

ФГАОУ ВПО «Сибирский федеральный университет»
Юридический институт

На правах рукописи

Скударнов Алексей Сергеевич

**УСМОТРЕНИЕ В ПРОЦЕССЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ,
СВОБОД И ОБЯЗАННОСТЕЙ ГРАЖДАН
(И ИХ ОБЪЕДИНЕНИЙ)**

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

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель: доктор
юридических наук, профессор,
заслуженный работник высшей школы РФ,
почетный работник высшего
профессионального образования РФ
Шафиров Владимир Моисеевич

Красноярск – 2014

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	3
Глава 1. Общая характеристика усмотрения в процессе реализации права .	11
1.1. Формирование и развитие идеи усмотрения в процессе реализации права .	11
1.2. Закрепление усмотрения в официальных источниках отечественного права	37
1.3. Понятие усмотрения в процессе реализации права	57
Глава 2. Усмотрение в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями).....	71
2.1. Понятие усмотрения в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями)	71
2.2. Формы усмотрения в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями)	95
2.3. Пределы усмотрения в процессе осуществления индивидами (и их объединениями) своих прав, свобод и исполнения обязанностей	109
Глава 3. Усмотрение в процессе организации осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей гражданами со стороны органов публичной власти	124
3.1. Понятие усмотрения в действиях органов публичной власти.....	124
3.2. Формы усмотрения в действиях органов публичной власти.....	146
3.3. Пределы усмотрения при организации осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей гражданами со стороны органов публичной власти	164
Заключение.....	1834
Библиографический список.....	188

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность диссертационного исследования. Взятый Россией курс на модернизацию всех сторон общественной жизни, поставил перед юридической наукой и практикой важную задачу – переосмыслить те идеалы и ценности, которые наполняют образ отечественного права. Его дальнейшее развитие должно быть основано на современном, многоаспектном подходе к существующим правовым институтам, учитывающим особенности различных правовых теорий.

Общее направление для такого развития заложено в Конституции Российской Федерации. В ней Россия провозглашена правовым демократическим социальным государством, в котором права и свободы человека и гражданина неотчуждаемы, являются непосредственно действующими, определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления, обеспечиваются правосудием. Как отметил Президент России В. В. Путин в своем ежегодном Послании Федеральному Собранию Российской Федерации 12 декабря 2013 г.: «Конституция соединила два базовых приоритета – высочайший статус прав, свобод граждан и сильное государство, – подчеркнув их взаимную обязанность – уважать и защищать друг друга»¹.

Однако, несмотря на закрепление таких положений в Основном законе и их развитие в отраслевом законодательстве, должного воплощения на практике они, к сожалению, пока не получили. Безусловно, определенные достижения есть, и их немало, но пассивность граждан, необоснованное ограничение прав и свобод, неэффективная организующая деятельность органов публичной власти не так редки.

В такой правополитической ситуации особое значение приобретают те правовые средства, которые с одной стороны освобождают, раскрепощают человека, стимулируют к активному творческому поведению, в ходе которого он может проявить все свои способности и таланты, а с другой – способствуют активной и ква-

¹ Послание Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации от 12 декабря 2013 г. // Российская газета. 2013. 13 декабря.

лифицированной деятельности органов публичной власти при организации осуществления личностью принадлежащих ей прав и свобод. Свободные, образованные, активные люди и профессиональная система правоприменительных органов – основа гражданского общества и правового государства.

В систему мер обеспечения права входят многообразные юридические средства как позитивного, так и негативного плана, создающие условия для эффективной и благоприятной реализации прав и свобод. Отдельное место в такой системе занимает усмотрение.

Свобода выбора в сочетании с иными мерами обеспечения позволяет преодолевать необоснованные ограничения и препятствия в процессе осуществления прав, свобод и обязанностей, формализм правоприменителей, содействуя, в конечном счете, построению правового государства в России.

Степень научной разработанности темы. Отдельные аспекты усмотрения в процессе правореализации были предметом изучения как в общей теории государства и права, так и в отраслевых науках (конституционном, уголовном, административном праве и др.). В частности, достаточно подробно разработаны возможности судебных и иных правоприменительных органов действовать по своему усмотрению, а также пределы такого усмотрения. И это неудивительно, поскольку свобода в действиях органов публичной власти, а особенно способы ее ограничения, всегда вызывали научный и практический интерес.

Однако усмотрение как всеобщее, универсальное, комплексное правовое понятие, входящее не только в процесс применения права, но и осуществления прав, свобод и обязанностей гражданами (их объединениями) в отечественной науке по существу не исследовалось. Попытка осветить данную проблему под таким углом зрения предпринята в настоящей работе.

Теоретической основой диссертационного исследования послужили работы отечественных и зарубежных авторов. Комплексный характер изучаемой проблемы вызвал необходимость обратиться также к источникам в области философии, социологии, психологии.

При обосновании положений диссертации автор использовал работы отече-

ственных дореволюционных ученых: Б. А. Кистяковского, Н. М. Коркунова, П. И. Люблинского, С. А. Муромцева, П. И. Новгородцева, Л. И. Петражицкого, И. А. Покровского, Ф. В. Тарановского, Б. Н. Чичерина, Г. Ф. Шершеневича и др.

Особую значимость в процессе исследования имели труды Н. Н. Алексеева, А. Н. Бабенко, Н. Б. Зейдера, В. Н. Карташова, Р. З. Лившица, В. О. Лучина, А. В. Малько, Г. В. Мальцева, Н. И. Матузова, В. Д. Перевалова, В. А. Сапуна, М. К. Треушников, В. М. Шафирова и др.

Весомый вклад в изучение усмотрения и его пределов внесли С. С. Алексеев, Д. Б. Абушенко, В. Г. Антропов, Л. Н. Берг, А. А. Березин, А. Т. Боннер, С. Н. Братусь, Р. С. Вахитов, В. М. Ведяхин, Н. А. Власенко, Н. Н. Вопленко, В. Б. Гончаров, Ю. В. Грачева, В. Н. Дубовицкий, А. Ф. Евтихийев, К. П. Ермакова, В. В. Ершов, В. Б. Исаков, Т. В. Кашанина, М. И. Клеандрова, В. В. Кожевников, К. И. Комисаров, А. П. Коренев, В. В. Лазарев, Б. Н. Лапин, В. И. Леушин, А. А. Малиновский, В. М. Манохин, П. Г. Марцифин, О. А. Папкина, Н. С. Погорелова, В. Д. Подмосковный, А. И. Рарог, Е. В. Севастьянова, И. Н. Синякин, Ю. Н. Стариков, А. Б. Степин, Ю. А. Тарасенко, Ю. А. Тихомиров, О. И. Цибулевская, Д. М. Чечот, А. Б. Ярославский и др.

Исследованием вопросов усмотрения, прежде всего судебного, занимались зарубежные авторы А. Барак, Д. Фрэнк, Оливер Уэндел Холмс, К. Ллевеллин, Р. Паунд, К. Дэвис и др.

При формировании методологической концепции диссертации автор использовал также классические работы Фомы Аквинского, Аристотеля, Платона, Т. Гоббса, Д. Локка, И. Канта, Г. Гегеля, Ш. Монтескье.

Объектом диссертационного исследования является усмотрение как определенная в официальных источниках (формах) права свобода выбора в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан.

Предметом диссертационного исследования являются формирование и развитие идеи усмотрения, его понятие, особенности, формы и пределы при организации и непосредственном осуществлении прав, свобод и обязанностей гражданами (и их объединениями).

Цель диссертационного исследования – попытка с позиций современного (интегративного) правопонимания подойти к разработке общей теории усмотрения в процессе реализации права, показать позитивные и негативные стороны данной деятельности на практике.

Для достижения указанной цели необходимо решить следующие **задачи**:

– сформировать общее представление об усмотрении в процессе реализации права;

– проанализировать основные точки зрения на усмотрение в процессе реализации права, причины и условия, способствующие их формированию, предложить авторское определение изучаемой правовой категории;

– изучить специфику нормативного закрепления усмотрения в источниках российского права на разных исторических периодах и в действующем законодательстве;

– раскрыть особенности усмотрения при непосредственной реализации права гражданами и их объединениями, сформулировать понятие и признаки данного вида усмотрения;

– определить пределы усмотрения при непосредственной реализации права;

– изучить особенности усмотрения в действиях органов публичной власти при применении права, обосновать необходимость и условия наделения их свободой выбора;

– определить пределы усмотрения при применении права органами публичной власти.

Методологическую основу диссертации составили общенаучные, частнонаучные и специальные методы познания.

Среди общенаучных методов следует отметить анализ, синтез, системный подход, структурный, функциональный, дедукцию, индукцию, обобщение, абстрагирование. Их широкое использование позволило автору сформулировать общее понятие усмотрения, выделить его признаки, изучить особенности усмотрения в правореализующей деятельности граждан, их объединений и органов публичной власти. В основу изучения пределов свободы выбора в процессе реализа-

ции права были положены общенаучные методы.

При анализе нормативного закрепления усмотрения в разные исторические периоды в источниках отечественного права автором применялись сравнительно-правовой и исторический методы исследования. Данные методы использовались и при изучении различных научных взглядов и подходов к рассматриваемой проблеме.

Обогатило представление об усмотрении применение формально-юридического, аксиологического, прогностического, герменевтического и др. методов исследования, которые в совокупности позволили выявить положительные стороны свободы выбора и ее практическое значение на современном этапе развития отечественного государства и права.

В нормативную базу исследования вошли международно-правовые акты в области прав человека (Всеобщая декларация прав человека, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод), Конституция Российской Федерации, нормативные правовые акты Российской Федерации – федеральные конституционные законы («О судебной системе Российской Федерации», «Об арбитражных судах в Российской Федерации» и др.), федеральные законы («О полиции», «О прокуратуре», «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» и др.), кодексы (Гражданский кодекс Российской Федерации, Семейный кодекс Российской Федерации, Жилищный кодекс Российской Федерации и др.), акты министерств и ведомств.

Кроме того, в ходе подготовки диссертации автором анализировалось также отечественное дореволюционное законодательство и законодательство советского периода.

Эмпирическую основу диссертационного исследования составили материалы правоприменительной практики Конституционного Суда Российской Федерации, постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, а также практика нижестоящих арбитражных судов и судов общей юрисдикции.

Научная новизна исследования. В диссертации впервые предложена кон-

цепция усмотрения в процессе реализации права, соединяющая в себе общее и особенное в его проявлении у различных субъектов на разных стадиях претворения права в жизнь.

Наиболее значимые авторские суждения, отражающие научную новизну исследования, содержатся **в следующих положениях, выносимых на защиту:**

1. Усмотрение носит комплексный характер. Оно охватывает весь процесс индивидуального правового регулирования, протекает в различных формах реализации права, связано со свободой выбора как граждан, так и органов публичной власти, позволяя выявлять все особенности правореализующей деятельности разных субъектов с учетом стоящих перед ними целей, задач, а также типа правового регулирования.

2. Дать полное и всестороннее представление об усмотрении помогает современный (интегративный) подход к пониманию права. Он ориентирует на признание человека, его прав и свобод высшей ценностью, на обеспечение высокой социально-правовой активности, на недопустимость необоснованного ограничения прав и свобод личности. Поэтому свобода выбора органично включается в содержание правореализующей деятельности субъектов, помогая в системе с другими мерами обеспечения эффективно организовывать и непосредственно осуществлять права, свободы и обязанности.

3. Важно исследовать не только негативную, но и положительную роль усмотрения для всех субъектов правореализации. Свобода выбора стимулирует граждан к поиску и анализу нормативно-регулятивных средств, познанию ценностей, которые в них заложены, а также способствует проявлению самостоятельности, инициативы, творчества при осуществлении прав, свобод и обязанностей. Органам публичной власти свобода выбора необходима для преодоления формализма, пассивности и недопущения необоснованных ограничений и нарушений прав и свобод в процессе организующей деятельности.

4. По своей сущности усмотрение – это закрепленная в нормативно-регулятивных средствах свобода выбора субъектов при решении конкретного юридического дела (вопроса) в рамках индивидуального правового регулирова-

ния в целях эффективной и благоприятной для личности организации и непосредственного осуществления прав, свобод, исполнения обязанностей и соблюдения запретов.

5. Свобода выбора имеет место во всех формах непосредственной реализации права, предоставляя возможность гражданину самостоятельно определить вид, способ, срок осуществления прав, свобод и обязанностей, порождая в отдельных случаях борьбу мотивов и побуждая к поиску и изучению нормативно-регулятивных средств.

6. Усмотрение в процессе осуществления прав, свобод и обязанностей гражданами не произвольно. Оно не может осуществляться за пределами праводее-способности субъекта непосредственной реализации права, не должно нарушать права и свободы других лиц, требований добросовестности и разумности, должно соответствовать назначению субъективного права и юридической обязанности.

7. Для органов публичной власти деятельность по усмотрению имеет обязывающе-дозволительный характер. С одной стороны, свобода выбора обязывает органы публичной власти каждый раз устанавливать истинный смысл применяемого законодательства, обращаться к Конституции, принципам и нормам международного права, закрепляющим положения о правах человека (чтобы недопустить принятия ошибочного, неправового решения); с другой – наделяет правом улучшать положение индивида по сравнению с существующим, делать еще более удобным процесс использования прав, свобод и исполнения обязанностей.

8. Ограничение усмотрения при применении права должно строиться на соединении формально-юридических пределов (фактических обстоятельств дела, процессуальных сроков, полномочий, компетенции и др.) и содержательных, основанных на принципах верховенства права, верховенства правового закона, уважения и соблюдения прав и свобод человека.

Теоретическое значение диссертационного исследования состоит в разработке общей теории усмотрения при реализации права как закрепленной в нормативно-регулятивных средствах свободы выбора субъектов при решении конкретного юридического дела (вопроса) в целях эффективной и благоприятной для

личности организации и непосредственного осуществления прав, свобод, исполнения обязанностей и соблюдения запретов.

Научная и практическая значимость результатов исследования состоит в возможности использования его материалов в дальнейшей работе над данной проблемой. Выносимые на защиту положения, выводы и рекомендации могут представлять практический интерес для субъектов правотворческой деятельности, правоприменителей и граждан, непосредственно осуществляющих права, свободы и обязанности.

Основные результаты диссертационного исследования могут быть использованы в учебном процессе при преподавании теории государства и права, отраслевых юридических дисциплин, специальных курсов, проведении мероприятий по правовому обучению и правовому воспитанию граждан.

Апробация результатов исследования. Основные выводы диссертационного исследования прошли апробацию в процессе осуществления автором преподавательской деятельности при проведении лекционных и семинарских занятий со студентами Сибирского федерального университета, обсуждении материалов диссертации на заседании кафедры теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета и в научных статьях, опубликованных по теме диссертации.

В ходе подготовки исследования диссертант выступал с докладами и принимал участие в обсуждении положений диссертации на международных и всероссийских научно-практических конференциях в Красноярске, Томске.

Структура диссертации predetermined поставленными целями и задачами. Работа состоит из введения, трех глав, включающих девять параграфов, в которых раскрываются положения исследования, заключения и библиографического списка.

Глава 1. Общая характеристика усмотрения в процессе реализации права

1.1. Формирование и развитие идеи усмотрения в процессе реализации права

В Словаре русского языка С. И. Ожегова усмотрение рассматривается в нескольких значениях: «решение, заключение, мнение»¹. Далее поясняется, что усмотреть означает «установить, обнаружить, признать». В Словаре русского языка под редакцией А. П. Евгеньевой усмотрение также понимается как заключение, мнение, решение². Усмотреть – значит прийти к заключению о наличии чего-либо, признать существующим и т. д. В Толковом словаре В. Даля усмотреть, усматривать толкуется как «увидеть, открыть, распознать и наметить»³.

Краткий лингвистический экскурс дает основание сказать следующее: «усмотрение» означает «мнение», «решение» или «заключение», усмотреть – «увидеть, открыть, распознать, обнаружить решение», которое связано с установлением неизвестных ранее явлений, фактов, закономерностей и свойств, для чего необходима творческая, инициативная, познавательная деятельность субъектов, высокий уровень образования и культуры.

Термин «усмотрение» распространен в различных науках и отраслях знания. В философии он используется применительно к понятию «усмотрение сущности», ключевому понятию феноменологии Э. Гуссерля, определяемому как духовный акт, с помощью которого человек постигает идею вещи, значение сущно-

¹ Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1972. С. 771.

² Словарь русского языка. В 4 т. Т. 4. / ред. А. П. Евгеньева, Г. А. Разумникова. М., 1999. С. 520.

³ Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. 4. М., 1994. С. 896.

сти непосредственно или опосредованно через восприятие соответствующей вещи¹.

В экономике имеют место понятия: *discretionary income* – доход (часть дохода), расходуемый по усмотрению после приобретения товаров первой необходимости, таких как продовольствие, после оплаты жилья, коммунальных услуг и погашения ранее существовавших обязательств; *discretionary order* – приказ на усмотрение брокера на покупку акций, облигаций или товарно-сырьевой продукции, в соответствии с которым брокер самостоятельно принимает решение о том, когда выполнить приказ и по какой цене².

В финансовой и банковской сфере существует так называемый клиентский счет на «усмотрение» – счет, открытый клиентом на фондового брокера, фирму по торговле ценными бумагами, или товарного брокера, который дает брокеру право совершать операции по покупке или продаже без предварительного согласия принципала за счет средств на этом счете. Принципалы обычно устанавливают лимиты по таким счетам, однако брокер располагает широкой свободой действий и должен лишь сообщать своему принципалу о совершенных покупках, продажах, убытках и прибылях, о стоимости портфеля инвестиций.

В правовой науке проблема усмотрения издавна привлекает внимание ученых. Исторически сформировалось два основных направления.

Сторонники первого признают возможность субъектов права действовать по своему усмотрению и считают его необходимым условием для реализации свободы. К таковым следует относить, в частности, представителей естественно-правовой школы права. Так, Т. Гоббс отмечал, что «естественное право, называемое обычно писателями *jus naturale*, есть свобода всякого человека использовать собственные силы по своему усмотрению для сохранения своей собственной природы, т. е. собственной жизни, и, следовательно, свобода делать все то, что по его суждению, является наиболее подходящим для этого»³.

¹ Гуссерль Э. Собрание сочинений. Т. 2. Логические исследования. М., 2001.

² Доунс Д., Гудман Д. Финансово-инвестиционный словарь. М., 1997. С. 126.

³ Гоббс Т. Сочинения: В 2 т. Т. 2. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. М., 1991. С. 98.

Считал возможным отходить от предписаний закона также Дж. Локк. «Законодатели, – указывал мыслитель, – не в состоянии предвидеть всё и создавать соответствующие законы на все случаи, когда это может быть полезно сообществу, и тогда исполнитель законов, имея в своих руках власть, обладает на основе общего закона природы право использовать ее на благо общества во многих случаях, когда муниципальный закон не дает никаких указаний...»¹.

Значимую роль в обосновании необходимости усмотрения в правовой действительности сыграла социологическая школа права, предтечей которой явилась «школа свободного права» (конец XIX – начало XX в.). Ее представители выступали за «живое» право народа, основанное не на законе, а на свободном усмотрении судей. Право они рассматривали не иначе, как в действии, в процессе применения, анализа реальных правовых отношений².

Сторонники социологической школы предлагают искать право в жизни, в общественных отношениях, выступая против «слепого буквоедства догматики». Право, по их учению, не может быть сведено к нормам закона. Писаное право абстрактно, безлично, схематично; жизнь конкретна, многообразна, изменчива; не все то, что записано в законе, получает осуществление на практике, и наоборот, многое, что сложилось в практике помимо закона, имеет, по их утверждению, правовой характер. Представители этого направления призывали к разработке «нового учения о праве», широкой концепции, выводящей право далеко за пределы закона.

Исходным пунктом таких рассуждений является тезис о постоянно существующем противоречии между законодательством и юридической практикой, о пробельности закона. Сколько существует право, столько перед юристами стоит проблема усмотрения при применении норм права. В силу сложности самой правоприменительной деятельности, многочисленных субъективных и объективных причин правоприменитель не может не выходить за рамки правовых норм.

¹ Локк Дж. Сочинения. В 3 т. 3 т. Два трактата о правлении. М., 1988. С. 3, 356 – 357.

² Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 33-34.

Так, Р. Паунд выступал за большую свободу правоприменителя от законодательства, за необходимость живого, творческого подхода к разрешению юридических дел. Правовая казуистика должна анализироваться с точки зрения конкретных жизненных интересов, а не с точки зрения норм писаного права. Социальный контроль эффективно способен осуществляться только в правоприменительной деятельности, где предоставлена относительная свобода от законодательных предписаний (возможность их выбора и т. п.). Разрешение юридических дел не есть механический процесс, эта деятельность сродни искусству, требующему интуиции и творчества. Её гарантиями должны быть не формальные, безликие и далекие нормы, а высокая квалификация судей и чиновников, их способность согласовывать все общие и частные интересы в соответствии с требованиями современного общества¹.

Признают ценность усмотрения и представители реалистической школы права, которая активно развивалась в американской юриспруденции в 30 – 50-е годы XX века. Джером Фрэнк, Оливер Уэнделл Холмс, Карл Ллевеллин и другие считали реальное право разнообразным, подвижным, неопределенным. Предписывающая, нормативная составляющая юридического решения виделась минимальной, считалось, что право создается непосредственно судьями, чиновниками. В силу этого представители правового реализма, воспринимая достижения психологических правовых теорий, в большей степени ориентировались на высокое правосознание и воспитание правоприменителей, в том числе судей².

Представители другого направления, напротив, видели в усмотрении источник произвола и злоупотреблений и выступали за его максимальное сокращение и ограничение.

Такое отношение к усмотрению можно увидеть уже в работах древнегреческих мыслителей. К примеру, Аристотель по этому поводу отмечал: «Избрание на

¹ Pound R. Mechanical Jurisprudence // Colum. L. Rev. 1908. Vol. 8. P. 605; См. также: Pound R. Interpretations of legal history. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1946. P. 154 – 155.

² См. например: Holmes O.W.Jr. The Common Law. Dover Publications, 1991; Frank J. Law and the Modern Mind. 1985; Llewellyn K.N. A Realistic Jurisprudence - the Next Step // 30 Columbia Law Review. 1930. P. 431.

эту должность (герусии – *отмечено мною, А. С.*) следовало бы производить из всех граждан и не тем слишком уж ребяческим способом, каким это делается в последнее время. Сверх этого, эфоры выносят решения по важнейшим судебным делам, между тем как они сами оказываются случайными людьми; поэтому было бы правильнее, если бы они выносили свои приговоры не по собственному усмотрению, но следуя букве закона»¹.

Платон писал: «Я вижу близкую гибель того государства, где закон не имеет силы и находится под чьей-либо властью. Там же, где закон – владыка над правителями, а они – его рабы, я усматриваю спасение государства...»².

Консервативное отношение к проблеме усмотрения сохраняется в период с XII по XV в. в средневековых школах глоссаторов (Болонская школа), которые занимались изучением римского права и настаивали на невозможности вольной трактовки закона или неприменения его по мотивам противоречия справедливости³. Глоссаторы считали римское право «писанным разумом», абсолютной истиной и видели свою задачу в том, чтобы выявить точный смысл античных норм, ничего не меняя в их содержании.

Отрицание усмотрения являлось характерным для сторонников теории общественного договора. Это обстоятельство обусловлено тем, что закон, с их точки зрения, представлял собой акт, выражающий общую волю; требование законности противопоставлялось критикуемому феодальному судопроизводству; начала законности связывались с определенностью правового положения личности, с гарантией ее неотъемлемых прав⁴.

Приверженцем строгого следования закону был, например, Ш.-Л. Монтескье, отмечавший сложности, которые возникали в процессе правоприменения, и настаивавший на режиме строжайшей законности. «Судьи народа... – не более как уста, произносящие слова закона, безжизненные существа, которые не могут ни умерить

¹ Аристотель. Сочинения: В 4 т. Т. 4. М., 1983. С. 432.

² Платон. Сочинения: В 3 т. Т. 3. М., 1972. С. 198.

³ См.: История государственно-правовых учений: учебник / под ред. В. В. Лазарева. М., 2006. С. 136 – 137.

⁴ См.: Теория государства и права: хрестоматия. В 2 т. Т. 2 / авт.-сост. В. В. Лазарев, С. В. Липень. М., 2001. С. 304.

силу закона, ни смягчить его суровость... Природа республиканского правления требует, чтобы судья не отступал от буквы закона». Важнейшим аргументом, приводимым Ш.-Л. Монтескье в пользу принципа законности и против применения закона по усмотрению, является единообразие в защите граждан. Философ подчеркивал, что суд сегодня «должен действовать так же, как он действовал вчера, и чтобы собственность и жизнь граждан были столь же прочно обеспечены, как и само государственное устройство. В приговорах должна царить неизменность, так чтобы они всегда были лишь точным применением текста закона»¹.

Более лояльную позицию к проблеме усмотрения занимал Г. Ф. Гегель. Он характеризовал деятельность судьи не как чисто механическую, но тем не менее выступал с критикой судебного усмотрения. «Возникновение коллизий при применении законов, в разрешении которых играет свою роль рассудок судьи, совершенно необходимо, ибо в противном случае ведение дела приняло бы совершенно механический характер. Если некоторые юристы пришли к мысли, что покончить с коллизиями можно, предоставив многое усмотрению судей, то такой выход значительно хуже, так как коллизия принадлежит мысли, мыслящему сознанию и его диалектике; решение же, принятое только судьей, было бы произволом»².

В качестве основного источника неправосудия рассматривает усмотрение К. Дэвис. Главный вопрос, который он поднимает в своем научном труде, связан с уменьшением доли усмотрения в процессе принятия решений. Начиная исследование с того, что должностным лицам необходимо некоторое усмотрение, в процессе изучения автор приходит к выводу о наличии существенной суммы «не-нужного» усмотрения в правовой системе, которая угрожает надлежащему осуществлению социальной политики. Следовательно, по его мнению, необходимо применение юридических норм, ограничивающих усмотрение («устранение и ограничение усмотрительной власти ... определение пределов и сдерживание усмотрения внутри них»). Усмотрение должно быть «разрешено только в том случае, если его осуществление находится под надлежащим контролем» и было «оста-

¹ Монтескье Ш.-Л. О духе законов // Избранные произведения. М., 1955. С. 222, 292.

² Гегель Г. Ф. Философия права. М., 1990. С. 249, 446.

новлено, чтобы его применение было тщательно исследовано в целях гарантии от произвола»¹.

Проблема усмотрения изучалась не только в зарубежной, но и в отечественной правовой науке. Здесь также представляется возможным выделить две группы мнений. Так, к сторонникам усмотрения можно отнести С. А. Муромцева, одного из предшественников популярной в Западной Европе и уже упоминавшейся школы «свободного права». Им подмечена активная, творческая роль судьи: «Самодеятельность суда, его активное, но не пассивное положение пред лицом закона составляет нормальную форму его деятельности»², а также отмечена роль судебной практики в изменении закона в духе его совершенствования. Ученый формулирует требования, предъявляемые к судебной деятельности и кандидатам на должность судьи: «Высокий уровень образования, правильное продвижение по службе (т. е. соблюдение при назначении известной, законом установленной последовательности в должностях), избрание кандидатов на должность самой судебной корпорацией, развитый контроль гласности при действительной независимости и несменяемости членов этой корпорации гарантирует и справедливость, и солидарность судей данной страны»³.

Последователи С. А. Муромцева – Н. А. Гредескул, Ю. С. Гамбаров, и ряд других ученых (В. М. Нечаев, В. И. Синайский, И. Б. Новицкий и др.), также отмечают творческую роль судебной практики⁴. По их мнению, закон должен предоставлять широкий простор усмотрению суда, это необходимое условие для достижения справедливости в каждом конкретном случае.

¹ Davis K. C. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1969, P. 55, 97, 142.

² Муромцев С. А. Суд и закон в гражданском праве // *Юридический вестник*. 1880. № 11. С. 391.

³ Там же. С. 392.

⁴ См. например: Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Социально-юридическое исследование. Харьков, 1900; Гамбаров Ю. С. *Гражданское право. Общая часть*. М., 2003; Синайский В. И. *Русское гражданское право*. М., 2002.

Как неизбежный элемент государственного управления, усмотрение анализировалось Б. Н. Чичериным, допуская контроль и регламентацию со стороны государства лишь для защиты общих и частных интересов¹.

На невозможность абсолютного подчинения судьи закону обращали внимание представители психологической школы права, говоря, что сам закон не совершенен и не дает ответы на многие вопросы, которые решает судья в конкретном деле. Вследствие конфликта между позитивным и интуитивным правом, указывал Л. И. Петражицкий, нормы, содержащиеся в нормативных актах государства, перестают работать².

В советской правовой науке одним из первых к проблеме усмотрения обратился Н. Б. Зейдер. Хотя автор и не упоминал сам термин «усмотрение», именно о нем велась речь, когда, рассматривая общетеоретические аспекты судебного решения, он говорил о случаях некоторой неопределенности права и осуществляемой в связи с этим судом конкретизации спорного права.

Спорное субъективное гражданское право и то правоотношение, элементом которого оно является, представляют собою, по мнению Н. Б. Зейдера, «допроцессуальное явление, возникшее до обращения истца в суд, но вместе с тем не всегда имеют точно определенное содержание»³. На суд, таким образом, возлагается обязанность дать «конкретное содержание защищаемому праву. При этом важно отметить, что это конкретное содержание, не будучи определено до обращения в суд, все же эвентуально существовало и до предъявления иска»⁴.

В современной юридической науке к сторонникам усмотрения в процессе реализации права можно отнести В. В. Лазарева, О. А. Папкову, Д. Б. Абушенко, А. А. Березина, Л. Н. Берг, О. В. Кораблину, К. П. Ермакову, А. А. Хайдарова и др.⁵ Обосновывая необходимость усмотрения в правоприменительном процессе,

¹ См.: Чичерин Б. Н. Избранные труды. СПб., 1998. С. 255-326.

² См.: Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.

³ Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966. С. 92-93.

⁴ Там же. С. 93.

⁵ См. например: Папкова О. А. Судейское усмотрение в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997; Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1998; Березин А. А. Пределы правопримени-

В. В. Лазарев, отмечает, что «закон всеобщ, а применение закона – творческая деятельность»¹.

Однако в отечественной правовой науке преобладающим остается другое, негативное отношение к усмотрению в действиях субъектов права.

Идеи, отрицающие возможность усмотрения в действиях субъектов права, высказывались еще в XVII в. русским мыслителем И. Т. Посошковым, который обращал внимание на необходимость строгого соблюдения законов для того, чтобы свести к минимуму элемент усмотрения. Но для этого, признавал он, нужны новые, более совершенные законы².

Усмотрение, основанное на началах справедливости и целесообразности, которые могут заменить начала законности в правоприменительной деятельности, критиковалось Г. Ф. Шершневичем, полагавшим, что применение нормы права по началу справедливости или целесообразности уничтожит всякое значение издания общих правил. «Правило должно быть соблюдаемо и самою властью, его устанавливающей, пока оно не будет заменено новым правилом. Если же власть, установившая правило, не считает нужным его соблюдать, а действует в каждом конкретном случае по своему усмотрению, то право сменяется произволом»³.

В то же время автор признавал усмотрение государственной власти устанавливать формы права – выработку общих правил поведения в развитие законов или пополнение их. Такие распоряжения черпают силы не в самих органах управления, а в дозволении, исходящем от органов власти. Их называют административными указами. Указ должен издаваться компетентным органом, в соответст-

тельного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007; Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы: Общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008; Кораблина О. В. Усмотрение в правоприменительной деятельности: Общетеоретический и нравственно-правовой аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009; Ермакова К. П. Пределы судебного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; Хайдаров А. А. Судейское усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процесса России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

¹ Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. Казань, 1982. С. 49.

² См.: История государственно-правовых учений: учебник / под ред. В. В. Лазарева. М., 2006 С. 185.

³ Шершневич Г. Ф. Философия права. Т. 1. Часть теоретическая: Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 313.

вии с законодательством, быть общеизвестным. В отличие от него, административные меры принимаются в конкретных случаях во исполнение закона.

Признавая несовершенство закона, как всякого дела рук человеческих, не отрицая живой посреднической роли суда, И. А. Покровский, тем не менее, считает, что справедливость, культура, природа вещей и другие объективные критерии представляют собой величайшие проблемы, которые, будучи отданы в руки судов, могут превратиться в фикцию. Провозглашая *jus naturale*, или *aequitas*, таким же источником правовых норм, как закон, и давая судам свободу их применения, доктрины естественного права этим самым невольно для себя широко открывали дверь для судебного субъективизма и произвола. Выход он видел в оживлении и одухотворении законодательства, в усовершенствовании его аппарата, дабы оно могло лучше улавливать голос жизни и живее реагировать на него¹.

Отрицая усмотрение, Ф. В. Тарановский обосновывал свою позицию сложившейся русской действительностью. «При отсутствии прочной культурно-правовой традиции и подлинной независимости судей, – подчеркивал правовед, – не будет строго соблюдаться грань, отделяющая пробел в законодательстве от случаев применения существующего закона, и приемы свободного правотворения распространятся на все отправления суда. Тогда принцип законности, и без того у нас непрочный, был бы окончательно расшатан»².

Негативный взгляд на возможность совершать действия по усмотрению преобладал и в советский период³. Он основывался на том, что деятельность органов государственного управления строилась строго на основе закона и подзаконных нормативных актов, подробно регламентировавших деятельность различных ведомств. Такое положение и дальнейшая тенденция на ещё большее укрепление законности привела к появлению большого количества инструкций, положений, рекомендаций и иных правовых актов, нормы которых связывали деятельность органов государственной власти и существенно ограничивали возможности

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 105.

² Тарановский В. Ф. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. С. 478.

³ См., например: Петров Г. И. Советское административное право. Общая часть. Л., 1960. С. 62 - 111.

для усмотрения в их действиях. По мнению некоторых авторов, «командно-административная система приобрела, в сущности, положение хозяина в обществе, обретя вместе с тем такие недуги, как бюрократизм, громоздкость, закостенелость организационных форм и т.п. Исходная основа таких негативных явлений в государственном управлении – усмотрение»¹.

В современной отечественной юридической науке также более распространено отрицание усмотрения в действиях субъектов права.

Так, М. К. Маликов делает вывод о том, что «государственная воля, выраженная в применяемой норме, дополняется правовой позицией компетентного органа по отношению к конкретному случаю (правовое усмотрение)»². Однако вместе с тем автор утверждает, что «современная концепция усмотрения должна основываться на нормативном подходе, исключающем прецедентное и субъективное (волевое) решение из законодательной и юридической практики»³.

Как отмечает Н. Д. Шестакова, «судебное усмотрение ведет, прежде всего, к отсутствию определенности права, участники оборота при этом не имеют уверенности в последствиях вступления их в определенные гражданско-правовые отношения»⁴.

Субъективизм при выборе правоприменителем варианта решения – отмечает А. Б. Ярославский – может привести к необоснованному ограничению и ущемлению прав личности. «Негативные стороны усмотрения в деятельности следователя проявляются ввиду: 1) искаженного характера оценочной деятельности следователя; 2) пренебрежения следователя соблюдением процессуальной формы при проведении расследования; 3) способности следователя принимать решения по делу (промежуточные или окончательные) вопреки закону и служебному долгу, под воздействием местных влияний или заинтересованных лиц»⁵.

¹ Манохин В. М. Правовое государство и проблема управления по усмотрению // Сов. государство и право. 1990. № 1. С. 27.

² Маликов М. К. Проблемы усмотрения правоприменителя: природа, признаки, пределы. Уфа, 1990. С. 20.

³ Там же. С. 47.

⁴ Шестакова Н. Д. Недействительность сделок: процессуальный и материальный аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001. С. 11.

⁵ Марцифин П. Г. Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект). Омск, 2002. С.

Данное обстоятельство, по мнению автора, ведет к произволу со стороны должностных лиц, что и обосновывает стремление к ограничению или исключению усмотрения из деятельности органов государственной власти.

Обосновывая необходимость исключения или ограничения возможности усмотрения, В. В. Демидов констатирует, что даже в тех случаях, когда закон (как императивная воля законодателя) вступает в противоречие с реальными интересами личности, социальной группы или же общности, не отражает их нравственные и объективные ожидания, «позиция юриста должна быть предельно ясна – обладая высшей юридической силой, признаками общеобязательности и принудительности, официальный закон (вплоть до его отмены или изменения в установленном порядке) должен исполняться, соблюдаться, применяться как воля государства, как единственное и общеобязательное для всех императивное правило поведения». В этом смысле деятельность по усмотрению, допускающая возможность выбора варианта поведения, чем бы она не оправдывалась, по сути, есть «объективная форма проявления и нравственного, и правового нигилизма»¹.

Как утверждает Л. А. Шарнина, «устанавливая усмотрение, право демонстрирует свое бессилие перед природой отношения, не поддающейся формализации. При невозможности установления ясного правила поведения, отвечающего требованиям постоянства (люди всегда должны действовать в соответствии с установленным правилом) и необходимости (соблюдение норм есть единственный путь, при котором люди будут правы), на представителя верховной власти в государстве, судью или орган управления возлагается обязанность принять решение, адекватное ситуации, приспособить общее нормативное предписание к особенностям единичного случая и отношения. Иначе говоря, в отсутствии общей нормы уполномоченное лицо должно сформулировать правило лучшего применительно к конкретному случаю. Причем это правило должно быть объективно лучшим, а не лучшим по мнению суда, иного правоприменительного органа или органа вер-

90.

¹ См.: Демидов В. В. Законность в современном российском государстве: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2004.

ховной власти»¹.

На наш взгляд, сформировавшееся, в значительной мере, отрицательное отношение к усмотрению основано на господствовавших долгое время положениях юридического позитивизма (в его наиболее жестком варианте), отождествляющего право с чисто внешним для личности социальным явлением, которое способно не только устанавливать, каким должно быть поведение, но и властно требовать активных действий от субъектов².

В отечественной и зарубежной литературе существует довольно много определений юридического позитивизма или позитивного права. В одних случаях позитивное право определяется как «команда суверена, адресованная лицу или лицам, находящимся в его подчинении»³. В других случаях – как положительное, официальное право, «издаваемое, прежде всего, государственными органами в установленном порядке и соответствующим образом фиксируемое в нормативных правовых актах»⁴. В третьих же случаях позитивное право рассматривается как «реальный, существующий в законах и иных документах, фактически осязаемый (и потому – «позитивный») нормативный регулятор, на основе которого определяется юридически недозволенное поведение и выносятся судами, другими государственными учреждениями юридически обязательные, императивно властные решения»⁵.

С учетом приведенных представлений о позитивном праве получило широкое распространение в отечественной юридической науке видение усмотрения как во многом негативного явления в сфере права. Причины этого коренятся в следующем.

Во-первых, в неточном определении баланса между должным (обязанностями) и дозволенным (правами) в деятельности разных субъектов. Данное по-

¹ Шарнина Л. А. К вопросу о разграничении усмотрения и произвола в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 7. С. 11 - 14.

² См.: Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. Красноярск, 2005.

³ Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. London, 1832. P. 134.

⁴ Упоров И. В., Схатум Б. А. Естественное и позитивное право: понятие, история, тенденции и перспективы развития. Краснодар, 2000. С. 33.

⁵ Алексеев С. С. Философия права. История и современность. Проблемы. Тенденции. Перспективы. М., 1997. С. 28.

ложение основано на этике И. Канта, чье влияние на отечественную философию и теорию права было и остается весомым.

Свободу в морали и в праве И. Кант рассматривает в аспекте обязанности, поскольку категорический императив, определяющий поведение (по Канту – всеобщий нравственный закон), «... вообще выражает лишь то, что есть обязательность». В свою очередь, «обязательность – это необходимость свободного поступка, подчиненного категорическому императиву».

Несмотря на то, что все обязанности И. Кант относит к этике, он различает обязанности правовые и моральные. Первые И. Кант называет внешними, вторые – внутренними. Свобода, к которой имеют отношение юридические законы, может быть свободой только во внешнем применении; а та свобода, к которой имеют отношение моральные законы, может быть свободой и во внешнем и во внутреннем применении произвола.

«Согласно правовому законодательству обязанности могут быть только внешними, ибо это законодательство не требует, чтобы идея внутреннего долга сама по себе была определяющим основанием произвола действующего лица, и так как правовое законодательство всё же нуждается в подходящем для закона мотиве, то оно может связать с законом лишь внешние обязанности»¹.

Вопрос о правах также не оставлен И. Кантом без внимания. «Каждый человек имеет свои неотъемлемые права, от которых он не может отказаться, если бы даже и хотел, и о которых он сам имеет право судить»².

Все права он делит на «прирожденное, которое принадлежит каждому от природы независимо от какого бы то ни было правового акта, и приобретенное, для которого требуется правовой акт»³. Положительное право должно соответствовать природному. «Естественному праву в состоянии гражданского устройства (т. е. тому праву, которое можно для такого устройства вывести из априорных принципов), – отмечает Кант, – не могут нанести ущерб статутарные законы

¹ Кант И. Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. М., 1965. С. 126.

² Кант И. О поговорке: "Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики". 1793 г. // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 61.

³ См.: Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 288 – 290.

гражданского устройства и, таким образом, остается в силе правовой принцип: «Тот, кто поступает согласно максиме, по которой становится невозможно иметь предмет моего произвола моим, наносит мне ущерб; в самом деле, только гражданское устройство есть правовое состояние, благодаря которому каждому свое лишь гарантируется, но в сущности не устанавливается и не определяется»¹.

К числу априорных принципов И. Кант относит следующие: свобода каждого члена общества как человека; равенство его с каждым другим как подданного; самостоятельность каждого члена общности как гражданина.

И все же учение И. Канта – это, прежде всего, учение об обязанностях. «Причина этого такова: мы знаем свою собственную свободу (из которой исходят все моральные законы, стало быть права и обязанности) только через моральный императив, который представляет собой положение, предписывающее долг, и из которого можно потом объяснить способность обязывать других»².

Смещение акцентов в сторону должного приводит к тому, что преобладающими способами в правовом регулировании становятся обязанности и запреты. Дозволения играют вспомогательную роль. Как пишет И. Кант, «запрещающий закон сформулирован сам по себе, дозволение же включается в этот закон не в качестве ограничивающего условия (как это должно было бы быть), а как исключение...»³. Сам по себе характер юридической обязанности не предполагает большого количества вариантов и форм её исполнения, что ведет к ограничению свободы выбора возможных действий. Должное поведение – это, прежде всего, необходимость (а не свобода) совершить определенные, конкретные действия либо воздержаться от них.

Приоритет обязанностей над правами привел к соответствующему представлению о внутренней структуре права, центральным компонентом которого является правовая норма, понимаемая исключительно как правило должного поведения. Так, Н. Коркунов ещё в конце XIX в. развивал идею о том, что юридические нормы – прежде всего «суть правила должного» и в этом смысле они «суть

¹ Там же. С. 306.

² Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 149.

³ Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 371.

вения». Будучи правилами должного, пояснял он, нормы «не могут позволять, определять, описывать». Они всегда повелевают, всегда указывают, что и как должно быть сделано для разграничения сталкивающихся интересов¹. В этой связи основная задача государства, его органов, с одной стороны, самим строго следовать букве закона, с другой – добиваться от граждан неукоснительного исполнения и соблюдения возложенных на них обязанностей.

Во-вторых, в формально-юридическом (императивном) характере позитивного права. С позиций рассматриваемого правопонимания приоритет в праве отдается не социальной стороне в виде сущности, содержания и социального назначения, а его формально-юридической стороне – требованию строгого и неуклонного соблюдения и исполнения законов всеми, кому они адресованы; соблюдению иерархии законов и иных нормативных актов; соответствию актов применения нормативным актам и т. п. Требование строгости означает недопустимость никаких отклонений от предписаний нормативных актов, а требование неуклонности устанавливает постоянство и неизменность данной линии поведения. Для субъекта правореализации формально-юридические, а, в некоторых случаях, и технико-юридические аспекты (необходимость в процессе реализации права всегда строго исходить из буквы закона или даже буквы отдельной нормы) зачастую имеют приоритет над социальным, сущностным содержанием права. Исходя из этого, логичными выглядят фразы: закон есть закон; закон суров, но это закон; пусть рухнет мир, но торжествует закон; закон закрепляет только то, что является правом; нужна диктатура закона и др.

