу. Отдельное внимание Никитин А.А. абсолютно обоснованно уделяет усмотрению в процессе толкования юридических норм, поскольку интерпретация может выступать не только частью правоприменительного процесса, но и самостоятельной деятельностью, итоги которой важны для правильного

применения правовых норм. Поддержим мнение диссертанта, что результаты толкования правовых норм зависят не только от выбранных приемов толкования, но и от определенной интерпретатором совокупности обстоятельств, подлежащих уяснению (а при необходимости и разъяснению), к числу которых могут относиться: истинная цель принятия правовой нормы; подлинная воля законодателя, заложенная в содержание нормы права, и ее соотношение с волей правоприменителя; внеправовые условия, существовавшие на момент принятия правовой нормы, и, сложившиеся во время ее интерпретации; системные связи толкуемой нормы с другими правовыми нормами (с. 259-260, 268).

Логичным продолжением исследования стало обращение диссертанта к проблеме усмотрения при выборе форм правового поведения. Прежде всего, соискатель изучает дискрецию субъектов, не наделенных государственно-властными полномочиями, в процессе реализации права в беспрепятственных формах. В процессе соблюдения правовых норм, по мнению соискателя, может преобладать как нормативный, так и субъективно-поведенческий тип усмотрения, что зависит от характера установленных запретов. Традиционные общеизвестные в социуме запреты, а также новые или уже устоявшиеся специфические запреты отдельными субъектами (например, профессиональными участниками каких-то отношений) преимущественно соблюдаются незаметно в рамках привычного поведения соответствующих лиц, что является выражением субъективно-поведенческого типа усмотрения, формирование которого не предполагает такого элемента как юридическая квалификация. Однако диссертант справедливо отмечает наличие конкретно-волевого соблюдения, выражающего нормативный тип усмотрения (с. 367-369). Оно характерно для новых и только что ставших известными лицу запретов, требующих от субъекта ознакомления с соответствующими правовыми нормами и адекватного уяснения всего комплекса запрещенных действий. Полагаем, что такой вывод автора является абсолютно верным, поскольку в современных условиях, когда сфера применения юридических запретов постоянно расширяется, свести их соблюдение исключительно к привычному поведению лица нельзя.

Отдельно рассматривая реализацию правового усмотрения в правомерном, маргинальном и противоправном поведении, Никитин А.А. пишет, в первую очередь, о субъективно-поведенческом типе усмотрения. Соискатель, следуя логике исследования, проводит водораздел между двумя аспектами использования понятия «правовое поведение»: к единичному правомерному или противоправному поступку и к длянущемуся образу

действий. Заслуживает одобрения проведенный соискателем анализ особенностей усмотрения лиц, действующих в обход закона, и субъектов злоупотребляющих правом, а также сделанные в ходе него выводы.

В завершении исследования Никитин А.А. обращается к проблеме соотношения правового усмотрения и законности. Следует согласиться с диссертантом, отмечающим наличие некоторой тенденциозности в научных исследованиях по данной проблематике – в большинстве случаев правовое усмотрение и законность рассматриваются как антагонисты (с. 434-435). Соискатель обосновывает противоречивый характер взаимодействия правового усмотрения и законности. Данная идея, идущая красной линией в диссертации, подробно раскрыта в пятой главе, где автор справедливо обращает внимание на зависимость гарантий законности от реализации правотворческого (с. 440-443) и правоприменительного усмотрения (с. 443-447), а также на расширение сфер правового регулирования, в которых используются обладающие повышенной дискреционностью правовые льготы и правовые преимущества (с. 453-454).

Как и любой научный труд, диссертация А.А. Никитина содержит положения, являющиеся дискуссионными.

1. Отдавая должное стройности и последовательности авторских выводов, обосновывающих широкое понимание усмотрения как характеристики любой юридической деятельности, позволим себе одно концептуальное замечание. Не происходит ли при такой широкой трактовке размывание термина усмотрение, традиционно имевшего достаточно конкретный смысл, связанного с комплексом реально существующих проблем правоприменительной деятельности?

2. Рассматривая пределы правотворческого усмотрения, диссертант основное внимание уделяет правовым ограничениям, устанавливающим компетенцию, процедуру и другие формально-юридические параметры правотворческой деятельности. В числе социальных пределов упоминается общественное мнение, имеющее, по утверждению автора, ситуативный и динамичный характер. В остальном «для законодательных органов практически нет заранее предreshенных путей, в выборе которых реализовывалось бы их усмотрение, они сами прокладывают себе “дорогу”» (с.150). Признавая такую «свободу» законодателя, диссертант не упоминает объективные факторы правообразования, к которым в науке принято относить экономический, социокультурный, экологический, географический, демографический, человеческий (В.В.Трофимов). В какой мере они ограничивают усмотрение законодателя?

3. Диссертант определяет пределы правотворческого усмотрения как «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» (с.20-21). Возникает вопрос: всегда ли пределы выполняют позитивную роль и обеспечивают высокое качество правотворческого результата? Если законодатель ограничен в своем усмотрении устаревшими традиционными взглядами общества, непродуманными правовыми процедурами или другими факторами, сдерживающими реализацию прогрессивных правотворческих идей, корректно ли говорить о негативной роли пределов усмотрения?

4. Предлагаемая в работе широкая трактовка понятия «законодатель» в определенной мере обоснована, т.к. фактическое влияние на содержание текста будущего закона оказывают далеко не только члены парламента, но и многочисленные разработчики законопроектов, вносимых правительством, президентом и другими субъектами законодательной инициативы. Научные рекомендации по определению пределов усмотрения, выбору способов и интенсивности воздействия на регулируемые отношения (с.138-147), безусловно, должны быть адресованы всем участникам законотворческого процесса. Однако, в вопросе об ответственности законодателя преимущества широкой трактовки представляются очень спорными. Говоря о политической ответственности разработчика/инициатора за содержание закона, не снимаем ли мы эту ответственность с высшего законодательного органа, который, согласно конституции, и должен своим властным решением определить, какая из внесенных инициатив заслуживает стать законом? Так, в приводимом автором примере с краткосрочной декриминализацией клеветы в 2011-2012 гг. (с.136-137) диссертант обосновывает необходимость возложения политической ответственности за поспешное правотворческое решение даже не на президента, внесшего законопроект в Государственную Думу, а на неизвестного чиновника из администрации президента, подготовившего текст законопроекта. В качестве аргумента приводится тот факт, что за месяц, в течение которого Дума рассматривала проект, она не могла достаточно глубоко изучить вопрос. Но разве это не звучит как главный упрек депутатам Государственной Думы? Разве не для того они избраны народом, чтобы внимательно изучать и обсуждать каждый законопроект, а не бездумно подписывать любую инициативу президента?

5. Правомерность использования термина «усмотрение» применительно к невластным формам реализации права автор доказывает на основе текстуального анализа семейного и гражданского законодательства, демонстрируя, что данный термин фактически используется при описании правомерного поведения граждан. Однако научная ценность использования данного термина все-таки нуждается в дополнительном обосновании. Нам она представляется значительно меньшей, чем в случае с правоприменительным усмотрением. Принцип «разрешено все, что не запрещено», действующий в отношении граждан, делает само усмотрение общим правилом, в то время как для государственных органов возможность усмотрения – скорее исключение из общего принципа «разрешено только то, что прямо предписано», поэтому и нуждается в особом рассмотрении и четком установлении пределов. Другими словами: для представителей государства усмотрение потенциально граничит с произволом, тогда как для граждан – это естественное проявление свободы воли.

Высказанные замечания не влияют на общую положительную оценку диссертационного исследования. Анализ диссертационной работы и автореферата позволяет сделать вывод, что поставленная соискателем цель – формирование научной концепции правового усмотрения, отражающей сущность и общеправовой характер названного явления, а также получение на основе комплексного общетеоретического исследования усмотрения в праве новых знаний о его причинах, типах и видах, пределах, формах проявления (с. 10) – достигнута.

Диссертация Никитина Александра Александровича «Правовое усмотрение: теория, практика, техника» представляет собой завершенную научно-квалификационную работу, в которой на основании выполненных автором исследований разработаны теоретические положения, совокупность которых можно квалифицировать как научное достижение, имеющее важное научно-практическое значение, вносящее существенный вклад в развитие науки теории государства и права. Работа написана на актуальную тему, которая является недостаточно изученной в общей теории права.

Исследование проведено на высоком научном уровне, обусловленном глубиной проработки автором дискуссионных вопросов изучаемой проблематики, а также проведенным основательным анализом научно-теоретической базы, нормативного и эмпирического материала.

Основные положения исследования в надлежащей мере отражены в опубликованных работах диссертанта, а структура и содержание автореферата соответствуют основному тексту диссертации.

Представленная к защите диссертационная работа «Правовое усмотрение: теория, практика, техника» соответствует специальности 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве и отвечает требованиям, предъявляемым к диссертациям на соискание ученой степени доктора наук разделом II Положения о присуждении ученых степеней, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 24 сентября 2013 г. № 842 (в ред. от 11 сентября 2021 г.).

Автор диссертации Александр Александрович Никитин заслуживает присуждения ему искомой ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве.

#### Официальный оппонент –

заведующий кафедрой конституционного  
и муниципального права ФГАОУ ВО  
«Волгоградский государственный университет»,  
доктор юридических наук, профессор

М.Л. Давыдова

«22» ноября 2021 г.



|  |                      |         |
|--|----------------------|---------|
| Подпись  | <i>Давыдова М.Л.</i> | заверяю |
| Ученый секретарь федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Волгоградский государственный университет» |                      |         |
| <i>Лисовская Н.В.</i>  | Н.В. Лисовская       |         |
| «22» <u>ноября</u>   |                      | 2021 г. |

#### Сведения об официальном оппоненте:

Давыдова Марина Леонидовна

Ученая степень: доктор юридических наук (специальность 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве).

Ученое звание: профессор.

Место работы: федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Волгоградский государственный университет», заведующий кафедрой конституционного и муниципального права.

Адрес: 400062, г. Волгоград, проспект Университетский, д. 100.

Тел.: +7 905 331 48 90.

e-mail: davidovavlg@gmail.com

## Сведения об официальном оппоненте:

1. Давыдова Марина Леонидовна

2. Доктор юридических наук (юридические науки, 12.00.01 – теория и история права и государства, история учений о праве и государстве)

3. Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Волгоградский государственный университет», заведующий кафедрой конституционного и муниципального права

4. Основные публикации официального оппонента по теме диссертации за последние 5 лет в рецензируемых научных изданиях:

1. *Давыдова М. Л.* Инновационные правотворческие технологии и проблемы их применения // *Юридическая техника.* 2021. № 15. С. 158-165.
2. *Давыдова М. Л.* «Умное регулирование» как основа совершенствования современного правотворчества // *Журнал российского права.* 2020. № 11. С. 14-29.
3. *Давыдова М. Л., Иваненко О. С.* Толкование договора как теоретико-правовая проблема // *Вестник Евразийской академии административных наук.* 2019. № 4. С. 51-55.
4. *Давыдова М. Л.* Законотворческие риски и проблема стабильности законодательства // *Юридическая техника.* 2019. № 13. С. 155-160.
5. *Давыдова М. Л., Усенков И. А., Пономарев А. М.* Проблемы актуального состояния электронного правосудия и перспективные направления его развития // *Advances in law studies.* 2019. Т. 7. № 4. С. 21-25.
6. *Давыдова М. Л.* Профессия нормрайтера: массовость или элитарность // *Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России.* 2018. № 2. С. 357-360.
7. *Давыдова М. Л.* К вопросу о существовании ограничительных нормативно-правовых предписаний // *Государственно-правовые исследования.* 2018. № 1. С. 62-67.
8. *Давыдова М. Л., Кушнирук Р. П.* Электронная правотворческая инициатива в системе форм электронной демократии // *Современное общество и право.* 2017. № 1. С. 37-42.
9. *Давыдова М. Л.* Коллизионные нормативно-правовые предписания: понятие и типологическая характеристика // *Юридическая техника.* 2017. № 11. С. 135-145.
10. *Давыдова М. Л.* Определенность права и технико-юридические средства ее обеспечения // *Правовая парадигма.* 2017. Т. 16. № 4. С. 23-28.

В диссертационный совет Д 212.239.02,  
созданный на базе федерального  
государственного бюджетного  
образовательного учреждения высшего  
образования «Саратовская государственная  
юридическая академия»  
410056, г. Саратов, ул. Чернышевского, д. 104

## ОТЗЫВ

**официального оппонента Овчинникова Алексея Игоревича, доктора юридических наук, профессора, заведующего кафедрой теории и истории государства и права ФГАОУ ВО «Южный федеральный университет» на диссертацию Никитина Александра Александровича «Правовое усмотрение: теория, практика, техника», представленную на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве  
(Саратов, 2021. – 514 с.)**

*Актуальность темы исследования.* Стремительное развитие технологий в современном мире оказывает воздействие не только на промышленность, связь, транспорт, но и затрагивает гуманитарные сферы жизнедеятельности общества: культуру, историю, образование и другие. Не является исключением и юриспруденция. Все активнее обсуждаются вопросы о возможности замены человека искусственным интеллектом при осуществлении ряда функций в правовой сфере. Цель такой замены – изжить связанные с человеческой природой ошибки, допускаемые в правотворческой и правоприменительной деятельности, ликвидировать коррупционную составляющую, обеспечить единообразие правореализационной практики. Естественно, что замена человека искусственным интеллектом в соответствующих сферах юридической деятельности минимизирует проявления правового усмотрения, с существованием которого связываются многие негативные явления правовой жизни.