В основе такого положения был и остается, зачастую в полузавуалированном, «цивилизованном» виде, тезис Дж. Остина о праве как о «команде суверена» в лице государства, монарха или «иного суверенного института, выступающего в виде высшей политической инстанции (as supreme political superiors)»². Эти правила – команды – воспринимаются различными государственными органами и их должностными лицами как официальные стандарты, некие образцы, в соответст-

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 120.

² Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. London, 1832. P. 134 – 135.

вии с которыми и должно осуществляться правосудие, и «в рамках которых должно строиться всё их поведение»¹.

Сравнивая позитивное право в его формально-юридическом аспекте с естественным правом, западные авторы не без оснований именуют его «аналитическим правом», имея в виду, что оно как явление, равно как и возникшие на его основе теории, имеет дело исключительно с формально установленными «правилами», «нормами» или, что одно и то же, «авторитарными стандартами», именуемыми правом². «Основываясь на кантовском формальном понятии закона, – отмечалось в юридической литературе 80-х годов XX в., – юридический позитивизм считал право чисто формальной, в самой себе черпающей обоснование, оторванной от содержания, не связанной с другими социальными явлениями. Формализм – кредо юридического позитивизма»³.

Формальный характер позитивного права выделяется и рассматривается многими отечественными и зарубежными авторами как один из основных признаков юридического позитивизма и в настоящее время⁴.

Чтобы строгое и неуклонное следование нормативно закрепленным правилам поведения было реальным, при изложении правовых норм требуются точность, четкость, конкретность. Они должны максимально подробно определять действия участников правоотношений, предусматривая все возможные варианты. Это оставляет крайне небольшой простор для деятельности по усмотрению – модель, образец поведения субъекта права в каждой конкретной ситуации уже запрограммирован. О возможности отступления от этого образца речи не идет, даже если это противоречит справедливости и разумности, наносит материальный и моральный вред личности.

В-третьих, в обосновании приоритета интересов государства, общества над интересами отдельной личности. С позиций рассматриваемого правопони-

¹ Dias R. Jurisprudence. London, 1995. P. 47

² McLeod I. Legal Theory. London, 1999. P. 12.

³ История политических учений. Ч. 2 / под ред. А. И. Денисовой, О. Э. Лейста. М., 1978. С. 188-189.

⁴ См. например: Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999; Нерсесянц В. С. Право – математика свобода. Опыт прошлого и перспективы. М., 1996.

мания в праве выражаются, прежде всего, интересы государства. Оно само формулирует правовые нормы, закрепляя в них те правила поведения, которые соответствуют его интересам, и прилагает огромные усилия для их реализации, охраняет их от нарушений и гарантирует их соблюдение. Так, ещё в начале XX в. Г. Ф. Шершневич писал: «Если государственная власть есть основанная на силе воли властвующих, то и выдвигаемые ею нормы права должны, прежде всего, отражать интересы самих властвующих. Те, в чьих руках власть, вводят поведение подвластных в те нормы, которые наиболее отвечают интересам властвующих»¹.

Личности же отводится малозаметная, зависимая роль. Для нее главное – не задумываясь повиноваться детальным властным велениям, приказам. Такое положение находит свое подтверждение в господствовавшей идее общинного коллективизма, согласно которой целое (община, государство) предшествует частному (индивиду), предопределяет его. Поэтому у частного перед целым есть только одни обязанности². Данное обстоятельство обеспечивает приоритет интересов государства над интересами отдельного человека.

Отмеченная ориентация позитивного права не позволяет рассматривать усмотрение как комплексную проблему, исследовать одновременно ее в деятельности субъектов, наделенных властными полномочиями (судебных, административных органов, должностных лиц), и граждан, выявляя общие и отличительные моменты, пути взаимовлияния. Отсюда неудивительно, что упор сделан на изучение усмотрения властных органов, стоящих преимущественно на страже интересов государства.

В-четвертых, в отстаивании определяющей роли государственного принуждения в системе средств обеспечения права. Характерными для представителей данного подхода являются определения права как системы норм, «выполнение которых обеспечивается принудительной силой государства»³, совокупности

¹ Шершневич Г. Ф. Философия права. Т. 1. Часть теоретическая: Общая теория права. Вып. 1. С. 310.

² См.: Дугин А. Предисловие. Теория Евразийского государства // Алексеев Н. Н. Русский народ и государство. М., 1998. С. 12.

³ Труды первой научной сессии Всесоюзного института юридических наук / ред. Т. И. Голякова. М., 1940. С. 9.

правил поведения (норм), «установленных или санкционированных государством, выражающих волю господствующего класса, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, угодных и выгодных господствующему классу»¹, непосредственно принудительной силы, системы правил, «осуществляемых в принудительном порядке»².

Как видно из данных определений, важнейший признак права – принудительность, являющийся главным средством обеспечения права, без которого его существование, функционирование невозможно. Причем принудительности придается универсальное, всеобщее значение в правовом регулировании. Властное, административно-командное воздействие права имеет место во всех случаях и в отношении всех субъектов, включая и добровольно осуществляющих закон. Распространение принудительности правовой нормы только на тех лиц, которые ее нарушали, умалило бы обязывающее и организующее значение диспозиции и свело бы значение нормы только к ее санкциям.

Государственное принуждение, как основное средство обеспечения права, традиционно связано с жесткостью, с угрозой применения мер юридической ответственности в случае отступления от предписаний правовых норм. Указанное обстоятельство создает у субъекта права боязнь использовать усмотрение, предполагающее возможность выбора того варианта поведения, который позволит эффективно организовать и осуществить права и свободы, исполнить обязанности, удовлетворить возникшую потребность или интерес, поскольку такое поведение правом не приветствуется и отклонение от заданной модели поведения может повлечь наказание.

Такой подход не учитывает, что наряду с государственным принуждением право обеспечивается и позитивными средствами, при которых выбор возможен и нужен.

На рубеже XX и XXI вв. в отечественной и зарубежной юридической лите-

¹ Теория государства и права / отв. ред. М. П. Карева. М., 1955. С. 71.

² Вышинский А. Я. Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С. 155, 183.

ратуре сложилось весьма противоречивое отношение как к нормативистской теории права, олицетворяющей собою юридический позитивизм, так и к институту усмотрения. Одни авторы настаивают на том, что «нормативное понимание права не исчерпало в российской политико-правовой действительности своей роли и возможностей, хотя и переживает не лучшие времена»¹. Другие авторы исходят из того, что «кризис юридического позитивизма и постпозитивистского понимания права развертывается давно, за временными его обострениями могут наступать периоды некоторого подъема, затем снова вялого развития, однако в целом идет на спад. В нынешней России юридический позитивизм переживает очевидные трудности, утрачивает свое значение, которое приобрел в советский период, но и возможность нового его взлета не исключена»². При этом кризис юридического позитивизма не без оснований видится, в частности, в том, что он сводит все многообразие права «к так называемому регулятивному механизму, машине, «штампующей» единообразные формы из всего разнообразного человеческого поведения», объективно, в силу своей природы и характера создает такие условия, когда «при формальном равенстве юридических возможностей для всех граждан» свобода сильного полностью исключает свободу слабого, индивидуализм и эгоизм сильного не дают проявиться индивидуальности слабого, «выгода и успех всегда на стороне сильного»³.

Безусловно, юридический позитивизм, более полутора столетий исправно служивший науке и практике, ещё не исчерпал свои внутренние возможности. Его положения были и остаются базой построения правовой науки. Однако накопившиеся противоречия привели к необходимости выработки иных представлений о праве, где мерой всех вещей выступает благополучие социально-правовой жизни каждого конкретного гражданина, позволяющих учесть все достоинства известных правовых теорий и отвести отдельное место для усмотрения в действиях субъектов права. «В новом правопонимании, – пишет Г. В. Мальцев, – я надеюсь,

¹ См. например: Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2005.

² Вопленко Н. Н. Сущность, принципы и функции права. Волгоград, 1998. С. 15.

³ Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 393, 394, 398, 399.

будет выражен исконный смысл права, пробивавшийся в его историческом развитии, вопреки всем препятствиям и произволу, – обеспечение и защита человеческой свободы, определение ее возможностей, границ и гарантий»¹.

Перестройка в СССР, а затем демократизация социально-экономической, политической жизни в современной России коренным образом меняют содержание и направления правовой мысли. В основу развития юридической науки ложатся философские, теоретико-правовые идеи, положения о свободе личности, естественных правах и свободах человека и гражданина, о гражданском обществе, в центре которого самостоятельная, инициативная, творческая личность, выдвинутые и развитые как западными зарубежными мыслителями, так и отечественными дореволюционными и советскими. Такие идеи позволяют говорить не просто о позитивном праве, а о динамично функционирующем и развивающемся современном (интегративном) праве или праве в человеческом измерении.

С позиций интегративного (естественно-позитивного) правопонимания проблема усмотрения приобретает новые черты, позволяющие увидеть ее положительную роль в индивидуальном правовом регулировании, учесть недостатки и свести к минимуму вероятность причинения негативных последствий.

Этому способствует, *во-первых, признание приоритета дозволенного (прав и свобод) над должным (обязанностями)*. Об этом писал в своем учении ещё Фома Аквинский. В исследовании «Сумма против язычников» он отмечает: «О свободе решения мы говорим применительно к тем (вещам), которых мы хотим не по необходимости, а по собственному произволу... Свободным называется то, что само себе причина...»².

Человеческие поступки Фома Аквинский делит «... на две группы, те которые запрещены или, наоборот, обязательны в силу морального закона, и те, которые лежат в сфере человеческой инициативы»³. При этом предпочтение отдается второму типу действий, т. е. действиям, основанным на инициативе.

¹ Право, свобода, демократия: материалы «круглого стола» // Вопросы философии. 1990. № 6. С. 17.

² Фома Аквинский. Сумма против язычников. Кн. 1. Долгопрудный, 2000. С. 375 – 377

³ Шпеман Р. Основные понятия морали. М., 1993. С. 89.

Отделив свободу (дозволенное) от должного, Фома Аквинский, по существу, заложил основы современного правопонимания. Свобода человека ассоциируется именно с возможностью (с правами), а не с долгом (обязанностью).

Его идеи получили развитие в отечественной юридической литературе. Так, В. С. Нерсесянц пишет: «Право – не просто всеобщий масштаб и равная мера, а всеобщий масштаб и равная мера именно и прежде всего свободы индивидов. Свободные индивиды – «материя», носит суть и смысл права»¹. «Свобода возможна лишь там, где люди не только ее адресаты, но и ее творцы и защитники. Там же, где люди – лишь адресаты действующего права, там вместо права как формы свободы людей действуют навязываемые им свыше принудительные установления и приказы отчужденной от них насильственной власти (деспотической, авторитарной, тоталитарной)»².

В той обширной области социального (и правового) регулирования, приоритет в котором отдается дозволению, имеет место и усмотрение – свобода выбора того варианта поведения, которое способствует самовыражению и самоопределению личности в разных сферах жизнедеятельности.

Немаловажное значение имеет усмотрение и в деятельности публичных органов. Признание приоритета дозволенного возлагает на государство обязанность принять все меры для содействия в осуществлении прав и свобод и исполнении обязанностей, создать условия для их полной, своевременной, эффективной реализации. И здесь не обойтись без усмотрения. Оно дает возможность выбрать из всей совокупности нормативно-регулятивных средств (норм, принципов, целей права) те, которые обеспечат эффективную и благоприятную для индивидов (и различных форм их объединений) организацию непосредственной реализации прав, свобод и исполнения обязанностей.

Во-вторых, соединение сущностно-содержательных и специально-юридических начал права. С позиций рассматриваемого правопонимания главная цель права – права и свободы личности. «Ничто человека в большее уныние при-

¹ Нерсесянц В. С. Философия права: учебник. М., 2005. С. 27.

² Нерсесянц В. С. Философия права Гегеля. М., 1998. С. 164.

вести не может, – писал русский философ А. Я. Поленов, – как лишение соединённых с человечеством прав»¹. Право без прав личности так же невозможно, как права без и вне права.

Права и свободы личности лежат в основе содержательных свойств права, которые в единстве с формальными свойствами создают необходимые условия для осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей. В данном случае речь не идет об отказе от формальных требований права, они, безусловно, важны. Однако опора лишь на формально-юридический аспект неизбежно ведет к тому, что любой закон, даже несправедливый, ущемляющий права и свободы, следует принимать за правовой. Приоритетное значение должны иметь принципы верховенства права, верховенства правового закона, соблюдения и уважения прав и свобод человека, справедливости и разумности применения права, культурности правотворческой и правореализующей деятельности, делающие мерой всех вещей благополучие социально-правовой жизни каждого конкретного гражданина². Это дает возможность при решении конкретного дела (вопроса) в случае установления неправового характера нормы (норм) закона, которая ограничивает, нарушает права и свободы человека, непосредственно обращаться к Конституции, принципам и нормам международного права, закрепляющим положения о правах человека.

Кроме того, требования добросовестности, справедливости и разумности побуждают во всех случаях выявлять смысл правового регулирования, помогают субъектам избежать совершения ошибочных, формальных действий, позволяют предотвратить принятие неправового решения дела (вопроса). Без усмотрения все вышеперечисленное невозможно.

В-третьих, признание высшей ценности человека, его прав и свобод. Данное обстоятельство позволило личности «занять в процессе эволюции центральное место в общественной жизни, возвыситься над властью и другими социально-

¹ Поленов А.Я. О крепостном состоянии крестьян в России // Русская философия собственности XVIII-XX вв.: сб. СПб., 1993. С. 39.

²См.: Шафиров В. М. Законность в правовом государстве // Российская юстиция. 2011. № 4. С. 41 – 44.

политическими институтами и общества в целом»¹. Как отмечает В. В. Субочев, «общество не может полностью поглощать личность, подчинять ее одной лишь целесообразности выполнения своих законов. Да и вряд ли это будет соответствовать общественным интересам как таковым. Ведь личность – это важнейшая составляющая общества, и подобно тому, как отдельная потребность играет определяющую роль в формировании интереса и нуждается в удовлетворении, так и индивидуальные интересы (примерно в том же соотношении) сказываются на общественных»².

Поддерживая данное представление, В. Д. Зорькин отмечает: «Ст. 2 Конституции РФ, согласно которой “человек, его права и свободы являются высшей ценностью”, а “признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства”, имеет в виду, что право человека – это высшая ценность не для общества и, тем более, не для отдельного человека, а только для государства, главное содержание деятельности которого (законодательной, исполнительной и судебной) состоит в обеспечении и охране прав человека. Потому что только право (в отличие от норм нравственности или религии) может иметь общезначимый и общеобязательный в масштабах государства характер. Принцип верховенства права означает, что нельзя нарушать общезначимые права человека в угоду моральным или религиозным нормам, которые по природе своей всегда носят партикулярный характер»³.

По мнению Л. В. Тумановой, «конституционная формула «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства» (ст. 2 Конституции РФ) получает предметно-юридическое воплощение во всей национальной системе права... Тем самым исключается (юридически) возможность произвольного вторжения государства в сферу личной свободы, юридически узакониваются сте-

¹ Алексеев С. С. Самое святое что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М., 1998. С. 247.

² Субочев В. В. Законные интересы. М., 2008. С. 3.

³ Зорькин В. Д. Верховенство права и императив безопасности // РГ. 2012. 16 мая.

пень и границы «прямого приказа» государства, и его структур, юридически раздвигаются границы свободы и частной инициативы»¹.

Между тем закрепление в ст. 2 Конституции РФ приведенного положения не противоречит идее сочетания интересов личности, общества и государства. Частные интересы являются своего рода фундаментом интересов общественных и государственных, какими бы они самодостаточными ни были. Поэтому не потеряло своей актуальности утверждение, что свободное развитие каждого есть условие свободного развития всех. Необходимый баланс между личным и общественным нарушается, если государство опирается на присущие ему императивные методы воздействия и само становится «левиафаном», подавляющим интересы личности.

Совершенно очевидно, что нужна более активная роль человека в процессе реализации прав. Отныне он не только обязан следовать прямым указаниям, содержащимся в правовых нормах, но и может действовать активно, инициативно, творчески, по своему усмотрению используя принадлежащие ему права и свободы. Свобода выбора варианта поведения в действиях граждан, их объединений и публичных органов способна взаимодополнять друг друга в деле достижения благоприятной и эффективной реализации прав, свобод, исполнения обязанностей гражданами и их объединениями.

В-четвертых, многоаспектный подход к средствам обеспечения права. С позиций, отстаиваемых в работе, обеспечение права не ограничивается рамками государственно-принудительного воздействия, не сводится к нему, но и не может быть осмыслено без него. Заслуживающее внимание в этом отношении соображение высказал французский ученый Жан Карбонье: «Принудительность права не какой-то случайный момент в его эволюции. Тем не менее принудительность не является важнейшей чертой юридического»².

Позитивное право, рассматриваемое в человеческом измерении, в меньшей степени нуждается в «подзарядке» государственным принуждением, поскольку

¹ Туманова Л. В. Защита публично-правовых интересов в гражданском судопроизводстве: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб. 2002. С. 14.

² Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 170.

«свобода состоит в возможности делать всё, что не наносит вреда другому: таким образом, осуществление естественных прав каждого человека ограничено лишь теми пределами, которые обеспечивают другим членам общества пользование теми же правами» (ст. 4 Декларации прав человека и гражданина 1789 г.). Позитивная составляющая права в большей мере начинает играть по отношению к человеку роль обеспечительной, защитной силы. «Действительная ценность права заключается не в подчинении, устранении человека, подавлении его активности, а в том, что оно выступает как целый комплекс юридически гарантированных возможностей свободного выбора решений и действий субъектов общественных отношений, как система закрепленных прав граждан, обеспечивающих самодеятельность, инициативу, творчество»¹. И здесь, в первую очередь, нужны позитивные средства обеспечения (правовое поощрение, эффективная организующая деятельность органов государства, правовое обучение и воспитание и т. п.).

Многоаспектный подход к средствам обеспечения права играет немаловажную роль для расширения возможности субъектов права действовать по своему усмотрению. Большой спектр позитивных средств дает возможность органам публичной власти в конкретных случаях создавать необходимые благоприятные условия для непосредственной реализации права, а у личности вызывает потребность к самодеятельности, инициативному и творческому поведению, открывая те преимущества, которые она получит от активной реализации прав и свобод. Таким образом, усмотрение, с одной стороны, предоставляет органам публичной власти возможность выбрать нужные обеспечительные средства для эффективной организации осуществления прав и свобод, а с другой – создает необходимый, благоприятный побудительный механизм, стимулирующий граждан к активным действиям по усмотрению – к поиску из всего многообразия наиболее оптимального варианта поведения для получения искомых преимуществ.

Дальнейшее исследование института усмотрения в процессе реализации права будет основываться на современном (интегративном) правопонимании, рас-

¹ Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 83 – 84.

смастривающим его как важное условие для добросовестной, разумной и справедливой организации и непосредственного осуществления прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей.

1.2. Закрепление усмотрения в официальных источниках отечественного права

Объем, формы и характер возможностей для субъектов права совершать действия по усмотрению при осуществлении прав, исполнении и соблюдении обязанностей закреплялись в системе нормативно-регулятивных средств на протяжении всей истории российского права по-разному. Рассмотрим особенности нормативного закрепления свободы выбора в источниках отечественного права на основных исторических периодах.

Формирование российской правовой системы начинается с возникновения Древнерусского государства. Как всякое феодальное право того периода, оно было правом-привилегией, закреплявшим зависимость между феодалом и его слугами.

Такая зависимость объективно требовала приоритета обязанностей над правами. Зависимые наделялись преимущественно одними обязанностями, которые они должны были беспрекословно исполнять. Так, холоп почти не имел никаких прав. Незначительный объем прав и свобод был предоставлен смердам, закупам.

Данное обстоятельство привело к тому, что первые письменные источники древнерусского права практически не содержали положений, закреплявших возможность для большей части простого населения действовать по своему усмотрению¹. Доминирование отношений типа «государь – холоп» предопределило пре-

¹ Тем не менее, в исключительных случаях в первых источниках права можно обнаружить нормативные средства, которые предоставляли незначительную возможность субъектам действовать по усмотрению. Так, ст. 51 Русской Правды определяла: «Месячный рост при краткосрочном займе брать займодавцу по соглашению; если же долг не будет уплачен в

имущественно обязывающий характер нормативных средств, цель которых обеспечить принудительное, слепое подчинение «холопа» любому велению «государя».

Более того, характерное для рассматриваемого периода казуальное регулирование общественных отношений предполагало, что правовые нормы в большинстве случаев полностью и в деталях определяли поведение в каждой конкретной жизненной ситуации, при решении конкретного юридического дела (вопроса), не допуская отклонения от них, что также, по существу, исключало многовариантность поведения субъектов права.

В период раздробленности на Руси (XII – XIV вв.) продолжалось развитие правовой системы раннефеодального государства. Несмотря на то, что относительно централизованное Древнерусское государство распалось на массу крупных, средних, мелких и мельчайших государств, которые по своим политическим формам и общественному строю пытались копировать Киевское государство, в основе правовых систем всех княжеств лежала Русская Правда. Это не подразумевало значительных изменений сложившихся взаимоотношений между феодалами и зависимыми, а преимущественно разрешительный тип правового регулирования усиливал обязательственное начало. В этой связи вполне логично, что формирующиеся новые редакции Русской Правды, которые сохранили казуальное регулирование правоотношений, по-прежнему не закрепляли больших возможностей для субъектов реализации права самостоятельно выбирать нужный для них вариант поведения.

Несколько иной правовой порядок сложился в Новгородской и Псковской феодальных республиках. Особенности правового регулирования этих территорий определялись, прежде всего, своеобразием экономического развития. Тесные торговые связи с соседями, развитие ремесла и торговли обусловили необходимость разработки новых нормативных правовых актов, которые могли бы более

течение целого года, то считать рост с него на два третий (50%), а месячный рост отвергнуть». Данная норма давала сторонам договора свободу выбора при определении ставки процента.

адекватно отражать специфику сложившихся общественных отношений и способствовать стимулированию экономической и правовой активности.

Особое место среди них занимает Псковская судная грамота. Она отражала более высокую ступень в развитии права по сравнению с законодательством Древнерусского (Киевского) государства: для нее характерны большая системность в изложении норм, формулирование некоторых общих положений и понятий.

Несмотря на то, что казуальность в изложении нормативного материала в целом не была преодолена, усиление позиций купцов и ремесленников, активно занимавшихся торговлей, усложнение гражданского оборота приводили к необходимости закрепления в системе нормативно-регулятивных средств большей свободы для субъектов права совершать действия по своему усмотрению и выбирать вариант поведения с учетом конкретных обстоятельств.

Например, ст. 28, открывающая раздел Грамоты, посвященный договору займа, фиксировала: «Если кто-либо станет взыскивать на ком-нибудь денежную ссуду по доскам, предъявив сверх того и залог (который ответчик признает своей вещью, отрицая факт залога), **то дело передается на усмотрение** того человека, кто станет взыскивать деньги, предъявляя залог: он может сам присягнуть в том, что давал ссуду, и взять свои деньги, а может на суде возратить залог ответчику, который, присягнув, пусть возьмет свой залог»¹.

В ст. 29 закреплено: «Если какой-либо человек отдаст кому-нибудь под залог (взятых им) денег документы – или еще что-нибудь, а тот (в свою очередь), неожиданно насильно доставят кредитора на суд или (просто) начнет тяжбу с ним на суде господы, причем у кредитора, который получил залог, не будет до подтверждающей залог, то лицу, отдавшему под залог (деньги), этого в вину не ставить, а проверив его показания, **передать дело на его усмотрение:** присягнуть,

¹ Текст Псковской Судной Грамоты приводится по кн.: Памятники русского права. Вып. 2. М., 1953. С. 302 – 324.

что давал деньги (под залог), или возратить залог (противной стороне) на суде, и (эта сторона) пусть, присягнув, возьмет свой залог»¹.

Данные нормы предоставляли заинтересованному лицу право выбора того судебного доказательства, которого будет достаточно для подтверждения факта предоставления залога.

В период с XVI до XVII вв., после формирования объединенного Московского государства, происходит дальнейшее развитие права, создаются крупнейшие законодательные акты, которыми оформляются новые общественные отношения. В конечном счете, складывается новая политическая форма – сословно-представительная монархия.

Однако в характере правового регулирования по существу все оставалось без изменений. Сохраняющийся приоритет обязанностей над правами, чему активно способствовало усиление феодальной зависимости крестьян², придание определяющего значения принуждению в системе средств обеспечения права также не предполагали закрепления в нормативных актах возможности свободного выбора для большинства населения. По этому поводу В. О. Ключевский отмечал: «В других странах мы знаем государственные порядки, основанные на сочетании сословных прав с сословными обязанностями или на сосредоточении прав в одних сословиях и обязанностей в других. Политический порядок в Московском государстве основан был на разверстке между всеми классами только обязанностей, не соединенных с правами. Правда, обязанности соединены были с неодинаковыми выгодами, но эти выгоды не были сословными правами, а только экономическими пособиями для несения обязанностей»³.

Вместе с тем для органов публичной власти в отдельных случаях, действующие в тот период источники права всё же закрепляли свободу выбора. В качестве примера можно привести положения Судебников 1497 г. и 1550 г.

¹ Текст Псковской Судной Грамоты приводиться по кн.: Памятники русского права. Указ. изд.

² И если поначалу крестьяне имели юридическую возможность переходить от одного владельца к другому, то издание в 1580 г. Указа о заповедных летах, который отменил Юрьев день, привело к их окончательному закреплению.

³ Ключевский В. О. История сословий в России // Сочинения. В 9 т. Т. 6. М.: Мысль, 1989. С. 310.

Поскольку в содержании Судебников главное внимание уделялось судопроизводству и уголовному праву, усмотрением наделялись преимущественно судебные органы, которые могли использовать его при назначении наказаний за совершенные преступления.

Так, в ст. 7 Судебника 1497 г. говорилось: «Если судебным поединком решаются дела о поджогах или убийстве, или разбое, или воровстве, то с побежденного берутся требуемые другой стороной сумма иска и пошлины: окольниковому полтина и доспехи, дьяку четверть, а недельщику полтина и за скрепление сделки сторон о поединке или за организацию его 4 алтына. Побежденный подвергается также наказанию и **«продаже» по усмотрению судьи**».

В ст. 10 содержалось: «Если вор впервые совершит кражу, кроме кражи церковной или сопровождавшейся убийством, и никаких доказательств о совершении им ранее краж не будет, он карается торговой казнью, **подвергается «продаже» по усмотрению судьи** и с него взыскиваются убытки, понесенные истцом. При отсутствии у виновного имущества для возмещения убытков, понесенных истцом, он подвергается битью кнутом и выдается истцу в холопство до уплаты или отработки нанесенных им убытков, а взыскания в суде не производятся».

Судебник 1550 г. представлял собой новую редакцию Судебника 1497 г. Круг регулируемых в нем вопросов стал значительно шире. Появились статьи о вотчинах, о губном и земском управлении, подробнее регламентировался судебный процесс.

Так, в ст. 25 Судебника 1550 г. говорится: «А который ищеа взыщет бою и грабежу, и ответчик скажет: бил, а не грабил, и ответчика в бою обвинити и бесчестие на нем взятии; а в пене, **посмотря по человеку, что государь укажет**»¹.

Становление абсолютной монархии в России (вторая половина XVII в.) требовало еще большего усиления должного начала в правовом регулировании. Существование крепостного права приводило к тому, что в законодательстве, с одной стороны, закреплялись широкие полномочия помещиков в отношении кре-

¹ Текст и нумерация статей Судебника 1550 г. приводятся по кн.: Российское законодательство X - XX веков. Т. 2. Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства. М., 1985.

стьян (они могли распоряжаться их имуществом, осуществляли над ними суд по мелким уголовным делам, разбирали иски и т. д.), с другой – преимущественно одни обязанности крестьян перед помещиками, что окончательно стерло различия в их правовом статусе с холопами. В этой связи и с учетом сохраняющегося казуального характера регулирования отношений в статьях нормативных актов того периода, как правило, с идеальной точностью предусматривался тот вариант поведения, который должны совершать крестьяне при исполнении своей обязанности.

Крупнейшим законодательным памятником того времени явилось Соборное Уложение 1649 г. Непосредственным поводом для его принятия послужило вспыхнувшее в 1648 г. восстание посадских людей Москвы. Посадские обратились к царю с челобитными об улучшении своего положения и о защите от притеснений. В это же время свои требования царю предъявили дворяне, которые считали, что их во многом ущемляют бояре. Царь подавил восстание посадских, но все же был вынужден отложить взыскание недоимок, облегчить в некоторой мере их положение. В июле 1648 г. он приказал начать разработку проекта нового закона под названием «Уложение».

Соборное Уложение 1649 г. – значительный шаг вперед по сравнению с предыдущим законодательством. В этом законе регулировались не отдельные группы общественных отношений, а все стороны общественно-политической жизни того времени.

В тексте Соборного Уложения 1649 г. встречаются некоторые нормативные средства, закрепляющие возможность органов публичной власти действовать по своему усмотрению. В частности возможность судебного усмотрения отражена в ст. 222 гл. X «О суде» Соборного уложения 1649 г.: «А будет кто у кого в огороде какой овощ насильством пограбит или покрадет, а сыщется про то допрямо, и на нем за такой овощ велеть исцу доправити денги, сметя по овощу, да ему же за насильство или за кражу **учинити наказанье смотря по делу**»¹.

¹ Соборное уложение 1649 г. Текст. Комментарии. Л., 1987. С. 56.

Развитие абсолютизма (XVIII в. – начало XIX в.) знаменовалось широким развитием законодательства. Особенно много внимания и сил уделяли законотворчеству Петр I и Екатерина II.

Петровское законодательство отличалось от предыдущего значительно меньшей казуистичностью, более высоким уровнем обобщений, более четкой схемой и последовательностью, что создавало необходимые благоприятные условия для включения в содержание нормативных актов правовых средств, закреплявших свободу выбора за субъектами права.

Однако Петра I отличала вера во всеилие закона, во всемогущество государственной власти, призванной регулировать жизнь подданных. Отсюда крайне активная законодательная деятельность¹. От формулировки закона Петр требовал ясности и четкости: «Надлежит законы писать ясно, чтобы их не перетолковывать»². Он требовал неукоснительного соблюдения законов, предписывая в Указе 1722 г. «О хранении прав гражданских»: «Ничто так ко управлению государства нужно есть, как крепкое хранение прав гражданских, понеже всеу законы писать, когда их не хранить, или ими играть, как в карты, прибирая масть к масти...»³.

В этой связи законодательство XVIII в. отличается детальной регламентацией многих сторон жизни: хозяйственной деятельности, быта, развлечений и т. п. Основой для этого был постулат, согласно которому подданные передали свой суверенитет верховной власти. В этой связи места для закрепления усмотрения оставалось мало.

Усиление темпов роста промышленности, торгового оборота привело к интенсивному развитию права в XIX в. Правовые нормы уже не могли исчерпывающим образом определять весь круг возможных вариантов поведения субъектов, что вызывало необходимость закрепить в источниках права возможности вы-

¹ Полное собрание законов Российской империи дает такую картину: на вторую половину XVII в. приходится 1821 указ, в среднем в год по 36 указов. В первой половине XVIII в. ежегодно в среднем издавалось по 160 указов.

² См.: История отечественного государства и права: учебник Ч.1 / под ред. О. И. Чистякова. М., 2004. С.117.

³ Там же. С. 118.

бора варианта поведения, который для индивида был бы оптимальным в конкретной жизненной ситуации. Способствовали этому и некоторые либерально-правовые идеи, проникающие в Россию уже с конца XVIII в., исходящие из природы человека и неотъемлемости его прав.

Так, в ст. 521 X тома Свода законов Российской Империи «Свод законов гражданских» устанавливалось, что «вотчинник, несмотря на то, что имущество его находится по законно-совершенным актам во временном отдельном владении постороннего лица, **может однакож уступить или передать кому-либо, по своему произволу, принадлежащее ему право собственности на такое имущество**»¹.

Статья 967 определяла: «Благоприобретенное, как недвижимое так и движимое, имущество владелец может **дарить свободно по своему произволу**»².

Статья 1530 закрепляла: «Договаривающимся сторонам оставляется на волю включать в договор по обоюдному согласию и **по их усмотрению всякие условия законам не противные**, как то: условия о сроке, о платеже, о неустойке, о обеспечении и тому подобные»³.

Некоторый объем усмотрения закреплялся и за органами публичной власти. Однако происходило это в основном в сфере уголовного права. Законодатель, определяя верхний и нижний пределы наказания, позволял правоприменителю по своему усмотрению назначать наказание в установленных законом рамках. При этом ему следовало учитывать важность вины и сопровождавшие содеянное обстоятельства.

Например, ст. 152 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. гласила: «Когда в законах определены не только род и степень наказания, следующего за судимое преступление, но и высшая и низшая онога в той степени мера, то суд обязан, по важности вины и по сопровождавшим содеянное обстоятельствам, приговаривать подсудимого, признанного виновным, **к высшей или**

¹ Текст и нумерация приводятся по изд.: Свод законов Российской Империи: спец. подароч. изд. Электрон. текстовые дан. СПб.: Консультант Плюс, 2008.

² Там же.

³ Там же.

низшей определяемой в законе или же к какой-либо средней между оными мере наказания, но отнюдь не изменяя ни рода, ни степени оногo»¹.

Если же в законе определены только род и степень наказания, но не определены высший и низший размер наказания, «... **суд определяет сию меру по своему усмотрению**, т. е. по важности вины по соображении увеличивающих или уменьшающих оную обстоятельств, также не изменяя ни рода, ни степени наказания, в законах за то преступление постановленного...» (ст. 152 Уложения).

Особую роль в нормативном закреплении свободы выбора сыграла Судебная реформа 1864 г. Она провозгласила фундаментальные принципы судостроительства и судопроизводства, на которых основаны и современные процессуальные отрасли права.

Так, например, ст. 336¹ Устава гражданского судопроизводства предполагала, что «если указанное тяжущимся доказательство не допускается по закону, или же обстоятельство, подлежащее удостоверению несущественно для дела, либо уже достаточно разъяснено, суд устраняет такое доказательство».

Данной нормой в существующий тогда гражданский процесс был введен новый принцип свободной оценки доказательств, закрепляющий возможность суда по своему усмотрению, исходя из обстоятельств дела, требований допустимости, относимости и достоверности, оценивать доказательства и использовать их при принятии решения.

Октябрьская революция 1917 г. стала начальной точкой отсчета нового, советского этапа развития отечественного государства и права. Во взглядах пришедших к власти большевиков доминировала идея отрицания традиционных государственных институтов, что привело к ломке существовавших общественных отношений.

Поскольку в первые годы советской власти доля законодательства, отвечающего существующим правоотношениям, была еще невелика, а старое могло применяться лишь в исключительных случаях, существовала сфера отношений,

¹ Текст и нумерация статей Уложения о наказаниях уголовных и исправительных приводятся по: Российское законодательство X - XX веков. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века / ред. О.И. Чистяков. М., 1988.

не урегулированная никакими нормативными актами. В этой связи усмотрение стало играть важную роль в процессе реализации права – в нем виделось средство к устранению правовой неопределенности, восстановлению социальной справедливости, к защите интересов пролетариата.

Подтверждают это и первые большевистские декреты, которые предписывали судье принимать решения не только на основе закона, но и на «революционной», «пролетарской» совести. Например, в п. 5 Декрета № 1 «О суде»¹ устанавливалось, что «местные суды руководятся въ своихъ решеніяхъ и приговорахъ законами свергнутыхъ правительствъ лишь постольку, поскольку таковые не отменены революціей и не противоречатъ революціонной совести и революціонному правосознанію». Декрет № 2 «О суде» сформулировал данную норму несколько иным образом: «Судопроизводство по гражданским делам происходит по правилам Судебных уставов 1864 года постольку, поскольку таковые не отменены и не противоречат правосознанию трудящихся классов»².

Фактически это означало, что если суд не мог опереться на правовую норму при принятии решения, он действовал так, как подсказывала ему революционная совесть, поступал так, как считал полезным.

Приведенное нормативное положение закрепило широкую, а, по большому счету, неограниченную свободу за органами публичной власти при разрешении конкретных юридических дел.

16 июня 1918 г. было опубликовано Постановление Народного комиссариата юстиции, в котором говорилось: «Революционные трибуналы в выборе мер борьбы с контрреволюцией, саботажем и проч. не связаны никакими ограничениями»³. 21 октября 1919 г. Декретом СНК был учрежден особый Революционный трибунал по делам о спекуляции при ВЧК, который «в своих суждениях руководствуется исключительно интересами революции и не связан какими-либо

¹ О суде: декрет СНК РСФСР от 24.11.1917 г. // Консультант Плюс.

² О суде: декрет ВЦИК от 07.03.1918 г. № 2 // Консультант Плюс.

³ «СУ РСФСР». 1918. № 44. Ст. 533.

формами судопроизводства... Приговоры особого Революционного трибунала окончательны и обжалованию в кассационном порядке не подлежат»¹.

На практике такое неограниченное усмотрение зачастую приводило к произволу и злоупотреблениям со стороны власти, ущемлению прав и свобод личности. Несмотря на декларации о выравнивании правового регулирования между государством и гражданином, в действительности всё обстояло иначе. В отношениях между ними доминировал разрешительный тип правового регулирования для граждан и общедозволительный для государства: гражданину можно было делать только то, что ему разрешало государство; последнее же могло запрещать все, что считало нужным и полезным для дела строительства социализма и коммунизма². Конституции РСФСР 1918 г. и 1925 г. прямо закрепляли возможность государства лишить отдельных лиц или группу лиц «прав, которые используются ими в ущерб интересам социалистической революции».

Установление разрешительного типа правового регулирования для субъектов непосредственной реализации права означало, что использование закрепленных за гражданами прав и свобод допускалось законодателем только в строго определенных целях, чем существенно ограничивалась свобода выбора. Так, согласно ст. 1 ГК РСФСР 1922 г., «граждане осуществляют принадлежащие им права и свободы только в соответствии с «их социально-хозяйственным назначением», «назначением этих прав в социалистическом обществе» (ст. 5 ГК РСФСР 1922 г.). Некоторым исключением из данного правила является ст. 141 ГК РСФСР 1922 г., согласно которой «неустойкой признается денежная сумма или иная имущественная ценность, которую один контрагент обязуется в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения им договора доставить другому контрагенту. Если в договор включено или дополнительно заключено сторонами условие о неустойке, кредитор вправе требовать, по своему усмотрению, или возмещения убытков, причиненных неисполнением, или уплаты неустойки. Если неустойка установлена на случай просрочки или ненадлежащего исполнения, кредитор вправе одно-

¹ «СУ РСФСР». 1919. № 53. Ст. 504.

² См.: Семитко А. П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург, 1996. С. 268-269.

временно требовать как исполнения договора, так и уплаты неустойки либо возмещения убытков, причиненных просрочкой или ненадлежащим исполнением».

Иначе складывалась ситуация в сфере применения права. 10 июля 1934 г. Постановлением ЦИК СССР при Народном комиссариате внутренних дел СССР образовывалось Особое совещание. Согласно п. 1 оно наделялось полной свободой выбора при применении к лицам, считавшихся общественно опасными, различных санкций: ссылку или высылку на срок до 5 лет под гласный надзор, заключение в исправительно-трудовые лагеря на срок до 5 лет, высылку за пределы СССР.

Со временем Особое совещание перестало справляться со все увеличивающимся количеством дел. Поэтому 27 мая 1935 г. Приказом НКВД № 00192 были созданы так называемые «тройки», которые стали как бы структурными подразделениями Особого совещания на местах. В них входили: первый секретарь соответствующего обкома партии, начальник областного управления НКВД и областной прокурор. В 1937 г., в разгар массовых репрессий, эта конструкция была еще упрощена – из «троек» исключили представителей партийных органов, сделав «двойки».

Широкий круг полномочий, отсутствие каких-либо ограничений свидетельствовали о том, что данные органы обладали полной свободой при применении наказаний. Ничем не регламентированная процедура рассмотрения дел, отсутствие протоколов заседаний, минимальное количество документов и доказательств, на основе которых выносилось решение о применении репрессии, а также отсутствие возможности обжаловать вынесенное решение привели, в конечном счете, к тому, что усмотрение данных органов стало постепенно переходить в произвол.

Такое положение закреплялось в нормативных актах Советского государства вплоть до 50-х годов XX в. Смерть И. В. Сталина в 1953 г. и приход к власти Н. С. Хрущева положили начало заметной либерализации общественно-правовой жизни.

XX съезд КПСС осудил репрессии и беззакония предыдущего периода. В новых законодательных актах расширяется возможность граждан самостоятельно

использовать принадлежащие им права и свободы. Примерами могут являться положения следующих статей: ст. 534 ГК РСФСР 1964 г., закреплявшей право гражданина завещать свое имущество по своему усмотрению: «Каждый гражданин может оставить по завещанию все свое имущество или часть его (не исключая предметов обычной домашней обстановки и обихода) одному или нескольким лицам, как входящим, так и не входящим в круг наследников по закону, а также государству или отдельным государственным, кооперативным и другим общественным организациям»¹; ст. 19 Кодекса о браке и семье РСФСР 1969 г., согласно которой «каждый из супругов свободен в выборе занятий, профессии и места жительства»²; ст. 79 Исправительно-трудового кодекса РСФСР 1970 г., из которой следовало, что «осужденные к ссылке отбывают наказание в определенной для этой цели местности. В пределах административного района, определенного для проживания, ссыльный избирает место жительства по своему усмотрению»³; ст. 57 Кодекса законов о труде 1971 г. в которой содержалось правило о том, что работник вправе использовать перерыв для отдыха и питания по своему усмотрению⁴.

Что касается закрепления свободы выбора за органами публичной власти, то активная правотворческая деятельность, расширение законодательной базы отодвинули идею усмотрения в их деятельности на второй план. Курс на недопущение произвола, злоупотреблений, а то и прямого насилия предыдущих лет привел к тому, что «революционная целесообразность» заменяется «социалистической законностью», назначение которой состояло не только в создании развитой системы норм социалистического права, в строгом, неуклонном претворении их в жизнь⁵, но и в убеждении о необходимости и справедливости действующих зако-

¹ Гражданский кодекс РСФСР от 11.06.1964 г. (ред. 26.11.2001) // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407; СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4553.

² Кодекс о браке и семье РСФСР 30.07.1969 г. (ред. 07.03.1995) // Ведомости ВС РСФСР. 1971. № 50. Ст. 1007; СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2945.

³ Исправительно-трудоовой кодекс РСФСР от 18.12.1970 г. (ред. 21.12.1996) // Ведомости ВС РСФСР. 1970. № 51. Ст. 1220; СЗ РФ. 1996. № 52. Ст. 5881.

⁴ См.: Кодекс законов о труде РСФСР от 09.12.1971 г. (ред. 10.07.2001) // Ведомости ВС РСФСР. 1971. № 50. Ст. 1007; СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2945.

⁵ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Т. 4. Социалистическое право /

нов. В результате отступление от требований закона по соображениям целесообразности было недопустимо, в связи с чем свобода выбора в правоприменительной деятельности была незначительна.

Так, в ст. 56 Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г. было предусмотрено, что «суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном рассмотрении в судебном заседании всех обстоятельств дела в их совокупности, руководствуясь законом и социалистическим правосознанием»¹.

Период с середины 80-х до начала 90-х годов XX в. характеризовался масштабными демократическими преобразованиями (отменой однопартийной системы, провозглашением свободы слова, гласности, частной собственности), а с начала 90-х годов – коренными изменениями в правовой системе, проводившимися на основе принятой в 1993 г. Конституции РФ. Их проведение способствовало закреплению свободы выбора в официальных источниках права.