Однако рассматривать правовое усмотрение исключительно в качестве негативного явления представляется неверным. Необходимо проведение комплексных научных исследований, которые позволят сформировать адекватное представление о правовой дискреции, ее роли в обеспечении соблюдения прав и свобод человека, эффективной реализации юридических норм, поддержании законности и правового порядка. Такие исследования должны базироваться на добротной общетеоретической основе, отражающей многосторонность изучаемого явления, положительные и отрицательные аспекты его влияния на правовую жизнь общества.

В этой связи, актуальность исследования, проведенного Никитиным Александром Александровичем и направленного на познание сущности правового усмотрения, его причин, форм проявления, типов и видов, не вызывает сомнений как в теоретическом, так и в практическом отношении.

*Цель и задачи исследования* сформулированы корректно, в соответствии с рассматриваемой тематикой. Отметим, что предмет исследования, а также сформулированные автором цели и задачи предполагают использование междисциплинарного и межотраслевого подходов, которые, судя по содержанию диссертации, были автором успешно реализованы. Кроме того цель, задачи и предмет исследования предопределили *методологическую основу диссертации*, включающую базовый диалектический метод познания и комплекс общенаучных и частнонаучных методов, обеспечивающих всестороннее рассмотрение предмета научно-практического анализа (с. 11).

Научные положения, выводы и рекомендации, сформулированные Никитиным А.А. в диссертационной работе, *обладают достаточной степенью обоснованности* и подтверждаются эмпирическим материалом, выводами, содержащимися в трудах отечественных и зарубежных правоведов, а также материалами законотворческой и правоприменительной практики.

Следует отметить стремление соискателя осмыслить результаты проведенного исследования с точки зрения их практического применения. Обоснованные в диссертации теоретические выводы позволили автору на их

основе сформулировать практические рекомендации органам государственной власти (с. 218-219, 276-277, 345 и др.), направленные на повышение эффективности и совершенствование правовых основ их деятельности.

*Достоверность и научная новизна* положений, выводов и рекомендаций, сформулированных диссертантом, обусловлены логично выверенной структурой диссертационного исследования, соответствующего требованию наличия внутреннего единства. Наиболее существенные научные результаты получены лично соискателем по итогам комплексного теоретико-правового анализа правового усмотрения и обоснованы широкой источниковедческой базой. Она включает в себя значительный массив нормативно-правовых, правоприменительных и интерпретационных актов, многочисленные научные источники, включая зарубежные и периодические, обширную подборку диссертаций и авторефератов диссертаций, электронные ресурсы.

К элементам научной новизны диссертации А.А. Никитина, на наш взгляд, можно отнести:

- авторское определение понятия «правовое усмотрение» (с. 16, 61);
- проведенную соискателем типологизацию и обширную классификацию правового усмотрения (с. 16-18, 52-59);
- оригинальный взгляд на причины правового усмотрения: выделение объективных, включающих исторические, сущностно-правовые и причины, обусловленные сложившейся правовой системой общества, и субъективных причин (с. 18-19, 63-74);
- новаторское исследование правотворческой разновидности усмотрения, включающее разработку дефиниций «законотворческое усмотрение» и «правотворческое усмотрение», анализ механизма формирования данной разновидности дискреции и изучение ее специфических пределов (с. 19-21, 147-148 и др.);
- предложенная диссертантом авторская трактовка судебного усмотрения как особой разновидности правоприменительной дискреции,

которая при определенных условиях может включать правотворческую и интерпретационную составляющие (с. 23-24, 332-333);

– обстоятельный анализ правомерной, маргинальной и противоправной моделей поведения, являющихся внешним выражением выделенного автором субъективно-поведенческого типа усмотрения (с. 26, 397-407 и др.);

– другие выводы, содержащиеся в диссертации, включая положения, вынесенные соискателем на защиту.

*Теоретическая значимость исследования* предопределяется объективной потребностью в обобщении имеющихся знаний о правовом усмотрении. Полагаем, что проведенное Никитиным А.А. исследование будет способствовать расширению и систематизации знаний о правовой дискреции, а также обогащению теоретических положений, относящихся к целому комплексу важных проблем юридической науки, затронутых в диссертации.

*Практическое значение* полученных диссертантом результатов заключается в возможности их использования для совершенствования российского законодательства, повышения эффективности деятельности государственных и муниципальных органов, должностных лиц, а также иных субъектов права, оптимизации правореализационной практики.

*Структурное построение диссертации* представляется вполне логичным. Работа состоит из введения, пяти глав, объединяющих шестнадцать параграфов, заключения и библиографического списка.

Во **введении** автор убедительно обосновывает актуальность темы исследования, освещает степень ее научной разработанности, удачно определяет объект, предмет, цель и задачи исследования, обстоятельно раскрывает научную новизну исследования, формулирует положения, выносимые на защиту, аргументирует теоретическую и практическую значимость диссертации.

Первая глава **«Усмотрение в праве как объект теоретико-правового исследования»** включает четыре параграфа, в которых соискатель изучает

целый ряд общетеоретических вопросов, являющихся отправной точкой для дальнейшего исследования правовой дискреции.

Вполне обоснованным представляется выделение диссертантом 7 признаков правового усмотрения, характеризующих данное явление (с. 43-49). Они выделены на основе существующих в научной литературе подходов к определению правового усмотрения (или его отдельных разновидностей: правоприменительного, судебного и т.д.), которые соискатель подверг глубокому критическому анализу. Отталкиваясь от данных признаков, Никитин А.А. сформулировал авторскую дефиницию правового усмотрения, определил его типы и провел видовую классификацию.

Представляется интересным определение, данное диссертантом пределам правового усмотрения. Рассматривая пределы правового усмотрения как правовые, морально-правовые и внеправовые границы, в рамках которых дискреция субъекта будет являться правомерной (с. 93-94), соискатель, наряду с классификацией, отраженной в определении, выделяет внутренние и внешние (с. 85-86), количественные и качественные пределы (с. 86-87). Следует согласиться с точкой зрения автора, относящего к числу правовых пределов усмотрения законность и правопорядок (с. 94-95), группу нормативно закрепленных границ (принципы права, нормы-цели, исчерпывающие перечни, прямо выраженные запреты и др.), коллизийные нормы и выработанные юридической наукой и практикой правила преодоления пробелов в праве (с. 101-102), пределы, обусловленные законодательно установленной компетенцией органа (должностного лица), результаты толкования юридических норм (с. 105), а также устоявшиеся в юридической практике типовые решения (с. 106).

Нельзя не согласиться и с выводами соискателя о наличии отличий усмотрения, реализуемого в частном праве, от дискреции, осуществляемой в публичном праве (с. 122-123).

Вторая глава диссертации «Усмотрение в сфере правотворчества» содержит четыре параграфа, посвященных реализации дискреции в процессе создания норм права и систематизации нормативно-правовых актов.

В начале данной главы Никитин А.А. ставит вопрос о допустимости усмотрения в законотворческой деятельности, являющейся стержневым элементом правотворчества, и дает на него аргументированный ответ (с. 124-127). Постановка и решение названного вопроса представляются важными элементами в обосновании автором наличия особой разновидности правового усмотрения – правотворческой (законотворческой).