Специфика нормативного закрепления свободы выбора в источниках права советского периода и его практическое осуществление оказали существенное влияние на формирование теории усмотрения в современной правовой науке.

Если на самых ранних этапах существования Советского государства усмотрение занимало ключевое место в правореализующей деятельности и активно использовалось в процессе применения права, то последовавшие за этим репрессии, своеволия, неоправданные ущемления и ограничения прав и свобод граждан изменили отношение к данному правовому явлению. Первоочередной задачей стала необходимость укрепления законности в деятельности органов публичной власти, основанная на утверждении верховенства, диктатуры закона как наиболее совершенной формы права. Являлось недопустимым до тех пор, пока закон не отменен, не применять его или отклоняться от его буквального содержания, даже если следование ему приведет к нарушению и ущемлению прав человека. Дейст-

отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 1973. С. 138 - 175, 620 - 643.

¹ Гражданский процессуальный кодекс РСФСР от 11.06.1964 г. (ред. 31.12.2002) // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407; СЗ РФ. 2003. № 1. Ст. 2.

вующий закон непререкаем и отступление от него разрушает основы законности¹. «Уважение к закону, – подчеркивал Н. С. Малеин, – означает прежде всего строгое и неуклонное исполнение действующего законодательства. Всякие отступления от принципа социалистической законности (путем противопоставления закона и целесообразности, «духа» – «букве» закона и т. д.) ведут к нарушению свобод, прав и обязанностей граждан»².

Правоприменитель, в свою очередь, должен был укреплять законность, воспитывать высокое общественное правосознание, уважение к закону и чувство долга, сам при этом свято соблюдая правовые нормы, будучи глубоко убежденным в их необходимости и справедливости.

Более того, зачастую возникали ситуации, когда осуществление закрепленных в источниках права за субъектами прав и свобод было затруднительным. Несмотря на то, что Конституции РСФСР 1977 и 1978 гг. содержали специальную главу «Государство и личность», реализация прав и свобод на практике была осложнена отсутствием необходимых механизмов. По справедливому замечанию Д. Ю. Шапсугова, «... здесь сказывались как недостаточная полнота прав личности, закрепленных в законодательстве по сравнению с международно-правовыми актами о правах человека, так и отсутствие или слабая эффективность механизмов их реализации. Традиционный прием любой тоталитарной власти – устанавливать правовой статус субъектов только в случае крайней необходимости, по этой же причине не бояться его расширения, пока есть возможность прибегнуть к последнему оплоту – отсутствию или чрезвычайной запутанности юридической процедуры реализации правового статуса – пока еще срабатывает если непреднамеренно, то автоматически»³.

Конституция РФ 1993 г. впервые в истории нашего государства закрепила тезис о том, что права и свободы человека и гражданина являются высшей ценностью, что они определяют смысл, содержание и применение законов, деятель-

¹ См.: Чхиквадзе В. М. Государство, демократия, законность. М., 1967. С. 394 – 395.

² Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. М., 1981.

³ Шапсугов Д. Ю. Народовластие: опыт политико-правового исследования: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М. 1991. С. 21.

ность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Общепризнанные международные нормы, относящиеся к правам человека, имеют преимущество перед законами России и непосредственно порождают права и обязанности. Перечень прав и свобод, закрепленный Конституцией, не является исчерпывающим и не умаляет других прав и свобод человека и гражданина. Была зафиксирована и единственная возможность законодательного ограничения прав и свобод человека и гражданина – только в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Произошедшие изменения создали необходимую нормативную основу для смещения акцентов в правовом регулировании с должного на дозволенное, предоставляя субъектам права возможность выбирать в каждом конкретном случае необходимый вариант поведения исходя из требований правозаконности, добросовестности, справедливости и разумности.

Такой поворот в нормативном регулировании привел к возрастанию значения усмотрения как средства, с помощью которого одни субъекты (властно применяющие право) могут правильно исполнять обязанность по обеспечению прав и свобод человека и гражданина, создавать благоприятные условия для их практической реализации, а другие (использующие, исполняющие и соблюдающие право) удовлетворять как собственные потребности и интересы, так и потребности и интересы управомоченных лиц.

В современном российском законодательстве свобода выбора варианта поведения закрепляется в различных источниках права с помощью всего комплекса нормативно-регулятивных средств за всеми субъектами права.

1. Возможности действовать по своему усмотрению закрепляются в различных юридических источниках: в правовых обычаях, нормативных договорах и нормативных правовых актах.

Так, свобода выбора варианта поведения закреплена в ч. 1 ст. 6 ГК РФ, которая допускает применение по усмотрению сторон обычаев делового оборота в

том случае, если отношения прямо не урегулированы гражданским законодательством или соглашением сторон.

Примером усмотрения, закрепленного в нормативном договоре, может служить п. 1 ч. 2 ст. 5 Договора между РФ и Республикой Беларусь от 24 января 2006 г. «О сотрудничестве в области социального обеспечения», согласно которому застрахованному, который работает на территории той же Договаривающейся Стороны, где и проживает, а работодатель зарегистрирован на территории другой Договаривающейся Стороны, предоставляется возможность по своему усмотрению выбрать – законодательство какого государства применять.

Свобода выбора содержится в большинстве нормативных правовых актов: кодексах, законах, подзаконных актах.

2. Свобода выбора варианта поведения закрепляется в различных отраслях права:

– в конституционном праве (например, суд принимает решение об отмене регистрации кандидата, списка кандидатов при несоблюдении ограничений, предусмотренных ч. 1 или 1.1 ст. 56 Федерального закона от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и состоящих в злоупотреблении свободой массовой информации (ст. 76). Основанием для такого усмотрения является использование в законе оценочных понятий: «агитация, возбуждающая социальную, расовую, национальную или религиозную рознь, унижающая национальное достоинство» и «агитация, при проведении которой осуществляется пропаганда и публичное демонстрирование атрибутики или символики, сходных с нацистской атрибутикой или символикой до степени их смешения»¹); в гражданском праве (например, в соответствии с ч. 4 ст. 421 ГК РФ «условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами»²);

¹ Об основных гарантиях избирательных прав и прав на участие в референдуме граждан Российской Федерации: ФЗ от 12.06.2002 № 67-ФЗ (ред. 21.02.2014) // СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253; 2014. № 8. Ст. 739.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред.

– в семейном праве (например, в соответствии с ч. 1 ст. 7 СК РФ «граждане по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им правами, вытекающими из семейных отношений (семейными правами), в том числе правом на защиту этих прав, если иное не установлено настоящим Кодексом»¹);

– в жилищном праве (например, в соответствии с ч. 2 ст. 1 ЖК РФ «граждане по своему усмотрению и в своих интересах осуществляют принадлежащие им жилищные права, в том числе распоряжаются ими. Граждане свободны в установлении и реализации своих жилищных прав в силу договора и (или) иных предусмотренных жилищным законодательством оснований»²);

– в трудовом праве (например, в соответствии со ст. 192 ТК РФ за совершение дисциплинарного проступка, т. е. неисполнение или ненадлежащее исполнение работником по его вине возложенных на него трудовых обязанностей, работодатель имеет право по своему усмотрению применить следующие дисциплинарные взыскания: замечание, выговор, увольнение по соответствующим основаниям)³;

– в процессуальных отраслях права (например, согласно ч. 1 ст. 179 ГПК РФ допрос свидетеля в возрасте до четырнадцати лет, а по усмотрению суда и допрос свидетеля в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет производятся с участием педагогического работника, который вызывается в суд⁴; в соответствии с ч. 5 ст. 317.7 УПК РФ по усмотрению суда подсудимому с учетом положений ст.ст. 64, 73 и 80.1 УК РФ могут быть назначены более мягкое наказание, чем предусмотрено за данное преступление, условное осуждение или он может быть освобожден от отбывания наказания⁵);

02.11.2013) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; 2013. № 44. Ст. 5641.

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. 31.01.2014) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16; 2013. № 48. Ст. 6165.

² Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. 2005. № 1 (часть 1). Ст. 14; 2013. № 52 (часть 1). Ст. 6982.

³ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. 2002. № 1 (часть 1). Ст. 3; 2013. № 52 (часть 1). Ст. 6986.

⁴ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532; 2013. № 52 (часть 1). Ст. 7001.

⁵ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. 03.02.2014) // СЗ РФ. 2001. № 52 (часть 1). Ст. 4921; 2014. № 6. Ст. 556.

– в уголовном праве (например, в соответствии с ч. 1 ст. 64 УК РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с целями и мотивами преступления, ролью виновного, его поведением во время или после совершения преступления, и других обстоятельств, существенно уменьшающих степень общественной опасности преступления, а равно при активном содействии участника группового преступления раскрытию этого преступления наказание может быть назначено ниже низшего предела, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса; суд может назначить более мягкий вид наказания, чем предусмотрен этой статьей, или не применить дополнительный вид наказания, предусмотренный в качестве обязательного¹).

3. Возможность совершения действий по усмотрению закрепляется за субъектами права во всей системе нормативно-регулятивных средств – в нормах права и нормативных обобщениях (более подробно данный вопрос будет рассмотрен в последующих главах).

4. Наиболее значимым для дальнейшего изучения является то, что в действующем законодательстве возможность совершать действия по усмотрению закрепляется за разными субъектами права.

Так, во-первых, можно выделить усмотрение, осуществляемое органами публичной власти². Различным по своей природе типам государственной деятельности соответствуют свои виды усмотрения.

Традиционно выделяют судебное и административное усмотрение. Судебное усмотрение осуществляется судебными органами в ходе отправления правосудия. Оно проявляется в возможности выбора из совокупности юридических фактов именно тех, которые, по мнению суда, являются необходимыми и относятся к существу спора; в возможности выбора из всех нормативно-регулятивных средств тех, которые, по мнению суда, соответствуют ситуации³.

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. 03.02.2014) // СЗ РФ. 2001. № 52 (часть 1). Ст. 4921; 2014. № 6. Ст. 556.

² См.: Маликов М. К. Проблемы усмотрения правоприменителя: Природа, признаки, пределы. Уфа, 1990.

³ См.: Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 20 - 33.

Административное усмотрение осуществляется субъектами управления и представляет собой возможность при определенных законом обстоятельствах выбирать между разными способами действия¹.

Отдельные авторы выделяют такой вид усмотрения, как политическое усмотрение. По их мнению, политическое усмотрение осуществляется субъектами верховной власти в государстве, является выражением политической воли, через которую проявляется сущность государства во всей своей полноте². Политическая воля имеет цель организовать и верно выразить единую всенародную волю. Высшие органы государственной власти выражают ее непосредственно и независимо от других органов. Усмотрение высших органов государственной власти (главы государства, парламента, правительства) основано на первичной компетенции, поэтому оно не связано законом и, следовательно, действие или решение, основанное на политическом усмотрении, не подлежит обжалованию.

Самостоятельным видом является усмотрение в действиях граждан и различных форм их объединений. В данном виде усмотрения субъект – лицо, наделенное субъективным правом или на которое возложена юридическая обязанность. Индивиды (или их объединения), как субъекты усмотрения, сами определяют для себя цель и средства её достижения. В этом смысле, как верно указывает А. Т. Боннер, между свободой поведения личности и деятельностью судьи, осуществляемой по усмотрению, не может не быть существенных различий. Не обладая свободой в выборе условий своего существования, личность имеет известную свободу в выборе целей своей деятельности, поскольку в каждый данный момент обычно существуют не одна, а несколько реальных возможностей их осуществления, хотя и с разной степенью вероятности. Кроме того, личность свободна в выборе средств достижения намеченных целей. Что же касается органов правосудия, то цели их деятельности и средства достижения таких целей, как правило, четко определены законом (например, в ст.ст. 2, 148 ГПК РФ).

Таким образом, свобода выбора протекает в различных формах реализации

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М., 2004. С. 263, 268.

² См.: Шарнина Л. А. Понятие политического усмотрения // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 5. С. 6-10.

права, что говорит о ее комплексном характере. Данное обстоятельство свидетельствует о важности формирования единого, универсального понятия усмотрения, которое объединило бы в себе общее в его проявлении у различных субъектов.

1.3. Понятие усмотрения в процессе реализации права

Понятие усмотрения в юридической науке сформировалось в противоречивом сочетании правовых школ, негативных и позитивных взглядов на изучаемый феномен. Рассмотрим основные позиции.

Так, А. П. Коренев пишет: «Усмотрение – определенная рамками законодательства известная степень свободы органа в правовом разрешении индивидуального конкретного дела, предоставляемая в целях принятия оптимального решения по делу»¹.

В приведенном определении верно подчеркнуто, что усмотрение – это свобода действий; свобода, определенная рамками законодательства; усмотрение возможно при разрешении конкретного дела. Однако из предложенной дефиниции не ясно, что автор понимает под «оптимальным решением по делу», в целях которого предоставляется усмотрение. Какое решение следует считать оптимальным и для кого (личности, общества, государства) оно является таковым? Такая неопределенность может стать одной из причин негативного отношения к усмотрению как источнику произвола и злоупотреблений.

Также нельзя согласиться с тем, что, как следует из определения, возмож-

¹ Коренев А. П. Нормы административного права и их применение. М., 1978. С. 73-74. В этом же ключе, рассуждая о судебном усмотрении, Л. Н. Берг пишет: «Судебное усмотрение – элемент судебной правоприменительной деятельности, заключающийся в выборе мотивированного законного и обоснованного решения, совершаемого уполномоченным субъектом (судьей) по конкретному юридическому делу в пределах, установленных нормой права» (См.: Берг Л. Н., Судебное усмотрение и его пределы. Общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юр. наук. Екатеринбург, 2008. С. 8).

ностью действовать по усмотрению наделены лишь органы государственной власти. Такой подход существенно сужает круг субъектов усмотрения – из него исключены граждане и их объединения, которые также наделены такой возможностью.

Отдельно следует остановиться на понятии усмотрения, сформулированном А. А. Малиновским. Согласно его позиции «усмотрение – выбор субъектом определенной цели и способов ее достижения или как возможность выражать свою волю и принимать решение независимо от воли других лиц»¹.

Несмотря на то, что автором, напротив, круг субъектов усмотрения не ограничен, предложенное определение нельзя считать универсальным. Оно вряд ли в полной мере подходит к свободе выбора в действиях правоприменительных органов, поскольку цель и способы действий для них как раз определены в системе нормативно-регулятивных средств достаточно четко. Также вызывает сомнение и то обстоятельство, что, по мнению автора, усмотрение представляет собой возможность выражать свою волю и принимать решение независимо от воли других лиц. Подобная позиция, в конечном счете, может привести к тому, что усмотрение станет источником различных злоупотреблений в процессе реализации прав и исполнения обязанностей, особенно со стороны субъектов, властно применяющих право.

Под усмотрением О. А. Папкина понимает «урегулированный правовыми нормами, осуществляемый в процессуальной форме специфический вид правоприменительной деятельности, сущность которого заключается в предоставлении в соответствующих случаях полномочия самостоятельно разрешать спорный правовой вопрос на основе норм права, исходя из целей, преследуемых законодателем, принципов права и других общих положений закона, конкретных обстоятельств дела, а также начал разумности, добросовестности, справедливости и основ морали»².

Автор верно уточняет, что усмотрение предполагает не просто предостав-

¹ Малиновский А. А. Усмотрение в праве // Государство и право. 2006. № 4. С. 102.

² Папкина О. А. Понятие судебного усмотрения // Журнал российского права. 1997. № 12. С. 107.

ленные нормами права полномочия самостоятельно решать спорное дело, а решать его, исходя из целей, принципов права, начал добросовестности, разумности и справедливости. Внесенное уточнение имеет весьма существенное значение, позволяет лучше понять ценность изучаемого правового явления и правильно его использовать при организации осуществления прав и свобод граждан. Также следует согласиться, что усмотрение осуществляется в процессуальной форме; заключается в предоставлении полномочий разрешать спорный правовой вопрос.

Однако и в данном случае усмотрение рассматривается лишь в правоприменительной деятельности органов государственной власти. Усмотрению при непосредственной реализации права внимания не уделяется. Более того, нуждается в уточнении позиция автора, в каких именно «соответствующих» случаях необходимо полномочие на самостоятельное разрешение дела.

Несколько иное понятие усмотрения предложено Ю. С. Адушкиным. По его мнению, усмотрение – «установленная правом возможность соответствующего органа, должностного лица избирать при решении дисциплинарного дела наиболее целесообразный, на его взгляд, вариант поведения, как определенный альтернативно юридическими нормами, так и вообще ими нерегламентированный»¹.

¹ См.: Адушкин Ю. С. О принципах процессуальной экономии и административного усмотрения в дисциплинарном производстве // Правопорядок и правовой статус в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977 года. Саратов. 1980. С. 260. Подобное определение предложено Д. М. Чечотом: «Понятие усмотрения предполагает, что соответствующий орган или должностное лицо действуют по своей воле, не связанной при принятии решения какой-либо нормой. В пределах предоставленных ему полномочий органа государства свободен в выборе соответствующего решения» (См.: Чечот Д. М. Административная юстиция. Теоретические проблемы. Л., 1973. С. 68). На субъективный характер усмотрения обращает внимание Ю. А. Тихомиров, поясняя, что «административное усмотрение выражает активно проявляющийся человеческий фактор. Это государственные органы как таковые, когда решение и действие органа формализует и делает безличным мнения и позиции его руководителей и работников. К ним относятся прежде всего органы исполнительной власти - сверху донизу, управленческие, распорядительные структуры внутри президентских, законодательных, судебных и иных органов, органы местного самоуправления. Непосредственными носителями административного усмотрения являются руководители, должностные лица и представители госорганов, управленцы в коммерческих организациях - в пределах своей компетенции, независимые администраторы (в рамках целевых программ, арбитражные и внешние управляющие, диспашеры и т.п.). Даже государственные служащие при малом объеме их функций могут своими оправданными или ошибочными мнениями и действиями создавать феномен административного усмотрения» (См.: Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4. С. 70).

В данном определении правильно указано, что возможность усмотрения установлена правом; верно отмечена роль субъективного фактора, поскольку реализация усмотрения в конечном счете зависит от личности, от уровня его правосознания и правовой культуры. Однако, на наш взгляд, предложенный подход излишне категоричен, поскольку, согласно сформулированному понятию, усмотрение – это такая возможность выбора, которая и вовсе может быть ничем не ограничена, отсутствуют критерии деятельности по усмотрению, что неминуемо приведет к различным правонарушениям.

Другая точка зрения на понятие усмотрения предложена Н. С. Погореловой. Автор формулирует судейское усмотрение как «данное судьей законом и статутом право и обязанность свободы выбора одного из нескольких закрепленных в правовой норме решений по конкретному делу, основанное на его мировоззрении, профессиональном опыте и убеждении»¹.

Следует согласиться с тем, что усмотрение – это не только право, но и обязанность судьи; что свобода выбора закреплена в правовой норме; что усмотрение основано на мировоззрении, профессиональном опыте и убеждении судьи; что усмотрение применяется для решения конкретного дела.

Однако автор не уточняет, в каком случае использование усмотрения является правом, а в каком обязанностью судьи. Кроме того, в приведенном определении абсолютизируется роль правовой нормы как основного источника деятельности по усмотрению. Автором не учтено, что свобода выбора может быть закреплена и в других нормативно-регулятивных средствах – принципах, целях, задачах права и др.

Опираясь на проделанный анализ различных точек зрения, с позиций отстаиваемого в работе подхода к правопониманию можно выделить следующие признаки усмотрения в процессе реализации прав и исполнения обязанностей: осуществляется любыми правоспособными субъектами; закрепляется в системе нормативно-регулятивных средств; проявляется в рамках индивидуального

¹ Погорелова Н. С. Судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2005. С. 28.

правового регулирования; выражается в активном правомерном поведении граждан и их объединений и правомерной деятельности органов публичной власти; осуществляется в целях эффективной и благоприятной для личности организации и непосредственной реализации прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей. Рассмотрим каждый из них отдельно.

1. Осуществляется любыми праводеспособными субъектами. Сформировавшееся представление о том, что теория усмотрения в большей мере ориентирована на лиц, властно осуществляющих публичные интересы (должностных лиц, государственных служащих, исполняющих свой служебный долг, в силу своих обязанностей), не учитывает, что право реализуется не только в форме применения, но и непосредственно в правомерных действиях граждан и их объединений. В этой связи данные субъекты также наделены возможностью совершать действия по усмотрению. Недооценка граждан и юридических лиц как субъектов, имеющих свободу выбора при реализации прав и исполнении обязанностей, во-первых, ведет к необоснованному сужению круга лиц, наделенных возможностями действовать по усмотрению; во-вторых, не дает полного представления об институте усмотрения в процессе реализации прав, исполнения и соблюдения обязанностей, о его субъектах и формах; в-третьих, принижает значение самостоятельного вида усмотрения – усмотрения граждан (и их объединений) при непосредственной реализации права.

При этом понятие «усмотрение» не отождествляется с понятием «реализация права», а является одним из условий наиболее эффективного использования прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей любым субъектом, позволяет удовлетворить имеющийся правовой интерес. Поэтому важно исходить из того, что возможность действовать по своему усмотрению принадлежит не только органам государственной власти, но и гражданам (их объединениям).

2. Закрепляется в системе нормативно-регулятивных средств. Весьма распространенным является положение о том, что свобода выбора варианта поведения для субъектов правореализации закрепляется преимущественно в правовых нормах. Такое суждение основано на неоднократно высказываемых в разное вре-

мя в юридической литературе мнениях о преобладающей роли нормы во внутренней структуре права¹.

Безусловно, юридическая норма – важное, значимое и наиболее распространенное правовое средство воздействия на общественные отношения. Но право как нормативная регуляция не сводится к нормам или к их системе. Ориентация на одни нормы неизбежно приведет к неверному восприятию закрепленных в праве идей, ценностей, положений, дозволений и запретов, а значит, в итоге, к неправильному, ошибочному решению, ограничивающему активность и возможности для усмотрения. Поэтому, когда речь идет о нормативной регуляции, с ней должна ассоциироваться вся совокупность нормативно-регулятивных средств (принципов, целей, задач, дефиниций, норм и т. п.), выступающих внутренней формой выражения права как общей меры свободы и справедливости².

В современной юридической науке сложился целый комплекс нормативно-регулятивных средств, закрепляющих возможность субъектов права действовать по своему усмотрению. Структуру таких средств составляют подсистемы норм права и нормативных обобщений.

Правовые нормы, имеющие вполне определенное внутреннее строение, состоящее из нескольких взаимосвязанных между собой частей, отличаются большей (по сравнению с нормативными обобщениями) степенью конкретности изложения содержания прав, свобод и обязанностей. В гипотезе указывается на условия, при наступлении которых субъекты наделяются правами и обязанностями; в диспозиции определяется модель поведения, возможные варианты осуществления прав и исполнения обязанностей; в санкции предусматриваются последствия для субъекта, реализующего диспозицию. При этом объем усмотрения зависит от конкретного вида правовой нормы.

К нормативным обобщениям относятся цели, задачи, принципы права, правовые дефиниции, юридические фикции и т. п. Заложенные в них возможности

¹ См. например: Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 54; Кучинский В. А. Личность, свобода, право. М., 1978. С. 84-85; Теория государства и права: учебник / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. Екатеринбург. 1996. С. 273.

² См.: Шафиров В. М. Естественно-позитивное право: введение в теорию. С. 155.

дают наиболее широкий простор для усмотрения, поскольку содержащиеся в нормативных обобщениях ориентиры крайне скупо регламентируют поведение и сводятся в основном лишь к обобщающим, сжатым формулировкам.

3. Проявляется в рамках индивидуального правового регулирования.

Право как инструмент социального управления призвано упорядочивать общественные отношения, оказывая влияние на социальную жизнь, сознание и поведение субъектов, обеспечивая реализацию их интересов.

Индивидуальное правовое регулирование – это такое воздействие на общественные отношения, которое связано с установлением, изменением или прекращением конкретных юридических прав и обязанностей как непосредственно самими участниками правоотношений, так и органами публичной власти при применении права. Оно органически дополняет нормативное правовое регулирование¹, разрешая конкретные дела (вопросы), требующие правового воздействия. Как отмечает И. А. Минникес, «индивидуальное правовое регулирование не просто органически дополняет нормативное правовое регулирование, но и осуществляется на его основе, в его развитие»². И далее, «правовое регулирование (уточне-

¹ На наш взгляд пока детерминирует субъективный, формально-юридический подход в ходе подготовки и принятия правовых норм, должны быть четко определены рамки усмотрения в нормотворческой деятельности. На сегодняшний день, к сожалению, усмотрение в правотворчестве зачастую приводит к тому, что в нормативных документах закрепляются: абстрактно сформулированные цели, задачи правового регулирования, популистские, противоречивые, дублирующие правила поведения; вводится в действие закон без пакета обеспечивающих его работу актов; принимается закон с плохо просчитанными социальными последствиями его реализации, не прошедший необходимую апробацию и т.д. Учитывая, что индивидуальное правовое регулирование осуществляется на основе нормативного, то перечисленные и им подобные факты создают трудности и препятствия в процессе разрешения конкретных дел (вопросов) приводя в отдельных случаях к ущемлению, ограничению прав и свобод человека. Все это ухудшает качество социально-правовой жизни людей, способствует распространению правового нигилизма.

² См.: Минникес И. А. Индивидуальное правовое регулирование: теоретико-правовой анализ: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2009. С. 40. Об индивидуальном-правовом регулировании см. также: Самигуллин В. К. Индивидуальное регулирование в советском праве // Правоведение. 1974. № 5. С. 147; Краснояружский С. Индивидуальное правовое регулирование // Сов. юстиция. 1989. № 13. С. 15; Маликов М. К. Роль индивидуального регулирования в советском правовом государстве // Осуществление и защита имущественных прав граждан и организаций в условиях формирования социалистического правового государства. - Уфа. 1991. С. 157 – 161; Княгинин К. Н. Поднормативное правовое регулирование и обеспечение прав личности // Актуальные вопросы правоведения: информационные материалы. Екатеринбург, 1992. С.26 -32.

ние правового положения субъектов, конкретизация масштабов поведения) в индивидуальном порядке происходит путем именно установления, изменения или прекращения юридических прав и обязанностей данного правоотношения»¹.

Именно в рамках индивидуального правового регулирования усмотрение проявляется наиболее отчетливо. Обладая свободой выбора, субъекты правореализации могут уточнять, конкретизировать содержание нормативно-регулятивных средств в зависимости от сложившихся обстоятельств, не нарушая при этом требований конституционной законности.

В подтверждение данного вывода следует отметить, что многие исследователи напрямую связывают индивидуальное правовое регулирование с возможностью усмотрения.

Так, В. Б. Исаков пишет, что индивидуальное регулирование «неизбежно допускает известную долю свободного усмотрения»². Т. В. Кашанина, анализируя правовую природу локального и индивидуального регулирования как двух видов децентрализованного регулирования, выделяя их характерные черты, называет среди прочих возможность субъектов права действовать самостоятельно по усмотрению³.

Более того, в одной из своих более ранних работ эти авторы вообще ставили знак равенства между индивидуальным правовым регулированием и усмотрением. Они полагали, что индивидуальное правовое регулирование – это юридический канал воздействия права на общественные отношения, но весьма специфический. Его отличительной чертой является решение вопросов, входящих в предмет правового регулирования, по усмотрению субъектов⁴.

Подобное мнение прослеживается и в отраслевых юридических науках. Так,

¹ Минникес И. А. Там же. С. 41 – 42.

² Исаков В. Б. Механизм правового регулирования // Проблемы теории государства и права / под ред. С. С. Алексеева. М., 1987. С. 262.

³ См.: Кашанина Т. В. Соотношение централизованного и децентрализованного правового регулирования. Правоведение. 1991. № 4. С. 54-64. На неразрывную связь индивидуального регулирования и свободного усмотрения указывается и в другой ее работе: Кашанина Т. В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере. Государство и право. 1992. № 1. С. 122-124.

⁴ См.: Исаков В. Б., Кашанина Т. В., Самигуллин В. К. Индивидуальное регулирование общественных отношений как элемент системы правового регулирования // Сб. аспирантских работ: материалы ежегод. аспирантской конференции. Вып. 17. Свердловск, 1974. С. 4-5.

Н. И. Дивеева утверждает, что индивидуальное правовое регулирование трудовых отношений осуществляется на основе свободного усмотрения субъектов в границах существующего правопорядка¹.

Индивидуальное правовое регулирование в процессе своего осуществления складывается из ряда стадий.

При возникновении правоотношений элементы содержания объективного (позитивного) права индивидуализируются, конкретизируются и приобретают новое качество – качество субъективных прав и юридических обязанностей. Это происходит после наступления обстоятельств, предусмотренных нормативно-регулятивными средствами, которые именуется юридическими фактами (или фактическими составами). Однако правоотношение не может появиться автоматически, быть «запрограммировано» правовыми средствами и затем функционировать без свободных, активных и инициативных действий его участников, по крайней мере одного из них², а в некоторых случаях и без соответствующей организующей деятельности государства. Вот здесь и необходимо усмотрение. Оно дает возможность: гражданам – выбрать нужного контрагента, с учетом собственных интересов и потребностей уточнить и индивидуализировать круг прав и обязанностей, которые будут составлять содержание правоотношения; а органам публичной власти – принять разумное и справедливое решение, без которого правоотношение возникнуть не сможет (например, когда для возникновения правоотношения требуется определение и властное подтверждение субъективных прав и обязанностей), установить круг имеющих отношение к данному делу фактических обстоятельств, выбрать необходимое нормативно-регулятивное средство и т. д.

¹ См.: Дивеева Н. И. Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2008. С. 8.

² Лишь в отдельных случаях субъект может не знать, что стал участником правового отношения, например, оказавшись наследником по закону после смерти родственника, проживавшего в другом городе. Или, скажем, потерпевший от преступления оказывается затем, помимо своего желания, вовлеченным в уголовно-процессуальное правоотношение с преступником и судом.

Свобода выбора имеет место и на стадии реализации субъективных прав и юридических обязанностей. Она дает возможность, например, управомоченному лицу реализовать в рамках конкретного правоотношения любое из принадлежащих ему правомочий: действовать самостоятельно, активно, требовать совершения определенных действий от обязанного лица, осуществить право на самообеспечение или обратиться за помощью к государству.

4. Выражается в активном правомерном поведении граждан и их объединений и правомерной деятельности органов публичной власти. Как справедливо отмечается в юридической литературе, усмотрения нет в том случае, когда перед субъектом стоит выбор между правомерным и противоправным действием. Усмотрение проявляется только в правомерном поведении (деятельности).

Но не в любом правомерном поведении (деятельности) усмотрение может проявляться всесторонне и полноценно. Наибольшую пользу оно приносит для тех, кто готов действовать инициативно, творчески для достижения поставленных целей. Такое поведение (деятельность) в значительной степени зависит, во-первых, от знания и понимания правовых ценностей, отношения к ним, во-вторых, готовности субъектов активно осуществлять полномочия (органы публичной власти), права и обязанности (индивиды и их объединения).

Важную роль играют мотивы и цели выбора того или иного варианта поведения, т. е. отношение субъекта права к своим действиям и возможным последствиям этих действий. В этой связи существует интеллектуальный и волевой аспект в поведении (деятельности) по усмотрению.

Интеллектуальная сторона характеризуется тем, что субъект, исходя из анализа правила поведения и конкретных жизненных обстоятельств, осознает предоставленную правом возможность выбора неких вариантов поведения для достижения цели, а также предвидит возможные последствия, которые могут наступить. Чтобы достичь посредством усмотрения определенного результата, необходимо обладать всем комплексом правовых знаний, навыков и умений правомерного поведения (деятельности). Причем сказанное не сводится к простой осведомленности о существовании определенных норм с неким содержанием. Для то-

го чтобы действовать по усмотрению, необходимо глубокое осмысление права, постижение его содержания, определение его значения.

Волевая сторона выражается в желании поступить в соответствии с принятым решением и готовностью приложить для этого необходимые усилия. Интеллектуальная сторона усмотрения не может функционировать сама по себе. Обладание правовыми знаниями, навыками и умениями еще не означает, что необходимый результат будет в конечном счете достигнут. Нужен определенный механизм, позволяющий воплотить знания в правомерные действия. Принудить к выбору определенного варианта поведения затруднительно¹. Таким механизмом является воля – желание и стремление действовать активно и правомерно.

Таким образом, усмотрение – это активное, целеустремленное поведение (деятельность), основанное на самостоятельном поиске нужного комплекса нормативно-регулятивных средств, требующихся в данном случае, для осмысления их в соответствии со сложившимися обстоятельствами, усвоения закрепленных в них прав и обязанностей, пределов и порядка их реализации.

Существенными признаками активного правомерного поведения (деятельности), а, следовательно, и усмотрения, являются инициатива и творчество. Инициатива (от лат. *initium* – начало) – почин, побуждение к началу какого-нибудь дела; руководящая роль в каких-либо действиях; предприимчивость; способность к самостоятельным активным действиям, воплотившаяся в конкретный неординарный общезначимый поведенческий акт, поступок. Применительно к области права инициатива означает деятельность, исходящая от ее зачинателя, которая служит началом возникновения, изменения или прекращения правоотношения².

¹ В этом смысле не совсем удачным видится положение, сформулированное в ч. 2 ст. 161 ЖК РФ, согласно которому «собственники помещений в многоквартирном доме обязаны выбрать один из способов управления многоквартирным домом: непосредственное управление собственниками помещений в многоквартирном доме; управление товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом; управление управляющей организацией». Если выбор способа управления многоквартирным домом является правом жильцов, то его реализация не может быть обязанностью. Управомоченный по своему усмотрению решает использовать предоставленное ему право или нет.

² См.: Шафиров В. М.: Обеспечение права: человекоцентристский подход. С. 208.

«Юридическая инициатива означает признанную законом способность участников отношений собственными правомерными действиями устанавливать, изменять, прекращать гражданские права и обязанности, она – активный способ реализации диспозитивности»¹.

В этом смысле усмотрение имеет инициативный характер, поскольку может быть реализовано преимущественно по инициативе, по желанию самого субъекта, являясь побудительным механизмом для организующей деятельности органов публичной власти. Обладание свободой выбора побуждает вникать во все особенности, сложности возникшей для человека ситуации, задумываться о последствиях возможного решения, а не просто действовать строго и неукоснительно в рамках установленных правил.

С инициативой связан другой признак активной правореализующей деятельности – творчество.

В энциклопедических источниках творчество определяется как действие от глагола «творить» в значении «создавать, производить, созидать»².

Творческий характер усмотрения означает, что эта деятельность неалгоритмична, она связана с созиданием, созданием нечего нового. Усмотрение не сводится к повторению раз усвоенного, а выражается в возможности отыскать из большого числа нормативно-регулятивных средств, допускающих выбор варианта поведения, те, которые наилучшим образом упорядочивают, организуют конкретное правоотношение; выбрать из имеющихся в некоторых из них различных вариантов оптимального для данной ситуации; достичь желаемого результата с помощью ранее не использованных правовых средств. Свобода выбора предоставляет возможность субъектам непосредственной реализации права в некоторых случаях самостоятельно установить отличающиеся от предусмотренных в юридических правилах права и обязанности, создав тем самым новое правило поведения, позволяющее удовлетворить свой интерес.

На творческий характер усмотрения органов публичной власти (прежде все-

¹ Слесарев В. Л. Экономические санкции в советском гражданском праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1990. С. 12 – 13.

² Большой толковый словарь русского языка / под ред. Д.Н. Ушакова. М., 2004. С. 1093.

го, судов) указывал Л. С. Белогриц-Котляревский, отмечая, что закон должен предоставлять широкий простор усмотрению суда, это необходимое условие для достижения справедливости в каждом конкретном случае¹.

5. Осуществляется в целях эффективной и благоприятной для личности организации и непосредственной реализации прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей. В Большом толковом словаре русского языка под целью понимается «то, к чему стремятся, чего хотят достичь». Деятельность по усмотрению не может быть бесцельной. Для того, чтобы она не стала источником различных нарушений и злоупотреблений, важно всегда точно представлять, для достижения какой цели осуществляется усмотрение, к чему стремится субъект права.

Согласно положениям Конституции РФ человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства.

Данные положения лежат в основе правореализующей деятельности и определяют основное назначение, цель усмотрения в процессе такой деятельности. С одной стороны, свобода выбора варианта поведения необходима для эффективной непосредственной реализации гражданами принадлежащих им прав, свобод и исполнения обязанностей. Она дает возможность выбора такого варианта поведения, который позволит осуществить права и свободы (получить материальное или духовное благо), добросовестно и правильно исполнить обязанность наиболее простым и удобным способом, обеспечивающим при этом необходимый баланс интересов других субъектов.

С другой стороны, усмотрение способствует эффективной и благоприятной для индивидов и их объединений организующей деятельности органов публичной власти. Несмотря на преобладающий для их деятельности разрешительный тип правового регулирования («запрещено всё, кроме прямо разрешенного»), усмот-

¹ См.: Белогриц-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права: Общая и особенная часть. Киев, 1903.

рение в одних случаях налагает обязанность, в других предоставляет право публичным органам власти принять такой вариант решения, который будет, во-первых, соответствовать принципам верховенства права, соблюдения и уважения права и свобод человека и гражданина, во-вторых, учитывать все обстоятельства конкретного юридического дела, и, в-третьих, соответствовать ожиданиям людей, их потребностям, для удовлетворения которых осуществляется правоприменение.

Таким образом, можно дать следующее определение **усмотрения в процессе реализации права: закрепленная в нормативно-регулятивных средствах свобода выбора субъектов при решении конкретного юридического дела (вопроса) в рамках индивидуального правового регулирования в целях эффективной и благоприятной для личности организации и непосредственного осуществления прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей.**

Между тем механизм правового регулирования поведения граждан и деятельности органов публичной власти имеет свои особенности. Они влияют на характер усмотрения в действиях данных субъектов. Особенности свободы выбора при непосредственной реализации и применении права будут рассмотрены далее.

Глава 2. Усмотрение в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями)

2.1. Понятие усмотрения в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями)

Проблема усмотрения в процессе непосредственной реализации права недостаточно изучена в юридической науке. Это объясняется несколькими причинами. Во-первых, сложившимся, преимущественно негативным, отношением к усмотрению в процессе реализации права, в котором виделся источник вседозволенности и различных правонарушений; во-вторых, представлением о том, что для государства важнее добиться от индивидов точного соблюдения правовых предписаний, чем обеспечить возможности для активного пользования правами и исполнения обязанностей, хотя законодательно и закрепляется словосочетание «действовать по своему усмотрению». Все это не способствовало развитию общей концепции усмотрения.

Объем и характер возможностей индивидов и их объединений действовать по своему усмотрению в процессе непосредственной реализации права зависит от подхода к понятиям «право», «реализация права».

Как было отмечено ранее, господствовавший долгое время в отечественной правовой науке позитивистский подход к правопониманию, в основе которого лежат приоритет должного над дозволенным, преобладание формально-юридической стороны над содержательной, сформировал соответствующее представление о непосредственной реализации права как о поведении субъектов, в котором воплощаются предписания правовых норм¹.

¹ См. например: Пиголкин А. С. Формы реализации норм общеправового права // Советское государство и право. 1963. № 6. С. 26; Барнашова Л. П. Воспитательная функция советского права и правовое воспитание (к вопросу об их соотношении) // Вопросы теории и

Сформулированное подобным образом понятие предполагает, что субъекты в своих правомерных действиях воплощают в жизнь образцы возможного и должного поведения, заложенные правовыми нормами. Усмотрение субъекта сводится лишь к возможности выбора использовать или нет принадлежащее ему субъективное право. При исполнении обязанностей и соблюдении запретов свобода выбора еще более ограничена.

При этом упор сделан на внешнюю сторону правореализующей деятельности. Мотивы и цели, лежащие в основе непосредственной реализации права, особого значения не имеют. Как отмечает Я. З. Хайкин, «для правового регулятора в принципе безразличны все вариации индивидуальных выборов поведения, которые могут быть продиктованы различными причинами, условиями, целями и т. п.»¹. Главное, чтобы совершенные правомерные действия соответствовали модели, заложенной в правовой норме.

В частности, подобное представление можно обнаружить в работе А. С. Пиголкина. По его мнению, «реализация правовых норм – это такое поведение субъектов права, в котором воплощаются предписания правовых норм (правомерное поведение), практическая деятельность людей по осуществлению прав и выполнению юридических обязанностей. Иными словами, это воплощение в поступках людей тех требований, которые в общей форме выражены в нормах права. Реализация норм права есть непосредственный результат правового регулирования, конкретное его проявление»².

Как видим, при таком рассмотрении правореализующей деятельности граждан (их объединений) возможности совершать какие-либо действия по своему усмотрению при осуществлении прав, свобод, исполнении и соблюдении обязанностей весьма ограничены. Реализуя требования права, индивиды не наделены широкими возможностями свободно выбирать благоприятный для них вариант поведения. Законодатель изначально в правовой норме предусматривает сроки, место,

государственного строительства. Томск, 1979. С. 38; Осипов А. В. Понятие и характерные черты соблюдения норм права // Вопросы теории государства и права. Вып. 8. Саратов, 1988. С. 72.

¹ Хайкин Я. З. Структура и взаимодействие моральной и правовой систем. М., 1972. С. 179.

² Теория государства и права: учебник / под ред. А.С. Пиголкина. М., 2003. С. 148.

порядок совершения правомерных действий, а задача субъекта, осмыслив их, практически осуществить.

На наш взгляд, предложенное автором определение не учитывает того, что, во-первых, не все нормы требуют от субъекта совершения определенных действий или воздержания от них. Такие требования заложены в обязывающих и запрещающих нормах. Управомочивающие же нормы предоставляют индивидам и их объединениям возможности использования предоставленных им прав и свобод. При этом практическое их осуществление зависит от воли самих управомоченных. Во-вторых, реализация права не всегда предполагает буквальное следование требованиям правовых норм. В тех случаях, когда в конкретной жизненной ситуации с помощью претворения правовых норм в жизнь не удается достичь определенного положительного результата, для достижения которого осуществлялось право, субъект может руководствоваться иными нормативно-регулятивными средствами (нормативными обобщениями), содержащимися в Конституции РФ, международно-правовых актах, не нарушая при этом установленных ограничений и запретов.

Используемый в настоящей работе современный (интегративный) подход к правопониманию меняет сложившееся представление о непосредственной реализации права гражданами и их объединениями и позволяет с иных позиций подойти к раскрытию проблемы усмотрения.

Непосредственная реализация права – это не просто деятельность граждан и различных форм их объединений, согласующаяся с предписаниями правовых норм, а активное правомерное поведение по осуществлению прав, свобод и исполнению обязанностей, в ходе которой они проявляют самодеятельность, инициативу, творчество. Индивиды действуют так не только потому, что этого требуют нормативно закрепленные правила поведения, а будучи заинтересованными в достижении определенного результата. Следовательно, непосредственная реализация права представляет собой единство субъективной (внутреннего мира человека) и объективной (его деятельности) сторон правомерного поведения.

«Индивидуальное правосознание включает в себя множество разнообразных компонентов: потребности, интересы, желания, стремления, эмоции, цели, мотивы, ценностные ориентации и т. д. Вместе взятые они составляют сложный психологический механизм, функционирование которого предшествует осуществлению прав, свобод, исполнению обязанностей и соблюдению запретов»¹.

«Направленность процессов жизнедеятельности и поведения задается сложным внутренним психологическим образованием, осуществляющим их регуляцию и включающим в себя идеалы, цели, интересы, мировоззрения, убеждения и т. д.»².

Сказанное свидетельствует о важности учета психологического механизма при непосредственной реализации права. Она дает информацию о внутреннем состоянии человека при осуществлении прав, свобод, исполнении обязанностей и соблюдении запретов, о его готовности действовать в правовом пространстве. Выявление целей и мотивов совершенного действия (или бездействия) позволяет предвидеть возможное дальнейшее поведение индивида, понять, почему он использовал или, напротив, не использовал то или иное право, почему исполнил или не исполнил возложенную на него обязанность.