Заслуживают одобрения и предложенные диссертантом варианты распределения ответственности (позитивной или негативной) за принятие неэффективного закона между различными субъектами, объединенными понятием «законодатель» (с. 130-138).

Представляет интерес разработанная соискателем теоретическая модель механизма формирования законотворческого усмотрения (с. 138-147), позволяющая акцентировать внимание на ключевых вопросах, решаемых законодателем в процессе правотворчества, для последующей оценки степени их влияния на полученный результат.

Следует поддержать идею автора о специфике пределов, ограничивающих правотворческое усмотрение (с. 149). Соискатель справедливо отмечает, что такой предел правовой дискреции как законность и правопорядок будет по-разному ограничивать правотворческое усмотрение и, например, правоприменительное (с. 151-155). Кроме того, существуют границы, актуальные, в первую очередь, именно для правотворческой дискреции. Среди них диссертант выделяет положения собственно норм Конституции РФ (с. 155-166) и положения, производные от конституционных норм (с. 166-172), а также принципы права (общеправовые, межотраслевые, отраслевые).

Отдельное внимание в работе Никитин А.А. уделяет вопросу усмотрения в процессе систематизации законодательства. Можно согласиться

с автором, отмечающим в числе обстоятельств, неразрывно связывающих правотворчество и систематизацию нормативно-правовых актов, то, что эти процессы могут выступать альтернативными путями достижения отдельных результатов, выбор между которыми принадлежит уполномоченному субъекту (с. 202-204). Диссертант выделяет плюсы и минусы «чистого» правотворчества и систематизации законодательства для получения соответствующего результата, которые могут представлять интерес для лиц, осуществляющих такой выбор (с. 210-213).

В рассматриваемой части диссертации соискатель формулирует оригинальные определения таких понятий как «законотворческое усмотрение» и более общее – «правотворческое усмотрение» (с. 147-148), «пределы правотворческого усмотрения» (с. 177), «усмотрение субъекта при осуществлении систематизации законодательства» (с. 220). Данные определения могут быть востребованы в рамках дальнейших исследований проблем дискреции, а также смежных вопросов: правотворчества, систематизации нормативно-правовых актов и др.

Третья глава диссертационной работы **«Усмотрение в правоприменительной деятельности»** состоит из пяти параграфов.

В рамках названной проблематики диссертант предлагает основанную на общем определении правовой дискреции авторскую трактовку правоприменительного усмотрения (с. 222), а также формулирует дефиницию механизма формирования правоприменительного усмотрения (с. 250) и обстоятельно исследует его структуру (с. 225-249). Заслуживает одобрения вывод соискателя, полагающего, что основные элементы механизма формирования рассматриваемого вида дискреции соответствуют стадиям правоприменительного процесса (с. 250).

Следует согласиться с обозначенными Никитиным А.А. факторами, обуславливающими повышенную потребность в толковании юридических норм (с. 251-257). На наш взгляд, особенно характерной проблемой современной российской правовой системы, отмеченной автором, является

чрезмерное увеличение числа законов и подзаконных нормативно-правовых актов. Также представляется верным вывод диссертанта о зависимости результатов толкования правовой нормы от определенного интерпретатором круга вопросов, подлежащих выяснению (с. 268-269). Интерпретируя ту или иную правовую норму в процессе применения, субъекты произвольно выбирают те обстоятельства, которые необходимо уяснить (например, не всегда качественно анализируются системные связи интерпретируемой нормы), что приводит к отсутствию единообразия в правоприменительной практике. Да и субъекты, дающие официальные разъяснения юридических норм, могут допускать подобные ошибки.

Представляет научный интерес проведенный соискателем анализ зависимости усмотрения правоприменителя от сложившейся в обществе правовой системы. Положив в основу изучения классическую группировку правовых систем в семь, автор делает обоснованные выводы о специфике усмотрения правоприменителей в романо-германских (с. 284-290), англосаксонских (с. 291-297) правовых системах, а также в системах религиозного (с. 301-303) и традиционного права (с. 305-308).

Отличается самобытностью и подход диссертанта к определению судебного усмотрения. В качестве основных признаков названной разновидности дискреции Никитин А.А. выделяет следующие: субъектом, реализующим усмотрение, должен быть носитель судебной власти (с. 310); дискреция осуществляется в рамках функций (полномочий) судебной власти (с. 313); формирование и реализация усмотрения происходит в строгих процедурных формах (с. 315); возможность сочетания правоприменительной составляющей с правотворческой и (или) интерпретационной (с. 322); обусловленность реализации судебного усмотрения дискрецией других субъектов (с. 329); способность выступать в качестве ограничителя усмотрений других лиц (с. 330). Анализ перечисленных признаков позволил автору сформулировать оригинальную дефиницию судебного усмотрения (с. 332-333).

Отдельно диссертант изучает вопрос соотношения судебного усмотрения и судебного прецедента. Сравнивая признаки судебного усмотрения и свойства судебного прецедента, автор приходит к выводу, что создание судебного прецедента является особой разновидностью усмотрения судебных органов (с. 356).

Четвертая глава «Усмотрение субъекта права при выборе формы правового поведения» объединяет три параграфа, посвященных отдельным аспектам осуществления дискреции вне правотворческой и правоприменительной сфер.

Данную часть диссертационной работы Никитин А.А. начинает с изучения беспрепятственных форм реализации права и специфики осуществления усмотрения в них. Диссертант исходит из широко распространенного в теории государства и права подхода, различающего такие беспрепятственные формы реализации, как соблюдение, исполнение и использование. Рассматривая соблюдение права в качестве наиболее общей формы его реализации, соискатель предлагает выделять в ней два вида: общепривычное соблюдение и конкретно-волевое (с. 367-368). Полагаем, что такая точка зрения вполне оправдана, поскольку характеристика соблюдения исключительно как обыденного поведения, при котором субъектами не нарушаются существующие запреты, в современных условиях не достаточно полная. Правовые запреты становятся все более сложными, требующими от субъекта понимания от каких именно действий необходимо воздерживаться. Исходя из этого, автор справедливо отмечает, что конкретно-волевое соблюдение связано с нормативным типом усмотрения, поскольку лицо должно четко понимать смысл правовых норм, вводящих новые запреты, а общепривычное соблюдение, не требующее от субъекта точной юридической квалификации, находится во взаимосвязи с субъективно-поведенческим типом усмотрения (с. 369-370).

Такую форму реализации права, как исполнение, диссертант рассматривает, прежде всего, в качестве выражения нормативного типа

дискреции (с. 373). В этой связи, соискатель полагает, что усмотрения при исполнении правовых норм формируется аналогично формированию правоприменительного усмотрения, т.е. содержит те же основные элементы (с. 373).