Наиболее ярко это проявляется при использовании прав и свобод. К осуществлению субъективного права нельзя принудить. К этому субъекта побуждает осознание потребности в чем-либо. Но для ее удовлетворения он должен не просто формально выбрать тот или иной способ, а лично отыскать из всего комплекса нормативно-регулятивных средств то, которое требуется для данного случая, осмыслить его и самостоятельно осуществить.

Отмеченное в полной мере можно отнести к исполнению обязанностей и соблюдению запретов. То обстоятельство, что предписываемое поведение должно проходить в строго определенных законом рамках не исключает возможности действовать самостоятельно и активно. Как отмечает В. М. Шафиров, «... даже действуя в определенных рамках (мере) гражданин имеет все для того, чтобы со-

¹ Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. С. 190.

² Психологические проблемы социальной регуляции поведения / ред. Е.В. Шорохова, М.И. Бобнева. М., 1976. С. 193.

вершать юридически значимые акты интенсивно, а порой и инициативно. На это его ориентирует правовой закон, и даже тогда, когда срок исполнения обязательства установлен»¹. Главное, чтобы в процессе исполнения обязанностей индивиды и их объединения исходили из единства личных и общественных интересов, четко осознавали, что действуют, прежде всего, в интересах управомоченного.

Чтобы обе стороны правомерного поведения привели к эффективной непосредственной реализации права, особую роль играет усмотрение. Если нормативные положения воспринимаются индивидом как правила должного, заранее определяющие модель поведения, то для их практической реализации ему нужно совершить минимум каких-либо поисковых и мыслительных операций. Это существенно снижает воспитательные потенции права, способствует развитию конформизма и правового нигилизма в обществе. Когда выбор ограничен, личность может начать сознательно уклоняться от использования той или иной части субъективных прав и свобод (не участвовать в выборах, не предпринимать попыток реализовать свободу труда, право на образование и др.). По мнению В. М. Сырых, такое поведение причиняет ущерб государству, которое не получает тех результатов, от нормативных правовых актов, которые оно могло бы получить при условии активного правового поведения всех или большинства членов общества².

Ситуация меняется, если в содержание правореализующей деятельности граждан и их объединений включается усмотрение. «Освоение правовых ценностей тесно связано с пониманием, которое нельзя сводить только лишь к простому определению смысла текста (например, закона), а следует обращаться к изучению внетекстовых, контекстуальных фактов»³. Свобода выбора стимулирует индивидов к самостоятельному изучению и осмыслению нормативно-регулятивных средств, особенностей их реализации. Это открывает простор для проявления самодетельности, инициативы, интенсивности, творчества в деле достижения нужного для них юридического результата.

¹ Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. С. 221 – 222.

² См.: Сырых В. М. Теория государства и права: учебник. М., 2001. С. 236 – 327.

³ См.: Бабенко А. Н. Правовые ценности и освоение их личностью: автореф. дис. ... док. юрид. наук. М., 2002, С. 34.

Преобразование каждого отдельного человека в правовую личность – процесс сложный и длительный. Всякий раз, находясь перед выбором и желая удовлетворения своего интереса, индивид будет постигать правовые ценности, формировать необходимую систему знаний, убеждений навыков, которые ему потребуются в дальнейшем при осуществлении прав, свобод и исполнении обязанностей. Тем самым достигается правовой прогресс личности.

Отмеченная роль усмотрения при непосредственной реализации права позволяет выделить следующие его признаки: осуществляется индивидами и их объединениями; закрепляется в системе нормативно-регулятивных средств; проявляется в рамках саморегулирования; осуществляется в целях эффективной реализации прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей. Изучим каждый из них подробнее.

1. Осуществляется индивидами и их объединениями. Усмотрением обладают прежде всего индивиды – граждане РФ, иностранные граждане, лица без гражданства.

Возможность граждан РФ по своему усмотрению осуществлять принадлежащие им права и свободы закрепляется в разных нормативных правовых актах. К примеру, согласно ч. 1 ст. 32 Конституции РФ, «граждане Российской Федерации имеют право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей»¹. Это право юридически обеспечивает включение граждан в сферу принятия и осуществления государственных решений, в сферу национальной политики, в связи с чем оно гарантируется демократической организацией всей политической системы общества, вовлекающей граждан в активную политическую деятельность, и имеет разнообразные формы реализации. Так, граждане РФ, желая занять более активную гражданскую позицию, неудовлетворенные положением дел в стране и осознавая потребность в участии в управлении государственными делами, могут по своему усмотрению выбрать любую форму реализации принадлежащего им конституционного права – участвовать в выборах, референдуме, поступить на государственную службу, обратиться

¹ Конституция Российской Федерации // Российская газета. 1993. 25 декабря.

письменно или лично в органы государственной власти и местного самоуправления, организовать митинг, демонстрацию или шествие и др.

Согласно ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» «иностранцы пользуются правом свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также правом на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности с учетом ограничений, предусмотренных федеральным законом»¹.

Данная норма предоставляет иностранному гражданину или лицу без гражданства возможность по своему усмотрению выбрать работодателя, с которым он вступит в трудовые отношения, определить условия трудового договора, позволяющие ему наилучшим образом использовать свои способности, проявить навыки и умения.

Способность граждан РФ, иностранных граждан и лиц без гражданства своими действиями и по своему усмотрению приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их возникает в полном объеме с наступлением совершеннолетия.

Осуществлять свободу выбора варианта поведения при осуществлении прав, свобод и исполнении обязанностей могут и организации – юридические лица. На такую возможность указывает, в частности, ч. 1 ст. 9 ГК РФ.

2. Закрепляется в системе нормативно-регулятивных средств. Усмотрение закрепляется в источниках права с помощью различных нормативно-регулятивных средств: норм права и нормативных обобщений.

Усмотрение, которое закреплено в нормах права. Наиболее распространенной является классификация норм права на управомочивающие, обязывающие и запрещающие². И, несмотря на то, что они закрепляют разные по своему содер-

¹ О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: ФЗ от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. 12.11.2012) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032; 2012. № 47. Ст. 6396.

² Данный вопрос в теории права спорный. Так, например, по мнению О. С. Иоффе и Д. М. Шаргородского, такое деление норм права основано не на существе дела, а на чисто словесных

жанию правила поведения (управомочивающая норма закрепляет права, обязывающая и запрещающая – обязанности), тем не менее, каждый из названных видов норм закрепляет за субъектами права определенный объем свободы выбора.

Усмотрение, которое закреплено в управомочивающих нормах. С. С. Алексеев в свое время отметил, что «смысл управомочивающих норм – в предоставлении простора для самостоятельного, инициативного действия»¹.

Управомочивающей называется юридическая норма, в которой формулируется определенная возможность совершения различных положительных действий: «... дозволения приобретают юридический характер и становятся юридическими дозволениями тогда, когда они выражены в действующем праве – в особых управомочивающих нормах или же в комплексе юридических норм. Указанный момент представляется в высшей степени важным потому, что таким путем – и это определяющая особенность именно юридических дозволений – их содержание очерчивается четкими границами, рамками, отделяющими юридическое дозволение от произвольных действий»².

В управомочивающих нормах отражена суть правового регулирования при осуществлении прав и свобод – предоставление свободы для совершения самостоятельных, активных действий. Наделяя субъектов права свободой выбора, управомочивающая норма делает это не в приказном порядке, недопускающем ее неприятия или отказа, а в таких мягких словесных формулировках, как «имеет право», «вправе», «может», «возможно».

В зависимости от уровня индивидуального регулирования (саморегуляции) и объема предоставляемого субъектам усмотрения можно выделить: определенные управомочивающие нормы; управомочивающие нормы, позволяющие выбор вариантов поведения; управомочивающие нормы, позволяющие свою конкрети-

признаках нормы. Не согласен с указанным делением и А. С. Пиголкин. Другие авторы отрицают такое деление, потому что, по их мнению, всякая правовая норма имеет представительско-обязывающее содержание. (См.: Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 90; Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 176 - 177; Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 163 - 164; Спиридонов Л. И. Теория государства и права. М., 1995).

¹ Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. М., 1982. С. 34 - 35.

² Алексеев С. С. Теория права. М., 1995. С. 159.

зацию в зависимости от сложившейся ситуации; управомочивающие нормы, позволяющие принятие правила поведения, отличного от имеющегося; рекомендательные нормы¹.

Усмотрение, которое закреплено в определенных управомочивающих нормах. Каждая отдельно взятая определенно управомочивающая норма закрепляет точный, непредусматривающий каких-либо изменений и дополнений объем усмотрения. Поэтому субъекту, прежде чем воспользоваться определенной управомочивающей нормой, важно определить, насколько её содержание соответствует его потребностям и интересам; не существует ли наряду с ней в данной или другой отрасли права более подходящая норма (к примеру, в результате анализа может оказаться, что в сложившихся условиях целесообразнее использовать вместо нормы о трудовом договоре норму о гражданско-правовом договоре).

Усмотрение, которое закреплено в управомочивающих нормах, позволяющих выбор вариантов поведения. Законодательно определены случаи вариантности выбора поведения:

– одного или одновременно двух и более, отличающихся друг от друга (например, ч. 3 ст. 1099 ГК РФ говорит, что «компенсация морального вреда осуществляется независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда». Это означает, что гражданин может по своему усмотрению требовать компенсации либо только морального, либо только имущественного вреда, либо одновременно и того и другого);

– одного из двух или нескольких, исключających друг друга (альтернативные нормы) (например, в соответствии с ч. 1 ст. 4 Федерального закона от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» «гражданам, имеющим право на одновременное получение трудовых пенсий различных видов, в соответствии с настоящим Федеральным законом устанавливается одна пенсия по их выбору»²);

¹ См.: Шафиров В. М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию. С. 191.

² О трудовых пенсиях в Российской Федерации: ФЗ от 17.12.2001 г. № 173-ФЗ (ред. 03.12.2011) // // СЗ РФ. 2001. № 52 (1 ч.). Ст. 4920; 2011. № 49. Ст. 7057.

– из одного или нескольких вариантов, в порядке замены при определенных обстоятельствах основного, используемого как правило (например, в соответствии со ст. 33 СК РФ «законным режимом имущества супругов является режим их совместной собственности. Законный режим имущества супругов действует, если брачным договором не установлено иное». Из данной статьи следует, что законодатель устанавливает в качестве основного правила законный режим имущества супругов, а дополнительным (факультативным) правилом, используемым по усмотрению супругов, выступает возможность заключения брачного договора, которым может быть изменен режим их совместной собственности. Во втором случае они имеют широкие возможности, исходя из конкретных обстоятельств и своих интересов, определить в брачном договоре свои имущественные правоотношения¹).

Усмотрение, которое закреплено в управомочивающих нормах, позволяющих выбор аналогичного варианта поведения. Специфика данного вида норм состоит в том, что требуемая модель поведения не получила конкретного изложения в виде отдельной нормы. И этот пробел разрешается восполнить для конкретных ситуаций при помощи подбора норм, регулирующих сходные отношения.

К примеру, согласно ч. 2 ст. 567 ГК РФ, «к договору мены применяются соответственно правила о купле-продаже (глава 30), если это не противоречит правилам настоящей главы и существу мены. При этом каждая из сторон признается продавцом товара, который она обязуется передать, и покупателем товара, который она обязуется принять в обмен». Данная норма предоставляет возможность субъектам права по своему усмотрению применять к договору мены положения договора о купле-продаже, если это необходимо для правильного и справедливого разрешения вопроса.

Усмотрение, которое закреплено в управомочивающих нормах, позволяющих свою конкретизацию в зависимости от сложившейся ситуации. Такие нормы именуется ситуационными². Их особенность заключается в том, что они не

¹ См.: Королёв А. Ю. Комментарий к Семейному кодексу РФ: (постатейный). М., 2003. С. 33

² См.: Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства.

связывают усмотрение субъектов с какими-либо вариантами, а управомочивают их конкретизировать элементы ее структуры на основе заложенных в ней общих положений с учетом особенностей конкретной ситуации.

Так, в соответствии со ст. 1119 ГК РФ «завещатель вправе по своему усмотрению завещать имущество любым лицам, любым образом определить доли наследников в наследстве, лишить наследства одного, нескольких или всех наследников по закону, не указывая причин такого лишения, а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, включить в завещание иные распоряжения».

Усмотрение, которое закреплено в управомочивающих нормах, позволяющих создание правила поведения, отличного от имеющегося в них (диспозитивные нормы). В диспозитивной норме органически сочетаются самостоятельные правила. Одно правило – это предоставление правомочия сторонам действовать в конкретных условиях по своему усмотрению; другое – правило на случай, если стороны правоотношения сами не определили права и обязанности¹. В частности, согласно ст. 72 ЖК РФ, «наниматель жилого помещения по договору социального найма с согласия в письменной форме наймодателя и проживающих совместно с ним членов его семьи, в том числе временно отсутствующих членов его семьи, вправе осуществить обмен занимаемого ими жилого помещения на жилое помещение, предоставленное по договору социального найма другому нанимателю. Если между нанимателем жилого помещения по договору социального найма и проживающими совместно с ним членами его семьи не достигнуто соглашение об обмене, любой из них вправе требовать осуществления принудительного обмена занимаемого жилого помещения в судебном порядке. При этом учитываются заслуживающие внимания доводы и законные интересы лиц, проживающих в обмениваемом жилом помещении».

Более широкая свобода выбора заложена в первом правиле. Законодатель прямо регламентирует право на действие и форму его выражения: соглашение сторон, установление же условий возникновения прав и обязанностей, их содер-

Свердловск, 1971. С. 28-29.

¹ См.: Общая теория советского права / под ред. С. Н. Братуся и И. С. Самошенко. М., 1966. С. 215-216.

жание, объем и т. п. доверяет определить самим субъектам. Другими словами, перед нами тот случай, когда первоначальная энергия, побуждающая к творческому, поведенческому акту, исходит от нормы права, а создание конкретной модели правового регулирования – частное дело её адресатов. В этом принципиальное отличие исследуемых норм от альтернативных. В процессе регулирования, осуществляемого альтернативными нормами, хотя и обеспечивается выбор наилучшего, с точки зрения субъекта, варианта, сам их набор определен законодателем. Отступление от него расценивается не иначе, как злоупотребление правом.

Усмотрение, которое закреплено в рекомендательных нормах. Их отличительная черта в том, что, предоставляя субъектам возможность самостоятельно урегулировать то или иное общественное отношение, они в то же время целенаправленно воздействуют на субъектов, но не путем предоставления окончательно выработанного правила поведения (как это делают, например, определенные управомочивающие нормы), а в форме совета, предложения, образца желательной и целесообразной в данных условиях деятельности. В рекомендательных нормах содержится наиболее широкий простор для усмотрения участников правоотношения – от выбора варианта поведения, конкретизации его содержания, до создания лицами собственных моделей поведения.

Усмотрение, которое закреплено в обязывающих нормах. В этих нормах содержатся требования, обязывающие субъектов непосредственной реализации права к выполнению определенных действий; они точно определяют объем прав и обязанностей субъектов правоотношения.

Безусловно, присущий таким нормам императивный характер не предполагает закрепления за субъектами права большого количества вариантов поведения и, соответственно, больших возможностей для совершения действий по усмотрению. Как отмечает И. С. Лапшин, «закон устанавливает определенные рамки свободе волеизъявления сторон, за которые они выходить не вправе. Эти рамки устанавливаются обязывающими императивными нормами права, содержащими кате-

горические предписания, которые не могут быть заменены по усмотрению лиц другими условиями их поведения»¹.

Однако, возлагая на субъектов права обязанность совершить определенные активные действия, законодатель заинтересован в том, чтобы эти действия были исполнены надлежащим образом и общественно полезная цель была достигнута. Поэтому в отдельных случаях, несмотря на императивный и обязательный характер таких норм, законодатель в обязывающих нормах предоставляет субъектам права возможность по своему усмотрению выбрать наиболее эффективный вариант её исполнения.

К примеру, в соответствии с ч. 1 ст. 117 Федерального закона от 27 ноября 2010 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» «обязанность плательщика таможенных пошлин, налогов считается исполненной, если размер указанных в настоящей статье денежных средств составляет не менее суммы подлежащих уплате таможенных пошлин, налогов:

1) с момента списания денежных средств со счета плательщика в банке, в том числе при уплате таможенных пошлин, налогов через электронные терминалы, банкоматы;

2) с момента внесения наличных денежных средств в кассу таможенного органа либо с момента уплаты наличных денежных средств через платежные терминалы, банкоматы;

3) с момента зачета в счет уплаты таможенных пошлин, налогов излишне уплаченных или излишне взысканных сумм таможенных пошлин, налогов, а если такой зачет производится по инициативе плательщика, – с момента получения таможенным органом заявления о зачете;

4) с момента зачета в счет уплаты таможенных пошлин, налогов авансовых платежей или денежного залога, а если такой зачет производится по инициативе плательщика, – с момента получения таможенным органом распоряжения о зачете;

¹ Лапшин И. С. Диспозитивные нормы права. Н. Новгород, 2002. С. 115.

5) с момента зачета в счет уплаты таможенных пошлин, налогов денежных средств, уплаченных банком, иной кредитной организацией либо страховой организацией в соответствии с банковской гарантией, а также поручителем в соответствии с договором поручительства;

б) с момента зачисления денежных средств на счета, указанные в ст. 116 настоящего Федерального закона, в случае взыскания таможенных платежей за счет:

а) товаров, в отношении которых не уплачены таможенные пошлины, налоги;

б) залога имущества плательщика таможенных пошлин, налогов»¹.

К нормативным обобщениям относятся цели, задачи, принципы права, правовые дефиниции, юридические фикции и т. п., выполняющие роль надежного правового ориентира при саморегуляции поведения.

Усмотрение, которое закреплено в принципах права. Как известно, слово «принцип» (от лат. *principium*) означает основу, первоначало, руководящую идею, исходное положение. Под правовыми принципами понимаются руководящие положения права, его основные начала, выражающие объективные закономерности, тенденции и потребности общества, определяющие сущность всей системы, отрасли или института права и имеющие в силу их правового закрепления общеобязательное значение².

Принципы характеризуются наивысшей степенью всеобщности и абстрактности. Причем, как справедливо отмечает А. А. Федорченко, коль скоро принцип есть «исходное начало», «руководящая идея», «основа», то, следовательно, он характеризуется не столько абстрактной всеобщностью, а такой всеобщностью, которая напрямую связана с сущностью, основой явлений и процессов и является весьма устойчивой, постоянной³.

¹ О таможенном регулировании в Российской Федерации: ФЗ от 27.11.2010 № 311-ФЗ (ред. 06.12.2011) // СЗ РФ. 2010. № 48. Ст. 6252; 2011. № 50. Ст. 7351.

² См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 215.

³ Федорченко А. А. Принципы правовой системы России: Теоретико-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 60 - 61.

Будучи прямо или косвенно закрепленными в статьях Конституции, законов и обладая нормативным содержанием, принципы права способны и оказывают непосредственное регулирующее воздействие на поведение субъектов права. При этом свойственные для них абстрактность и всеобщность свидетельствуют о наиболее высоком уровне предоставленного субъектам права усмотрения.

В качестве примера можно привести принцип свободы договора, сформулированный в ч. 1 ст. 1 ГК РФ. Согласно ему субъект по своему усмотрению решает вступать ему в договорные отношения или нет, свободен в выборе контрагента по договору, а также может включить в него любые положения, позволяющие наиболее оптимальным способом удовлетворить собственный интерес и потребность.

Усмотрение, которое закреплено в правовых дефинициях. Дефиниция (лат. definitio) – краткое определение какого-либо понятия, существенных признаков предмета, явления¹. Она формулирует общее правило поведения, имеющее характер правового обобщения².

Правовые дефиниции выступают первичным элементом механизма правового регулирования по отношению к правовым нормам. Лишь при наступлении жизненных обстоятельств, закрепленных в определении понятия, которое составляет содержание правовой нормы, предусмотренные этой нормой правовые последствия трансформируются в субъективные права и обязанности конкретных субъектов правоотношений. Особенность дефиниции в том, что она выполняет функцию трафаретного указателя, с помощью которого возможно подтвердить подлинность обстоятельств или явлений, имеющих отношение к разбираемому делу, внести определенную точность и ясность в содержание и направленность правового регулирования.

Примером правовой дефиниции, закрепляющей усмотрение, является ст. 106 ТК РФ, согласно которой «время отдыха – время, в течение которого работ-

¹ Словарь иностранных слов / под ред. И.В. Лехина, С.М. Локшиной, Ф.Н. Петрова. М., 1955. С. 484; Краткий словарь иностранных слов / сост. С.М. Локшина. М., 1978. С. 91.

² См.: Жилин Г. А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М., 2000. С. 42.

ник свободен от исполнения трудовых обязанностей и которое он может использовать по своему усмотрению».

Усмотрение, закрепленное в правовых презумпциях. Презумпция (от лат. *praesumptio*) – это предположение, которое считается истинным до тех пор, пока не доказана его ложность¹.

По определению В. К. Бабаева, презумпция – это «предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связи между ними и фактами наличными и подтвержденное предшествующим опытом»².

Существенным свойством, присущим презумпциям, является их предположительный характер. Презумпция – это обобщение не достоверное, а вероятное. Однако степень их вероятности очень велика, поскольку основывается на обобщении большого количества случаев³. Это и позволяет осуществить тот или иной выбор, который будет верен в отношении всех обобщенных случаев. И чем выше доля вероятности имеющихся предположений, тем сильнее будет проявляться регулятивная энергия презумпций.

Примером правовой презумпции, предоставляющей свободу выбора, является презумпция правомерности незапрещенного, побуждающая к инициативному, творческому поведению всех тех, кто готов свободно устанавливать свои права и обязанности. В действующем законодательстве рассматриваемая презумпция не получила прямого и однозначного закрепления («отдельной строкой»), тем не менее органически вытекает из некоторых положений. Например, в ст. 49 ГК РФ устанавливается, что «коммерческие организации могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом». Статьей 209 ГК РФ определено, что «собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других

¹ См.: Астахов П. Большая правовая энциклопедия. М., 2010. С. 610.

² Бабаев В. К. Презумпции в советском праве: учеб. пособие. Горький, 1974. С. 14.

³ См.: Бабаев В. К. Презумпции в российском праве и юридической практике // Проблемы юридической техники: сб. статей. Н. Новгород, 2000. С. 325.

лиц, в том числе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом».

Усмотрение, которое закреплено в правовых фикциях. Под фикцией понимается «вымысел, выдумка, вымышленное положение, построение, не соответствующее действительности, но используемое как действительное с какой-либо целью»¹, или «представление и понятие, которыми мы оперируем таким образом, как если бы им соответствовало в действительности то, чего на самом деле не существует, – приписываем, например, предмету качество, которого он в действительности не имеет, ставим лицо в положение, которого он не занимает в действительности, и распространяем на него последствия этого положения»².

В юридической науке одни авторы определяют фикцию как «прием, употребляемый в объективном праве и юриспруденции и состоящий в признании существующим несуществующего и обратно»³; другие полагают, что правовая фикция есть «закрепленное в правовых актах и используемое в юридической практике нормативное предписание в виде специфического способа (приема), выражающегося в провозглашении существующим факта или обстоятельства, в действительности не имеющего места»⁴.

Рост числа юридических фикций доказывает, что законодательное признание несуществующего в реальности существующим имеет место в жизни, полезно и перспективно для дальнейшего развития.

Дело в том, что в жизни немало ситуаций, когда в процессе реализации права появляются «юридические заторы», затрудняющие как правоприменение, так и непосредственную реализацию права. Вот здесь-то и незаменимы правовые фикции. Благодаря им граждане получают возможность воспользоваться правами, ко-

¹ Словарь русского языка. В 4 т. Т. 4. / ред. А.П. Евгеньева. М., 1961. С. 772.

² Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. 35. СПб., 1902. С. 730.

³ Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. С. 109.

⁴ Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978. № 3. С. 117.

торые оказались замороженными в силу различных фактических обстоятельств, а органы публичной власти преодолеть существующее препятствие и принять необходимые меры для надлежащей организации процесса осуществления прав и свобод гражданами.

3. Проявляется в рамках саморегулирования. Традиционным является подход, согласно которому индивидуальное правовое регулирование разделяется на индивидуальное правовое регулирование, осуществляемое органами публичной власти при применении права, и саморегулирование, осуществляемое гражданами (и их объединениями) в процессе непосредственной реализации права. В частности, подобная классификация была предложена С. С. Алексеевым, который подчеркнул, что необходимо отличать «саморегулирование» от властно-государственного индивидуального регулирования¹.

В юридической науке проблема саморегулирования не раз являлась предметом отдельных исследований². Не останавливаясь подробно на анализе всех существующих взглядов и подходов к данной правовой категории, следует отметить, что саморегулирование связано с самостоятельным определением субъектами непосредственной реализации права целей осуществления прав и свобод, самостоятельным принятием решений по выбору средств достижения поставленных целей и совершением действий, в соответствии с принятым решением. В основе саморегуляции индивидов и их объединений лежат субъективные потребности и интересы, для удовлетворения которых они вступают в правоотношения и реализуют права и свободы³.

¹ Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Антология уральской цивилистики: сб. статей. 1925 – 1989. М., 2001. С. 56.

² См., например: Панин И. В. Принципы взаимодействия институтов государственного регулирования и саморегулирования // Юридические науки. 2004. № 6. С. 58-62; Шарифуллин В. Р. Правовое регулирование и саморегулирование: некоторые вопросы теории // Сборник аспирантских научных работ юридического института КГУ. Казань, 2005. С. 555-559; Салин П. Б. Некоторые аспекты политико-правовой природы саморегулирования // Юридические науки. 2006. № 3. С. 26-29; Соколова О. С. Правовые основы саморегулирования // Юрист. 2008. № 4. С. 6-7; Минникес И. А. Индивидуальное правовое регулирование: теоретико-правовой анализ: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2009. С. 96-100.

³ В отличие от индивидуального правового регулирования, осуществляемого органами правоприменения: в его основе лежит обязанность юридически гарантировать индивидам возможность непосредственной реализации права, изначально заложенная в системе

Важным условием для саморегулирования является свобода выбора. Опираясь на поставленные перед собой цели, сформированные под воздействием потребностей и интересов, индивиды и их объединения самостоятельно по своему усмотрению, с учетом требований добросовестности и разумности, выбирают из имеющихся наиболее благоприятное для данного случая право; определяют способ, порядок и срок его осуществления; при пробеле в правовом регулировании упорядочивают отношения с помощью подбора сходных нормативно-регулятивных средств; уточняют элементы структуры нормативно-регулятивного средства в зависимости от ситуации; создают собственную модель поведения.

Так, свобода выбора при саморегулировании проявляется при совершении односторонних сделок. Согласно ст. 164 ГК РФ «односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны». Совершая одностороннюю сделку (например, оформляя завещание), субъект права имеет свободу выбора в сроках ее совершения, в выборе условий ее действия, по своему усмотрению конкретизирует права и обязанности.

Индивиды и их объединения обладают усмотрением и в тех случаях, когда саморегулирование осуществляется с помощью договора. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 42 СК РФ «брачным договором супруги вправе изменить установленный законом режим совместной собственности, установить режим совместной, долевой или раздельной собственности на все имущество супругов, на его отдельные виды или на имущество каждого из супругов.

Супруги вправе определить в брачном договоре свои права и обязанности по взаимному содержанию, способы участия в доходах друг друга, порядок несения каждым из них семейных расходов; определить имущество, которое будет передано каждому из супругов в случае расторжения брака, а также включить в брачный договор любые иные положения, касающиеся имущественных отношений супругов».

В данном случае договорное регулирование имущественных отношений супругов основано на свободе выбора условий брачного договора, максимально удовлетворяющих их имущественные интересы. В теории права достаточно подробно изучены различные виды правомерного поведения, их признаки, характеристики, особенности.

Наиболее ярко саморегулирование проявляется при активном правомерном поведении граждан и их объединений, при этом они могут проявить весь комплекс правовых знаний, навыков и умений, которыми обладают¹.

С субъективной стороны усмотрение при активном правомерном поведении достаточно сложный процесс, состоящий из двух последовательных стадий.

Первая стадия – «интроспекция, т. е. самоанализ, на основе которого у субъекта происходит осознание конкретной потребности, что приводит к формированию интереса, подлежащего удовлетворению (мотива к соответствующему поведению)»².

Применительно к рассматриваемому процессу данная стадия выражается, например, в осознании потребности в непосредственном осуществлении местного самоуправления. В основе такой потребности может лежать то обстоятельство, что гражданин или не удовлетворён тем, как функционируют местные власти в данное время, или необходимость в решении бытовых проблем (связанных с ком-

¹ Подробнее о правовой активности граждан см.: Мансуров К. С. Теоретические предпосылки прогнозирования развития личности и ее активности // Активность личности в социалистическом обществе. М., 1976; Казимирчук В. П. Социалистический образ жизни и социально-правовая активность личности // Социалистическая законность. 1977. № 3. С. 38; Витрук Н. В. Закономерности правового положения личности при социализме (задачи исследования) // Конституция СССР и правовое положение личности. М., 1979. С. 42; Оксамытный В. В. Правовое воспитание - важный фактор формирования социально активной личности. Киев, 1979; Шафиров В. М. Правовая активность советских граждан: Вопросы теории. Красноярск, 1982; Белов Г. А. Общественно-политическая активность как проявление политической культуры // Сов. государство и право. 1984. № 6. С. 3 - 10; Поликанова Е. П. Социальная активность как категория исторического материализма. М., 1986; Сабикенов С. О правовой активности личности при социализме // Актуальные проблемы теории социалистического государства и права. М., 1974. С. 161-185; Кожевников С. Н. Социально-правовая активность личности и условия ее действительности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1992; Прусаков А. Д. Правовая активность как юридическая категория: основы теории // Право и политика. 2008. № 4. С. 803 – 807; Крупеня Е. М. Политико-правовая активность личности и Российское государство: к вопросу о цивилизационной соотносимости // История государства и права. 2009. № 7. С. 28 - 31.

² Малиновский А. А. Усмотрение в праве. С. 102.

мунальным хозяйством, строительством дорог, транспортной системы и т. д.). Такая потребность получит удовлетворение в том случае, если существующие бытовые проблемы окажутся решены.

Вторая стадия – «при наличии правомерной установки (склонности, убеждения либо привычки поступать правомерно) гражданин принимает решение о выборе надлежащей цели и средствах ее достижения, переводя, таким образом, психические переживания в правовую сферу. Руководствуясь своим правосознанием, которое начинает осуществлять гносеологическую функцию, индивид познает правовые средства, с помощью которых он может достичь поставленной цели, и лично отыскивает то, с помощью чего сможет удовлетворить возникший интерес»¹. К примеру, поставив перед собой цель стать активным участником местного самоуправления, индивид осмысливает все нормативно-регулятивные средства, которые помогут ему её достичь: у него есть возможность воспользоваться ст. 33 Конституции РФ – направить индивидуальное обращение в орган местного самоуправления – либо гл. 5 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»² – участвовать в публичных слушаниях, местном референдуме, собраниях граждан и т. д.

Создав необходимую, благоприятную психологическую основу и мотивацию для реализации права, усмотрение находит свое дальнейшее выражение в объективной стороне активного правомерного поведения. Выбрав из всей совокупности какой-либо определенный вариант поведения, гражданин должен внимательно изучить закрепленные в нём правила, порядок и условия реализации, пределы. В частности, приняв решение направить в органы местного самоуправления обращение, индивиду следует внимательно изучить положения Федерального закона от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений гражд-

¹ Малиновский А. А. Усмотрение в праве. С. 102.

² Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации: ФЗ от 06.10.2003 № 131-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822; 2013. № 52 (часть 1). Ст. 6981.

дан Российской Федерации»¹: узнать о видах обращений; уяснить требования, предъявляемые к письменным обращениям; порядок и сроки рассмотрения и др.

Лишь после этого он может перейти к практическому осуществлению прав, свобод и исполнению обязанностей своими правомерными действиями. При этом предоставленная субъекту непосредственной реализации права свобода дает возможность выбрать такой вариант поведения, который позволит действовать в правовом пространстве интенсивно, использовать весь объем правомочий и обязательств и приведет к достижению конкретной цели. В том случае, если изначально выбранный способ удовлетворения потребности не дал ожидаемых результатов, индивид может выбрать другой способ, осуществление которого решит в конечном счете поставленные перед ним задачи.

Например, направив индивидуальное письменное обращение в орган местного самоуправления и не получив нужного результата, гражданин может выбрать иную форму непосредственного самоуправления, позволяющую удовлетворить его потребность.

4. Осуществляется в целях эффективной реализации прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей. Наиболее распространенным в юридической науке является определение «эффективности» как соотношения между целями² и результатом действия данного правового явления³. При таком подходе эффективная непосредственная реализация права представляет собой соотношение между целями, которые преследует гражданин, используя права и свободы, ис-

¹ О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации: ФЗ от 02.05.2006 № 59-ФЗ (ред. 02.07.2013) // СЗ РФ. 2006. № 19. Ст. 2060; 2013. № 27. Ст. 3474.

² При этом чаще всего целью непосредственной реализации права видится правомерное поведение, т. е. поведение, соответствующее нормативным установкам. «Если предписания, установленные в нормах права, реализовались в правомерном поведении, тогда можно считать, что механизм правового регулирования достаточно эффективен» (См.: Морозова Л. А. Теория государства и права. М., 2005. С. 319).

³ См., например: Сырых В. М. Логические основания общей теории государства и права. В 3 Т. Т.2. Логика правового исследования. М., 2004. С. 265; Кудрявцев В. И. и др. Эффективность правовых норм. М., 1980. С.36-37; Лапаева В. В. Эффективность действия права // Проблемы общей теории права и государства: учебник. М., 2004. С. 499; Гаврилов О. А. Математические методы и модели в социально-правовом исследовании. М., 1984; Спектор Е. И. Проблемы реализации закона о государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр. Да здравствует подполье?//Адвокат. 2007. № 2. С. 61.

полняя обязанности или соблюдая запреты, и реально достигнутым им результатом. Если субъект не достиг поставленных целей и задач, следовательно, непосредственная реализация права прошла неэффективно.

Несколько по-иному рассматривает «эффективность» Л. И. Спиридонов, отмечая, что эффективность права предполагает не только соответствие результата цели, но и время, затраченное на его достижение и иные произведенные затраты¹. По его мнению, «эффективность всегда связана с получением результата, являющегося следствием сознательной деятельности человека. При этом результат всегда представляет собой реализованные затраты»².

Последний подход представляется более точным. Чтобы осуществление прав, свобод и исполнение обязанностей было эффективным, полезным для личности, общества и государства, большое значение имеет не просто сам факт достижения определенного результата, но и затраченные для этого силы и средства. Зачастую, несовершенство законодательства, формализм правоприменителей и др. приводят к тому, что путь от начала процесса реализации права до получения искомого результата становится сложен и тернист, что значительно снижает его эффективность.

Для правового государства, к построению которого стремится Россия, особенно важно, чтобы права и свободы использовались гражданами и их объединениями как можно эффективнее. Для этого необходимо, чтобы цель, которую поставил перед собой управомоченный, могла быть достигнута наиболее коротким и удобным путем с минимальными затратами. Если гражданин ограничен в выборе правовых средств, то осуществление прав и свобод может стать неэффективным: он может либо не удовлетворить имеющийся у него интерес или потребность, либо, осознавая все сложности и трудности, которые он прошел по пути к желаемо-

¹ В таком плане эффективность рассматривают А. С. Пашков, Л. С. Явич и Г. Н. Манов (см., например: Пашков А. С., Явич Л. С. Эффективность действия правовой нормы // Сов. государство и право. № 3 С. 41 – 45; Теория права и государства: учебник / отв. ред. Г. Н. Манов. М., 1996. С. 213).

² Спиридонов Л. И. Об изучении эффективности социальной нормы как средства социализации // Избранные произведения: Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. СПб., 2002. С. 147.

му результату, отказаться от использования данного права в будущем. Поэтому для эффективного осуществления прав и свобод необходимо предоставление широкой свободы выбора. Чем больше возможностей для совершения действий по усмотрению, тем более вероятно, что гражданин сможет найти тот вариант, который в конкретной ситуации будет для него наиболее благоприятен.

Усмотрение также осуществляется в целях эффективного исполнения обязанностей. Чем сложнее (без обоснованных причин) гражданину исполнить обязанность или соблюсти запрет, тем более негативным становится его отношение к праву, порождая правовой нигилизм и приводя к различным правонарушениям. В каждом случае, когда государство или управомоченное лицо возлагает на субъекта непосредственной реализации права ту или иную обязанность, в способе ее исполнения должны быть учтены все обстоятельства, в которых может оказаться гражданин, а также его навыки, способности, умения. При этом свобода выбора конкретного способа остается за обязанным лицом.

Таким образом, можно дать следующее определение **усмотрения в процессе непосредственной реализации права: это закрепленная в нормативно-регулятивных средствах свобода выбора индивидов и их объединений при решении конкретного юридического вопроса в рамках саморегулирования в целях эффективного осуществления прав, свобод, исполнения обязанностей и соблюдения запретов.**

Как видно из приведенного определения, усмотрение имеет место во всех формах непосредственной реализации права гражданами и их объединениями.

Вместе с тем, каждая из них имеет свои особенности, обусловленные содержанием нормативно-регулятивных средств, действиями субъектов, степенью их активности, которые влияют и на характер усмотрения. На особенностях свободы выбора в разных формах непосредственной реализации права следует остановиться подробнее.

2.2. Формы усмотрения в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями)

Рассмотрим возможность усмотрения при использовании прав и свобод субъектами правоотношения, исполнении ими обязанностей и соблюдении запретов.

Усмотрение при использовании гражданами и их объединениями принадлежащих им субъективных прав и свобод¹. В современной юридической науке существует достаточно много определений понятия «субъективное право». Однако далеко не всегда авторы включают в его содержание возможность совершать активные действия по усмотрению. В этом смысле представляется возможным выделить две группы мнений.

В первую группу входят те авторы, которые не включают усмотрение в понятие субъективного права. Так, по мнению М. М. Агаркова, субъективное право – это «закрепленная за лицом возможность привести в действие государственный аппарат для принятия мер принуждения против обязанного лица в случае неисполнения последним своей обязанности»².

Такое понимание субъективного права акцентирует внимание лишь на одной из возможностей управомоченного – возможности обратиться к органам публичной власти за защитой в случае нарушения или незаконного ограничения прав и свобод. Активное, самостоятельное, самодеятельное, инициативное и творческое поведение, для которого особо необходима свобода выбора, не включается в

¹ Однако существуют мнения, отрицающие категорию субъективного права. Так, например, по мнению Л. Дюги, государство в его прежнем понимании перестало существовать, уступив место новой общественной организации, каждый из членов которой выполняет определенную обязанность, функцию, в интересах общественного целого и тем самым и в своих собственных интересах. У членов новой организации «нет прав, как нет их и у коллективности, но все индивиды обязаны повиноваться социальной норме, так как они суть существа социальные» (См. Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право, преобразованное право. СПб., 1909. С. 23).

² Агарков М. М. и др. Теория государства и права: учебник. М., 1948. С. 475. Схожую позицию занимает О. С. Иоффе, относя субъективное право к средству обеспечения поведения других лиц (Иоффе О. С. Правоотношения по советскому гражданскому праву. Л., 1949. С. 49).

содержание субъективного права. Для приведения в действие механизма государственного принуждения усмотрение не нужно. К нему правообладатель прибегнет лишь в том случае, если обязанная сторона не исполняет свои обязанности.

Иное определение предложено Н. Д. Егоровым. Автор рассматривает субъективное право как «юридически обеспеченную возможность управомоченного требовать в установленных пределах определенного поведения от обязанного лица»¹.

Как видим, в сформулированном автором определении также отсутствует указание на связь субъективного права с возможностью управомоченного самостоятельно, активно совершать действия по своему усмотрению. В данном понятии опять же не раскрывается в полной мере содержание субъективного права, ограничивая обладателя субъективного права лишь возможностью требовать от обязанного определенного поведения.

Другая группа авторов, напротив, рассматривает усмотрение как элемент содержания субъективного права.

Например, В. Н. Хропанюк предлагает следующую дефиницию: «Субъективное право – это предоставляемая и охраняемая государством возможность (свобода) субъекта по своему усмотрению удовлетворять те интересы, которые предусмотрены объективным правом»².

Следует согласиться с автором в том, что субъективное право – это определенные возможности: возможности, предоставленные и охраняемые государством; возможность по своему усмотрению удовлетворять интересы.

Однако сомнения вызывает следующее. Согласно предложенному определению интересы, лежащие в основе субъективного права и для удовлетворения которых управомоченный осуществляет имеющуюся у него свободу выбора, предусмотрены в объективном праве. На наш взгляд, интересы личности настолько многогранны и разнообразны, что далеко не все из них находят свое закрепление в объективном праве (например, интересы лиц, вступающих в брак).

¹ Егоров Н. Д. О понятии субъективного права // Правосубъектность по гражданскому и хозяйственному праву. Л., 1983.

² Хропанюк В. Н. Теория государства и права. М., 1993. С. 229.

В этом смысле более удачно определение, сформулированное Н. И. Матузовым. По его мнению, субъективное право предоставляет управомоченному лицу возможность выбора определенного правомерного поведения с целью достижения желаемого результата (блага), т. е. «возможность потенциальную, лишь предоставленную, зафиксированную в законе»¹. С момента реализации этих возможностей – совершения реальных, конкретных действий – начинается (возникает) осуществление субъективного права.

Права и свободы – это прежде всего дозволения, возможности действовать самостоятельно, активно, инициативно, творчески. Поэтому усмотрение – ключевое в содержании субъективного права. Без свободы выбора путь индивида к юридически значимому результату, для достижения которого человек использует права и свободы, будет затруднен. В подтверждение данного тезиса некоторые ученые справедливо отмечают, что «пользование» правом основывается на инициативе субъекта, его усмотрении².

Обладатель субъективного права наделен большим количеством правомочий – на собственное самостоятельное поведение, на чужое поведение, на самообеспечение, на защиту извне. Исключение или ограничение любого из них существенно обедняет содержание субъективного права. Важно и то, что при реализации каждого из названных правомочий индивиды (их объединения) имеют возможность выбрать вариант поведения по своему усмотрению.

Усмотрение при реализации права на собственное самостоятельное поведение. Это основная возможность в содержании субъективного права, позволяющая индивиду проявить высшую степень социально-правовой активности.

Именно здесь свобода выбора особенно необходима. В реальной жизни человеку приходится играть множество правовых ролей: родителя, потребителя, собственника, избирателя, налогоплательщика и т. п. Каждая роль – это многообразие возможностей. Какой из них отдать предпочтение, как их использовать в сложившейся ситуации – эти и подобные вопросы каждый свободный человек

¹ Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия: Теоретические проблемы субъективного права. Саратов, 1972. С. 127 - 128.

² См.: Шафиров В. М. Правовая активность советских граждан. Красноярск, 1982.

решает самостоятельно, по своей воле, по своему усмотрению, независимо от чье-го-либо вмешательства. «... Именно признание лица, как разумно-свободного существа, которое само себе цель и само определяется к действию и которому, поэтому, должна быть предоставлена свободная сфера деятельности, где оно одно является хозяином независимо от чьих бы то ни было чужих велений. Человек может пользоваться своим правом хорошо или дурно, в эгоистических видах или приходя на помощь ближнему, это его личное дело; другие не вправе в это вступать. Этого требует уважение к лицу. Клеймить же под именем эгоизма то, что вытекает из признания лица разумно-свободным существом и самостоятельным деятелем во внешнем мире, есть извращение всех понятий и подрыв самых оснований права и нравственности», – подчеркивал Б. Н. Чичерин¹.

В качестве примера можно привести положение ч. 1 ст. 43 ЗК РФ, согласно которому «граждане и юридические лица осуществляют принадлежащие им права на земельные участки по своему усмотрению, если иное не установлено настоящим Кодексом, федеральными законами»². Из нее следует, что осуществление прав граждан (юридических лиц) на земельные участки строится на основе свободы выбора: они могут по своему усмотрению продать, сдать в аренду и иным образом распорядиться своим земельным участком, по своему усмотрению использовать его, извлекая полезные свойства и совершать иные юридически значимые действия.

Усмотрение при реализации права на собственное самостоятельное поведение включает в себя возможность самостоятельно выбрать юридически значимую цель, установить в соответствии с ней задачи и определить план деятельности; по своему усмотрению выбирать партнеров в правоотношении, а также средства осуществления прав и свобод, место и время действий и т. п. Более того, во многих случаях усмотрение позволяет индивидам установить иной, чем предусмотренный в законе порядок действий, объем прав и т. д.

Усмотрение при реализации права на чужое поведение. Управомоченный

¹ Чичерин Б. Н. Философия права. М., 1900. С. 87-88.

² Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147; 2013. № 52 (часть 1). Ст.7011.

может не только сам вести себя активно, но и требовать совершения активных действий либо воздержания от них от других (обязанных) лиц. Некоторые авторы предлагают даже понимать свободу «... прежде всего как право требовать от других воздержания от определенных действий»¹.

Значение права на чужое поведение подчеркивал Н. М. Коркунов, отмечая, что «если никто не обязан соотноситься с моим правопритязанием оно не может иметь ровно никакого значения, поэтому в юридических отношениях, как и во всех других, основное значение имеет пассивная сторона, обязанность, связь»².

Г. Ф. Шершеневич видел в качестве основного в содержании субъективного права возможность требовать определенного поведения от обязанного лица: «Не то важно для понятия субъективного права, как в пределах своей власти осуществит субъект свои интересы, как использует обеспеченное ему положение, а важно, что, в силу своей власти, может он требовать от других или запрещать другим. Важно не то, что может субъект права, а чего не смеют субъекты обязанности»³.

Право на чужое поведение подкрепляет, усиливает действие права на собственное поведение. Кто бы ни оказался в контакте, во взаимодействии с управомоченным, он должен признавать, уважать и соблюдать его права. Без этого возможность реализации субъективного права весьма затруднительна. Субъективному праву всегда корреспондирует юридическая обязанность, предоставляющая возможность требовать определенного поведения.

Выбор конкретного требования основывается на усмотрении обладателя субъективного права. Он может требовать от обязанного лица совершить то активное действие (либо воздержаться от него), которое позволит максимально полно удовлетворить имеющийся у него интерес или потребность.

Так, ст. 18 Закона РФ от 07 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» определяет права потребителя при обнаружении в товаре недостатков. Согласно ч. 1 потребитель в случае обнаружения в товаре недостатков, если

¹ Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М., 1993. С. 83.

² Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1910. С. 149.

³ См.: Шершеневич. Г. Ф. Философия права. Т.1. Часть теоретическая: Общая теория права. Вып. 3. М., 1912. С. 618.

они не были оговорены продавцом, по своему выбору вправе потребовать от него: замены на товар этой же марки (этих же модели и (или) артикула); замены на такой же товар другой марки (модели, артикула) с соответствующим перерасчетом покупной цены; соразмерного уменьшения покупной цены; незамедлительного безвозмездного устранения недостатков товара или возмещения расходов на их исправление потребителем или третьим лицом; отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар суммы¹. Данная правовая норма предоставляет право потребителю по своему усмотрению выбрать то требование к продавцу, которые позволят наиболее полно удовлетворить его имущественный интерес.

Усмотрение при реализации права на самообеспечение. Самообеспечение означает, что любой управомоченный субъект, права которого нарушены, ограничены или созданы препятствия для их реализации, действуя правомерно, может самостоятельно, без чьей-либо помощи защитить или обеспечить их реализацию.

Прежде всего самообеспечение права предполагает самозащиту. В самом общем виде оно сформулировано в ч. 2 ст. 45 Конституции РФ, в соответствии с которой каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Выбор конкретного способа действий зависит от усмотрения самого гражданина. Главное в том, чтобы он не противоречил закону и не нарушал прав, свобод и законных интересов третьих лиц.

В частности, согласно ст. 14 ГК РФ «допускается самозащита гражданских прав. Способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения». Из содержания данной нормы следует, что законодатель предоставляет свободу субъекту права в выборе конкретного способа самозащиты, определяя лишь условия ее правомерности.

Однако самообеспечение не сводится к самозащите. Нередко в той или иной жизненной ситуации в нужное время реализация субъективного права зависит от способностей человека, его знаний, навыков, умений, насколько он готов прояв-

¹ О защите прав потребителей: Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. 02.07.2013) // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140; 2013. № 27. Ст. 3477.

лять при использовании прав и свобод самодеятельность, инициативу и творчество. В таком понимании самообеспечение субъективных прав обусловлено усмотрением: только осознавая возможность выбора варианта поведения, управомоченный предпримет усилия для поиска и анализа тех нормативно-регулятивных средств, которые ему необходимы для удовлетворения интересов и потребностей, и, в конечном счете, станет активной правовой личностью.

Усмотрение при реализации права на защиту. Право на защиту – возможность личности при угрозе нарушения или фактическом нарушении ее прав, свобод и законных интересов привести в действие механизм государственного принуждения. Для обладателя субъективных прав и свобод потребность в защите возникает во всех ситуациях, когда появляются затруднения в их реализации, а уж тем более при их нарушении. И защита не должна вылиться в какие-то формальные, ничего не значащие, не влекущие никаких позитивных последствий для управомоченной личности действия. Прямой долг всех стоящих на страже интересов личности органов, организаций, должностных лиц – снять затруднения в реализации прав и свобод, оградить их от нарушений, восстановить права и свободы, а если это необходимо и входит в компетенцию органа, компенсировать ущерб¹.

Конституция РФ уделяет праву на защиту повышенное внимание, закрепляя, что защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства (ст. 20); государственная защита прав и свобод гарантируется (ч. 1 ст. 45).

Наиболее демократичной, доступной и эффективной является судебная защита прав и свобод. Каждый человек может обжаловать в суд решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц (ч. 2 ст. 46 Конституции РФ).

Законодательно закреплена разветвленная сеть внесудебной защиты прав и свобод личности. Её должны осуществлять органы государственной законодательной и исполнительной власти, прокуратуры, органы местного самоуправле-

¹ См.: Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. С. 35.

ния, общественные объединения. Если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты, каждый вправе в соответствии с международными договорами РФ обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека.

Выбор средства защиты зависит от усмотрения управомоченного. Законодатель в нормативных актах, закрепив способы защиты, предоставил субъекту права возможность самостоятельно выбрать тот, который обеспечит наиболее эффективную защиту его прав и свобод.

К примеру, согласно ст. 352 ТК РФ, каждый имеет право защищать свои трудовые права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Основными способами защиты трудовых прав и свобод являются: самозащита работниками трудовых прав; защита трудовых прав и законных интересов работников профессиональными союзами; государственный контроль (надзор) за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права; судебная защита. Данная норма дает возможность работнику по своему усмотрению выбрать наиболее эффективный для него в сложившейся ситуации способ защиты нарушенного, по его мнению, права.

Усмотрение при исполнении гражданами и их объединениями юридических обязанностей. Юридическая обязанность – предписанная обязанному лицу мера необходимого поведения, которой оно должно следовать в соответствии с требованиями управомоченного в целях удовлетворения его интересов.

Исполнение обязанности – это всегда необходимое поведение. «Необходимость должного поведения, – отмечает Б. М. Семенко, – является главным решающим признаком всякой юридической обязанности. Для понятия обязанности необходимость играет такую же роль, как для субъективного права возможность»¹. При этом совокупность нормативно-регулятивных средств устанавливает точные границы (меру) должного поведения.

¹ Семенко Б. М. Юридические обязанности граждан СССР: Вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1978. С. 10 – 11.

Однако данное положение не исключает возможность субъектов права в некоторых ситуациях действовать по своему усмотрению. Такой вывод основывается на том, что юридические обязанности возлагаются не сверх фактических сил человека, а всегда с учетом его реальных физических, психологических и умственных возможностей. Это позволяет проявлять в процессе исполнения не только самодеятельность, волю, инициативу, понимание целей реализации юридических обязанностей, но и отдельные моменты творчества (устранение неожиданно возникших в ходе исполнения обязанности непредвиденных обстоятельств, применение для достижения желательного результата ранее не использовавшихся правовых средств и т. д.). Таким образом, обязанный, как и управомоченный, обладает усмотрением, и в его возможности выбрать такой способ исполнения обязанности, который будет наиболее эффективным.

Обратимся к примеру. Согласно ст. 57 Конституции РФ каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы. В ч. 1 ст. 45 НК РФ установлено, что налогоплательщик обязан самостоятельно исполнить обязанность по уплате налога, если иное не предусмотрено законодательством о налогах и сборах¹. Обязанность по уплате налога должна быть выполнена в срок, установленный законодательством о налогах и сборах. Однако для надлежащего исполнения возложенной обязанности налогоплательщик может по своему усмотрению выбрать форму уплаты налога (наличная или безналичная), а также способ – при отсутствии банка налогоплательщики (налоговые агенты), являющиеся физическими лицами могут уплачивать налоги через кассу местной администрации либо через организацию федеральной почтовой связи (ч. 4 ст. 58 НК РФ).

Подобная позиция нашла свое отражение и в судебной практике.

Решением от 16 января 2006 г. первая инстанция Арбитражного суда Самарской области требования ООО «Царев Курган», г. Самара, к Инспекции Федеральной налоговой службы по Ленинскому району г. Самары удовлетворила в полном объеме, сославшись на перечисление заявителем в 2003 г. через учрежде-

¹ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824; 2013. № 52 (часть 1). Ст. 6985.

ния Сбербанка Российской Федерации в наличной форме денежных средств на сумму 18 122,22 руб. в счет исполнения своей обязанности по уплате налогов в бюджет, а также на положения ч. 2 ст. 45 и ч. 3 ст. 58 НК РФ.

Постановлением апелляционной инстанции от 29 марта 2006 г. Арбитражного суда Самарской области решение от 16 января 2006 г. отменено, в удовлетворении требований заявителю было отказано. При этом суд второй инстанции исходил из того, что ч. 3 ст. 58 НК РФ говорит лишь о возможности уплаты налога наличными денежными средствами физическими (не юридическими) лицами, являющимися налогоплательщиками, и что уплата юридическим лицом налоговых платежей возможна только при использовании его расчетного счета в банке.

Проверив правильность применения Арбитражным судом Самарской области норм материального и процессуального права, ФАС Поволжского округа сделал вывод о наличии оснований для отмены вынесенного по делу Постановления от 29 марта 2006 г. с оставлением в силе решения от 16 января 2006 г. исходя из следующего.

Согласно ч. 3 ст. 58 НК РФ, уплата налогов производится в наличной или безналичной форме. При отсутствии банка налогоплательщик или налоговый агент, являющиеся физическими лицами, могут уплачивать налоги через кассу органа местного самоуправления либо через организацию связи федерального органа исполнительной власти, уполномоченного в области связи.

Таким образом, законодатель в абз. 2 ч. 3 ст. 58 НК РФ предусмотрел некоторую свободу выбора при уплате налогов физическими, юридическими лицами — налогоплательщиками или налоговыми агентами: при отсутствии в местах их нахождения банковских учреждений они могут уплачивать налоги без использования расчетных счетов в банках иными способами¹.

Однако нельзя не отметить различия в объеме усмотрения при использовании прав, свобод и исполнении обязанностей. Как верно отмечает Г. В. Мальцев, «если субъективное право означает возможность действовать по своей инициати-

¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 9 июня 2006 г. по делу № А55-8786/2005 // ГАРАНТ аэро.

ве и усмотрению, то поведение обязанного лица связано с такой возможностью, которая в то же время признана законодателем необходимой. Обязанность есть возможность поведения, имеющая необходимый характер, т. е. возможное в поведении одновременно является и необходимым»¹. Из сказанного следует, что у обязанного гражданина отсутствует возможность по своему усмотрению решить исполнять возложенную на него обязанность или нет (в отличие от управомоченного, который по своему усмотрению решает реализовать или нет принадлежащее ему право). Его поведение запрограммировано внешней (объективной) необходимостью, сформулировано в виде официального категорического требования и безоговорочно должно быть осуществлено. Усмотрение при исполнении, например, обязанности по уплате налогов напрямую связано с ограничениями, налагаемыми налоговым законодательством, органами налогового контроля, носит организующий вспомогательный характер, содействует более эффективному воплощению обязанности в жизнь.

Исполнение обязанности предполагает также направленность ее на удовлетворение, прежде всего, интересов управомоченного. В этой связи возможность обязанного лица в определенной ситуации действовать по усмотрению во многом зависит не только от него самого, но и от волеизъявления управомоченного субъекта, который может эти возможности ограничить.

К примеру, согласно ч. 2 ст. 810 ГК РФ, «если иное не предусмотрено договором займа, сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно. Сумма займа, предоставленная под проценты, может быть возвращена досрочно с согласия займодавца». В данном случае займодавец, предоставив заем под проценты, может ограничить свободу усмотрения заемщика, не дав согласия на досрочный возврат суммы займа.

Следует отметить, что свобода выбора способствует добросовестному и надлежащему исполнению обязанности и важна не только для удовлетворения интересов управомоченного, но и самого обязанного лица. Так, надлежащее осу-

¹ Мальцев Г. В. Социалистическое право и свобода личности: Теоретические вопросы. М., 1968. С. 71.

шествование обязанности освобождает субъекта от неблагоприятных последствий, которые могли наступить при ее несоблюдении или неисполнении (например, от применения мер юридической ответственности).

Усмотрение при соблюдении гражданами и их объединениями запретов. Соблюдение как форма непосредственной реализации права характеризуется повседневным поведением субъектов в соответствии с юридическими запретами. Принято считать, что для нее характерно не активное, а пассивное начало в поведении индивидов: для соблюдения запретов достаточно воздерживаться от совершения действий, запрещенных нормативно-регулятивными средствами. Главная особенность этой формы реализации состоит в том, что она имеет всеохватывающий характер, касается каждого правоспособного субъекта, пронизывает все стадии и стороны правореализационного процесса, обслуживая и обеспечивая развитие правомерного поведения.

Человек, который соблюдает запрет, соотносит свое поведение с изложенными в диспозициях запрещающих норм требованиями, имеет полное право требовать этого же от других. Это создает наиболее благоприятные условия для использования личностью своих прав и свобод.

Соблюдение права протекает незаметно. Зная содержание запретов, можно по привычке или на основе осознанного отношения строить свое поведение в соответствии с ними.

Соблюдение отдельных запретов может осуществляться при внутренней борьбе мотивов даже болезненно для личности, но, так или иначе, внешне оно выражается в нарушении субъектом запрещающих норм либо в принятии запретов в качестве неуклонного руководства в своем поведении.

С объективной стороны возможности индивидов и их объединений для совершения действий по усмотрению при соблюдении запретов минимальны, поскольку им предоставлен минимум правовой свободы. Это обусловлено необходимостью защиты признаваемого максимума правовой свободы других¹.

¹ См.: Рудаков А. А. Права и обязанности как парные юридические категории: Вопросы теории: дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск., 2006. С. 106.

Однако там, где свобода выбора абсолютно исключена, устанавливаемые правовые запреты могут оказаться нереализуемыми. Запрещая то или иное поведение, законодатель должен ориентироваться на личность, ее потребности и интересы. Поэтому право, нормативно-регулятивные средства, в том числе и запрещающие, нужно поставить на службу обществу, каждому человеку, предоставляя ему возможности для все более полного раскрытия своих способностей в интересах общества и своих собственных интересах.

Соблюдение права – это глубоко осознанная, интеллектуально-волевая деятельность субъекта. Соотношение поведения с требованиями запрещающих нормативно-регулятивных средств строится на основе устойчивых мотивов правомерного поведения, а для этого необходимо полнее информировать их о системе действующих нормативно-регулятивных средств, неуклонно повышать их правовую осведомленность. При соблюдении субъект права руководствуется различными факторами, в зависимости от каждой конкретной жизненной ситуации. Получая знания о запрещающих правовых нормах, соотнося их со своими представлениями о должном и необходимом поведении, вырабатывая на этой основе свое отношение к запрещающим нормам и праву в целом, субъекты права связывают приобретённое знание со своим поведением. Правовая информация, предоставленная субъекту права, дает ему возможность получить как общие, так и конкретные правовые знания о его правах, свободах и обязанностях, что, в свою очередь, ведёт к беспрепятственному удовлетворению его разносторонних интересов.

Усмотрение имеет место не только непосредственно в самих формах непосредственной реализации права, но и в деятельности, предшествующей ей, т. е. в самостоятельной, без какого-либо вмешательства со стороны государственных органов, организаций осуществления норм права в правоотношениях.

Деятельность по организации осуществления юридических правил начинается с определения индивидом фактических обстоятельств. В процессе ее субъект по своему усмотрению выбирает факты, имеющие, по его мнению, юридическое значение для данного случая. Важность такого поведения несомненна, поскольку от того, насколько максимально полно личность сумеет определить круг юриди-

ческих фактов, выделить главные из них, во многом зависит успех всей ее деятельности в сфере права.

С определением фактических обстоятельств тесно связан выбор и анализ совокупности нормативно-регулятивных средств, регулирующих конкретное правоотношение, ведь установление юридически значимых фактов невозможно без выбора необходимых нормативно-регулятивных средств, и наоборот, отыскание нужных нормативно-регулятивных средств немислимо без установления фактической стороны того или иного вопроса.

Правильный выбор нормативно-регулятивных средств – дело сложное и ответственное. Субъект здесь должен проявить все качества активной правовой личности. Данный процесс выражается в отыскании из большого числа нормативно-регулятивных средств (особенно, когда определенное правоотношение регулируется ассоциацией норм, принципов, правовых институтов и т. д.) наиболее оптимально упорядочивающих конкретное правоотношение, в выборе из имеющихся в отдельных из них различных вариантов поведения наилучшего для данной ситуации и т. п.

Личность должна не только быстро найти нормативно-регулятивное средство, выбрать в его рамках наиболее благоприятный вариант, но и проверить его подлинность, юридическое действие. Проверка подлинности текста нормативного акта особенно необходима, если первое ознакомление с законом происходит не по официальным изданиям нормативных актов – основам, кодексам и т. д., а по научно-популярной литературе, по записям других лиц и т. д. Очень важно для субъекта выяснить, действует в настоящее время анализируемая норма права или отменена, имеет ли она обратную силу и т. д.

Усмотрение при непосредственной реализации права предполагает уяснение субъектом правоотношения изложенных в нормативно-регулятивных средствах прав и обязанностей, их содержания, объема, пределов, границ их осуществления. Не менее важно решить вопросы о количестве участников правоотношения, о времени, месте и последовательности претворения в жизнь субъективных прав и юридических обязанностей.

2.3. Пределы усмотрения в процессе осуществления индивидами (и их объединениями) своих прав, свобод и исполнения обязанностей

Свобода выбора при осуществлении субъективных прав, свобод и исполнении обязанностей нередко производит обманчивое впечатление простоты и прямолинейности данного процесса. Более того, может создаться впечатление, что усмотрение – это есть сфера безграничной самостоятельности, самодеятельности физического или юридического лица. К этой же мысли подводит и существующее многообразие способов осуществления и защиты субъективных прав и свобод.

Однако характерный для непосредственной реализации права общедозволи- тельный тип правового регулирования еще не означает, что усмотрение в процес- се осуществления прав и свобод может быть произвольным, а правомерность дан- ного процесса есть пожелание, а не требование права. Неограниченное усмотре- ние «способно отразиться весьма вредно на интересах прочих членов того же об- щества, на интересах самого общества»¹.

Вопрос о пределах свободы выбора в процессе осуществления прав и сво- бод является одним из самых сложных в юридической науке. Трудность его со- стоит в том, что пределы, так или иначе, ограничивают свободу человека, поэтому очень важно избегать «перекосов» и «перегибов» при его решении.

«Пределы» в юридической деятельности представляют собой довольно распространенную категорию. Так, имеются пределы осуществления гражданских прав, пределы рассмотрения кассационной жалобы, пределы необходимой оборо- ны, пределы правосубъектности и другие. Их основное предназначение выражается в том, что они «выступают легальными рамками, которые определяют границы возмож- ного поведения субъекта правоотношений»². В итоге пределы выполняют важную роль по ограничению неоправданной свободы лица, ориентации субъектов права на социально полезное поведение.

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права: по изд. 1907 г. М., 1995. С. 174.

² Березин А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н.Новгород. 2007. С. 11.

Усмотрение при непосредственной реализации права предполагает, что субъект может свободно выбрать то субъективное право или вариант (способ) исполнения обязанности, в котором содержится наиболее подходящая для него модель поведения. Однако разнообразными нормативно-регулятивными средствами устанавливаются определенные границы, в пределах которых субъект может осуществлять принадлежащую ему свободу выбора при использовании прав или исполнении возложенной на него обязанности.

В действующем российском законодательстве можно выделить следующие пределы свободы выбора при непосредственной реализации права: осуществление усмотрения не должно нарушать требования добросовестности и разумности; осуществление усмотрения не должно нарушать права и свободы других лиц; осуществление усмотрения невозможно за пределами правоспособности субъекта непосредственной реализации права; осуществление усмотрения должно соответствовать назначению субъективного права и юридической обязанности.

1. Осуществление усмотрения не должно нарушать требования добросовестности и разумности. Анализ действующего законодательства показывает, что критерии добросовестности и разумности – это те пределы, за которые субъект непосредственной реализации права не должен выходить, осуществляя усмотрение. Более того, зачастую законодатель ставит защиту прав и свобод в прямую зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно.

Толковый словарь русского языка С. И. Ожегова определяет слово «добросовестный» как «честный, выполняющий свои обязательства»¹. В. И. Даль придает слову «добросовестность» значение «добрая совесть, праводушие, честность, правдивость, строгая богобоязненность в поступках»². Краткий лексический анализ категории «добросовестность» позволяет прийти к выводу, что поведение можно назвать добросовестным в том случае, если человек осознает свою ответственность перед другими членами общества, ориентируется на честное выполнение своих обязательств, руководствуется в поступках общественно полезным на-

¹ Ожегов С. И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1997. С. 169.

² Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. в 4 т. Т. 1. М., 1978. Т. 1. С. 445.

мерением, стремится избежать причинения вреда третьим лицам. В таком виде добросовестность не перестает нести нравственную, этическую нагрузку.

«Недобросовестными могут быть признаны лишь граждане и организации, которые, совершая противоправные действия или бездействия, знали или должны были знать о характере этих действий и их последствиях. Если бы это было не так, в тексте соответствующих норм говорилось бы не о недобросовестности, а о противоправности. Указание же именно на недобросовестность свидетельствует о необходимости интегрированного понимания данной категории»¹.

Добросовестность как предел усмотрения при непосредственной реализации права предполагает, что субъект, выбирая удобный для себя вариант поведения, должен (и может) знать обо всех обстоятельствах существующего (или будущего) правоотношения, о возможных последствиях своего выбора, недопускать небрежности, самонадеянности и халатности при реализации избранной модели поведения. Сознательность, старательность и аккуратность при использовании усмотрения будут соответствовать принципу добросовестности.

Уяснение содержания добросовестности как средства ограничения усмотрения особенно важно при осуществлении прав и свобод, поскольку подобное осуществление прав презюмируется законодателем. В тех ситуациях, когда кто-либо расценивает поведение управомоченного лица как недобросовестное, вследствие чего возможно причинение вреда, ему следует доказать это обстоятельство в суде. В ином случае этот предел считается ненарушенным, несмотря на любые фактические отношения и их бытовое понимание.

Обратимся к примеру. В ч. 4 ст. 29 Конституции РФ закреплено, что каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом.

Одним из видов недобросовестного осуществления свободы выбора при передаче информации является рассылка так называемого «спама», т. е. массовой незапрошенной корреспонденции, обычно носящей коммерческий характер

¹ Богданов Е. Категория «добросовестности» в гражданском праве // Российская юстиция. 1999. № 9. С. 13.

(предложения товаров, работ, услуг). Огромные объемы такого рода писем причиняют не только моральные неудобства (раздражают их адресатов своим количеством, содержанием, назойливостью), но и влекут дополнительные расходы, поскольку такие письма – это тоже информация, поэтому получателям приходится оплачивать передачу этой информации от операторов связи, а операторам связи – тратить дополнительные средства на оборудование, необходимое для пересылки бесполезной информации. Рассылка спама, т. е. незапрошенных электронных сообщений (далее по тексту – НЭС), таким образом, причиняет косвенные убытки. Однако в настоящее время прямого или косвенного запрета рассылки НЭС в отечественном законодательстве не содержится.

В европейском праве рассылке НЭС зачастую пытаются противопоставить другое фундаментальное право личности – право на неприкосновенность частной жизни, однако также признают уязвимость этого подхода: «Направление незапрашиваемых электронных писем в литературе рассматривается как нарушение права получателя на неприкосновенность частной жизни, буквально – как право быть оставленным в покое (to be let alone). Уважение к частной жизни является фундаментальным правом. Другие исследователи подчеркивают необходимость информирования потребителей о доступных предложениях товаров и услуг. Право собирать информацию также является фундаментальным правом. Бизнесмены и маркетинговые организации сильно заинтересованы в максимально широком круге потенциальных потребителей. Эти противоречащие интересы вряд ли могут быть легко разрешены. Некоторые получатели хотели бы не получать НЭС, тогда как другие жалели бы, что они не получают такую информацию»¹. Аналогичные выводы делаются и российскими исследователями².

Во многих европейских странах несанкционированная рассылка электронных писем может считаться правонарушением. Это предусматривает и ст. 7 Директивы 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета от 8 июня 2000 г. о неко-

¹ eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce. Commentary on the Directives on distance Selling, Electronic Signatures, Electronic Commerce, Copyright in the Informational Society, and Data Protection / Ed. Arno R. Lodder, Henrik W.K. Kaspersen. The Hague, 2002. P. 140.

² Наумов В.Б. Право и Интернет: Очерки теории и практики. М., 2002. С. 96 - 113.

торых правовых аспектах услуг информационного общества, в особенности электронной коммерции, на внутреннем рынке, которая хоть и не признает рассылку НЭС во всех случаях противоправной, но допускает наличие таких положений в законодательстве стран-участниц. В любом случае НЭС должны быть легко идентифицируемы именно как НЭС.

Под разумностью, с точки зрения философии, понимается присущая каждому человеку познавательная способность не просто упорядочивать, систематизировать уже имеющиеся знания о вещах и явлениях, но также обнаруживать связь последних и действовать целесообразно этой связи¹. При таком понимании, по мнению О. А. Кузнецовой, разумность связана, прежде всего, с пониманием субъектом правоотношений целесообразности своих действий, осознанием причинно-следственных связей, со способностью видеть в своих действиях объективно полезную цель².

Такое понимание разумности ориентирует индивида на необходимость подавлять в себе грубые эгоистичные устремления при осуществлении усмотрения, предотвращать возможные конфликты с другими участниками правоотношения, а при их наличии – отказаться от использования свободы выбора.

Обратимся к примеру. ОАО «Ростовская региональная ипотечная корпорация» и индивидуальный предприниматель Н. К. Подгорная 10 июня 2011 г. заключили договоры аренды недвижимости, предметом которых являлись помещения, расположенные в г. Ростов-на-Дону.

Положениями договоров было предусмотрено, что арендатор имеет право досрочно расторгнуть договор в одностороннем порядке при соблюдении условия об оплате арендодателю неустойки в пятикратном размере месячной арендной платы, действующей на дату указанного события. Арендатор обязан уплатить указанную неустойку в течение 10 календарных дней с даты направления в адрес арендодателя предупреждения о досрочном расторжении договора.

¹ См. подробнее: Виниченко Ю. В. Разумность в гражданском праве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск. 2003. С. 16-18.

² См.: Кузнецова О. А. Презумпции в гражданском праве. СПб., 2004. С. 157-158.

Ссылаясь на то, что прежний руководитель общества, находясь в условиях конфликта с иными органами управления общества и предвидя отстранение от должности, совершил сделки на кабальных для общества условиях, общество обратилось с иском в Арбитражный суд Ростовской области о признании этих сделок недействительными в части.

Решением от 21 марта 2012 г., оставленным без изменения постановлением Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20 июня 2012 г., указанные выше положения договоров признаны недействительными.

Рассматривая кассационную жалобу индивидуального предпринимателя, ФАС Северо-Кавказского округа указал, что приведенные условия договоров аренды нарушают баланс интересов сторон. Действия общества, заключившего сделку с данным условием, не соответствуют критерию разумности, поскольку порождают для него обязательство по уплате арендной платы в течение неразумно длительного времени (пять месяцев) за помещение при прекращении его использования. При этом арендодатель вправе, предупредив за месяц, прекратить договор и не несет никаких неблагоприятных последствий, хотя и ущемляет досрочным расторжением договора права арендатора на стабильную хозяйственную деятельность.

Таким образом, оспариваемое условие включено в договор со стороны ответчика с явным злоупотреблением правом. Причиной действий руководителя общества (истца), заключившего эти сделки, явился организационный (корпоративный) конфликт, приведший к смене руководителя общества вскоре после совершения сделки¹.

Следовательно, в данной ситуации осуществление усмотрения при реализации принципа свободы договора привело к нарушению требования разумности.

2. Осуществление усмотрения не должно нарушать права и свободы других лиц. В соответствии с ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц».

¹ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25 сентября 2012 г. по делу № А53-4066/2012 // ГАРАНТ аэро.

Данное положение развивается в отраслевом законодательстве. Так, согласно ст. 10 ГК РФ, «не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)»; согласно ч. 1 ст. 7 СК РФ, «осуществление членами семьи своих прав и исполнение ими своих обязанностей не должны нарушать права, свободы и законные интересы других членов семьи и иных граждан». Указанный принцип присущ трудовому праву. Несмотря на отсутствие положения запрещающего злоупотреблять правами работника непосредственно в тексте Трудового кодекса РФ, Пленум Верховного Суда РФ справедливо указал, что работником должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом¹.

Свое подтверждение данный принцип находит и в юридической науке. Так, по мнению М. И. Брагинского, требование надлежащего осуществления гражданских прав означает, что интересы того, кто обладает правом, не должны вступать в противоречие с интересами всего гражданского оборота и его отдельных участников.

По мнению А. Я. Курбатова, использование субъективного права исключительно с целью причинения вреда другим лицам невозможно в силу наличия интереса в основе любого субъективного права. Однако под воздействием интереса право может реализовываться с выходом за его пределы, что приводит к нарушению законных интересов других лиц, большей частью не участвующих в конкретном правоотношении, интересы которых выражаются либо в виде частного (группового), либо в виде публичного (общественного) интереса. Именно выход за пределы права под воздействием субъективных интересов и соответствующее нарушение законных интересов других лиц составляют суть злоупотребления правом.

¹ О применении судами РФ Трудового кодекса РФ: Постановление Пленума ВС РФ от 17.03.2004 № 2 (ред. 28.09.2010) // Консультант Плюс.

Свобода выбора варианта поведения при реализации субъективных прав должна основываться прежде всего на представлении о том, что управомочивающий характер нормативно-регулятивных средств, который предоставляет такую возможность, не предполагает абсолютности и бесконтрольной свободы при их осуществлении. Всякий раз, действуя в соответствии со сделанным выбором, необходимо соотносить последствия своего действия с правами, свободами и интересами других лиц, следить будет ли исполнена обязанность по их соблюдению. В литературе отмечается, что если у субъекта имеется признанная объективным правом свобода выбора при непосредственной реализации права, то появляется и возможность злоупотреблять ею, нарушая права и свободы окружающих. По мнению ряда авторов, очевидной представляется следующая закономерность: чем шире предоставленное субъекту усмотрение, тем многообразнее могут быть и различные злоупотребления правом; лишившись возможности поступать по своему усмотрению, управомоченный субъект утратил бы саму свободу и, как следствие, не смог бы злоупотреблять ею¹. В этой связи права, свободы и законные интересы третьих лиц являются одним из средств ограничения усмотрения при осуществлении прав и свобод – оно не должно причинять вред другим лицам, умалять или ущемлять их права и свободы окружающих².

¹ С этой точки зрения весьма показательным делом, рассмотренным судом г. Айдена (Йемен) в 1996 г. Суть спора такова. Истец обратился в суд с жалобой на ответчика, который построил рядом с его пятиэтажным зданием стену высотой более десяти метров. В исковом заявлении, в частности, было указано, что стена закрывает солнечный свет, что причиняет вред владельцам здания. Суд, рассмотрев дело по существу, установил отсутствие какой-либо необходимости у ответчика в возведении стены именно такой формы и такой высоты. На основании этого суд, руководствуясь статьей 17 ГК Йемен (запрещающей злоупотреблять правом, а именно – осуществлять право, если преследуемая польза малозначительна, по сравнению с вредом, причиняемым другому), принял решение, в соответствии с которым ответчик обязан снести часть стены (чтобы она не была выше двух метров от земли), возместить причиненный ущерб истцу, взять на себя расходы по демонтажу стены и судебные затраты.

² Однако в юридической литературе имеются и противники такого подхода. По мнению Н. С. Малеина, проблема злоупотребления правом не должна иметь своего юридического воплощения в сфере реализации прав и свобод граждан. Конституционные и отраслевые «нормы-принципы», отражающие эту идею, не являются нормами права, так как не содержат конкретных юридических предписаний. Руководство ими не исключает произвольного усмотрения судебных и других правоприменительных органов и, тем самым, не исключает ограничение прав, свобод граждан и необоснованное возложение на них юридической ответственности. Более того, представляются несовместимыми конституционные принципы: «гражданам разрешено все, что прямо не запрещено законом» и «граждане могут осуществлять

Приведем пример. Положения ч. 4 ст. 37 Конституции РФ, ст. 352 ТК РФ предоставляют работнику свободу в выборе способа защиты своих трудовых прав. Одним из таких способов является забастовка – временный добровольный отказ работников от исполнения трудовых обязанностей (полностью или частично) в целях разрешения коллективного трудового спора.

Федерация профсоюзов авиационных диспетчеров РФ (ФПАД России) и Тюменской территориальной организации ФПАД России обратились в Конституционный суд РФ с жалобой об оспаривании конституционности положения п. 1 ст. 52 Воздушного кодекса РФ (в редакции Федерального закона от 8 июля 1999 г.), в соответствии с которым в целях защиты прав и законных интересов граждан, обеспечения обороны страны и безопасности государства, не допускаются забастовки или иное прекращение работы (как средство разрешения коллективных и индивидуальных трудовых споров и иных конфликтных ситуаций) авиационным персоналом гражданской авиации, осуществляющим обслуживание (управление) воздушного движения. «Как следует из представленных материалов, на основании, в частности, названного положения решением суда Ханты-Мансийского автономного округа, оставленным без изменения Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации, признана незаконной забастовка, объявленная Тюменской территориальной организации ФПАД России в июле 1999 г. и отложенная на неопределенный срок.

В жалобах утверждается, что положение п. 1 ст. 52 Воздушного кодекса РФ не соответствует ст.ст. 17 (ч. 2), 37 (ч. 4) и 55 (ч.ч. 2 и 3) Конституции РФ»¹.

Как указал Конституционный суд РФ, «ч. 4 ст. 4 Конституции РФ признает право на индивидуальные и коллективные трудовые споры с использованием установленных Федеральным законом способов их разрешения, включая право на забастовку. Забастовка, таким образом, рассматривается как способ разрешения спора, и законодатель вправе определять, когда и при каких условиях такой способ разрешения спора возможен, а когда он недопустим. При этом законодатель

свои права, не нанося ущерб общественному благу» (Малеин Н. С. Юридическая ответственность и справедливость. М., 1992. С. 175 – 177).

¹ Определение Конституционного суда от 16 октября 2003 г. № 318-О // Консультант Плюс

обязан осуществлять необходимое согласование между защитой профессиональных интересов работников и соблюдением общественных интересов, которым забастовка способна причинить ущерб.

Возможность ограничения права на забастовку отдельных категорий работников, в том числе занятых в гражданской авиации, с учетом характера их деятельности и возможных последствий прекращения ими работы, прямо вытекает из ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, предусматривающей, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц, а также из ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, в соответствии с которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены Федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства»¹.

Требование не нарушать права и свободы других лиц характерно и для исполнения юридических обязанностей. Несмотря на то, что в отдельных случаях законодатель (или уполномоченный субъект) предоставляет возможность обязанному лицу выбрать наиболее оптимальный для него способ исполнения обязанности, это не должно ущемлять или ограничивать права и свободы других лиц, причинять им вред.

3. Осуществление усмотрения невозможно за пределами правдееспособности субъекта непосредственной реализации права. Под правдееспособностью понимается не только возможность субъекта права обладать правами и обязанностями, но и способность своими личными действиями их реализовывать, отвечать за последствия. Она характеризует внутреннее состояние человека, его способность отдавать отчет своим действиям, осознавать, понимать те возможности, которые предоставлены нормативно-регулятивными средствами для удовлетворения возникшего интереса, а также предвидеть последствия выбора того или иного варианта поведения.

Важность правдееспособности для возможности индивидов действовать по

¹ Определение Конституционного суда от 16 октября 2003 г. № 318-О // Консультант Плюс.

своему усмотрению продиктована тем, что свобода выбора варианта поведения может быть предоставлена только тем лицам, которые способны понимать характер совершаемых ими действий, анализировать нормативно-регулятивные средства и содержащиеся в них варианты поведения, выражают готовность действовать в соответствии с избранным вариантом и отвечать за возможные последствия. В противном случае усмотрение физического лица может быть ограничено или же он вовсе может быть его лишен.

Наиболее ограничены возможности для совершения действий по усмотрению у несовершеннолетних, не достигших четырнадцати лет (малолетние). Совершать действия, направленные на возникновение, изменение или прекращение правоотношений, могут от их имени только законные представители – родители, усыновители или попечители.

Малолетние в возрасте от шести до четырнадцати лет вправе самостоятельно, по своему усмотрению, совершать только мелкие бытовые сделки; сделки, направленные на безвозмездное получение выгоды, не требующие нотариального удостоверения либо государственной регистрации; сделки по распоряжению средствами, предоставленными законным представителем или с согласия последнего третьим лицом для определенной цели либо для свободного распоряжения.

Существенно ограничена свобода выбора несовершеннолетних в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет. Они вправе по своему усмотрению, самостоятельно, без согласия родителей, усыновителей и попечителя выбирать как распоряжаться своими заработком, стипендией и иными доходами; осуществлять права автора произведения науки, литературы или искусства, изобретения или иного охраняемого законом результата своей интеллектуальной деятельности; в соответствии с законом вносить вклады в кредитные учреждения и распоряжаться ими; совершать мелкие бытовые сделки. По достижении шестнадцати лет несовершеннолетние также вправе быть членами кооперативов в соответствии с законами о кооперативах и вступать в трудовые отношения в качестве работников.

Во всех остальных случаях их усмотрение ограничено – они совершают сделки только с письменного согласия своих родителей, усыновителей или попе-

чителей.

При определенных обстоятельствах индивид может быть ограничен в дееспособности. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 30 ГК РФ, «гражданин, который вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами ставит свою семью в тяжелое материальное положение, может быть ограничен судом в дееспособности в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством». При ограничении дееспособности свобода выбора в совершении сделок также ограничивается – гражданин не может самостоятельно без согласия попечителя продавать, дарить, завещать, обменивать, покупать имущество, совершать другие распорядительные сделки (кроме мелких бытовых), самостоятельно получать зарплату, пенсию, другие виды доходов (авторский гонорар; суммы, причитающиеся за выполнение работ по договору подряда; другие вознаграждения; всякого рода пособия и т. п.) и распоряжаться своими доходами.

Гражданин, который вследствие психического расстройства не может понимать значение своих действий или руководить ими, может быть признан судом недееспособным. Свобода выбора в поведении таких граждан исключается, поскольку все сделки от их имени совершает опекун.

Правдееспособностью обладают и юридические лица как участники правоотношений. Однако эти качества отличаются от аналогичных, признаваемых за физическими лицами (гражданами).

Прежде всего правдееспособность юридического лица возникает одновременно, в момент его государственной регистрации (ч. 3 ст. 49, ч. 2 ст. 51 ГК РФ). Прекращаются они также одновременно – в момент завершения ликвидации юридического лица путем внесения соответствующей записи об этом в государственный реестр юридических лиц (ч. 8 ст. 63 ГК РФ).

Правдееспособность юридических лиц может быть как универсальной (общей), дающей им возможность участвовать в любых гражданских правоотношениях, так и специальной (ограниченной), предполагающей их участие лишь в ограниченном круге таких правоотношений, которые соответствуют определенным законом и (или) учредительными документами целям его деятельности, и,

соответственно, может нести лишь связанные с этой деятельностью обязанности (ч. 1 ст. 49 ГК РФ).

Таким образом, возможность организаций совершать действия по усмотрению зависит от вида правоспособности. Если у организации только общая правоспособность, то в соответствии с ч. 1 ст. 9 ГК РФ она может осуществлять по своему усмотрению любые права, за исключением тех, для реализации которых требуется специальное разрешение. Обладание же специальным разрешением (лицензией) предоставляет юридическому лицу свободу усмотрения при реализации прав, которые возникают из осуществления ими лицензированных видов деятельности, указанных в ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 04 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности».

4. Осуществление усмотрения должно соответствовать назначению субъективного права и юридической обязанности. Основная цель предоставления усмотрения при осуществлении субъективных прав и исполнении юридических обязанностей состоит в том, чтобы субъект на законных основаниях, в рамках предоставленных ему объективным правом правомочий, смог выбрать тот вариант действия, который наиболее полно позволит удовлетворить имеющуюся потребность. Следовательно, свобода выбора в действиях при непосредственной реализации права предопределяется назначением соответствующего субъективного права и юридической обязанности.

Как отмечает Ж. Л. Бержель, существование субъективных прав и юридических обязанностей приобретает крайне нежелательный характер, если они отклоняются от своей цели¹. В таком случае необходимо сопоставить цель, преследуемую обладателями прав и носителями обязанностей, и их конечную направленность. Целью некоторых прав выступает интерес их обладателя; другие предназначены для защиты иных лиц, например, детей; третьи обусловлены общим интересом; четвертые имеют одновременно и индивидуальную и социальную функцию, как, например, право собственности.

¹ См.: Бержель Ж.Л. Общая теория права. М., 2000. С. 75-76.

«Осуществление права вопреки его назначению, – пишет Ю. С. Васильев, – является противоправным действием и должно рассматриваться в качестве самостоятельного основания для признания его недействительным. В таком случае имеет место объективное противоречие между использованием конкретного субъективного права и его назначением, то есть той ролью, которую оно призвано играть в системе общественных отношений»¹.

При этом нужно иметь в виду, что указание на назначение конкретного субъективного права в действующем законодательстве содержится не часто. Как отмечает А. В. Юдин, целевое назначение субъективного права не является обязательным формальным атрибутом каждого субъективного права. При изложении правовой нормы, наделяющей лиц определенными правами, законодатель в основном воздерживается от прямого указания на их целевое назначение, в противном случае нормативный акт оказался бы перегруженным. Целевое назначение права можно вывести из общих целей и задач правового акта, приводимых, как правило, в преамбуле текста или в его общих положениях².

Точно выявить назначение тех или иных прав можно при установлении смысла законодательства путем анализа всей совокупности нормативно-регулятивных средств, используемых той или иной отраслью права. Например, системный анализ положений ст.ст. 1 и 2 ТК РФ приводят к выводу, что трудовые права граждан предназначены для: свободного распоряжения личностью своими способностями к труду, выбору профессии и роду деятельности; создания благоприятных условий труда; достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений и интересов государства; обеспечения равенства возможностей работников на продвижение по работе; защиты интересов работника и т. д. С учетом сказанного, свобода выбора при реализации трудовых прав должна осуществляться в соответствии с назначением этих прав.

Назначение прав и обязанностей может устанавливаться самими участника-

¹ Васильев Ю.С. Взаимодействие права и морали // Сов. государство и право. 1966. № 11. С. 18-20.

² См.: Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб., 2005. С. 33.