Автор указывает, что использование права обладает наибольшей дискреционностью по сравнению с другими формами реализации, поскольку претворение субъектом в жизнь управомочивающей нормы осуществляется добровольно, исходя из собственного интереса (с. 377-378). Это предполагает, что в качестве элементов в механизм формирования усмотрения включается еще ряд вопросов, которые диссертант рассматривает на с. 378-379.

Соискатель анализирует правовое поведение как форму выражения усмотрения в праве. Основываясь на классическом научном понимании правового поведения, автор определяет производное понятие – «общая модель правового поведения» (с. 389-391). Представляется интересной позиция Никитина А.А., что именно одна из разновидностей общей модели правового поведения (правомерная, маргинальная, противоправная) является внешней формой выражения субъективно-поведенческого типа усмотрения (с. 391-392, 397-404). Также диссертант предлагает особую теоретическую модель механизма формирования субъективно-поведенческого типа усмотрения, отличного от механизмов формирования правотворческой и правоприменительной дискреции (с. 394-397).

Отдельное внимание в работе уделено специфике усмотрения лиц, злоупотребляющих правом, и лиц, действующих в обход закона. Обход закона и злоупотребление правом автор рассматривает в качестве противоправных (дефектных) способов реализации права (с. 417, 429-431). При этом, механизм формирования усмотрения лиц, действующих в обход закона, по мнению диссертанта, обладает спецификой, включает две части и содержит двойное количество элементов (с. 417-421). Заслуживает поддержки точка зрения соискателя, который связывает особенности усмотрения субъектов, злоупотребляющих правом, не с особой структурой механизма формирования

дискреции, а с целью действий лица, оказывающей определяющее влияние на его выводы (с. 431-433).

Глава пятая «**Законность и правовое усмотрение**» деления на параграфы не имеет. В данной части работы Никитин А.А. анализирует взаимодействие указанных правовых явлений.

Следует согласиться с диссертантом, отмечающим неоднозначность влияния правового усмотрения на законность, ошибочность его односторонней негативной оценки (с. 438). В частности, справедливым представляется вывод о необходимости наделения органов контроля и надзора оптимальным объемом дискреционных полномочий, позволяющим обеспечивать эффективность их деятельности (с. 443-446). Избыточное ограничение усмотрения контролирующих и надзирающих органов ослабляет их и снижает результативность работы. Заслуживает поддержки и точка зрения соискателя о невозможности стопроцентной замены человека-правоприменителя технологиями искусственного интеллекта, поскольку, с одной стороны, сами технологии еще не совершенны (с. 449-452), а с другой – существуют и развиваются правовые льготы и преимущества, установление и реализация которых связана с усмотрением (с. 452-454).

В **заключении** автор формулирует общие выводы и намечает перспективные направления дальнейшего анализа данной тематики.

В целом диссертацию А.А. Никитина можно охарактеризовать как самостоятельное, завершённое научное исследование, носящее концептуальный характер и соответствующее докторскому уровню. Его результаты могут быть использованы в процессе преподавания «Теории государства и права» и других юридических дисциплин, а также в правотворческой и правоприменительной деятельности.

Вместе с тем, как и всякая творческая работа, представленное диссертационное исследование содержит положения, которые не могут не вызывать критических замечаний.

1. Автор не всегда учитывает в своей работе, что в процессе применения нормы права к конкретному случаю некоторая степень усмотрения присутствует всегда, так как сопоставление общего и частного представляет собой вовсе не установление логического тождества, а, как справедливо отмечает автор, «усмотрение тождества» (Положение 4 на с.18 диссертации), что предполагает определенный творческий компонент мыследеятельности. Это действительно творческий процесс – достаточно изучить сочинения по юридической герменевтике Ганса Гадамера и Артура Кауфмана.

Соотнесение нормы права к конкретному случаю не является логической процедурой, так как дедуктивный вывод возможен только если обе посылки имеют дескриптивный статус, а любая норма представляет собой предписание. Каждая норма является общим, а жизненный случай – частное. Чтобы сказать, что перед нами часть целого, необходимо знать это целое, но знать целое возможно, только зная все его части. Следовательно, усмотрение присутствует всегда в процессе применения нормы к конкретному случаю: соотнесение элемента множества (казус) с элементами неоконченного множества (норма права) представляет собой мыслительную процедуру, именуемую аналогией (соразмерность, подобие, сходство) и имеет интуитивную основу, пусть и в минимальной степени.

Невозможно представить себе без усмотрения и процесс толкования нормы, так как любая норма представляет собой результат оценки социальной действительности и без субъективной творческой оценки не может быть применена. Следовательно, законность не может быть признана пределом или границей усмотрения: в противном случае возникает логически порочный круг. Истолкование законности усмотрения будет в себе также содержать долю усмотрения, а эта доля усмотрения, в свою очередь, также должна быть законной и т.д.

2. Если, как утверждает автор, «усмотрение представляет собой результат интеллектуально-практической волевой деятельности, представляющий собой решение, выбранное на основе представлений и (или) знаний о *предписаниях правовых норм* (курсив мой – А.О.)» (положение №1, выносимое на защиту), то правотворческое усмотрение, заключающееся в создании новых предписаний, вряд ли вписывается в данное автором определение.

3. Автору необходимо подробнее аргументировать вывод о том, что только судебное усмотрение как особая разновидность правоприменительной дискреции может сочетать в себе правотворческую и интерпретационную составляющую (Положение 12 – с. 23-24; с. 322-329). Элемент творчества присутствует в каждой интерпретации и в каждом правоприменении: установление понятий, входящих в норму – уже творчество. Любое правоприменение представляет собой «неявное правотворчество», так как конкретизируя норму права правоприменитель неявно создает норму, являющуюся результатом интерпретации фактических обстоятельств дела в контексте норм действующего права и результатов их толкования (герменевтический круг в процессе интерпретации текста). Такая рожденная в конкретном случае норма претендует на всеобщность, но подходит только для абсолютно идентичных ситуаций. Стоит ли особо выделять судебное правоприменение, если конечно автор не имеет здесь ввиду правоприменение, осуществляемое Конституционным Судом РФ, а также Верховным Судом РФ?

4. Предмет диссертационного исследования принято формулировать, конкретизируя объект, выделяя его грани, аспекты, контекстуальные формы. У соискателя объектом называются «урегулированные нормами» общественные отношения, а предметом «общие закономерности формирования правового усмотрения». Мало того, что понятие «закономерность» вряд ли применимо к интеллектуально-практической волевой деятельности человека, обладающего свободой воли. Так еще и предмет значительно шире объекта, так как «взаимосвязь с юридическими

нормами» в формулировке предмета рассматривается как дополнительная посредством связки «а также». Да и в диссертации общие закономерности формирования правового усмотрения автором рассматриваются не только во «взаимосвязи с юридическими нормами», но и в связи с их созданием, то есть правотворчеством: см. о правотворческом усмотрении (с.124-221).

Необходимо отметить, что высказанные замечания и пожелания носят полемический или частный характер и ни в коей мере не сказываются на весьма высокой общей положительной оценке работы, высказанной ранее.

Диссертация носит творческий, самостоятельный характер и выполнена на высоком теоретическом уровне.

Основные научные результаты диссертационного исследования опубликованы автором в 8 монографиях, включая коллективные с разделенным участием, 26 статьях в ведущих рецензируемых научных журналах и изданиях, рекомендованных ВАК при Минобрнауки России для опубликования основных научных результатов диссертаций, зарубежной публикации и иных работах. Содержание публикаций и автореферат соответствуют теме диссертации.

Диссертация Никитина Александра Александровича «Правовое усмотрение: теория, практика, техника» является единолично выполненным, самостоятельным, законченным научным исследованием, научно-квалификационной работой, в которой на основании выполненных автором исследований разработаны теоретические положения, совокупность которых можно квалифицировать как научное достижение, имеющее важное научно-практическое значение, вносящие существенный вклад в развитие науки теории государства и права. Диссертационная работа выполнена по профилю специальности 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве и соответствует требованиям к диссертациям на соискание ученой степени доктора юридических наук, установленным разделом II Положения о присуждении ученых степеней, утвержденного

Постановлением Правительства Российской Федерации от 24 сентября 2013 г. № 842 (в ред. от 11 сентября 2021 г.).

Автор диссертации Александр Александрович Никитин заслуживает присуждения ему ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве.

**Официальный оппонент –**

заведующий кафедрой теории и истории государства и права ФГАОУ ВО «Южный федеральный университет», доктор юридических наук, профессор



А.И. Овчинников

«6» декабря 2021 г.



лично подписано  
и удостоверяю  
научный секретарь Совета  
Южного федерального университета  
Мирошниченко О.С.

*Овчинников А.И.*

**Сведения об официальном оппоненте**

Овчинников Алексей Игоревич

Ученая степень: доктор юридических наук (специальность 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве).

Ученое звание: профессор.

Место работы: федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Южный федеральный университет», заведующий кафедрой теории и истории государства и права.

Адрес: 344006, г. Ростов-на-Дону, ул. Большая Садовая, 105/42.

Тел.: +7 928 279 36 28.

e-mail: ayovchinnikov@sfedu.ru

## Сведения об официальном оппоненте:

1. Овчинников Алексей Игоревич

2. Доктор юридических наук (юридические науки, 12.00.01 – теория и история права и государства, история учений о праве и государстве)

3. Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Южный федеральный университет», заведующий кафедрой теории и истории государства и права

4. Основные публикации официального оппонента по теме диссертации за последние 5 лет в рецензируемых научных изданиях:

1. *Овчинников А. И.* Безопасность личности и государства в цифровую эпоху: политико-правовой аспект // Журнал российского права. 2020. № 6. С. 5-21.
2. *Овчинников А. И., Воронцов С. А.* Антикоррупционная правовая политика России: на пути к цифровизации // Законность. 2020. № 11. С. 56-59.
3. *Овчинников А. И., Хакимов И. А.* Правоприменение, искусственный интеллект и контекстуальное значение принципов права // Юридическая техника. 2020. № 14. С. 481-484.
4. *Овчинников А. И.* Искусственный интеллект в правоприменительной деятельности: возможности, пределы и перспективы // Стратегическое развитие системы МВД России: состояние, тенденции, перспективы: сб. статей Международной научно-практической конференции, Москва, 23 октября 2020 г. / Под общ. ред. И. Г. Чистобородова, А. Л. Ситковского, В. О. Лапина. – М.: Академия управления Министерства внутренних дел Российской Федерации, 2020. С. 573-582.
5. *Овчинников А. И.* Противодействие коррупции в условиях цифровизации: возможности, перспективы, риски // Журнал российского права. 2019. № 11. С. 158-170.
6. *Овчинников А. И.* Риски в процессах цифровизации права // Юридическая техника. 2019. № 13. С. 257-261.
7. *Ovchinnikov A. I., Kravchenko A. G., Mamychev A. Y.* Risks in the processes of digitalization of law and supply chain strategy in economic relations // International Journal of Supply Chain Management. 2019. Vol. 8. № 6. P. 513-518.
8. *Овчинников А. И.* Тенденции развития права в условиях нового технологического уклада // Философия права. 2018. № 3. С. 26-32.
9. *Овчинников А. И., Фатхи В. И.* Право и цифровая экономика: основные направления взаимодействия // Философия права. 2018. № 3. С. 128-134.
10. *Овчинников А. И.* Формирование правового мышления будущих нормотворцев в контексте развития юридического образования России // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 2. С. 343-346.

В диссертационный совет Д 212.239.02  
при федеральном государственном бюджетном  
образовательном учреждении высшего образования  
«Саратовская государственная юридическая академия»  
410056, г. Саратов, ул. Чернышевского, 104

## **ОТЗЫВ**

**официального оппонента на диссертацию**

**Никитина Александра Александровича**

**«Правовое усмотрение: теория, практика, техника»,**

представленную на соискание ученой степени доктора юридических наук  
по специальности 12.00.01 – теория и история права и государства;  
история учений о праве и государстве. Саратов, 2021. 514 с.

Диссертация А.А. Никитина посвящена исследованию важных и актуальных онтологических, методологических и практических проблем, стоящих на пути определения и оперирования такой правовой категорией, как усмотрение. Несмотря на употребление термина «усмотрение» в нормативных правовых актах, применение в судебной и административной деятельности, использование в юридической литературе общетеоретического и отраслевого характера, трактовка дискреции в праве отнюдь не однозначна (что явно затрудняет нормотворчество и наносит очевидный вред правовому регулированию). Однако без концептуального уяснения фундаментальных вопросов правового усмотрения не может быть достигнута надлежащая ясность ни в юридической доктрине, ни в законодательстве, ни в правоприменении. Прежде всего, речь идет о сущности усмотрения (это деятельность, состояние, право или некая их совокупность?), разные подходы к пониманию которой приводят к дефинитивной какофонии: предлагаемые определения не согласуются друг с другом не только в «деталях», но зачастую и в базисе. Не в полной мере ясно, каково содержание дискреции и как она соотносится со «смежными» правовыми категориями.

На доктринальном уровне научные исследования проблем усмотрения в праве в основном носят узкоотраслевой характер (по большей степени локализованный в рамках процессуальных наук, судопроизводства и судейского усмотрения). Между тем, от того, насколько разработаны в теории государства и права общие закономерности регламентации, формирования и осуществления правового усмотрения, в какой степени исследованы теоретико-концептуальные вопросы природы, сущности и содержания, причин, типов, видов и форм проявления усмотрения в правовом регулировании, определены с философской и социально-юридической точек зрения критерии и пределы реализации усмотрения в праве, зависит во многом уровень законности и правопорядка в стране.