ми правоотношений в договоре либо вытекать из существа данного права. Например, по договору жилищного найма жилое помещение предоставляется нанимателю и членам его семьи для постоянного проживания, т. е. для удовлетворения потребностей в жилье. Если жилое помещение самовольно используется для других целей, например, для организации производства или ведения предпринимательской деятельности, это будет означать, что право, а вместе с ним и свобода выбора, осуществляются в противоречии с его конкретным назначением.

Итак, проанализированы понятие, формы и пределы усмотрения в процессе осуществления индивидами (и различными формами их объединений) принадлежащих им прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей. Не менее важную роль свобода выбора играет и в правоприменении. Но об этом в следующей главе.

Глава 3. Усмотрение в процессе организации осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей гражданами со стороны органов публичной власти

3.1. Понятие усмотрения в действиях органов публичной власти

Одной из конституционных основ современной России является обязанность публичной власти обеспечивать права и свободы человека и гражданина.

Данный вывод следует из ряда статей Конституции РФ. Так, согласно ст. 2, «человек, его права и свободы, являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства». В соответствии со ст. 18 «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием».

Главным субъектом, призванным обеспечивать права и свободы человека и гражданина, является государство. К примеру, согласно ч. 2 ст. 80, п. «е» ч. 1 ст. 114, ч. 1 ст. 46 Конституции РФ, Президент РФ является гарантом прав и свобод человека и гражданина; Правительство осуществляет меры по обеспечению прав и свобод граждан; каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. В соответствии с ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 07 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции» «полиция предназначена для защиты жизни, здоровья, прав и свобод граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, для противодействия преступности, охраны общественного порядка, собственности и для обеспечения общественной безопасности»¹. В соответствии с ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре РФ», «прокуратура

¹ О полиции: ФЗ от 07.02.2011 № 3-ФЗ (ред. 25.06.2012) // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 900; 2012. № 26. Ст. 3441.

РФ осуществляет надзор в целях обеспечения верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства»¹.

Обеспечивать и гарантировать права и свободы личности необходимо и в том случае, когда граждане проживают или находятся за пределами территории РФ. Так, согласно ст. 4 Федерального закона от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию», «граждане Российской Федерации, пребывающие за пределами Российской Федерации, находятся под защитой и покровительством Российской Федерации. Дипломатические представительства и консульские учреждения Российской Федерации обязаны обеспечивать меры по защите граждан Российской Федерации и оказывать им покровительство в порядке, определяемом законодательством Российской Федерации и международными договорами Российской Федерации»².

Такая обязанность возложена не только на государство и государственных служащих, но и на органы местного самоуправления³. К примеру, согласно п. 1 ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 02 марта 2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации», «муниципальный служащий обязан соблюдать при исполнении должностных обязанностей права и законные интересы граждан и организаций»⁴. В соответствии с ч. 2 ст. 5 Устава города Красноярска, принятого Решением Красноярского городского Совета от 24 декабря 1997 г. № В-62, «городское самоуправление осуществляется, в том числе на принципе соблюдения прав и свобод человека и гражданина»⁵.

Исполнение возложенной на органы публичной власти обязанности обозначается по-разному. В содержании Конституции РФ мы можем встретить термины

¹ О прокуратуре Российской Федерации: ФЗ от 17 января 1992 г. № 2202-1(ред. 21.11.2011) // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; 2011. № 48. Ст. 6730.

² О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию: ФЗ от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ (ред. 12.11.2012) // СЗ РФ. 1996. № 34. Ст. 4029; 2012. № 47. Ст. 6398.

³ Бондарь Н. С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении: учеб. пособие. М., 2004.

⁴ О муниципальной службе в Российской Федерации: ФЗ от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ (ред. 21.11.2011) // СЗ РФ от 2007. №10. Ст. 1152; 2011. №48. Ст. 6730.

⁵ См.: Устав города Красноярска: принят Решением Красноярского городского Совета от 24 декабря 1997 г. № В-62 (ред. 13.10.2011) // Городские новости. 1998. 16 января; 2011. 15 ноября.

«обеспечивает», «гарантирует», «охраняет», «защищает», «покровительствует» и т. п. «При этом нельзя не заметить, что все указанные термины связаны главным образом с определенной стороной, стадией процесса реализации права (прав и свобод) – правоприменением...»¹.

В юридической науке понятие «применение права» является общепризнанным и широко используемым. Его анализу посвящено значительное число монографий в области теории права и некоторых отраслевых наук.

Наиболее распространенным в юридической литературе является представление о применении права как активной организующей деятельности, предложенное П. Е. Недбайло. «Особенность юридической деятельности по применению правовых норм, – подчеркивал автор, – состоит в активных действиях по организации их осуществления в правоотношениях»².

Такое мнение находит поддержку и в работах иных авторов.

Например, по мнению В. В. Лазарева, применение права – «это властная организующая деятельность органов и лиц, имеющая своей целью обеспечить адресатам правовых норм реализацию принадлежащих им прав и обязанностей, а также гарантировать контроль за данным процессом»³.

Понимание правоприменения как активной деятельности органов публичной власти по организации осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей позволяет прийти к выводу, что в процессе применения права публичные органы власти должны использовать все имеющиеся в их арсенале средства, гарантирующие гражданам возможность пользования принадлежащих им прав, свобод и надлежащего исполнения обязанности. Исполняя свои обязанности, должностные лица должны действовать активно, инициативно, вникать во все сложности возникшей для человека ситуации и принимать решение, обеспечивающее его социально-правовое благополучие.

В этом смысле отдельно следует остановиться на мнении Л. Д. Воеводина. Автор полагает: хотя правоприменительная деятельность, «... в результате кото-

¹ Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. С. 42.

² Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. С. 129.

³ Теория права и государства: учебник / под ред. В. В. Лазарева. М., 2002. С. 287.

рой обеспечивается пользование гражданами правами и свободами, складывается из отдельных конкретных их действий, тем не менее каждое такое действие ... не может квалифицироваться в качестве юридических гарантий конституционных прав и свобод»¹.

Действительно, далеко не каждое действие органов публичной власти создает необходимые условия для осуществления гражданами прав и свобод. В отдельных случаях принятые правоприменительные акты, напротив, препятствуют непосредственной реализации права гражданами и их объединениями.

Далее автор развивает свое утверждение, отмечая, что «конституционные права и свободы могут быть гарантированы лишь устойчивой, стабильной практикой работы государственных органов, органов местного самоуправления, их должностных лиц, а также общественных объединений, которая в целом обеспечивает гражданам пользование правами и свободами, предотвращает их от возможных нарушений»².

В целом с таким выводом можно согласиться. Стабильная и устойчивая работа органов публичной власти необходима, она способствует ясности в их работе, направляет деятельность должностных лиц в нужное русло, ограничивая возможности для различных злоупотреблений. Как отметил Европейский Суд по правам человека в одном из своих постановлений, «... отсутствие ясности само по себе может рассматриваться как несоблюдение государственными органами их конвенционных обязанностей, в том числе по обеспечению правовой определенности, ясности и предсказуемости»³.

Однако не всегда стабильная и устойчивая работа правоприменительных органов позволяет решить конкретное юридическое дело с учетом потребностей и интересов отдельного человека. Ориентируясь на нормативно-регулятивные средства, сложившуюся правоприменительную практику, органы публичной власти,

¹ Воеводин Л. Д. Реализация конституционных прав и свобод советских граждан и деятельность высших представительных органов власти // Проблемы развития представительных органов власти социалистического государства. М. 1979. С. 232 - 233.

² Там же. С. 100 - 101.

³ Колевы против Болгарии: информация о постановлении ЕСПЧ от 5 ноября 2009 г. (жалоба № 1108/02) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 3.

должностные лица зачастую «штампуют» решения, боясь выйти за рамки сложившейся практики, быть, что называется «белой вороной», не углубляясь в особенности сложившейся ситуации, не учитывая интересы граждан, сохраняя тем самым стабильность и системность в своей работе. Способствует этому и лежащий в основе их правосознания «формальный» взгляд на законность, в соответствии с которым основная задача публичной власти – действовать самым строго и неукоснительно в рамках установленных правил и обеспечивать законопослушание со стороны граждан¹. Это неминуемо ведет к умалению роли других законных, обоснованных организующих и гарантирующих действий, которые совершенны в интересах личности и способны обеспечить достижение обозначенных в Конституции РФ целей.

Для исполнения возложенной на органы публичной власти обязанности должен использоваться весь круг возможностей, которыми они обладают для достижения главной цели права – обеспечения прав и свобод человека и гражданина. При этом реализация таких возможностей может выходить за рамки существующей, сложившейся правоприменительной практики. Главное, чтобы такая деятельность была правовой и в ее фундаменте лежала необходимость создания условий для осуществления прав и свобод человека и гражданина и исполнения ими обязанностей.

И здесь на первый план выходит другой вопрос – «как отдельные гарантирующие действия превратить в систематические, в линию поведения должностных лиц. Это задача, которую и нужно решать в рамках правовой реформы. В процессе ее проведения и должны быть выработаны и введены в действие меры, с помощью которых в стране складывается устойчивая, стабильная и эффективно работающая система гарантирования прав и свобод человека и гражданина»².

Одной из таких мер является усмотрение в действиях органов публичной власти при решении юридического дела в целях эффективной и благоприятной для личности организации осуществления принадлежащих ей прав, свобод и ис-

¹ См.: Шафиров В. М. Законность в правовом государстве // Российская юстиция. № 4. 2011. С. 43.

² Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. С. 46.

полнения обязанностей. Свобода выбора, под призмой конституционных требований о соблюдении и защите прав и свобод человека и гражданина, необходима для активной организующей деятельности. Она позволяет учесть все обстоятельства и нюансы конкретной ситуации в ходе правоприменения, а правоприменительный акт вынести на основе анализа всех нормативно-регулятивных средств, выявив их смысл, значение и возможность использования к сложившимся правоотношениям, соотнеся с законными интересами и потребностями индивидов (и их объединений). Только при таком подходе каждое действие или решение, принимаемое государством, его органами, имеет шанс стать гарантирующим права и свободы человека и гражданина, создающим условия для их реализации, устраняющим препятствия и коллизии, которые возникают в нормативном регулировании.

Таким образом, наделая обязанностью или правом усмотрения, законодатель требует от органов публичной власти действовать не формально (только по букве закона), а с учетом интересов конкретных граждан.

В процессе усмотрения правоприменительные органы должны принимать во внимание, что согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены Федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Учитывая данное положение, должностным лицам при принятии всякого решения необходимо предвидеть, как его последствия отразятся на социально-правовой жизни человека, не будут ли нарушены или необоснованно ограничены их права и свободы. Основываясь на ст. 18 Конституции РФ, в соответствии с которой «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими», правоприменители могут прямо применять Конституцию и международные правовые акты, отступая от буквальных положений закона, которые препятствуют, затрудняют непосредственную реализацию права.

На возможность суда по своему усмотрению отходить в процессе правоприменения от «даже самого ясного статутного текста, если строгое следование ему и, соответственно, прямое применение данного статута может привести к абсурдному результату»¹ указывает, например, американская модель прецедента. Подобное отступление от текста, а фактически – частично и от смысла закона, санкционированное Верховным судом США более столетия назад и оформившееся впоследствии в так называемую «доктрину абсурдности» (The Absurdity Doctrine), несмотря на резкую критику, сохраняет свою силу и значимость и в настоящее время².

В качестве примера можно сослаться на прецедентный характер решения суда 1998 г. по делу «Клинтон против Нью-Йорка», при рассмотрении которого суд отказался следовать непосредственно относящемуся к рассматриваемому делу закону штата Нью-Йорк (The Line Item Veto Act) в той его части, где, в противоречие с федеральным законодательством, терминами «индивидуальный» и «индивидуум» охватывались не только физические лица, но и различные торговые и иные фирмы и ассоциации. Отказ суда, в данном случае, строго следовать текстовому, но не смысловому содержанию закона объясняется и юридически оправдывается тем, что следование «абсурдному», с точки зрения общепринятой терминологии и здравого смысла тексту, неизбежно приведет к «абсурдному», с юридической точки зрения, результату.

Несколько иной подход сложился в отечественной юридической практике. Как отмечал И. В. Цветков, «Конституционный Суд РФ на протяжении последних лет методично и настойчиво указывал на то, что вопросы конституционности любой нормы относятся к исключительной компетенции Конституционного Суда РФ. Ситуация немислимая, например, для США. Там судья любого суда штата спокойно может в своем решении указать, что он не применяет ту или иную нор-

¹ Manning J. The Absurdity Doctrine // Harvard Law Review. 2003. № 8. P. 2388.

² См. об этом: Sunstein C. Problems with Rules // California Law Review. 1995. № 83. P. 953 - 986.

му, потому что, на его взгляд, она не соответствует Конституции. У нас же эта ситуация абсурдна, к тому же она закреплена в новых ГПК РФ и АПК РФ»¹.

В подтверждение данной позиции обратимся к содержанию ч. 3 ст. 13 АПК РФ. В ней предусмотрено правило, согласно которому: «если при рассмотрении конкретного дела арбитражный суд придет к выводу о несоответствии закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом деле, Конституции Российской Федерации, арбитражный суд обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности этого закона».

Гражданское процессуальное законодательство аналогичного правила не содержит. Более того, в п. 2 Постановления от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» Пленум Верховного Суда РФ разъяснил: «... Конституция имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. В соответствии с этим конституционным положением судам при рассмотрении дел следует оценивать содержание закона или иного нормативного правового акта, регулирующего рассматриваемые судом правоотношения, и во всех необходимых случаях применять Конституцию Российской Федерации в качестве акта прямого действия»².

Однако должного применения в практике сделанное Верховным Судом РФ разъяснение не получило. Суды общей юрисдикции, по-прежнему руководствуясь ст. 215 ГПК РФ, при наличии сомнений в конституционности того или иного положения закона предпочитают приостанавливать производство по гражданскому делу, направляя соответствующий запрос в Конституционный Суд РФ, и только после этого принимать решение по существу.

¹ Цветков И.В. Проблемные аспекты реализации правовых позиций Конституционного Суда РФ в судебно-арбитражной практике // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2003 года. М., 2004. С. 71-72.

² О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 3.10.1995 г. № 8 // Бюллетень ВС РФ. 1996. №1.

Данное обстоятельство зачастую приводит к тому, что принятый органом государства правоприменительный акт подходит под формулу «по форме правильно, а по существу издевательство». В доказательство сказанного обратимся к примеру из судебной практики.

«Гражданка Г. В. Шикунова письмом Управления ГИБДД УВД по Курганской области от 5 марта 2009 года была проинформирована об аннулировании регистрации приобретенного ею в ноябре 2008 года и зарегистрированного в установленном порядке автомобиля «Хонда» в связи с обнаружением изменений первоначального содержания в серии и номере бланка паспорта транспортного средства. Предварительное следствие по уголовному делу, возбужденному по факту подделки данного документа, 10 марта 2009 года было приостановлено в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого.

Решением Курганского городского суда от 10 декабря 2009 года, оставленным без изменения определением судебной коллегии по гражданским делам Курганского областного суда от 11 февраля 2010 года, за Г. В. Шикуновой как добросовестным приобретателем признано право собственности на автомобиль, однако в удовлетворении ее требования о возложении на Управление ГИБДД УВД по Курганской области обязанности восстановить регистрацию транспортного средства отказано со ссылкой на то, что паспорт транспортного средства, в котором указываются номерные обозначения его узлов и агрегатов, является единственным документом, подтверждающим его техническую безопасность»¹.

Согласно ч. 3 ст. 15 ФЗ «О безопасности дорожного движения» от 10.12.1995 г. № 196-ФЗ «допуск транспортных средств, предназначенных для участия в дорожном движении на территории РФ, за исключением транспортных средств, участвующих в международном движении или ввозимых на территорию Российской Федерации на срок не более шести месяцев, осуществляется в соответствии с законодательством РФ путем регистрации транспортных средств и выдачи соответствующих документов; регистрация транспортных средств без доку-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 22.04.2011 № 5-П // РГ. 2011. 5 апреля.

мента, удостоверяющего его соответствие установленным требованиям безопасности дорожного движения, запрещается»¹.

Сложилась парадоксальная ситуация, когда добросовестный приобретатель транспортного средства, чье право собственности подтверждено судебным решением, не имеет возможности пользоваться и распоряжаться своим имуществом, поскольку отсутствие паспорта транспортного средства делает невозможным его регистрацию и, соответственно, дальнейшую эксплуатацию.

В этой связи следует согласиться с правовой позицией Конституционного Суда РФ по данному делу, согласно которой «конституционное право на судебную защиту предполагает не только право на обращение в суд, но и возможность получения реальной судебной защиты, которая, не будучи формальной, должна гарантировать эффективное восстановление в правах в соответствии с законодательно закрепленными критериями. Формальный подход суда – при условии признания нахождения транспортного средства у собственника на законных основаниях – приводил бы не только к умалению права на судебную защиту, но и к произвольному лишению собственника возможности осуществлять пользование и распоряжение своим имуществом, затрагивая само существо конституционного права собственности»².

Выход из сложившейся ситуации мог быть найден, если бы правоприменительные органы своевременно воспользовались имеющейся у них свободой выбора и, исходя из положения ч. 2 ст. 35 Конституции РФ о том, что «каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами», восстановили регистрационный учет транспортного средства, устранив тем самым препятствия в пользовании своим имуществом добросовестного собственника.

Приведенный пример наглядно продемонстрировал необходимость усмотрения в деле обеспечения прав и свобод человека и гражданина. Без нее правоприменительный процесс рискует пройти по самому простому и очевидному пу-

¹ О безопасности дорожного движения: ФЗ от 10 декабря 1995 г. № 196-ФЗ (ред. 28.07.2012) // СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4873; 2012. № 31. Ст. 4320.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 22.04.2011 № 5-П // РГ. 2011. 5 апреля.

ти, как это было сделано в рассмотренном выше случае: правоприменители руководствовались нормативными положениями без выяснения смысла правового регулирования, учета интересов собственника. Между тем именно в таких ситуациях нужно проявлять профессионализм, компетентность, высокий уровень правосознания и правовой культуры при разрешении юридических дел, дабы избежать принятия ошибочных, абсурдных решений.

Обосновав необходимость усмотрения в правоприменительной деятельности, раскроем признаки данного феномена. К их числу следует отнести: осуществляется всеми публичными органами власти; закрепляется в системе нормативно-регулятивных средств; носит обязывающе-дозволительный характер; проявляется в индивидуальном правовом регулировании; осуществляется в целях эффективной и благоприятной для личности организации непосредственной реализации прав, свобод и исполнения обязанностей.

Остановимся на каждом из них детальнее.

1. Осуществляется всеми органами публичной власти. Возможностью действовать по усмотрению обладают все публичные органы власти, на которых лежит обязанность юридически обеспечивать осуществление прав и свобод человека и гражданина. К ним следует относить органы исполнительной власти, прокуратуру, Уполномоченного по правам человека в РФ, суд, полицию, органы местного самоуправления.

Так, прокуратура Российской Федерации в целях обеспечения верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства осуществляет надзор (согласно ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»).

Для надлежащего осуществления данной функции прокурор или его заместитель независимо от участия в судебном разбирательстве вправе в пределах своей компетенции истребовать из суда любое дело или категорию дел, по которым решение, приговор, определение или постановление вступили в законную силу. Усмотрев, что решение, приговор, определение или постановление суда являются

незаконными или необоснованными, прокурор приносит протест в порядке надзора или обращается с представлением к вышестоящему прокурору (в соответствии с ч. 2 ст. 36 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»). При этом конкретную меру прокурорского реагирования прокурор выбирает по своему усмотрению, исходя из необходимости соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина.

В целях обеспечения гарантий государственной защиты прав и свобод граждан, их соблюдения и уважения государственными органами, органами местного самоуправления и должностными лицами в России учреждена должность Уполномоченного по правам человека.

Для реализации возложенных на него функций Уполномоченный рассматривает жалобы граждан Российской Федерации и находящихся на территории Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства.

Согласно ч. 1 ст. 29 Федерального конституционного закона от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации», «по результатам рассмотрения жалобы Уполномоченный вправе:

1) обратиться в суд с заявлением в защиту прав и свобод, нарушенных решениями или действиями (бездействием) государственного органа, органа местного самоуправления или должностного лица, а также лично либо через своего представителя участвовать в процессе в установленных законом формах;

2) обратиться в компетентные государственные органы с ходатайством о возбуждении дисциплинарного или административного производства либо уголовного дела в отношении должностного лица, в решениях или действиях (бездействии) которого усматриваются нарушения прав и свобод человека и гражданина;

3) обратиться в суд или прокуратуру с ходатайством о проверке вступившего в законную силу решения, приговора суда, определения или постановления суда либо постановления судьи;

4) изложить свои доводы должностному лицу, которое вправе вносить протесты, а также присутствовать при судебном рассмотрении дела в порядке надзо-

ра;

5) обращаться в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобой на нарушение конституционных прав и свобод граждан законом, примененным или подлежащим применению в конкретном деле»¹.

При этом выбор конкретной формы действия также осуществляется на основе усмотрения: он зависит от всех обстоятельств дела, интересов заявителя.

Наибольшими возможностями для совершения действий по усмотрению наделен суд. На наличие таких возможностей указывают, например: ч. 1 ст. 17 УПК РФ, из которой следует, что «судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью»; ч. 1 ст. 179 ГПК РФ, согласно которой «допрос свидетеля в возрасте до четырнадцати лет, а по усмотрению суда и допрос свидетеля в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет производятся с участием педагогического работника, который вызывается в суд», и др. В целом процессуальное законодательство содержит достаточно много положений, предоставляющих суду свободу выбора варианта решения.

Возможность выбора варианта поведения принадлежит и органам местного самоуправления. К примеру, ч. 1 ст. 132 Конституции РФ предоставляет органам местного самоуправления право самостоятельно управлять муниципальной собственностью, формировать, утверждать и исполнять местный бюджет, устанавливать местные налоги и сборы, осуществлять охрану общественного порядка, а также решать иные вопросы местного значения.

2. Закрепляется в системе нормативно-регулятивных средств. Возможность органов публичной власти действовать по своему усмотрению в процессе организации осуществления прав и свобод закрепляется с помощью различных нормативно-регулятивных средств, составляющих внутреннюю форму права: нормах права и нормативных обобщений.

¹ Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации: ФЗ от 26.02.1997 г. № 1-ФКЗ (ред. 28.12.2010) // СЗ РФ. 1997. №9. Ст. 1011; 2011. №1. Ст. 1.

Усмотрение, которое закреплено в нормах права. Примером правовой нормы, предоставляющей органу публичной власти возможность действовать по своему усмотрению, является ч. 1 ст. 59 Федерального закона от 02 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», согласно которой «участие понятых обязательно при совершении исполнительных действий и применении мер принудительного исполнения, связанных с вскрытием нежилых помещений и хранилищ, занимаемых должником или другими лицами либо принадлежащих должнику или другим лицам, жилых помещений, занимаемых должником, осмотром имущества должника, наложением на него ареста, а также с изъятием и передачей указанного имущества. В других случаях понятые приглашаются по усмотрению судебного пристава-исполнителя»¹.

Правовые нормы являются наиболее распространенным нормативно-регулятивным средством, с помощью которых закрепляются возможности органов публичной власти действовать по своему усмотрению.

Усмотрение, которое закреплено в нормативных обобщениях. Среди таких обобщений следует выделить принципы права. Так, возможность выбора органом публичной власти варианта поведения при организации осуществления прав и свобод личности предоставляет общеправовой принцип верховенства права, сформулированный в ст. 2 Конституции РФ, – признание человека, его прав и свобод высшей ценностью. Данный принцип возлагает на органы государства обязанность принять такое решение, которое будет соответствовать интересам граждан.

Отдельное место среди нормативных обобщений, закрепляющих свободу выбора, занимают правовые презумпции. В частности, в ст. 42 ГК РФ предусмотрено, что «гражданин может быть по заявлению заинтересованных лиц признан безвестно отсутствующим, если в течение года в месте его жительства нет сведений о месте его пребывания». Такая правовая презумпция предоставляет суду возможность по своему усмотрению, опираясь на совокупность нормативно-

¹ Об исполнительном производстве: ФЗ от 02.10.2007 г. № 229-ФЗ (ред. 28.07.2012) // СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849; 2012. № 31. Ст. 4333.

регулятивных средств, имеющих доказательств отсутствия гражданина, интересов других субъектов, признать гражданина безвестно отсутствующим, если это необходимо для дальнейшей реализации прав и свобод третьими лицами. Например, из имущества гражданина, признанного безвестно отсутствующим, его несовершеннолетние дети, нетрудоспособные родители и прочие вправе получать содержание, нетрудоспособные члены семьи, состоящие на иждивении, имеют право на пенсию по случаю потери кормильца и др.

Некоторый объем усмотрения заложен в правовых фикциях. В качестве примера можно привести положение ч. 3 ст. 79 ГПК РФ, согласно которой, «при уклонении стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов для исследования и в иных случаях, если по обстоятельствам дела и без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым». Закрепленная правовая фикция предоставляет суду возможность по своему усмотрению, в зависимости от позиций сторон и иных существенных обстоятельств, решить вопрос о признании факта, имеющего значение для данного дела, установленным или опровергнутым¹.

3. Носит обязывающее-дозволяющий характер. Положения Конституции РФ о том, что признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства, развиваются в текущем законодательстве. И здесь особое значение имеют те нормативные правовые акты, которые закрепляют основные требования, предъявляемые к процессу исполнения государственными служащими своих должностных обязанностей.

Так, согласно п. 2 ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» «граждан-

¹ На существование такой правовой фикции указано в определении Конституционного Суда РФ от 09.04.2002 № 90-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Тихомирова Дмитрия Леонидовича на нарушение его конституционных прав частью третьей статьи 74 Гражданского процессуального кодекса РСФСР».

ский служащий обязан исходить из того, что признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина определяют смысл и содержание его профессиональной служебной деятельности»¹.

В соответствии с п.п. «б», п. 10 «Кодекса этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Министерства финансов Российской Федерации», утвержденного Минфином РФ 23 марта 2011 г., «гражданские служащие Министерства финансов Российской Федерации, сознавая ответственность перед государством, обществом и гражданами, призваны исходить из того, что признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина определяют основной смысл и содержание деятельности государственных органов и гражданских служащих»².

Согласно п.п. «б» п. 9 «Кодекса этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Федерального казначейства», утвержденного Приказом Казначейства РФ от 14 июля 2011 г. № 283, «гражданские служащие Федерального казначейства, сознавая ответственность перед государством, обществом и гражданами, призваны исходить из того, что признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина определяют основной смысл и содержание деятельности как Федерального казначейства, так и гражданских служащих»³.

В соответствии с п.п. «б» п. 9 «Кодекса этики и служебного поведения государственных служащих Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору», утвержденного Приказом Ростехнадзора от 28 июня 2011 г. № 328, «государственные служащие Ростехнадзора, сознавая ответственность перед государством, обществом и гражданами, призваны исходить из того, что признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина опре-

¹ О государственной гражданской службе Российской Федерации: ФЗ от 27.07.2004 г. № 79-ФЗ (ред. 21.11.2011) // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215; 2011. № 48. Ст. 6730.

² Кодекс этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Министерства финансов Российской Федерации: утв. Минфином РФ от 23 марта 2011 г. // Консультант Плюс.

³ Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Федерального казначейства: приказ Казначейства РФ от 14 июля 2011 г. № 283 // Консультант Плюс.

деляют основной смысл и содержание деятельности государственного служащего Ростехнадзора»¹.

Исполнение обязанности по признанию, соблюдению и защите прав и свобод человека и гражданина является основой профессиональной служебной деятельности должностных лиц органов публичной власти и распространяется на весь процесс применения права, на каждую его форму. Организующая (управленческая) деятельность государственных, местных органов власти, затрагивающая права и свободы человека и гражданина, должна строиться исходя из следующего категорического императива: «Любому праву гражданина должна соответствовать обязанность органа или должностного лица»².

Поэтому деятельность по усмотрению имеет преимущественно обязывающий характер: если буквальное применение правовых норм, регулирующих данные правоотношения, приводит к принятию ошибочного, неправового, а то и вообще абсурдного решения, органы публичной власти обязаны выбрать такой вариант решения, который соответствует интересам личности и обеспечивает её социально-правовое благополучие. Только в том случае, когда принятое на основе свободы выбора решение позволит человеку получить искомое материальное или духовное благо, можно говорить о том, что конституционная обязанность государства исполнена.

Однако правовой статус органов публичной власти составляют не только обязанности, но и права. В современной юридической литературе сложилось устойчивое мнение, согласно которому между осуществлением прав и исполнением обязанностей публичными органами власти особых различий не существует. Так, по мнению Ю. А. Тихомирова, «не менее важно обеспечить понимание полномочий как обязательного использования прав для решения управленческих и иных задач»³.

¹ Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения государственных служащих Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору: приказ Ростехнадзора от 28 июня 2011 г. № 328 // Консультант Плюс.

² Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. С. 50.

³ Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4. С. 74.

Фраза «обязательное использование прав» вызывает некоторые сомнения, поскольку права и обязанности различные по своей правовой природе понятия. Права – это возможное поведение субъекта, принудить к которому невозможно, в отличие от обязанностей, которые представляют собой должное поведение. Такое положение в одинаковой мере распространяется и на граждан, и на должностных лиц. Следовательно, права и обязанности в правоприменительной деятельности нельзя отождествлять. На это обращает внимание и В. И. Фадеев, отмечая, что «... права и обязанности сохраняют в рамках компетенции относительно самостоятельный характер. Права дают органам возможность выбора решения того или иного вопроса; обязанности же такой свободы выбора при решении конкретного вопроса не предоставляют, жестко регламентируя действия органа»¹.

Из признания самостоятельной роли прав в деятельности органов публичной власти, следует, что осуществление усмотрения носит не только характер обязанности, но и характер правомочия. Оно может использоваться в тех случаях, когда есть возможность улучшить, по сравнению с существующим, положение индивида или если это необходимо для удобства и процессуальной экономии в ходе организующей деятельности. Но здесь, безусловно, следует учитывать, что реализация такого права не должна приводить к необоснованному умалению или ущемлению правового положения гражданина, затруднять непосредственную реализацию права.

К примеру, согласно ст. 22 ТК РФ, «работодатель имеет право принимать локальные нормативные акты». В соответствии со ст. 108 ТК РФ, «в течение рабочего дня (смены) работнику должен быть предоставлен перерыв для отдыха и питания продолжительностью не более двух часов и не менее 30 минут, который в рабочее время не включается. Время предоставления перерыва и его конкретная продолжительность устанавливаются правилами внутреннего трудового распорядка или по соглашению между работником и работодателем».

¹ Фадеев В. И. Муниципальное право Российской Федерации: проблемы становления и развития: автореф. дис.... д-ра юрид. наук. М. 1994. С. 62. Однако немного выше автор пишет, что «право органа местного самоуправления выступает одновременно и как его обязанность».

Данные правовые нормы предоставляют работодателю право по своему усмотрению, с учетом особенностей производственного процесса, интересов работников и иных факторов, установить условия предоставления такого перерыва путем принятия локального нормативного акта.

В частности, в отношении работников, у которых есть малолетние дети и им необходимо уходить домой пораньше, работодатель может воспользоваться положением ст. 224 ТК РФ и включить перерыв для отдыха и питания в рабочее время, оплатив его и сократив продолжительность рабочего дня.

4. Проявляется в рамках индивидуального правового регулирования.

Процесс непосредственной реализации права гражданами предполагает самостоятельное, без какого-либо вмешательства государства, осуществление принадлежащих им прав и свобод и исполнения обязанностей в конкретных правоотношениях.

Потребность в организующей деятельности органов публичной власти возникает, когда граждане (и их объединения) не могут реализовать предусмотренные законом права и обязанности без активных действий компетентных органов. Вызвано это тем, что созданные в ходе нормативного правового регулирования юридические правила лишь в обобщенном виде закрепляют права и обязанности субъектов в наиболее типичных правоотношениях. Такие правила не могут учесть всех особенностей конкретного дела, что в отдельных случаях затрудняет их непосредственную реализацию. В этих случаях для продолжения «работы», начатой нормативным регулированием, необходимо индивидуальное правовое регулирование, создание условий для дальнейшей непосредственной реализации права. Его задача – организовать претворение юридических правил, обращенных к другим субъектам, в объективную действительность. Таким образом, в индивидуальном правовом регулировании находит свое выражение применение права.

«Подавляющим большинством авторов под ним (правоприменением) подразумевается властная, управленческая деятельность уполномоченных на то органов и должностных лиц, призванная продолжить в казуальной форме общее правовое регулирование, творчески организовать реализацию созданных правовых

норм путем разрешения на их основе конкретных юридических вопросов (дел), принятия по ним индивидуальных правовых предписаний. Поскольку эти признаки так или иначе присущи индивидуальному правовому регулированию в целом, подчас отсюда делается вывод о том, что оно по своей юридически глубинной характеристике и представляет собой правоприменение»¹.

Важное значение здесь имеет свобода выбора – органы публичной власти, основываясь на законе, требованиях правозаконности, самостоятельно, творчески, с учетом интересов и потребностей индивидов, оценивают факты и обстоятельства отдельного случая, выбирают из всей совокупности наиболее подходящие нормативно-регулятивные средства, детализируют их содержание и, в конечном счете, принимают разумное и справедливое правоприменительное решение, которое создает условия для возникновения, изменения или прекращения правоотношений.

Решающую роль для достижения целей индивидуального правового регулирования играет обладание правоприменительными органами властными полномочиями.

Некоторые авторы характеризуют властное полномочие как особую форму организующей деятельности государства. Она складывается из самостоятельных, но тесно связанных между собой элементов. К их числу относят: издание государством велений – правовых актов, обязательных для всех граждан и должностных лиц; защиту этих велений от нарушений при помощи принудительной силы государства; обеспечение выполнения велений государства мерами воспитания, убеждения, поощрения, материального обеспечения, выполнения государственных велений путем распоряжения единым фондом государственной собственности².

Реализация органом, наделенным властными полномочиями усмотрения, придает последнему властный характер. Он проявляется в том, что принятый на основе свободы выбора вариант решения юридического дела кладется в основу

¹ Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права. Казань, 1987. С. 297.

² См.: Тихомиров Ю. А. Публичное право: учебник. М., 1995. С. 138.

индивидуального, правоприменительного правового акта, издаваемого органом публичной власти, который имеет официальный, обязательный характер. В этом смысле отдельными учеными верно отмечается, что для данного вида усмотрения обладание властными полномочиями есть важнейшее условие¹. В противном случае усмотрение органа власти осталось бы декларативным, ни к чему не обязывающим других субъектов права, что, безусловно, затруднило бы процесс организации осуществления прав и свобод гражданами. Поэтому особенно важно всякий раз, осознавая возможность выбора того или иного решения, государству, органам местного самоуправления и их должностным лицам предусмотреть все возможные последствия выбранного решения, соотносить их со всей совокупностью нормативно-регулятивных средств и интересами отдельного человека.

Завершается процесс индивидуального правового регулирования изданием правоприменительного акта, в котором содержатся положения о подтверждении прав и обязанностей, их объёме, о мерах поощрения и наказания и т. д. Создавая условия для непосредственной реализации гражданами и их объединениями принадлежащих им субъективных прав и обязанностей, акт применения доводит начатое правовым регулированием упорядочивание общественных отношений до конца.

Изданием правоприменительного акта оформляется выбранный по усмотрению органа публичной власти вариант решения конкретного юридического дела. В нем подробно обосновываются мотивы принятого решения, делаются ссылки на нормативно-регулятивные средства, которыми руководствовался правоприменитель, выбирая тот или иной вариант решения юридического дела. Именно с помощью такого акта усмотрению придается официальный, властный характер, а его исполнение обеспечивается силой государства.

5. Осуществляется в целях эффективной и благоприятной для личности организации непосредственной реализации прав, свобод и исполнения обязанностей. Свобода выбора варианта решения юридического дела органом пуб-

¹ См., например: Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право. С. 72; Л. А. Шарнина Л. А. Понятие политического усмотрения // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 8. С. 6.

личной власти при применении права всегда должна иметь целенаправленный характер. Важно знать – в каких целях, для чего применяется усмотрение, к каким последствиям может привести.

Согласно ч. 1 ст. 7 Конституции РФ «Российская Федерация – социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека». Данное положение, во взаимосвязи с ч. 1 ст. 1 Конституции РФ, предписывает всем органам государственной власти, их должностным лицам, органам местного самоуправления отказаться от патерналистских отношений с гражданами и стремиться к максимально возможному содействию правомерному и эффективному осуществлению прав, свобод и исполнению обязанностей личностью. В этом заключается суть правоприменительной деятельности.

Организующая деятельность органов публичной власти носит всеобщий и универсальный характер. Она состоит из разнообразных стадий и охватывает как случаи содействия нормальному, правомерному поведению граждан, так и ситуации, когда непосредственная реализация права находится под угрозой нарушений, появлений препятствий. Но цель такой деятельности во всех случаях одна – сделать для управомоченного реальным пользование вытекающими из прав и свобод материальными и духовными благами, а для обязанного облегчить, упростить процесс исполнения обязанности.

Создание благоприятных условий для эффективной непосредственной реализации права достигается при помощи разнообразных средств и способов. К ним в современной юридической литературе относят правовое информирование, толкование содержания права, юридическое консультирование, установление правового положения личности, проведение юридически значимых мероприятий, составление и выдачу правовых документов, правовое представительство, охрану, защиту, профилактику и др.¹.

¹ См. подробнее: Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. С. 55 – 114.

Однако, по справедливому замечанию Н. В. Витрука, «даже при наличии хорошо разработанной в законодательстве системы гарантий может не быть практической реализации прав и свобод личности ... если не будет проводиться конкретная организационная работа государственных органов»¹. Такая работа предполагает, что должностное лицо органа государственной власти в каждом конкретном случае по своему усмотрению выбирает ту форму организующей деятельности, которая создает наиболее благоприятные, комфортные условия для осуществления гражданином своих прав и свобод и исполнения обязанности.

На основании изложенных признаков можно дать следующее определение **усмотрения в процессе организации осуществления прав и свобод личности со стороны органов публичной власти: официально закрепленная в нормативно-регулятивных средствах свобода выбора органа публичной власти при решении конкретного юридического дела в рамках индивидуального правового регулирования в целях эффективной и благоприятной для личности организации осуществления прав, свобод, исполнения обязанностей и соблюдения запретов.**

Организирующая деятельность органов публичной власти имеет различные формы, каждая из которых играет особую роль в деле обеспечения прав и свобод личности. В них усмотрение получает свое дальнейшее развитие.

3.2. Формы усмотрения в действиях органов публичной власти

Возможность выбора варианта поведения органом публичной власти находит свое проявление: при определении и последующем властном подтверждении наличия или отсутствия субъективных прав и юридических обязанностей, момента их возникновения, изменения и прекращения, их конкретного объема и т. д.;

¹ Права личности в социалистическом обществе / отв. ред. В. Н.Кудрявцев, М. С. Строгович. М., 1981 С. 196.

при преодолении пробелов (частичных) в праве; при конкретизации содержания юридических предписаний; при охране и защите прав и свобод гражданина; при осуществлении контроля за поведением субъектов. Рассмотрим возможности усмотрения в данных формах организующей деятельности органов публичной власти.

1. Усмотрение при определении и последующем властном подтверждении наличия или отсутствия субъективных прав и юридических обязанностей, момента их возникновения, изменения и прекращения, их конкретного объема и т. д. В юридической литературе существует мнение, что применение имеет место в том случае, когда права и обязанности граждан не вытекают непосредственно из закона, поэтому именно акт правоприменительного органа порождает необходимые права и обязанности. В качестве примеров приводится порядок назначения пенсии, назначение алиментов и т. д.

Однако, на наш взгляд, данный подход не учитывает, что субъективные права и юридические обязанности граждан возникают не из актов государственных органов, применяющих право, а непосредственно из закона. Это касается, например, права на защиту прав и свобод (ст.ст. 45 и 46 Конституции РФ). Иное дело, граждане не смогут воспользоваться этими правами без соответствующей организации осуществления норм, предусматривающих данные права органами государства.

В частности, прежде чем субъект реализует свое право на судебную защиту в гражданском судопроизводстве, суд обязан проверить, все ли необходимые документы приложены к исковому заявлению (ст. 132 ГПК РФ), проанализировать содержащиеся в них факты, соотнести их с соответствующими статьями Кодекса (ст.ст. 134 – 136 ГПК РФ) и только после этого, опираясь на нормативный акт и учитывая особенность сложившейся ситуации, вынести решение. Таким образом, право на судебную защиту возникает непосредственно из закона, а организует его осуществление правоприменительный орган.

Приведенные положения процессуального законодательства предполагают, что анализ, оценку фактов и доказательств, соотношение их с требованиями ко-

декса судья должен осуществлять не формально, а исходя из целей и принципов права, на основе имеющихся нормативно-регулятивных средств, сформировавшегося правосознания и профессионализма, что и дает возможность принятия законного и справедливого решения. А для этого необходимо усмотрение – оно даст возможность выбрать решение, которое поможет гражданину в дальнейшем практически осуществить принадлежащее ему право.

Проиллюстрируем данный вывод на примере. Согласно ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, каждый имеет право на разбирательство его дела независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. В связи с этим не подлежит оставлению без движения и возвращению исковое заявление только по формальным основаниям¹. Следовательно, в каждом конкретном случае суду необходимо установить те обстоятельства, которые действительно объективно будут затруднять дальнейшее движение дела и защиту прав истца.

Так, определением мирового судьи судебного участка № 114 в г. Талнахе от 6 ноября 2007 г. оставлено без движения исковое заявление Ш. к ЗФ ОАО ГМК «Норильский никель» рудник «Октябрьский» об отмене приказа о наложении дисциплинарного взыскания и взыскании заработной платы. Определением мирового судьи от 20 ноября 2007 г., оставленным без изменения апелляционным определением Норильского городского суда от 18 января 2008 г., исковое заявление возвращено Ш. в связи с неустранением недостатков.

Постановлением Президиума Красноярского краевого суда от 20 мая 2008 г. определение мирового судьи от 20 ноября 2008 г. и апелляционное определение от 18 января 2008 г. отменены, исковой материал направлен мировому судье для рассмотрения по существу со стадии подготовки дела к судебному разбирательству.

Оставляя исковое заявление без движения, в качестве недостатков заявления мировой судья указал, что Ш. не указано место нахождения ответчика – ЗФ ОАО ГМК «Норильский никель» и не приложен расчет взыскиваемой денежной

¹ Обзор кассационной и надзорной практики Судебной коллегии по гражданским делам Красноярского краевого суда за 2 квартал 2008 года: обзор Красноярского краевого суда от 12.12.2008 г. // Буква закона. 2008. № 53.

суммы. Во исполнение определения судьи истец указал почтовый и электронный адрес рудника «Октябрьский», а не ЗФ ОАО ГМК «Норильский никель», являющегося надлежащим ответчиком по делу, и привел примерный расчет сумм, подлежащих взысканию в его пользу. Президиум Красноярского краевого суда пришел к выводу об отсутствии оснований для возврата искового заявления Ш., указав на следующие обстоятельства.

Требование п. 3 ч. 2 ст. 131 ГПК РФ о необходимости указания места жительства или места нахождения ответчика обусловлено тем, что суду, который будет рассматривать поступившее заявление, эти сведения неизвестны, а отсутствие подобной информации будет являться препятствием для проведения в дальнейшем процессуальных действий (направление копий документов, извещение сторон о слушании дела и т. п.).

«Ответчиком по заявлению Ш. является ЗФ ОАО ГМК «Норильский никель», адрес данного общества истец не указал. Вместе с тем, учитывая, что данное предприятие является градообразующим для г. Норильска, можно утверждать, что мировому судье судебного участка № 114 в г. Талнахе было известно место нахождения названного ответчика и не требовалось принятия дополнительных мер к его установлению»¹.

Представляется, что правильное использование возможности судебного усмотрения в данном случае помогло бы суду первой инстанции надлежащим образом определить и подтвердить право истца на судебную защиту.