А.А. Никитиным на уровне теории государства и права предпринята успешная попытка системного и комплексного исследования концептуальных основ усмотрения в праве как общеправового феномена, проявляющегося во всех сферах юридической деятельности, включая вопросы генезиса, природы, сущности, содержания, видов и теоретической модели правового усмотрения, пределов, механизма формирования и осуществления усмотрения на всех стадиях правового регулирования. Речь идет о многостороннем, углубленном анализе тех вопросов (в том числе и принципиального свойства) в исследуемой области, которые до настоящего времени продолжают оставаться дискуссионными, нуждаются в уточнении и теоретико-правовом осмыслении. А.А. Никитин провел фундаментальное исследование, восполнив тем самым существующие пробелы в общетеоретической концепции правового усмотрения.

Интересна структура диссертации, в которой определены исходные позиции, служащие раскрытию предмета исследования. Четко очертив рамки научного поиска и сформулировав основные направления исследования (с. 7-11), А.А. Никитин последовательно и глубоко в оригинальной научно-практической интерпретации рассматривает широкий круг таких важных и

сложных проблем, как: объективные и субъективные причины усмотрения в праве; типы и виды правового усмотрения; пределы правового усмотрения; общие и специфические черты усмотрения, реализуемого в сфере публичного и в сфере частного права; допустимость усмотрения в законотворческом процессе; механизм формирования правоприменительного усмотрения; характер и степень зависимости усмотрения правоприменителя от особенностей правовой системы; соотношение судебного усмотрения и судебного прецедента; влияние правового усмотрения на состояние законности; и многие другие теоретико-методологические и практические проблемы усмотрения в праве, формирующие новую научную концепцию, в рамках которой усмотрение позиционируется в качестве общеправового явления, выступающего необходимым условием правотворческой, интерпретационной, правореализационной, в том числе и правоприменительной деятельности.

Важным аспектом рецензируемой диссертации является исследование усмотрения в праве как объекта научного познания (с. 31-62). На основе проведенного аналитического обзора научно-методологических подходов в юриспруденции к определению понятий усмотрения вообще и правового усмотрения в частности, выявленных характерных признаков в диссертации формулируется авторское определение правового усмотрения «как результата интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта (индивидуального или коллективного), выбранного на основе представлений и (или) знаний о предписаниях правовых норм решение по вопросу, имеющему юридическое значение, и выраженного в определенных деяниях в правотворческой, правореализационной и правоинтерпретационной сферах, либо в общей модели правового поведения данного субъекта» (с. 61).

Автор прав, когда делает вывод о синонимичности конструкций «усмотрение в праве» и «правовое усмотрение» («юридическое усмотрение») в качестве методологической основы своего диссертационного исследования,

обосновывая ошибочность отождествления термина «усмотрение в праве» лишь с нормативно закрепленным правом на дискрецию. С этих методологических позиций в диссертации выделяются и анализируются объективные (неустранимые) и субъективные (корректируемые) причины усмотрения, обуславливающие существование правового усмотрения (с. 63-81).

Новаторским характером отличаются положения диссертации, посвященные определению, классификации, анализу правовых, морально-правовых и внеправовых границ усмотрения в праве (с. 82-106). По справедливому мнению А.А. Никитина, правовыми пределами усмотрения являются: 1) законность и правовой порядок, выступающие в качестве общей универсальной внешней границы дискреции; 2) принципы права, нормы-цели, закрытые (исчерпывающие) перечни вариантов действия, прямые запреты, сервитуты, уточнения, относящиеся к оценочным категориям, исключения (как правило, нормы изъятия); 3) коллизионные нормы и разработанные правила преодоления пробелов в праве; 4) компетенционные пределы, распространяющиеся на усмотрение органов и должностных лиц; 5) официальное толкование норм права, данное уполномоченным органом; 6) устоявшиеся типовые решения, сложившиеся в юридической практике.

В диссертационной работе представлено авторское видение специфики правотворческой дискреции, ее пределов, а также вопросов усмотрения при систематизации нормативных правовых актов, определении целей законодательных актов и выборе средств их достижения. Прежде всего, заслуживают поддержки суждения и выводы диссертанта о механизме формирования законотворческого усмотрения (с. 138-147), о комплексе правовых, морально-правовых и внеправовых (социальных, финансово-экономических, политических) ограничениях, выступающих границами правотворческого усмотрения (с. 149-177), об ошибках, допускаемых в правотворческой деятельности при определении целей нормативных

правовых актов (с. 184-191), о положительных и отрицательных проявлениях дискреции в рамках процесса систематизации (с. 210-220).

При исследовании правоприменительного усмотрения особое внимание акцентируется на особенностях реализации усмотрения в основных семьях правовых систем: романо-германской, англосаксонской, семье религиозного права и традиционного (обычного) права (с. 278-308). А.А. Никитин убедительно обосновывает, и с ним нельзя не согласиться, что особенностями 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 (с. 309).

В диссертации предлагается отличающаяся новизной трактовка судебного усмотрения, учитывающая не только правоприменительный, но и интерпретационный и правотворческий аспекты. Судебное усмотрение, на взгляд А.А. Никитина, представляет собой 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 (с. 332-333). Оценки А.А. Никитина состояния судебной власти и основных направлений совершенствования судебной деятельности характеризуются компетентностью и высокой степенью профессионализма. Обращает на себя внимание доскональное знание соискателем не только законодательства, но и практики его применения, что усиливает практическую ценность рецензируемой работы.

Целостность авторской концепции правового усмотрения придает исследованию осуществления правового усмотрения субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями, в процессе реализации правовых норм (с. 357-381). 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). Теоретически и практически значимы положения диссертации, посвященные исследованию субъективно-поведенческого типа усмотрения, осуществление которого предполагает выбор правомерной, маргинальной или противоправной модели поведения (с. 381-408).

Все изложенное обусловило высокий научный уровень рецензируемого диссертационного исследования, в котором содержится не только постановка новых вопросов, но и обоснованы предложения по их разрешению. При этом А.А. Никитин не уходит от полемических моментов исследуемой темы, соблюдая в споре со своими научными оппонентами добросовестность и такт. Вместе с тем, как и всякое самостоятельное творческое исследование, работа не свободна от некоторых неоправданных умолчаний и спорных тезисов.

1. Представляется, что заявленная цель диссертации – формирование научной концепции правового усмотрения – предполагает рассмотрение и негативных аспектов влияния свободы усмотрения на правовое регулирование. Справедливости ради следует отметить, что в диссертации обозначается наличие в юридической науке и в общественном мнении точки зрения о необходимости ограничения усмотрения в праве (с. 33), о восприятии правового усмотрения в качестве негативного явления (с. 4), об отождествлении усмотрения с произволом (с. 6). Однако, в дальнейшем этот

аспект правового усмотрения, выступающий, например, причиной коррупционных правонарушений, исследуется лишь фрагментарно в связи с выявлением причин, пределов, форм усмотрения в праве.