Особый случай использования возможности усмотрения при определении и подтверждении наличия или отсутствия субъективных прав и юридических обязанностей – применение факультативной нормы, позволяющей в необходимых случаях защитить права и законные интересы добросовестных участников правоотношения.

Особенность факультативной нормы в отсутствии универсальности. Она может применяться по усмотрению правоприменительного органа в порядке за-

¹ Обзор кассационной и надзорной практики Судебной коллегии по гражданским делам Красноярского краевого суда за 2 квартал 2008 года: обзор Красноярского краевого суда от 12.12.2008 г. // Буква закона. 2008. № 53.

мены основной нормы лишь в тех случаях, когда правоотношение приобретает определенную специфику, которая не исключает действия основной нормы и, в то же время, открывает возможность применения факультативной нормы.

К примеру, в соответствии с ч. 1 ст. 165 ГК РФ, несоблюдение нотариальной формы, а в случаях, установленных законом, – требования о государственной регистрации сделки влечет ее недействительность. Такая сделка считается ничтожной. Однако ч. 2 той же статьи содержит факультативную норму о том, что, «если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, требующую нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от такого удостоверения сделки, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать сделку действительной. В этом случае последующее нотариальное удостоверение сделки не требуется». Данная норма не исключает возможность применения основного правила, а только может заменить его.

В подтверждение приведем пример из судебной практики. «06.04.2009 г. между Абрамовой В. В. (даритель) и Завалецкой Н. В. (одаряемый) заключен договор дарения бездокументарных именных акций общества в количестве 10 штук номинальной стоимостью 10 000 руб. Пунктом 3.2 договора стороны предусмотрели нотариальную форму совершения данной сделки.

Согласно части 1 статьи 165 ГК РФ, несоблюдение нотариальной формы сделки влечет ее недействительность. Такая сделка считается ничтожной. В силу части 2 статьи 165 ГК РФ, если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, требующую нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от такого удостоверения сделки, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать сделку действительной. В этом случае последующее нотариальное удостоверение сделки не требуется»¹.

Оценив имеющиеся в деле доказательства с позиции ст. 71 АПК РФ (согласно которой арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосред-

¹ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 04.02.2011 № Ф03-9084/2010 по делу № А51-2607/2010 // Консультант Плюс.

ственном исследовании имеющихся в деле доказательств), суды установили, что «с целью исполнения требования о нотариальном удостоверении договора от 06.04.2009 г. Завалецкая Н. В. обращалась к нотариусу и направляла в адрес Абрамовой В. В. требования о необходимости явки к нотариусу. В частности, суды приняли во внимание заказное письмо Завалецкой Н. В. от 25.08.2009 г., содержащее такую просьбу, и выписку с сайта органа связи об отказе адресата от получения данной корреспонденции. Письмо аналогичного содержания, направленное в адрес Абрамовой В. В. 13.11.2009 г., также оставлено последней без ответа.

На этом основании суды пришли к выводу о доказанности факта уклонения дарителя от нотариального удостоверения спорной сделки.

Помимо этого, суды установили, что договор от 06.04.2009 г. исполнялся Н. В. Завалецкой, о чем, в частности, свидетельствуют ее действия по подписанию передаточного распоряжения и по обращению к регистратору с требованием о регистрации за ней прав на приобретенные акции.

Установив, что В. В. Абрамова уклонялась от нотариального удостоверения договора от 06.04.2009 г., притом что данный договор исполнялся другой стороной, суды сделали соответствующий ч. 2 ст. 165 ГК РФ вывод о наличии оснований для признания названного договора действительным, отказав в первоначальном иске».

В приведенной ситуации суды, исходя из специфики дела, руководствуясь имеющимися в деле доказательствами, а также категориями справедливости и добросовестности, с целью защиты интересов одаряемого по своему усмотрению применили не основное, а факультативное правило, содержащееся в ч. 2 ст. 165 ГК РФ.

2. Усмотрение при преодолении пробелов (частичных) в праве. В научной и учебной литературе общепринятым является представление о том, что к отношениям, не урегулированным конкретной нормой (частичном пробеле), должны применяться нормы, регулирующие схожие отношения (аналогия закона), а при их отсутствии необходимо применять общие начала и смысл законодательства.

Так, согласно ч. 1 ст. 6 ГК РФ, «в случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона)». «При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости» (ч. 2 той же статьи).

В ч. 3 ст. 11 ГПК РФ «в случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм разрешает дело, исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права)». О возможности использования аналогии закона и установлении смысла законодательства говорится и в других отраслевых кодексах.

Возможность преодоления пробелов с помощью применения сходных норм допускается не во всех отраслях права. Так, например, их применение не допустимо в уголовном праве (ч. 2 ст. 3 УК РФ), процессуальном законодательстве при установлении санкций в отношении определенных лиц и возложении на них обязанности. В частности, суд не может применить по аналогии санкции, предусмотренные ч. 2 ст. 168 ГПК РФ или ч. 2 ст. 157 АПК РФ, в случае неявки в судебное заседание экспертов, свидетелей, переводчиков, к лицу, участвующему в деле.

В юридической науке встречаются различные взгляды на возможность органов публичной власти действовать по своему усмотрению при преодолении пробелов (частичных) в праве.

Например, по мнению А. Т. Боннера, «разрешение дела на основании аналогии закона или права не может быть признано формой судебного усмотрения, так как здесь отсутствует какая-либо свобода при выборе вариантов решения ... В этом случае суд должен реализовать закон, регулирующий спорные отношения»¹.

¹ Боннер А.Т. Применение закона и судебное усмотрение // Сов. государство и право. 1979. № 6.

Противоположной точки зрения придерживается К. И. Комиссаров. По его мнению, в случаях применения аналогии закона или права «суд по собственному усмотрению констатирует правовой характер того или иного общественного отношения, хотя оно прямо и не урегулировано конкретным законом и применяет наиболее близкие по смыслу нормы права либо разрешает спор в соответствии с основными началами права»¹.

На наш взгляд, последняя позиция представляется более верной. Применение аналогии закона при преодолении частичных пробелов не является чисто механическим процессом. Это – сложный творческий мыслительный процесс, основывающийся не только на анализе совокупности норм права, но и целей, задач, принципов права, а также на верной оценке конкретного правоотношения², фактических обстоятельств. Здесь и находит свое место усмотрение. Именно оно позволяет правоприменительному органу, при отсутствии прямой правовой нормы, регулирующей данные правоотношения, сначала выбрать из всей совокупности норму, регулирующую схожие отношения, а при отсутствии таковой – соответствующее нормативное обобщение, которое позволит вынести справедливое и разумное решение по конкретному юридическому делу и удовлетворит интерес или потребность заинтересованного лица.

Так, ФАС Восточно-Сибирского округа в одном из своих постановлений отметил: «отношения собственников помещений, расположенных в нежилом здании, возникающие по поводу общего имущества в таком здании, прямо законом не урегулированы. Поэтому, в соответствии с пунктом 1 статьи 6 Гражданского кодекса Российской Федерации к указанным отношениям подлежат применению нормы законодательства, регулирующие сходные отношения, в частности статьи 249, 289, 290 названного Кодекса. Поэтому, в соответствии с пунктом 1 статьи 6 Гражданского кодекса Российской Федерации к указанным отношениям подлежат

С. 40.

¹ Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. С. 55.

² См., например: Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1. Харьков, 1958. С. 68.

применению нормы законодательства, регулирующие сходные отношения, в том числе нормы жилищного законодательства»¹.

Ещё более широкие возможности для совершения действий по усмотрению заложены при отсутствии сходных норм, а также в случае их противоречия принципам верховенства права, уважения прав и свобод человека и гражданина, справедливости, добросовестности. Данный процесс требует не просто поиска нормативных средств, регулирующих схожие отношения (в отличие от аналогии закона), а перехода на более высокий концептуальный уровень (общих положений) познания его сути. Предметом анализа должны стать разнообразные нормативно-регулятивные средства: принципы, цели, задачи права, фикции и др. Иными словами, познание смысла права представляет собой сложный мыслительный процесс, идущий от отдельного элемента внутренней формы права к их совокупности и далее к формированию обобщенного вывода². В такой ситуации свобода выбора необходима органу публичной власти для установления истинного смысла законодательства, выбора того нормативно-регулятивного средства, которое позволит принять правильное решение в конкретном юридическом деле и не нарушит принципов правозаконности.

В этом смысле весьма показательна следующая ситуация.

В Конституционный Суд РФ обратился гр. А. Е. Остаев – отец троих малолетних детей, один из которых не достиг трехлетнего возраста, а другой является инвалидом³. Жена заявителя, осуществляющая уход за детьми, не работает, а сам он 1 июня 2010 г. был уволен с занимаемой должности по основанию, предусмотренному п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ (сокращение численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя). Полагая, что его увольнение является необоснованным и незаконным, а запрет расторжения трудового договора по инициативе работодателя должен распространяться и на мужчин – отцов, имеющих детей в возрасте до трех лет (тем более в ситуации, когда мать в связи с

¹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 10.07.2013 г. по делу № А58-5856/2012 // СПС «Право.ru».

² См.: Шафиров В. М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию. С. 161.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 15.12.2011 № 28-П // РГ. 2011. 30 декабря.

уходом за детьми не работает), А. Е. Остаев обратился в Савеловский районный суд города Москвы с иском к работодателю о восстановлении на работе, взыскании заработной платы за время вынужденного прогула, недополученного заработка и компенсации морального вреда.

«Отказывая в удовлетворении исковых требований А. Е. Остаева, Савеловский районный суд города Москвы в решении от 31 августа 2010 года, оставленном без изменения определением судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 26 ноября 2010 года, указал, что трудовой договор с ним был расторгнут в соответствии с требованиями законодательства без нарушений процедуры со стороны работодателя и что истец не входит в круг лиц, которым предоставляется гарантия, предусмотренная ч. 4 ст. 261 ТК РФ».

Действительно, ч. 4 ст. 261 ТК РФ ограничивает возможность увольнения по инициативе работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, и других лиц, воспитывающих детей того же возраста без матери. «Исходя из буквального значения данного положения и по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой, возникновение права на установленную данной нормой гарантию у работающей женщины обуславливается одним лишь фактом наличия у нее ребенка в возрасте до трех лет, т. е. не зависит ни от ее семейного положения, совместного или раздельного проживания с отцом ребенка, ни от наличия или отсутствия у отца ребенка работы и заработка или иного дохода, ни от того, осуществляет ли мать фактически уход за ребенком и его воспитание. Защищая мать ребенка в возрасте до трех лет от утраты работы и заработка, данное законоположение защищает и семью, в которой ребенок воспитывается совместно отцом и матерью, состоящей в трудовых отношениях, что позволяет им выполнять обязанности по содержанию ребенка (детей) в пределах своих финансовых возможностей».

Что касается отца ребенка в возрасте до трех лет, то запрет на увольнение по инициативе работодателя распространяется на него только в том случае, если он воспитывает ребенка без матери. Соответственно, отец ребенка в возрасте до трех лет может быть уволен по инициативе работодателя, в частности по сокра-

щению численности или штата работников, даже если он является единственным кормильцем в многодетной семье, а мать в связи с необходимостью осуществления ухода за детьми, которым в силу возраста или состояния здоровья требуется постоянная забота, в трудовых отношениях не состоит»¹.

Вместе с тем, как верно отмечено Конституционным Судом РФ, такое положение приводит к тому, что «государственной поддержки лишаются семьи, особенно в ней нуждающиеся, при том, что социальные гарантии, которые в соответствии с действующим законодательством предусматриваются для граждан, уволенных по основаниям, не связанным с их виновным поведением, в частности по сокращению численности или штата работников, не могут быть признаны достаточными для защиты многодетной семьи, воспитывающей малолетних детей, в том числе ребенка в возрасте до трех лет, от резкого снижения уровня обеспеченности. Так, не учитывается возможность утраты работы и заработка кормильцем в многодетной семье при назначении и определении размера социальных пособий в связи с рождением и воспитанием детей, а размер пособия по безработице, которая на 2011 год составляет 4900 рублей (без учета районного коэффициента), хотя и устанавливается в процентном отношении от среднемесячного заработка, исчисленного по последнему месту работы, во всех случаях не может превышать максимальную величину пособия по безработице, при этом не принимается во внимание наличие у безработного иждивенцев. Не позволяют в достаточной для обеспечения благополучия детей степени заместить на период поиска работы утраченный кормильцем заработок и те меры социальной поддержки, которые предусматриваются для семей, имеющих детей, законодательством субъектов Российской Федерации.

Кроме того, предоставление гарантии, закрепленной в ч. 4 ст. 261 ТК РФ, не может ставиться в зависимость исключительно от того, кто – мать или отец – работает (состоит в трудовых отношениях), а кто осуществляет уход за детьми, поскольку дифференциация, основанная лишь на указанном критерии и не учитывающая всех обстоятельств, значимых для выполнения родителями обязанности

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 15.12.2011 № 28-П // РГ. 2011. 30 декабря.

по содержанию и воспитанию детей надлежащим образом, снижает эффективность системы государственной поддержки института семьи и в условиях недостаточности мер социальной защиты работников с семейными обязанностями может приводить – в нарушение конституционных принципов равенства и справедливости – к не имеющим объективного и разумного оправдания различиям в положении семей, воспитывающих малолетних детей»¹.

Итогом рассмотрения жалобы гр. А. Е. Остаева стал пересмотр всех правоприменительных решений, вынесенных ранее по его иску.

Таким образом, в данном случае применение правовой нормы без учета её конституционно-правового смысла, без соотнесения её с принципами верховенства права, приоритета прав и свобод человека и гражданина привело к тому, что гражданин оказался в трудной жизненной ситуации: имея на своем иждивении троих малолетних детей и жену, осуществляющую за ними уход, он остался практически без средств к существованию. Именно здесь и необходима свобода выбора в деятельности органов публичной власти. Проанализировав содержание нормы трудового законодательства, установив её истинный смысл с учетом сложившихся жизненных обстоятельств, гр. А. Е. Остаева, суд мог распространить на него предусмотренную в ч. 4 ст. 261 ТК РФ государственную гарантию, обеспечив тем самым его социально-правовое благополучие.

Ряд авторов высказывают точку зрения, согласно которой преодолевать (восполнять) пробелы в праве, применяя аналогию, компетентен только суд², тем самым сразу ограничивая сферу использования данного института для других субъектов применения права. Другие придерживаются иного мнения, считая, что использование таких приемов должно быть обязанностью всех правоприменительных органов³. Высказывается также «срединная» точка зрения, в соответствии с которой авторы предлагают закрепить за несудебными органами правомо-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 15.12.2011 № 28-П // РГ. 2011. 30 декабря.

² См.: Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 335.

³ См.: Актуальные проблемы советского права / отв. ред. Т. Г. Шавгулидзе. Тбилиси, 1988. С. 217.

чие по использованию только аналогии закона и исключить возможность самостоятельно устанавливать смысл законодательства¹.

На наш взгляд, преодолевать частичные пробелы в праве могут все органы государственной власти. В подтверждение данного вывода можно привести позицию ФАС Восточно-Сибирского округа, обозначенную в деле № А33-12292/99-С3-Ф02-550/01-С1 от 27 марта 2001 г.: «в связи с тем, что валютное законодательство не регулирует процессуальные вопросы производства по делам о предусмотренных им административных правонарушениях, законодатель вправе установить различные процедуры взыскания штрафов с нарушителей валютного законодательства, однако до тех пор, пока эти процедуры не закреплены законодательно, они могут применяться правоприменительными органами на основе аналогии закона (в частности, путем применения норм, содержащихся в Кодексе РФ об административных правонарушениях)»².

Подобная правовая позиция выражена Конституционным Судом Российской Федерации в ряде своих актов: в частности, в Постановлении от 12 мая 1998 г. № 14-П по делу о проверке конституционности отдельных положений абз. 6 ст. 6 и абз. 2 ч. 1 ст. 7 Закона РФ от 18 июня 1993 г. «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением»; в Определении от 04 марта 1999 г. № 50-О по жалобе ЗАО «Производственно-коммерческая компания «Пирамида» на нарушение конституционных прав и свобод ч. 4 ст. 14 Закона РФ «О валютном регулировании и валютном контроле»; в Определении от 14 января 2000 г. № 4-О о разъяснении определения Конституционного Суда Российской Федерации от 4 марта 1999 г. по жалобе ЗАО «Производственно-коммерческая компания «Пирамида» на нарушение конституционных прав и свобод ч. 4 ст. 14 Закона РФ «О валютном регулировании и валютном контроле» в связи с ходатайством ЦБ РФ.

¹ См.: Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 79.

² См.: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 27.03.2001 г. по делу № А33-12292/99-С3-Ф02-550/01-С1 // Консультант Плюс.

3. *Усмотрение при конкретизации правоприменительными органами содержания юридических правил*¹. Нормативно-регулятивными средствами достаточно точно определяется круг общественных отношений, на которые распространяется их действие, устанавливаются права и обязанности субъектов правоотношений, меры их обеспечения. Но, как отмечает К. И. Комиссаров, не следует забывать, что существуют также правоотношения, которые группируются только по главным родовым признакам. Каждое такое правоотношение хотя и является частным случаем некоторой родовой общности, но обладает настолько существенной спецификой, что требует индивидуального подхода. И детально регламентировать такие общественные отношения в нормативном порядке не всегда целесообразно, а иногда вообще невозможно. Поэтому в тех случаях, когда требуется учесть специфику конкретного общественного отношения, особенность данной обстановки, а также своевременно, быстро, оперативно отреагировать на каждый жизненный факт, имеющий правовое значение, законодатель определяет в юридическом правиле лишь направление правового регулирования (конкретные отношения, их субъектов и т. д.) и пределы регулирования, а детальную регламентацию содержания субъективных прав и юридических обязанностей, объема юридической ответственности и некоторых других условий поведения поручает произвести компетентному государственному органу в процессе применения права.

Осуществляя такую регламентацию, органы публичной власти должны исходить из особенностей сложившейся ситуации, конкретизировать содержание норм таким образом, чтобы упростить использование гражданами прав и свобод, сделать более доступной возможность удовлетворения своей потребности. А для этого необходима свобода выбора. Она позволяет в принятом решении учесть интересы индивидов и их объединений, отразить все нюансы сложившегося у гражд-

¹ См.: Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966, С. 88-106; Безина А. К., Лазарев В.В. Правоконкретизирующая деятельность судов и её роль в развитии советского права // Вопросы социалистической законности в деятельности административных и хозяйственных органов. Казань, 1968; Дюрягин И. Я. Применение норм советского права: Теоретич. вопросы. Свердловск, 1973. С. 42; Судебная практика в советской правовой системе / ред. С.Н. Братусь. М., 1975; Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976, С. 100-128; Черданцев А. Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 121-123.

данина положения и правильно конкретизировать нормативные правила. «В этой плоскости правоприменительные органы занимают в какой-то мере однопорядковое положение с правотворческими органами (конечно, с той принципиальной разницей, что лишь последние «творяют право» – вырабатывают нормы – общие масштабы поведения, общие модели). Причем и в случае правотворчества, и в случае правоприменения происходит государственно-властное воздействие на процесс правового регулирования. Правотворчество дает ему жизнь, а применение права как бы его «подхватывает» – поддерживает, подкрепляет, конкретизирует»¹.

К примеру, согласно ст. 95 СК РФ, нетрудоспособные, нуждающиеся в помощи дедушка и бабушка в случае невозможности получения содержания от своих совершеннолетних трудоспособных детей или от супруга (бывшего супруга) имеют право требовать в судебном порядке получения алиментов от своих трудоспособных совершеннолетних внуков, обладающих необходимыми для этого средствами. Как видно, само право деда и бабушки на получение содержания от своих внуков, обладающих достаточными средствами, очевидно. Законодатель устанавливает в норме права общее направление регулирования, т. е. указывает, какие отношения регулируются (алиментные отношения), определяет субъектов правоотношения (с одной стороны, дед и бабушка, нуждающиеся в помощи, с другой – обладающие достаточными средствами внуки), причем указывает права одних и обязанности других (вторые должны содержать первых, а первые вправе это от них требовать), а также закрепляет конкретные обстоятельства возможного возникновения данного отношения (дед и бабушка нуждаются в помощи и не могут получить ее от своих детей или супругов, внуки обладают достаточными средствами).

Однако нельзя с уверенностью сказать, что содержание права для данного случая определено полностью, что предельно ясно, каким должно быть поведение обязанной стороны. В анализируемой норме содержание правоотношения определено в общих чертах, нет детальной регламентации общественного отношения

¹ Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 1. С. 166.

(например, не установлено, какая точно сумма денег должна быть выплачена деду и бабушке, нуждающимся в помощи).

Дальнейшую конкретизацию содержания правоотношения правоприменитель осуществляет по своему усмотрению. Руководствуясь всей совокупностью нормативно-регулятивных средств, учитывая имущественное положение участников отношений, он устанавливает конкретный размер алиментов, периодичность выплаты, позволяющую удовлетворить имеющиеся потребности членов семьи. Иначе говоря, государственный орган на основе юридических норм, нормативных обобщений, целей права и собственного усмотрения, в пределах, формах, установленных ими, формулирует индивидуальное предписание для данного случая.

Усмотрением при конкретизации правил поведения обладают не только судебные органы. К примеру, в соответствии с ч. 3 ст. 61 НК РФ, изменение срока уплаты налога и сбора осуществляется в форме отсрочки, рассрочки, инвестиционного налогового кредита. В связи с этим некоторые авторы отмечают, что в отношениях по налоговому и по инвестиционному налоговому кредитам уполномоченный орган в рамках договора оговаривает некоторые обязанности организации в пределах, дозволенных ему законом. Здесь имеет место усмотрение финансового органа, которое позволяет ему несколько конкретизировать налоговую обязанность организации в пределах того, что предусмотрено в законе¹.

4. Усмотрение при осуществлении охраны и защиты прав и свобод граждан. «Под охраной прав и свобод следует понимать состояние правомерной реализации прав и свобод под контролем государственных органов, общественных организаций, должностных лиц, но без их вмешательства»². При правоохране органы публичной власти занимают пассивную позицию, не вмешиваясь в процесс правореализации, поскольку все субъекты действуют правомерно, не нарушая правил поведения.

Потребность в защите возникает, когда имеется спор о праве или ненадлежащим образом соблюдаются и исполняются обязанности, а также когда требует-

¹ См.: Карасева М.В. Финансовое правоотношение. М., 2001. С. 68.

² Там же. С. 31.

ся привлечь то или иное лицо к юридической ответственности за совершенное правонарушение. Здесь от органов и организации требуется иная деятельность – они должны максимально быстро и эффективно устранить имеющиеся затруднения при непосредственной реализации права, принять меры к восстановлению прав и свобод.

Усмотрение в такой форме организующей деятельности позволяет использовать систему государственно-принудительных мер (неустойка, штраф, правовое поощрение и т. д.) таким образом, чтобы учесть все жизненные обстоятельства, личность правонарушителя и, в конечном счете, достичь поставленных целей правового регулирования.

К примеру, ч. 2 ст. 43 УК РФ установлено, что «наказание применяется в целях восстановления социальной справедливости, а также в целях исправления осужденного и предупреждения совершения новых преступлений».

При назначении наказания суд должен «учитывать характер и степень общественной опасности преступления и личность виновного, в том числе обстоятельства смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи» (ч. 3 ст. 60 УК РФ). Статьей 44 УК РФ предусмотрены виды наказаний.

Указанные выше положения в совокупности свидетельствуют о том, что свобода выбора при назначении уголовного наказания позволяет суду принять такое решение, которое, с одной стороны, может учесть степень причиненного вреда потерпевшему, некоторым образом восстановить его правовое положение, с другой стороны, позволит достичь главной цели – исправления преступника.

5. *Усмотрение при осуществлении контроля за поведением субъектов*¹. Контроль государственных органов за поведением сторон в правоотношениях может иметь общее и специальное значения.

¹ См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права Т. 4. Социалистическое право. С. 444-445; Лазарев В. В. Применение права. Социально-психологические аспекты. С. 29.

Усмотрение при осуществлении общей контрольной функции органов государства проявляется в некоторой свободе при определении форм и методов контроля, необходимых для качественной и полноценной проверки.

К примеру, ст. 2 Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» определяет, что «государственный контроль (надзор) – деятельность уполномоченных органов государственной власти (федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации), направленная на предупреждение, выявление и пресечение нарушений юридическими лицами, их руководителями и иными должностными лицами, индивидуальными предпринимателями, их уполномоченными представителями (далее также – юридические лица, индивидуальные предприниматели) требований, установленных настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами Российской Федерации»¹. Частью 11 статьи 9 и частью 4 статьи 10 установлено, что плановые и внеплановые проверки могут проводиться в форме документарной проверки и (или) выездной проверки. Следовательно, в зависимости от целей и задач государственного контроля, ожидаемых результатов, органы государственной власти вправе по своему усмотрению определять форму проверки².

¹ О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля: ФЗ от 26.12.2008 (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. 2008. № 52 (часть 1). Ст. 6249; 2013. № 52 (часть 1). Ст. 6981.

² Данная позиция отражена в постановлении ФАС Северо-Кавказского округа от 17.02.2011 по делу № А53-12336/2010

3.3. Пределы усмотрения при организации осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей гражданами со стороны органов публичной власти

Свобода выбора в деятельности органов публичной власти неминуемо влечет за собой проблему ограничения (пределов) такой свободы. И это оправдано, поскольку безграничное усмотрение способно перерасти в произвол, что особенно опасно, из-за наличия у таких субъектов властных полномочий.

Значение пределов усмотрения в правоприменительной деятельности точно и лаконично обозначил судья Уильям Дуглас: «Право достигло своего апогея, когда оно освободило человека от неограниченного усмотрения любого правителя, любого гражданского или военного чиновника, любого бюрократа. Когда усмотрение абсолютное, человек всегда страдал... Абсолютное усмотрение – безжалостный хозяин. Оно больше разрушает свободу, чем любое из других изобретений человечества»¹. Зная об этом, очень важно выработать средства, ограничивающие свободу выбора в деятельности правоприменительных органов. Такие ограничения необходимы для того, чтобы усмотрение несло пользу, а не вред, и не могло перерасти в произвол.

В том, что усмотрение не может быть беспредельным, сомнений не возникает ни у одного исследователя, занимающегося настоящей проблемой. «Усмотрение, осуществляемое в силу права, – отмечает А. Барак, – никогда не абсолютно»². Однако относительно способов ограничения свободы выбора при организации осуществления прав, свобод граждан и исполнения ими обязанностей со стороны органов публичной власти мнения авторов расходятся.

Так, Д. Б. Абушенко предлагает три способа ограничений «свободы правоприменителя»: простое указание; использование оценочных категорий; комбинированный способ. Ученый полагает, что «сущностный признак простого указания

¹ United States v. Wunderlich, 342 U.S. 98, 101 (1951).

² Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 28.

– полное отсутствие в норме юридических фактов, на основе которых суд принимает правоприменительный акт... ». В способе оценочных категорий – «правовой норме, содержащей ссылку на юридический факт, выраженный оценочной категорией, – отсутствуют какие-либо объективные критерии, позволяющие этот факт установить... Как правило, вместе с оценочным термином законодатель использует управомочивающие конструкции... »¹. Л. Н. Берг дополняет предложенный Д. Б. Абушенко подход, выделяя не только материальные пределы усмотрения (предписания правовой нормы, обстоятельства дела, правоположения судебной практики, принципы права), но и процессуальные (полномочия суда, содержание выдвинутых требований, процессуальные сроки, субъективные пределы)².

Иная классификация сформулирована О. А. Папковой. Автор подразделяет пределы судебного усмотрения на общие, встречающиеся при рассмотрении и разрешении практически любого дела в суде (предмет усмотрения суда, субъект усмотрения, сроки, независимость судей, задачи гражданского и арбитражного судопроизводства), и специальные, отражающие особенности применения усмотрения при рассмотрении и разрешении конкретного дела (условия, закрепленные альтернативной юридической нормой; специальные условия, установленные в относительно определенной норме: заслуживающие внимания обстоятельства, уважительные причины, имущественное положение и т. п.; категории добросовестности, справедливости, целесообразности, нравственности)³.

Достаточно развернутая классификация пределов правоприменительного усмотрения дана А. А. Березиным⁴. Автор выделяет перечисленные далее критерии.

¹ Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С.10-11.

² См.: Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы. Общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008.

³ См.: Папкова О.А. Усмотрение суда. М., 2005. С. 75-76. Разделение пределов усмотрения на общие и особенные на наш взгляд является чрезмерно условным, не позволяет четко определить основание отнесения того или иного предела к общим или особенным. Общие пределы устанавливают границы усмотрения как при разрешении всех дел, так и вполне конкретных.

⁴ См.: Березин А. А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н.Новгород, 2007.

1. По происхождению – субъективные (внутренние) и объективные (внешние). Отмечая важную роль правосознания как субъективного предела в процессе осуществления усмотрения правоприменителем, автор признает руководящую роль прежде всего за пределами, установленными нормативными правовыми актами, поскольку они лежат в области правового регулирования¹.

2. По отраслевой принадлежности (в зависимости от особенности предмета и метода конкретной отрасли права) – пределы в административном, гражданском, уголовном и других отраслях права.

3. По признаку формальной закреплённости – формально закреплённые пределы (к данному виду относятся такие границы усмотрения, содержание которых полностью раскрывается в официальных источниках права), не закреплённые непосредственно в нормативном правовом акте (пределы усмотрения, для точного установления которых правоприменителю необходимо использовать специальные приемы и правила).

4. По источнику закреплённости – установленные в нормативных правовых актах, а также в интерпретационных актах.

5. В зависимости от количества доступных субъекту правоприменения альтернатив – «узкие», когда у правоприменителя существует возможность выбора лишь из двух альтернатив, и «широкие», когда выбор осуществляется из множества альтернатив.

6. По способу закреплённости – качественные (представляют собой варианты возможных решений, различающихся между собой совокупностью существенных признаков) и количественные пределы усмотрения (выступают как варианты доступных правоприменителю решений, различающихся между собой степенью выраженности измеряемых свойств).

7. В зависимости от стадии правоприменительного процесса – пределы усмотрения в процессе установления фактических обстоятельств дела; пределы усмотрения при установлении юридических обстоятельств дела; пределы усмотре-

¹ См.: Березин А. А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н.Новгород, 2007. С. 17.

ния в процессе вынесения решения по делу; пределы усмотрения в процессе контроля за исполнением вынесенного решения.

8. По степени определенности – абсолютно определенные и относительно определенные.

9. В зависимости от функционального признака – пределы в публичном (устанавливают границы усмотрения преимущественно государственных органов; базируются на функциональной цели конкретного государственного органа) и частном праве (они ограничивают вмешательство субъектов правоприменения в частноправовую сферу, способствуют реализации субъективных прав и свобод частных лиц).

10. По функциональной принадлежности – общие (нравственность справедливость, разумность, религиозные барьеры, обычай и т. п.) и специально-юридические (законность, альтернативная и относительно определенная санкция правовой нормы и др.).

В целом предложенные средства ограничения правоприменительного усмотрения особых возражений не вызывают. Основной упор авторы делают на пределах, содержащихся в нормативных правилах поведения. Действительно, в системе нормативно-регулятивных средств закрепляется не только обязанность или право должностных лиц совершать действия по усмотрению в процессе организации осуществления прав и свобод, но и границы, в пределах которых они могут действовать. Это наиболее простой, удобный и доступный способ ограничить свободу выбора правоприменителя.

Однако, на наш взгляд, сформулированные пределы являются несколько односторонними, сосредоточивают свое внимание исключительно на формально-юридических средствах ограничения (нормах, процессуальных сроках, полномочиях и др.). При этом содержательные средства, основанные на сущности, цели правоприменительной деятельности, во внимание не принимаются.

Несмотря на всю свою значимость, формально-юридические средства далеко не всегда могут быть эффективным сдерживающим механизмом от различного рода злоупотреблений. Существует соблазн воспользоваться несовершенством законодательства, размытостью полномочий и др. И «полбеда, когда чиновник дей-

ствуется только в интересах своего ведомства и сначала принимает рациональное, на его взгляд, управленческое решение, а уже потом обращает внимание на нормы Конституции РФ, федеральных конституционных, федеральных законов и указов Президента РФ. Особая опасность заключается в том, что чиновники, иной раз попирая различные по органам принятия, формам и содержанию нормы права, осуществляют властные усмотрения только в своих меркантильных интересах»¹. Способствует этому и низкий уровень правового образования и культуры некоторых должностных лиц.

На наш взгляд, во взаимодействии с формально-юридическими пределами должны находиться пределы содержательные, основанные на обязанности органов публичной власти соблюдать и уважать права и свободы человека, категориях добросовестности, справедливости, разумности и равенства. Лишь единство формальных и содержательных пределов позволит эффективно ограничить свободу выбора органа публичной власти, не дав ей стать источником произвола и беззакония.

Рассмотрим пределы правоприменительного усмотрения более подробно.

1. Осуществление усмотрения не должно нарушать требований правозаконности. Законность – одно из фундаментальных понятий юридической науки и практики.

В научной литературе нет единства мнений в трактовке этой правовой категории. Например, В. В. Борисов дает следующее определение: «Законность – демократический принцип советской власти. Он проявляется в том, что ко всем органам государства, учреждениям, предприятиям, общественным организациям, должностным лицам и гражданам предъявлено требование строжайшего выполнения советских законов...»². Н. В. Витрук пишет: «Законность означает идею, требование и систему (режим) реального выражения права в законах государства,

¹ Мишина Е. А. Властное усмотрение: во зло или во благо? // Законодательство и экономика. 2009. № 11. С. 14 - 17.

² Борисов В. В. Правовой порядок развитого социализма: Вопросы теории. Саратов, 1977. С. 332

в самом законотворчестве, в подзаконном нормотворчестве»¹. По мнению В. Н. Кудрявцева, законность – это «определенный режим общественной жизни, метод государственного руководства, состоящий в организации общественных отношений посредством издания и неуклонного осуществления законов и других правовых актов»².

При всем различии подходов данных авторов к рассматриваемому понятию, объединяет их понимание законности как требования строгого и неуклонного осуществления законов и подзаконных актов всеми субъектами права.

Такое понимание сути законности сформировало соответствующее представление и о сути применения права органами публичной власти – добиться от граждан и их объединений такого поведения, которое будет точно соответствовать букве закона. Как отмечает Г. Ф. Шершеневич, «применение норм права по точному их смыслу, невзирая на результаты применения в тех или иных конкретных случаях, есть тот принцип законности, который составляет необходимое условие правового порядка»³.

Однако взятый курс на построение в России правового государства приводит к необходимости формирования комплексного понимания законности. В его основу должны быть положены не только требования о строгом и неуклонном соблюдении и исполнении законов всеми, кому они адресованы, но и конституционные положения о высшей ценности человека, его прав и свобод, верховенства права, верховенство правового закона и т. п. «Единство содержательных и формальных требований дает основания говорить не просто о законности, а о правозаконности или конституционной законности»⁴.

Соединение формальных и содержательных требований законности обязывает публичные органы власти, их должностных лиц, всякий раз, используя пре-

¹ Витрук Н. В. Законность: понятие, защита и обеспечение. Конституционная законность и правосудие // Общая теория государства и права. В 2 т. Т. 2 / под ред. М. Н. Марченко. М., 1998. С. 15.

² Кудрявцев В. Н. Законность: содержание и современное состояние // Законность в Российской Федерации. М., 1998. С.4-12.

³ Шершеневич Г.Ф. Философия права. Т.1. Часть теоретическая: Общая теория права. Вып. 4. М., 1912.

⁴ Шафиров В. М. Законность в правовом государстве. С. 42.

доставленную им свободу выбора при принятии правоприменительного решения, обращаться к смыслу права, оценивать, обеспечит ли применяемый закон права и свободы человека. Положив в основу своей деятельности интересы и потребности отдельного человека, должностные лица органов публичной власти должны при использовании усмотрения выбирать именно тот вариант решения юридического дела, который будет соответствовать принципам верховенства права, соблюдения и уважения прав и свобод человека и гражданина и другим, составляющим основу конституционной законности, и позволит избежать применения неправового закона.

2. Осуществление усмотрения не должно нарушать требований добросовестности и разумности. Добросовестность и разумность, будучи общеправовыми принципами, создают пределы не только при использовании усмотрения субъектами непосредственной реализации права, но и органами публичной власти в процессе правоприменения.

Добросовестность закрепляется в ряде нормативных положений в качестве требования к порядку исполнения должностными лицами органов публичной власти своих обязанностей. Так, согласно п. 1 ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», «гражданский служащий обязан исполнять свои обязанности добросовестно, на высоком профессиональном уровне»; в соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 30 ноября 2011 г. № 342-ФЗ «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», «при осуществлении своей служебной деятельности, а также во внеслужебное время сотрудник органов внутренних дел должен выполнять служебные обязанности добросовестно, на высоком профессиональном уровне».

Обозначенные выше положения свидетельствует о том, что использование правоприменителями предоставленной им свободы выбора в ходе организующей деятельности должно осуществляться честно, порядочно, с должным вниманием и осторожностью, без намерения ущемить или необоснованно ограничить права и

свободы человека, без равнодушия как к его судьбе, так и всему обществу в целом, с осознанием своей ответственности за возможные последствия принятого решения.

Начало добросовестности в применении права тесно связано с категорией разумности.

Отечественные словари определяют разум «как способ мышления, для которого характерно установление универсальной связи вещей, их сущностей»¹. Разумное применение права – это, прежде всего, разумное правоприменительное решение, принять которое возможно лишь при условии добросовестного исполнения должностным лицом своих обязанностей.

До последнего времени было принято считать, что любой акт применения права, принятый в рамках закона, разумен, поскольку разумны российские законы. Сформировалась даже своеобразная презумпция «разумности законов», действующая в российском обществе, распространяющаяся на сферу правоприменения. В связи с этим разумности в сфере применения права не придавалось самостоятельного значения: разумность воплощается в законодательстве, она определяет содержание российских законов и поэтому в правоприменении обязательно предполагает соблюдение закона, являющегося воплощением разумности. И наоборот, проверка разумности деятельности правоприменителей включает в себя и проверку законности.

Изложенный подход в понимании разумности в правоприменении является в целом правильным. Однако руководствоваться в процессе организующей деятельности разумностью – «это не только соблюдать закон, но и ... применять его на основе сбалансированного учета прав, свобод и законных интересов всех участвующих в деле и иных лиц...»². Иными словами, разумное решение – не просто решение, соответствующее «букве закона», а осмысленное, в котором четко прослеживается логическая связь между примененным нормативно-регулятивным средством, обстоятельствами дела, правами, свободами и законными интересами

¹ Кондаков И. И. Логический словарь-справочник. М., 1975. С. 510.

² Борисова Л. В. Соотношение законности и разумности в гражданском судопроизводстве // Юрист. 2007. № 2. С. 58.

всех участников правоотношения. Подтверждает это и И. В. Цветков, отмечая, что «разумным принято считать такое судебное решение, которое основано на здравом смысле и принято с учетом весомых обстоятельств конкретного дела...»¹.

Требование принятия разумного правоприменительного решения позволяет рассматривать разумность в качестве одного из пределов усмотрения органов публичной власти. Использование свободы выбора при разрешении конкретного юридического дела не должно приводить к нарушению необходимой связи «предмета (например, срок, действие, интерес) с ситуативными явлениями и объектами»². Его использование должно быть логичным, обоснованным, вытекать из существа рассматриваемого дела и не приводить к абсурдным результатам.

3. Осуществление усмотрения не должно приводить к принятию несправедливого решения. В. И. Даль в своем «Словаре живого великорусского языка» толкует понятие «справедливый» как «правильный, сделанный по закону, по правде, по совести, по правоте».

Справедливость прочно вошла в образ права, образовав одно из ключевых его начал. Во все времена была и остается проблема, как уровновесить, сделать правильной, т. е. справедливой, свободу общения. «Право – это совокупность условий, при которых произвол одного (лица) совместим с произволом другого»³.

Справедливость – не что-то внешнее по отношению к праву. Она, по верному утверждению В. С. Нерсесянца, «... входит в понятие права ... право по определению справедливо, а справедливость внутреннее свойство права и качество права...»⁴. Будучи включенной в содержание права, справедливость распространяет свое значение на весь процесс правового регулирования, охватывая весь его механизм, в том числе и применение права.

¹ Цветков И. В. Эффективность налоговых решений Конституционного Суда РФ в 2006 г. // Налоговед. 2007. № 11. С. 18.

² Власенко Н. А. Разумность и право: связь явлений и пути исследования // Журнал российского права. 2011. № 11. С. 45.

³ Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. М.: Мысль, 1965. С. 139.

⁴ Нерсесянц В. С. Юриспруденция: Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 37.

Начало справедливости в правоприменительном процессе требует, чтобы решение юридического дела, принятое органом публичной власти, учитывало все обстоятельства и факты, необоснованно не ограничивало и не ущемляло интересы других субъектов права. В этом смысле задача правоприменителя состоит в том, чтобы приспособить общие и абстрактные правила поведения, закрепленные в системе нормативно-регулятивных средств к особенностям единичного случая и отношения. Один и тот же приговор или решение, подходящие к одному случаю, могут быть несправедливы в другом: мало определить размер причиненного убытка, важно учесть, насколько такой убыток разорителен для потерпевшего; мало установить, что преступление совершено, важно учесть, умышленно оно совершено или по неосторожности, способен ли преступник его повторить; мало знать, что налог не уплачен, необходимо установить, не было ли здесь каких-нибудь форс-мажорных обстоятельств и т. п. «Справедливость требует, чтобы право не применялось без оглядки, в слепом равнодушии и без всякого снисхождения к человеческой слабости и невежеству; она требует, наоборот, чтобы всюду, где только возможно, учитывались личные свойства субъектов и их намерения; она требует далее, чтобы всюду, где только право может выступить на поддержку морали и добрых нравов, применение нормы служило бы этой высшей цели, она требует, наконец, чтобы тот, кто применяет право, имел в виду только одно – правое и верное решение и не поддавался никаким соображениям постороннего свойства: пристрастию, лицепритию или, тем более, корысти. Такое применение права приучает людей ценить его и уважать; оно созидает в стране правосудие и мудрое правление»¹.

Справедливым должно быть каждое действие и решение органа публичной власти, в том числе принятое на основе усмотрения. Следовательно, справедливость является важным пределом, ограничивающим свободу выбора в действиях органов публичной власти.

Так, несмотря на имеющуюся у суда свободу выбора при назначении уголовных наказаний, возможность оценивать доказательства по своему внутреннему

¹ Ильин И. А. Собр. соч. Т. 4. Общее учение о праве и государстве. М., 1994. С. 100.

убеждению, тем не менее, вынося приговор, нельзя переступить порог справедливости. Наказание не должно быть чересчур суровым или мягким. Нужно, чтобы оно соответствовало совершенному деянию.

На это указывает ч. 1 ст. 6 УК РФ, согласно которой «наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного». В соответствии с ч. 1 ст. 297 УПК РФ, «приговор суда должен быть законным, обоснованным и справедливым».

Справедливой должна быть деятельность должностных лиц всех органов власти, от которых что-либо зависит в судьбе человека. К примеру, как следует из ч. 2 ст. 6 Кодекса профессиональной этики сотрудника органов внутренних дел, утвержденного Приказом МВД РФ от 24.12.2008 г. № 1138, «служебная деятельность сотрудника органов внутренних дел осуществляется в соответствии с нравственными принципами: ... справедливости, означающей соответствие меры наказания характеру и тяжести проступка или правонарушения».

Справедливость ограничивает свободу выбора не только в тех случаях, когда речь идет о реакции государства на совершенное правонарушение. Справедливой должна быть деятельность органов публичной власти и при предоставлении правовых льгот или преимуществ лицам, оказавшимся в сложном положении. Необходимо, чтобы в результате принятого органом публичной власти решения граждане не утратили своих привилегий и могли ими воспользоваться.