2. Требуется уточнения перечень исторических объективных причин субъективно-поведенческого типа правового усмотрения (с. 63-64). На наш взгляд, выбор правомерного или противоправного типа правового поведения наряду с внутренними качествами и свойствами самой личности (свобода воли, разумность) определяется разнообразными противоречиями общественной жизни (прежде всего, выражающиеся в социально-экономической дифференциации населения), дестабилизирующими нормальное функционирование социальной среды и индивида.

3. В диссертации пределы усмотрения в законотворческой деятельности определяются оценочными конструкциями: «лица, участвующие в законотворческой деятельности, наделены *достаточной* степенью свободы выбора вариантов поведения в процессе разработки и принятия законов» (с. 127). Подобные формулировки не позволяют получить ответ на вопрос о том, возможно ли установление юридической ответственности (вплоть до уголовной) за принятие некачественного, социально неадекватного законодательного акта. Или парламентский индемнитет не допускает ограничение свободы усмотрения депутатов при осуществлении ими законодательных полномочий?

4. В диссертации термины «судебное усмотрение» и «судейское усмотрение» рассматриваются в качестве синонимов (с. 313). Действительно, это во многом совпадающие понятия, но не полностью. И дело здесь не столько в индивидуальном или коллегиальном порядке судопроизводства (с. 312), сколько в механизме проявления усмотрения. Так, вердикт суда с участием присяжных заседателей как форма судебного усмотрения в отличие от постановления профессионального судьи (или коллегии

профессиональных судей) не связан такими критериями и пределами судебского усмотрения, как законность, обоснованность, мотивированность.

5. Спорно непризнание автором актов Конституционного Суда РФ в качестве судебного прецедента (с. 326, 350). Постановления Конституционного Суда РФ обладают, с нашей точки зрения, всеми признаками судебного прецедента, а именно: представляют собой официально опубликованные судебные акты, принятые судом высшей инстанции по результатам рассмотрения конкретного дела, содержащие в себе нормативные положения, обязательные как для судов общей юрисдикции и арбитражных судов, так и всех иных органов публичной власти и должностных лиц. Обращение к процессуальному законодательству и официальной судебной практике подтверждает процесс постепенной формализации прецедентной системы на основе правовых позиций, содержащихся в постановлениях Конституционного Суда РФ, Европейского Суда по правам человека, Президиума Верховного Суда РФ.

6. Вызывает сомнение обоснованность придания в диссертации цивилистической конструкции «обход закона» (ст. 10 Гражданского кодекса РФ) общеправового характера (с. 411). В отличие от имущественных и тесно связанных с ними личных неимущественных правоотношений в отраслях публичного права (прежде всего, уголовного и административного права) режим правового усмотрения граждан и их объединений определяется формулой, выработанной еще в римском праве, «нет преступления без указания об этом в законе» («*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*») и положением, отраженным в ст. 5 Французской Декларации прав человека и гражданина 1789г. и ставшим сегодня аксиомой, «все, что не запрещено законом, то дозволено».

Высказанные замечания носят дискуссионный, либо частный характер и не снижают научную и практическую ценность рецензируемого диссертационного исследования. Цели и задачи, поставленные А.А.

Никитиным, решены полностью, выводы аргументированы. Положения, которые выносятся на защиту, убедительны и воспринимаются как достоверные и обоснованные, обладают научной новизной, свидетельствуют о личном и значительном вкладе диссертанта в решение важных и актуальных вопросов современной юридической науки. Содержание и основные результаты диссертационного исследования адекватно отражены как в автореферате, так и в более чем 50 научных публикациях, в том числе в 8 монографиях и 26 статьях в рецензируемых научных изданиях, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора наук, докладывались на научно-практических конференциях, форумах, «круглых столах» международного, всероссийского и межрегионального уровня. Подчеркивая одну из линий практической значимости работы, можно с удовлетворением констатировать, что выводы, сделанные автором, не умозрительны, а опираются на анализ правовых преобразований в современной России, процессов законотворчества, правореализации и правоприменения.

Все изложенное позволяет сделать вывод о том, что диссертационная работа Никитина Александра Александровича, представленная на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве, выполненная на тему: «Правовое усмотрение: теория, практика, техника», является научно-квалификационной работой, в которой решена крупная научная проблема, имеющая важное государственно-правовое значение. Диссертация соответствует требованиям, предъявляемым к диссертациям на соискание ученой степени доктора юридических наук разделом II Положения о порядке присуждения ученых степеней, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 24 сентября 2013г. № 842 (в ред. от 11 сентября 2021г.), обладает внутренним единством, содержит новые научные результаты и положения, вынесенные на публичную защиту.



## Сведения об официальном оппоненте:

1. Фомин Алексей Александрович

2. Доктор юридических наук (юридические науки, 12.00.01 – теория и история права и государства, история учений о праве и государстве)

3. Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Санкт-Петербургский государственный университет», профессор кафедры конституционного и административного права

4. Основные публикации официального оппонента по теме диссертации за последние 5 лет в рецензируемых научных изданиях:

1. *Фомин А. А.* Право на судебную защиту как конституционный принцип правосудия (на примере гражданского процесса) // Вестник гражданского процесса. 2021. Т. 11. № 1. С. 89-106.
2. *Фомин А.А.* Проблемы определенности позитивного правового регулирования в сфере безопасности // Государственно-правовые исследования. 2021. Вып. 4. С. 90-94.
3. *Фомин А. А.* Угрозы криминальной безопасности в государственном правоохранительном механизме обеспечения национальной безопасности // Современное право. 2019. № 7-8. С. 44-50
4. *Фомин А. А.* Право на безопасность и гарантии его реализации в условиях исключительных (чрезвычайных) режимов // Современное общество и право. 2019. № 1. С. 11-17.
5. *Фомин А. А.* Судебная власть в механизме национальной безопасности Российской Федерации // Правовое государство: теория и практика. 2019. № 1. С. 157-164.
6. *Фомин А. А.* Юридическая ответственность государственных органов и должностных лиц как гарантия конституционной безопасности // Правовая культура. 2019. № 2. С. 7-18.
7. *Фомин А. А.* Конституционно-правовая природа механизма обеспечения национальной безопасности в чрезвычайных ситуациях // Современное общество и право. 2018. № 3. С. 42-48.
8. *Фомин А.А.* Дефектность законотворческой деятельности как фактор разбалансированности системы российского законодательства // Отрасли законодательства и отрасли права Российской Федерации: общетеоретический, межотраслевой, отраслевой и историко-правовой аспекты: монография / под общ. ред. Р.Л. Хачатурова. М.: Юрлитинформ, 2017. С. 203-225.
9. *Фомин А.А.* Юридическая доктрина: состояние и перспективы использования в судебном правоприменении // Судебная реформа в России на рубеже XX-XXI веков: монография / под ред. В.А. Терехина. М.: Юрлитинформ, 2017. С. 326-336.
10. *Фомин А. А.* Нормативно-правовое обеспечение социальной помощи малоимущим и преодоления бедности в Российской Федерации // Современное общество и право. 2017. № 6. С. 71-77.