Так, согласно ст. 5 Федерального закона от 02.08.1995 г. № 122-ФЗ «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов», «граждане пожилого возраста (женщины старше 55 лет, мужчины старше 60 лет) и инвалиды (в том числе дети-инвалиды), нуждающиеся в постоянной или временной посторонней помощи в связи с частичной или полной утратой возможности самостоятельно удовлетворять свои основные жизненные потребности вследствие ограничения способности к самообслуживанию и (или) передвижению, имеют право на социальное обслуживание, осуществляемое в государственном и негосударствен-

ном секторах системы социального обслуживания. Социальное обслуживание граждан пожилого возраста и инвалидов осуществляется по решению органов социальной защиты населения в подведомственных им учреждениях либо по договорам, заключаемым органами социальной защиты с учреждениями социального обслуживания иных форм собственности»¹.

Вместе с тем из положения ст. 4 того же Закона следует, что «государство гарантирует гражданам пожилого возраста и инвалидам возможность получения социальных услуг на основе принципа социальной справедливости независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям и других обстоятельств».

Следовательно, органы социальной защиты по своему усмотрению могут решить вопрос о нуждаемости конкретного гражданина в социальной помощи и поддержке, но при принятии такого решения они должны исходить из требования социальной справедливости и не лишать такого обслуживания тех, кто в этом действительно нуждается.

Справедливость ограничивает право органов публичной власти на использование усмотрения – недопустимо, чтобы ухудшалось положение индивидов, создавались излишние затруднения при осуществлении прав или исполнении обязанностей.

К примеру, из некоторых положений Трудового кодекса РФ следует, что работодатель вправе принимать локальные правовые акты, в которых он может по своему усмотрению устанавливать определенные условия трудовых отношений (ст. 8 ТК РФ). Однако такое усмотрение ограничено требованием справедливости. На это указывает ст. 2 ТК РФ, согласно которой каждый работник имеет право на справедливые условия труда. Следовательно, работодателю запрещено принимать акты, несправедливо ухудшающие положение работников по сравнению с установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми ак-

¹ О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов: ФЗ от 02.08.1995 № 122-ФЗ (ред. 21.11.2011) // СЗ РФ. 1995. № 32. Ст. 3198; 2011. № 48. Ст. 6772.

тами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями.

Важнейшим элементом справедливости выступает равенство. Так, по мнению Б. Н. Чичерина, справедливым считается то, что «... одинаково прилагается ко всем. Это начало вытекает из самой природы человеческой личности: все люди есть суть разумно-свободные существа. Все созданы по образцу и подобию Божьему и, как таковые, равны между собою. Признание этого коренного равенства составляет высшее требование правды...»¹.

Положения о признании правового равенства закреплены во многих российских законодательных актах, прежде всего в Конституции РФ, согласно ст. 19 которой: «1. Все равны перед законом и судом. 2. Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности. 3. Мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации».

Практически дословно воспроизводит названное конституционное положение и ст. 6 ГПК РФ – «правосудие по гражданским делам осуществляется на началах равенства перед законом и судом всех граждан независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям и других обстоятельств, а также всех организаций независимо от их организационно-правовой формы, формы собственности, места нахождения, подчиненности и других обстоятельств».

В соответствии со ст. 244 УПК РФ «в судебном заседании стороны обвинения и защиты пользуются равными правами на заявление отводов и ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании, выступление в судеб-

¹ Чичерин Б. Н. Философия права. С. 96.

ных прениях, представление суду письменных формулировок по вопросам, указанным в пунктах 1 - 6 части первой статьи 299 настоящего Кодекса, на рассмотрение иных вопросов, возникающих в ходе судебного разбирательства».

Согласно ст. 7 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», «суды не отдают предпочтения каким-либо органам, лицам, участвующим в процессе сторонам по признакам их государственной, социальной, половой, расовой, национальной, языковой или политической принадлежности либо в зависимости от их происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, места рождения, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а равно и по другим не предусмотренным Федеральным законом основаниям»¹.

Таким образом, принимая то или иное решение на основе предоставленной свободы выбора, органы публичной власти не должны создавать привилегии и послабления субъектам, для которых они не предусмотрены, затруднять привлечение к установленной законом ответственности лиц, совершивших правонарушения ввиду их высокого должностного положения или хорошего материального обеспечения, ограничивать права и свободы индивидов в случаях, не предусмотренных ст.ст. 55 и 56 Конституции РФ.

4. Должно осуществляться в соответствии с правовыми позициями, выработанными в ходе правоприменительной практики. Под правоприменительной практикой понимается деятельность компетентных органов и должностных лиц по изданию и применению норм права, а также уже накопленный и объективированный опыт такой деятельности.

Правоприменительная практика формируется в результате длительного и многообразного процесса реализации права, т. е. претворения права в жизнь. В ходе этого процесса вырабатываются определенные общие положения, тенденции, ориентиры, которые затем используются в последующей работе. По мнению

¹ О судебной системе Российской Федерации: ФКЗ от 31.12.1996 г. № 1-ФКЗ (ред. 08.06.2012) // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1; 2012. № 24. Ст. 3064.

некоторых авторов, правоприменительная практика создает так называемые правовоположения, под которыми понимаются устоявшиеся типовые решения по применению юридических норм, приобретающие черты общих правил. Как отмечает С. С. Алексеев, правовоположения – это еще не нормы, но они уже выходят за пределы правосознания, простых суждений. Это формирующиеся нормы, которые представляют собой сгустки правосознания. Со временем они могут превратиться либо в стойкие правовые обычаи, либо в нормы, закрепленные законодателем.

Особую роль в ограничении усмотрения уполномоченных органов и их должностных лиц в процессе правоприменения играют правовые позиции Конституционного Суда РФ.

Решения Конституционного Суда РФ и его устойчивые правовые позиции выступают реальным фундаментом для создания и применения норм других отраслей права¹, существенно ограничивая свободу выбора для органов государственной власти. В соответствии с Конституцией РФ Конституционный Суд РФ дает официальное толкование Конституции РФ, что является его исключительным полномочием. В то же время Конституционный Суд РФ использует метод конституционного разъяснения норм отраслевого законодательства, выявляя тем самым его конституционный смысл. Правовая позиция Конституционного Суда РФ возникает не сама по себе, в «произвольном порядке», а лишь в результате официального толкования им конституционных норм и выявления конституционного смысла положений законов и других нормативных правовых актов. Поэтому, принимая решение о выборе соответствующего нормативно-регулятивного средства, подходящего к определенному случаю, правоприменитель должен уяснить ее конституционный смысл, установить, не будет ли его применение противоречить правовой позиции Конституционного Суда РФ.

Особенность правовых позиций, как средств ограничения свободы выбора при организации осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей, со стороны органов публичной власти выражается в следующем.

¹ См.: Волкова Н.С., Хабриева Т.Я. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент. М., 2005. С. 25.

Во-первых, правовые позиции Конституционного Суда РФ есть результат истолкования конкретных положений законодательства, итог выявления конституционного смысла рассматриваемых положений в пределах его компетенции. Тем самым обеспечивается своего рода «конституционная рихтовка» правовых норм, при которой они не признаются неконституционными, но преодолевается их конституционно-правовая неопределенность. В конечном счете это есть специфическая форма правотворческой деятельности Конституционного Суда РФ, так как с помощью конституционного истолкования: а) уточняется нормативное содержание статьи закона; б) преодолеваются коллизии между несколькими нормами путем поиска баланса содержащихся в них конкурирующих конституционных ценностей; в) выявляются системные, иерархические связи и зависимости между отдельными нормами правовых институтов.

Во-вторых, правовые позиции Конституционного Суда РФ носят общий характер. Правовая позиция распространяется не только на конкретный случай, который стал предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ, но и на все аналогичные случаи, имеющие место в правоприменении.

В-третьих, правовые позиции Конституционного Суда РФ обязательны для уполномоченных органов и их должностных лиц, осуществляющих правоприменение. Официальный, обязательный характер правовых позиций – важное условие для эффективного ограничения усмотрения в процессе правоприменения.

«В силу занимаемого места в системе органов государственной власти и соответствующей компетенции КС РФ оказывает существенное, в том числе превентивное, влияние на деятельность законодательной и исполнительной власти, на определение объема их полномочий»¹, на возможность использования усмотрения в ходе правоприменения.

Толкование правовых норм Высшим Арбитражным Судом РФ и Верховным Судом РФ также оказывает существенное влияние на практику применения зако-

¹ Глазунов А.Р. Реплика в защиту судов // Налоговое право в решениях Конституционного Суда РФ 2004 г. М., 2006. С. 115.

нодательства и позволяет значительно сократить и ограничить усмотрение компетентных органов в правоприменении.

В силу ст. 19, 23 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе в Российской Федерации» Высший Арбитражный Суд РФ и Верховный Суд РФ дают разъяснения по вопросам судебной практики. Аналогичные нормы содержатся в ст. 9 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»¹ и в ст. 9 Федерального конституционного закона от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»².

В первую очередь пределы усмотрения органов публичной власти и их должностных лиц устанавливаются положениями Постановлений Пленумов Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ.

По сути, праворазъяснительная деятельность высших российских судов – это толкование закона, соответственно, то толкование, которое они дают в своих разъяснениях, становится обязательным образцом для решения судами конкретных дел.

Правоприменительные органы твердо придерживаются позиции, что постановления Пленумов являются видом официального толкования, а соответствующие полномочия выводятся из ст. ст. 126 и 127 Конституции РФ³.

В соответствии со ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ обобщает практику применения законов и иных нормативных правовых актов арбитражными судами и дает разъяснения по вопросам судебной практики. Данные разъяснения принимаются в виде Постанов-

¹ Об арбитражных судах в Российской Федерации: ФКЗ от 28.04.1995 г. № 1-ФКЗ (ред. 06.12.2011) // СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1589; 2011. № 50. Ст. 7334.

² О судах общей юрисдикции в Российской Федерации: ФКЗ от 07.02.2011 г. № 1-ФКЗ (ред. 01.12.2012) // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 898; 2012. № 49. Ст. 6746.

³ См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 17 декабря 1996 г. № 20-П по делу о проверке конституционности п. п. 2 и 3 ч. 1 ст. 11 Закона Российской Федерации от 24 июня 1993 г. «О федеральных органах налоговой полиции» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 5.

лений Пленумов Высшего Арбитражного Суда РФ, которые в силу ч. 2 ст. 13 № 1-ФКЗ от 28.04.1995 г. обязательны для арбитражных судов.

Согласно п. 1 ч. 4 ст. 14 Федерального конституционного закона от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» Пленум Верховного Суда РФ дает судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства РФ в целях обеспечения единства судебной практики.

Разъяснения представляют собой обнародование официальной позиции высших судебных инстанций по вопросам судебной практики и направлены на единообразное и правильное применение законодательства.

Однако восприятие Постановлений Пленумов Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ в качестве обязательных для судов, на наш взгляд, на этом не заканчивается. Таковыми, по сути, в силу специфики судебной деятельности и ее авторитетного значения они являются и для органов государственной власти, и для иных субъектов права, т. е. как для уполномоченных органов, так и для граждан (организаций). Постановления Пленумов играют важную роль в деле ограничения свободы выбора при применении нормативно-регулятивных средств, поскольку, толкуя правовые положения, Высший Арбитражный Суд РФ и Верховный Суд РФ решают проблему их единообразного применения в быстро меняющихся социально-экономических условиях.

Судебная практика в форме Постановлений Пленумов Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ по вопросам применения законодательства выступает в качестве результата судебной деятельности высшей инстанции, основанного на анализе и обобщении практики. Она создается судами нижестоящих инстанций и выражается в виде правоположений, разъясняющих правовые нормы. Как справедливо отмечает В. А. Туманов, «вырабатываемые в ходе судебной деятельности «правовые положения», правила, указания обладают определенной степенью обобщенности, общепризнанности и обязательности»¹, что, безусловно,

¹ Туманов В.А. Роль судебной практики в развитии советского права // СССР - Франция: социологический и международно-правовой аспект сравнительного правоведения. М., 1987. С.

способствует ограничению усмотрения со стороны органов государственной власти.

В. Ф. Яковлев подчеркивает, что значение постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ состоит в выработке на основе анализа судебной практики единственно правильного толкования применяемого закона: «Выработанные Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ подходы к применению нормативных актов имеют важное значение не только для судов, но и для участников экономических отношений, которые должны организовывать свою работу по определенным, предсказуемым правилам, в том числе и по тем, которые подвергаются толкованию. Разъяснения Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации представляют собой его официальную позицию по тому или иному вопросу»¹.

Дача нормативных разъяснений базируется на практике нижестоящих судов, связана с деятельностью по применению законодательства, преследует цель обеспечить правильное, с точки зрения авторитетного интерпретатора, толкование и применение² правовых норм и ограничить усмотрение компетентных органов и их должностных лиц.

Информационные письма Президиумов Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ хотя и носят рекомендательный характер, содержат толкование правовых норм, что позволяет ограничить усмотрение компетентных органов.

Суммируя изложенное, можно прийти к выводу, что судебное толкование имеет самое непосредственное влияние на свободу выбора в ходе организующей деятельности органов публичной власти. Оно обеспечивает правильное и единообразное применение толкуемых нормативно-регулятивных средств во всех случаях, на которые они рассчитаны, устраняет неясности и возможные ошибки в законодательной технике, ограничивая тем самым возможность использования ус-

36.

¹ Яковлев В.Ф. Предисловие к сб. Постановления Пленума ВАС РФ, принятые с апреля 1992 г. по ноябрь 2000 г. // Вестник ВАС РФ. Специальное приложение. 2001. № 1. С. 7.

² См.: Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 153.

мотрения для создания препятствий при непосредственной реализации права, необоснованного ограничения прав и свобод граждан.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Конституция РФ, признавая человека, его права и свободы высшей ценностью, заложила фундамент для формирования современного (интегративного) правопонимания, в центре которого находится свободная личность. В соответствии с этим в Основном законе устанавливается иной характер взаимоотношений государства с его гражданами – органы публичной власти всех ветвей и уровней обязаны уважать права и свободы человека, соблюдать их и содействовать в их реализации. Теперь именно они (права и свободы) определяют смысл, содержание и применение законов.

Такой подход позволяет по-новому подойти к проблеме усмотрения в процессе реализации права, более полно раскрыть её положительные стороны. Основные положения и выводы в работе следующие.

С позиций современного (интегративного) правопонимания усмотрение в процессе реализации права – это закреплённая в нормативно-регулятивных средствах свобода выбора субъектов при решении конкретного юридического дела (вопроса) в рамках индивидуального правового регулирования в целях правозаконной, разумной, справедливой и эффективной организации и непосредственного осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей личностью.

Свобода выбора закрепляется с помощью всей системы нормативно-регулятивных средств, образующих внутреннюю форму права – правовых норм и нормативных обобщений.

Вместе с тем первые нормативные правовые акты российского государства практически не содержали нормативных положений, дающих возможность субъектам права действовать по своему усмотрению. Связано это было с преобладанием в правовом регулировании обязательного начала, необходимого для сохранения зависимости отдельных слоев населения и не предполагающего многовариантности в поведении, а также с казуальным характером законодательства – стремлением урегулировать поведение индивидов в каждой конкретной ситуации.

Последующее развитие общественных отношений, торговли, усложнение гражданского оборота показали, что такой способ регулирования малоэффективен – нормативные средства уже не могли, как раньше, исчерпывающим образом определять порядок действий субъектов права, поскольку возникающие жизненные ситуации становились все многообразнее. В этой связи происходит совершенствование нормативной правовой базы, в ходе которого за субъектами закрепляется некоторая свобода выбора варианта поведения в той или иной ситуации.

Большое влияние на формирование теории усмотрения в современной юридической науке оказали особенности нормативного закрепления свободы выбора в источниках права советского периода и её практическое осуществление в данный период.

Если в первых законодательных актах Советского государства возможность совершать действия по своему усмотрению, руководствуясь при этом лишь «революционным» правосознанием, проходила красной нитью, то последовавшие за этим репрессии и террор привели к тому, что «революционное» правосознание заменилось необходимостью укрепления «социалистической» законности, при которой усмотрение в правореализующей деятельности отошло на второй план.

Анализ действующего российского законодательства дает возможность констатировать, что свобода выбора варианта поведения закрепляется в различных источниках права, с помощью разных нормативно-регулятивных средств и в разных отраслях права. Такая свобода предоставляется всем субъектам реализации права: как индивидам (их объединениям) при непосредственной реализацией права, так и органам публичной власти в ходе правоприменения. Каждая из названных форм реализации права обладает определенными специфическими чертами, определяющими особенности усмотрения в их деятельности.

Непосредственная реализация права – это активное правомерное поведение индивидов и их объединений по осуществлению прав, свобод и исполнению обязанностей, в ходе которого они проявляют самостоятельность, инициативность, творчество. Для проявления этих качеств необходимо усмотрение: оно способствует тому, чтобы субъект права мог самостоятельно отыскать из всей совокупно-

сти именно те нормативно-регулятивные средства, которые позволяют удовлетворить возникший у него интерес или потребность наиболее эффективно. Осознавая возможность выбора, гражданин должен осмыслить каждый вариант, усвоить закрепленные в них правила и выбрать тот, который будет наиболее правильным в данном случае. Таким образом, усмотрение при непосредственной реализации права – это закрепленная в нормативно-регулятивных средствах свобода выбора индивидов и их объединений при решении конкретного юридического вопроса в рамках индивидуального правового регулирования в целях эффективного осуществления прав и свобод и исполнения обязанностей.

При этом усмотрение при осуществлении прав, исполнении обязанностей и соблюдении запретов должно проходить в пределах правоспособности субъекта непосредственной реализации права, в соответствии с назначением прав и обязанностей, добросовестно и разумно. Активность свойственна не только при осуществлении прав и свобод, исполнении обязанностей гражданами, но и в ходе правоприменения.

Применение права – это активная деятельность органов публичной власти по организации осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей личностью. В процессе правоприменения публичные органы власти должны использовать все имеющиеся в их арсенале средства, гарантирующие гражданам возможность использования принадлежащих им прав, свобод и надлежащего исполнения обязанности. Несмотря на свойственный для них разрешительный тип правового регулирования, в основе которого лежит формула «запрещено все, кроме того, что прямо разрешено», должностные лица должны действовать активно, инициативно, вникать во все сложности возникшей для человека ситуации и принимать решение, обеспечивающее его социально-правовое благополучие.

Такое понимание применения права позволяет констатировать, что усмотрение органично включается в содержание такой деятельности. Более того, свобода выбора для правоприменителя носит обязывающе-дозволительный характер: если применение правовых норм, регулирующих данные правоотношения, приводит к принятию ошибочного, неправового, а то и вовсе абсурдного решения, ор-

ганы публичной власти обязаны выбрать такой вариант решения, который соответствует интересам личности и обеспечивает его социально-правовое благополучие.

Сказанное позволило сформулировать следующее определение усмотрения в процессе организации осуществления прав и свобод личности со стороны органов публичной власти: официально закреплённая в нормативно-регулятивных средствах свобода выбора органа публичной власти при решении конкретного юридического дела в рамках индивидуального правового регулирования в целях законной, разумной и справедливой организации осуществления прав и свобод личности.

Таким образом, свобода выбора в процессе реализации права, рассматриваемая под углом зрения современного (интегративного) правопонимания, может стать тем инструментом, с помощью которого возможно преодоление психологического отчуждения права, правового нигилизма, повышение правовой культуры и правосознание, а в итоге – обеспечение правозаконности и правопорядка.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК**Нормативные правовые акты**

1. Послание Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации от 12 декабря 2013 г. // Российская газета. 2013. 13 декабря.
2. Конституция Российской Федерации // Российская газета. 1993. 25 декабря.
3. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (ред. 14.06.2012) // СЗ РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532; 2012. – № 25. – Ст. 3266.
4. Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. – 2001. - № 44. – Ст. 4147; 2013. - № 52 (часть 1). – Ст. 7011.
5. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. – 1998. - № 31. – Ст. 3824; 2013. - № 52 (часть 1). – Ст. 6985.
6. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (ред. 29.11.2012) // СЗ РФ. – 2001. – № 52 (ч. I). – Ст. 4921; РГ. – 2012. – 13 декабря.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. 02.11.2013) // СЗ РФ. – 1994. - № 32. – Ст. 3301; 2013. - № 44. – Ст. 5641.
8. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. 31.01.2014) // СЗ РФ. – 1996. - № 1. – Ст. 16; 2013. - № 48. – Ст. 6165.
9. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. – 2005. - № 1 (часть 1). – Ст. 14; 2013. - № 52 (часть 1). – Ст. 6982.

10. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. – 2002. - № 1 (часть 1). – Ст. 3; 2013. - № 52 (часть 1). – Ст. 6986.
11. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. 03.02.2014) // СЗ РФ. – 2001. - № 52 (часть 1). – Ст. 4921; 2014. - № 6. – Ст. 556.
12. Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. (ред. 26.11.2001) // Ведомости ВС РСФСР. – 1964. – № 24. – Ст. 407; СЗ РФ. – 2001. – № 49. – Ст. 4553.
13. Гражданский процессуальный кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. (ред. 31.12.2002) // Ведомости ВС РСФСР. – 1964. – № 24. – Ст. 407; СЗ РФ. – 2003. – № 1. – Ст. 2.
14. Исправительно-трудовой кодекс РСФСР от 18 декабря 1970 г. (ред. 21.12.1996) // Ведомости ВС РСФСР. – 1970. – № 51. – Ст. 1220; СЗ РФ. – 1996. – № 52. – Ст. 5881.
15. Кодекс законов о труде РСФСР от 9 декабря 1971 г. (ред. 10.07.2001) // Ведомости ВС РСФСР. – 1971. – № 50. – Ст. 1007; СЗ РФ. – 2001. – № 29. – Ст. 2945.
16. Кодекс о браке и семье РСФСР от 30 июля 1969 (ред. 07.03.1995) // Ведомости ВС РСФСР. – 1969. – № 32. – Ст. 1397; СЗ РФ. – 1995. – № 11. – Ст. 939.
17. О суде: декрет ВЦИК от 7 марта 1918 г. № 2 // Консультант Плюс.
18. О суде: декрет СНК РСФСР от 24 ноября 1917 г. // Консультант Плюс.
19. О безопасности дорожного движения: ФЗ от 10 декабря 1995 г. № 196-ФЗ (ред. 28.07.2012) // СЗ РФ. – 1995. – № 50. – Ст. 4873; 2012. – № 31. – Ст. 4320.
20. О государственной гражданской службе Российской Федерации: ФЗ от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ (ред. 21.11.2011) // СЗ РФ. – 2004. – № 31. – Ст. 3215; 2011. – № 48. – Ст. 6730.
21. О защите прав потребителей: Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. 02.07.2013) // СЗ РФ. – 1996. - № 3. – Ст. 140; 2013. - № 27. – Ст. 3477.

22. О муниципальной службе в Российской Федерации: ФЗ от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ (ред. 21.11.2011) // СЗ РФ от 2007. – №10. – Ст. 1152; 2011. – №48. – Ст. 6730.
23. О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля: ФЗ от 26.12.2008 (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. – 2008. - № 52 (часть 1). – Ст. 6249; 2013. - № 52 (часть 1). – Ст. 6981.
24. О полиции: ФЗ от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ (ред. 25.06.2012) // СЗ РФ. – 2001. – № 7. – Ст. 900; 2012. – № 26. – Ст. 3441.
25. О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию: ФЗ от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ (ред. 12.11.2012) // СЗ РФ. – 1996. – № 34. – Ст. 4029; 2012. – № 47. – Ст. 6398.
26. О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: ФЗ от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ (ред. 12.11.2012) // СЗ РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3032; 2012. – № 47. – Ст. 6396.
27. О прокуратуре Российской Федерации: ФЗ от 17 января 1992 г. № 2202-1 (ред. 21.11.2011) // СЗ РФ. – 1995. – № 47. – Ст. 4472; 2011. – № 48. – Ст. 6730.
28. О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов: ФЗ от 2 августа 1995 № 122-ФЗ (ред. 21.11.2011) // СЗ РФ. – 1995. – № 32. – Ст. 3198; 2011. – № 48. – Ст. 6772.
29. О судебной системе Российской Федерации: ФКЗ от 31.12.1996 № 1-ФКЗ (ред. 08.06.2012) // СЗ РФ. – 1997. – № 1. – Ст. 1; 2012. – № 24. – Ст. 3064.
30. Об арбитражных судах в Российской Федерации: ФКЗ от 28.04.1995 № 1-ФКЗ (ред. 06.12.2011) // СЗ РФ. – 1995. – № 18. – Ст. 1589; 2011. – № 50. – Ст. 7334.
31. О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации: ФЗ от 02.05.2006 № 59-ФЗ (ред. 02.07.2013) // СЗ РФ. – 2006. – № 19. – Ст. 2060; 2013. – № 27. – Ст. 3474.

32. Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации: ФЗ от 06.10.2003 № 131-ФЗ (ред. 28.12.2013) // СЗ РФ. – 2003. – № 40. – Ст. 3822; 2013. – № 52 (часть 1). – Ст. 6981.
33. О судах общей юрисдикции в Российской Федерации: ФКЗ от 07.02.2011 г. № 1-ФКЗ (ред. 01.12.2012) // СЗ РФ. – 2011. – № 7. – Ст. 898; 2012. – № 49. – Ст. 6746.
34. Об основных гарантиях избирательных прав и прав на участие в референдуме граждан Российской Федерации: ФЗ от 12.06.2002 № 67-ФЗ (ред. 21.02.2014) // СЗ РФ. – 2002. - № 24. – Ст. 2253; 2014. - № 8. – Ст. 739.
35. О таможенном регулировании в Российской Федерации: ФЗ от 27 ноября 2010 г. (ред. 06.12.2011) // СЗ РФ. – 2010. – №48. – Ст. 6252; 2011. – № 50. – Ст. 7351.
36. О трудовых пенсиях в Российской Федерации: ФЗ от 17 декабря 2001 г. (ред. 03.12.2011) // СЗ РФ. – 2001. – №52(1ч.). – Ст. 4920; 2011. – № 49. – Ст. 7057.
37. Об исполнительном производстве: ФЗ от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ (ред. 28.07.2012) // СЗ РФ. – 2007. –№ 41. – Ст. 4849; 2012. – № 31. – Ст. 4333.
38. Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации: ФЗ от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ (ред. 28.12.2010) // СЗ РФ. – 1997. – №9. – Ст. 1011; 2011. – №1. – Ст. 1.
39. Устав города Красноярск: принят Решением Красноярского городского Совета от 24 декабря 1997 г. № В-62 (ред. 13.10.2011) // Городские новости. – 1998. – 16 января; 2011. – 15 ноября.
40. Кодекс этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Министерства финансов Российской Федерации: утв. Минфином РФ от 23 марта 2011 г. // Консультант Плюс.
41. Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения государственных служащих Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору: приказ Ростехнадзора от 28 июня 2011 г. № 328 // Консультант Плюс.

42. Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Федерального казначейства: приказ Казначейства РФ от 14 июля 2011 г. № 283 // Консультант Плюс.
43. СУ РСФСР. 1918. № 44. Ст. 533.
44. СУ РСФСР. 1919. № 53. Ст. 504.

Судебная практика

45. Колевы против Болгарии: информация о постановлении ЕСПЧ от 5 ноября 2009 г. (жалоба № 1108/02) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. – 2010. – № 3.
46. Определение Конституционного Суда РФ от 9 апреля 2002 г. № 90-О // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2002. – № 5.
47. Определение КС РФ № 188-О от 5 июля 2002 г. // Консультант Плюс.
48. Определение КС РФ № 318-О от 16 октября 2003 г. // Консультант Плюс
49. Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2011 г. № 5-П // РГ. – 2011. – 5 апреля.
50. Постановление Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2011 г. № 28-П // РГ. – 2011. – 30 декабря.
51. Постановление Конституционного Суда РФ от 17 декабря 1996 г. N 20-П // Вестник Конституционного Суда РФ. – 1996. – № 5.
52. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 января 1993 г. № 1-П // Вестник Конституционного Суда РФ. – 1993. – № 2 – 3.
53. О применении судами РФ Трудового кодекса РФ: постановление Пленума ВС РФ от 17 марта 2004 г. № 2 (ред. 28.09.2010) // Консультант Плюс.
54. О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. №8 // Бюллетень ВС РФ. – 1996. – №1.
55. Обзор кассационной и надзорной практики Судебной коллегии по гражданским делам Красноярского краевого суда за 2 квартал 2008 года: обзор

- Красноярского краевого суда от 12 декабря 2008 г. // Буква закона. – 2008. – № 53.
56. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 8 февраля 2008 г. № А33-798/07-Ф02-9652/07 // Консультант Плюс.
57. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 10 июля 2013 г. Дело № А58-5856/2012 // СПС «Право.ru».
58. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 27 марта 2001 г. по делу № А33-12292/99-С3-Ф02-550/01-С1 // Консультант Плюс.
59. Постановление ФАС Дальневосточного округа от 4 февраля 2011 г. № Ф03-9084/2010 по делу № А51-2607/2010 // Консультант Плюс.
60. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25 сентября 2012 г. по делу № А53-4066/2012 // ГАРАНТ аэро.
61. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 17 февраля 2011 г. по делу № А53-12336/2010 // Консультант Плюс.
62. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 14 ноября 2003 г. № Ф08-4487/2003-1713А // Консультант Плюс.
63. Постановление ФАС Поволжского округа от 9 июня 2006 г. по делу № А55-8786/2005 // ГАРАНТ аэро.
64. Приложение к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г. № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса РФ о банковской гарантии» // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 3.
65. Решение Арбитражного суда Воронежской области от 25 января 2005 г. // Архив Арбитражного суда Воронежской области. – 2005.

Литература на иностранном языке

66. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. London, 1832. P. 502.
67. Cooper E.H. Timing as Jurisdiction: Federal Civil Appeals in Context // Law and Contemporary Problems. 1984. 47. P. 158.

68. Davis K.C. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1969.
69. Dias R. *Jurisprudence*. London, 1995. P. 333.
70. *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce. Commentary on the Directives on distance Selling, Electronic Signatures, Electronic Commerce, Copyright in the Informational Society, and Data Protection* / Ed. Arno R. Lodder, Henrik W.K. Kaspersen. The Hague, 2002.
71. Emerson R.M. *Judging Delinquents: Context and Process in the Juvenile Court*. Chicago: Aldine Press, 1969. P. 311.
72. Frank J. *Law and the Modern Mind*. 1985.
73. Hawkins K. *Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution*. Oxford: Clarendon Press, 1984.
74. Holmes O.W.Jr. *The Common Law*. Dover Publications, 1991. P. 464.
75. Llewellyn K.N. *A Realistic Jurisprudence - the Next Step* // 30 *Columbia Law Review*. 1930. P. 431.
76. Manning J. *The Absurdity Doctrine* // *Harvard Law Review*. 2003. N 8. P. 2388.
77. McLeod I. *Legal Theory*. London : Macmililan Press Ltd, 1999. P. 166.
78. Pound R. *Interpretations of legal history*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1946. P. 414.
79. Pound R. *Mechanical Jurisprudence* // *Colum. L. Rev.* 1908. Vol. 8. P. 605.
80. Sunstein C. *Problems with Rules* // *California Law Review*. 1995. N 83. P. 953 - 986.
81. *United States v. Wunderlich*, 342 U.S. 98, 101 (1951).

Специальная литература на русском языке

82. Абушенко Д.Б. *Судебное усмотрение в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук.* – Екатеринбург, 1998. – 23 с.
83. Агарков М.М. *Теория государства и права: учебник* / М.М. Агарков, М.А. Аржанов, С.Ф. Кечекьян, М.С. Строгович. – М.: Госюриздат, 1948. – 574 с.

84. Адушкин Ю. С. О принципах процессуальной экономии и административного усмотрения в дисциплинарном производстве // Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977 года. – Саратов: Саратов. ун-т, 1980. – С. 258 – 261.
85. Актуальные проблемы советского права / отв. ред Т.Г. Шавгулидзе. – Тбилиси: Мецниереба, 1988. – 357 с.
86. Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – 176 с.
87. Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. – М.: Юрид. лит, 1982. – 360 с.
88. Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Антология уральской цивилистики: сб. статей. 1925 – 1989. – М.: Статут, 2001. – С. 54 – 68.
89. Алексеев С. С. Проблемы теории права. Основные вопросы теории социалистического права: курс лекций. В 2 т. Т.1. – Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1972. – 396 с.
90. Алексеев С. С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М.: Норма, 1998. – 409 с.
91. Алексеев С.С. Теория права. – М.: Бек, 1995. – 311 с.
92. Алексеев С. С. Философия права: История и современность. Проблемы. Тенденции. Перспективы. – М.: Норма, 1997. – 336 с.
93. Аристотель. Сочинения в 4 т. Т. 4. – М.: Мысль, 1983. – 830 с.
94. Астахов П. Большая правовая энциклопедия. – М.: Эксмо, 2010. – 972 с.
95. Афанасьев С.Ф. Проблема истины в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1998. – 22.
96. Бабаев В. К. Презумпции в российском праве и юридической практике // Проблемы юридической техники: сб. статей. – Н. Новгород, 2000. – С. 323 – 330.
97. Бабаев В. К. Презумпции в советском праве: учеб. пособие. – Горький, 1974. – 124 с.

98. Бабенко А. Н. Правовые ценности и освоение их личностью: автореф. дис. ... док. юрид. наук. – М., 2002. – 46 с.
99. Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – Саратов, 2001. – 416 с.
100. Барак А. Судейское усмотрение. – М.: Норма, 1999. – 364 с.
101. Барнашова Л. П. Воспитательная функция советского права и правовое воспитание (к вопросу об их соотношении) // Вопросы теории и государственного строительства. – Томск, 1979. – С. 37 – 41.
102. Безина А. К. Правоконкретизирующая деятельность судов и её роль в развитии советского права / А.К. Безина, В.В. Лазарев // Вопросы социалистической законности в деятельности административных и хозяйственных органов. – Казань: Казан. ун-т, 1968. – С. 93 – 107.
103. Белов Г. А. Общественно-политическая активность как проявление политической культуры // Сов. государство и право. – 1984. – № 6. – С. 3 – 10.
104. Белогриц-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права: Общая и особенная часть. – Киев: Южно-Русское Книгоиздат. Ф.А. Югасона, 1903. – 620 с.
105. Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы. Общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2008. – 22с.
106. Березин А. А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Н.Новгород, 2007. – 26 с.
107. Бержель Ж.Л. Общая теория права. – М.: Nota Bene, 2000. – 576 с.
108. Богданов Е. Категория «добросовестности» в гражданском праве // Российская юстиция. – 1999. – № 9. – С. 12 – 15.
109. Большой толковый словарь русского языка / под ред. Д.Н. Ушакова. – М.: АСТ, 2004. – 1268.
110. Бондарь Н. С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении: учеб. пособие. – М.: Городец, 2004. – 352 с.

111. Боннер А. Т. Применение закона и судебное усмотрение // Сов. государство и право. – 1979. – № 6. – С. 34 – 42.
112. Боннер А. Т. Установление обстоятельств гражданских дел. – М.: Городец, 2000. – 328 с.
113. Борисов В. В. Правовой порядок развитого социализма: Вопросы теории. – Саратов: Саратов. ун-т, 1977. – 408 с.
114. Борисова Л. В. Соотношение законности и разумности в гражданском судопроизводстве // Юрист. – 2007. – № 2. – С. 58 – 60.
115. Ванеева Л.А. Судебное познание в советском гражданском процессе: учеб. пособие. – Владивосток: ДГУ, 1972. – 133 с.
116. Васильев Ю.С. Взаимодействие права и морали // Сов. государство и право. – 1966. – № 11. – С. 12 – 20.
117. Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч.1. – Харьков: Гос. ун-т им. А.М. Горького, 1958. – 339 с.
118. Виниченко Ю. В. Разумность в гражданском праве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – Иркутск, 2003. – 190 с.
119. Витрук Н. В. Законность: понятие, защита и обеспечение. Конституционная законность и правосудие // Общая теория государства и права. В 2 т. Т. 2 Теория права / под ред. М. Н. Марченко. – М.: Зерцало, 1998. – 640 с.
120. Витрук Н. В. Закономерности правового положения личности при социализме (задачи исследования) // Конституция СССР и правовое положение личности. – М.: ИГиПАН СССР, 1979. – С. 31 – 42.
121. Власенко Н. А. Разумность и право: связь явлений и пути исследования // Журнал российского права. – 2011. – № 11. – С. 45 – 57.
122. Воеводин Л. Д. Реализация конституционных прав и свобод советских граждан и деятельность высших представительных органов // Проблемы развития представительных органов власти социалистического государства. – М.: МГУ, 1979. – С. 93 – 160.

123. Волкова Н.С. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент / Н.С. Волкова. Т.Я. Хабриева. – М.: Норма, 2005. – 176 с.
124. Вопленко Н. Н. Сущность, принципы и функции права: учеб. пособие. – Волгоград: Волгоград. ун-т, 1998. – 56 с.
125. Вышинский А.Я. Основные задачи науки советского социалистического права. – М.: НКЮ СССР, 1938. – 192 с.
126. Гаврилов О. А. Математические методы и модели в социально-правовом исследовании М.: Наука, 1980. – 184 с.
127. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. – М.: Зерцало, 2003. – 816 с.
128. Гегель Г.Ф. Философия права. – М.: Мысль, 1990. – 524 с.
129. Глазунов А.Р. Реплика в защиту судов // Налоговое право в решениях Конституционного Суда РФ 2004 г. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 113 – 117.
130. Гоббс Т. Сочинения. В 2 т. Т. 2. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. – М.: Мысль, 1991. – 736 с.
131. Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Сов. государство и право. – 1978. – N 3. – С. 113 – 118.
132. Грачева Ю. В. Судейское усмотрение в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – 30.
133. Гредескул Н. А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Социально-юридическое исследование. – Харьков: Типогр. А. Дарре, 1900. – 235 с.
134. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – 411 с.
135. Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. – М.: Юрид. лит., 1976. – 175 с.
136. Гуссерль Э. Собрание сочинений. Т. 2. Логические исследования. – М.: Гозис, 2001. – 473 с.

137. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. 1. – М.: Прогресс: Универс, 1994.
138. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. 4. – М.: Русский язык, 1978.
139. Демидов В. В. Законность в современном российском государстве: дис. ... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2004. – 169 с.
140. Дюрягин И. Я. Применение норм советского права: Теоретические вопросы. – Свердловск, 1973. – 279 с.
141. Дивеева Н. И. Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб, 2008. – 45 с.
142. Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Юридические фикции. Презумпция. Скрытые символические притворные и мнимые действия. Фидуциарные сделки. – Казань: Тип. Император. Ун-та, 1895. – 176 с.
143. Доунс Д. Финансово-инвестиционный словарь / Д. Доунс, Д. Гудман. – М.: ИНФРА-М, 1997. – 586 с.
144. Дугин А. Предисловие. Теория Евразийского государства // Алексеев Н. Н. Русский народ и государство. – М.: Аграф, 1998. – С. 1 – 12.
145. Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства. – СПб.: Изд. Н.К. Мартынова, 1909. – 81 с.
146. Егоров Н. Д. О понятии субъективного права // Правосубъектность по гражданскому и хозяйственному праву. – Л.: ЛГУ, 1983. – С. 3 – 11.
147. Жилин Г. А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. – М.: Городец, 2000. – 320 с.
148. Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. – М.: Юрид. лит., 1966. – 192 с.
149. Зорькин В. Д. Верховенство права и императив безопасности // РГ. – 2012. – 16 мая.

150. Ильин И. А. Собрание сочинений. Т.4. Общее учение о праве и государстве. – М.: Русская книга, 1994. – 622 с.
151. Иоффе О. С. Вопросы теории права / О.С. Иоффе, М.Д. Шаргородский. – М.: Юрид. лит., 1961. – 381 с.
152. Иоффе О. С. Правоотношения по советскому гражданскому праву. – Л.: ЛГУ, 1949. – 143 с.
153. Исаков В. Б. Механизм правового регулирования // Проблемы теории государства и права / под ред. С. С. Алексеева. – М.: Юрид. лит, 1987.
154. Исаков В. Б. Индивидуальное регулирование общественных отношений как элемент системы правового регулирования / В.Б. Исаков, Т.В. Кашанина, В.К. Самигуллин // Сб. аспирантских работ: материалы ежегод. аспирантская конференции. Вып. 17. – Свердловск, 1974. – С. 3 – 12.
155. История государственно-правовых учений: учебник / под ред. В. В. Лазарева. – М.: Спарк, 2006. – 672 с.
156. История отечественного государства и права: учебник. Ч.1 / под ред. О.И. Чистякова. – М.: Юристъ, 2004. – 430 с.
157. История политических учений. Ч. 2. / под ред. А. И. Денисовой, О. Э. Лейста. – М.: Юрид. лит., 1978. – 424 с.
158. Казимирчук В. П. Социалистический образ жизни и социально-правовая активность личности // Социалистическая законность. – 1977. – № 3. – С. 37 – 40.
159. Кант И. Сочинения. В 6 т. Т. 4 Ч. 1. – М.: Мысль, 1965. – 544 с.
160. Кант И. Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. – М.: Мысль, 1965. – 478 с.
161. Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. – М.: Ками, 1994. – 584 с.
162. Карасева М.В. Финансовое правоотношение. – Воронеж: ВГУ, 1997. – 304 с.
163. Карбонье Ж. Юридическая социология. – М.: Прогресс, 1986. – 352 с.
164. Кашанина Т. В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Государство и право. – 1992. – № 1. – С. 122 – 130.

165. Кашанина Т. В. Соотношение централизованного и децентрализованного правового регулирования // Правоведение. – 1991. – №4. – С. 54 – 64.
166. Кемеров В. Е. Проблема личности: методология исследования и жизненный смысл. – М.: Политидат, 1977. – 255 с.
167. Кикнадзе Д. А. Потребности, поведение, воспитание. – М.: Мысль, 1968. – 178 с.
168. Ключевский В. О. История сословий в России // Сочинения. В 9 т. Т. 6.– М.: Мысль, 1989. – 476 с.
169. Княгинин К. Н. Поднормативное правовое регулирование и обеспечение прав личности // Актуальные вопросы правоведения: информационные материалы. – Екатеринбург: Институт философии и права УрО РАН, 1992. – С. 26 – 32.
170. Кожевников С. Н. Социально-правовая активность личности и условия ее действительности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1992. – 20 с.
171. Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. – Свердловск, 1971. – 167.
172. Комментарий к Налоговому кодексу Российской Федерации, частей первой и второй / под ред. Ю.Ф. Кваши. – М.: Юрай-Издат, 2006. – 1292 с.
173. Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник. – М.: Наука, 1975. – 717 с.
174. Коренев А. П. Нормы административного права и их применение. – М.: Юрид. лит., 1978. – 144 с.
175. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. – СПб.: Изд. Н.К. Мартынова, 1909. – 354 с.
176. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб.: Изд. Н.К. Мартынова, 1898. – 354 с.
177. Корнев В. Н. Проблемы теории правосознания в современной отечественной юриспруденции // История государства и права. – 2009. – № 20. – С. 38 – 41.
178. Королёв А. Ю. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации: Постатейный. – М.: Юстицинформ. – 2003. – 416 с.

179. Краснояружский С. Индивидуальное правовое регулирование // Сов. юстиция. – 1989. – № 13. – С. 15.
180. Краткий словарь иностранных слов / сост. С.М. Локшина. – М.: Русский язык, 1978. – 352 с.
181. Крупеня Е. М. Политико-правовая активность личности и Российское государство: к вопросу о цивилизационной соотносимости // История государства и права. – 2009. – № 7. – С. 28 – 31.
182. Куденева Г.А. Рассмотрение дел о защите деловой репутации // Арбитражная практика. – 2003. – № 11. – С. 3 – 7.
183. Кудрявцев В. Н. Законность: содержание и современное состояние // Законность в Российской Федерации. – М.: Спарк, 1998. – С. 4 – 12.
184. Кудрявцев В. Н. Эффективность правовых норм / В.Н. Кудрявцев, И.С. Самощенко, В.Н. Никитинский, В.В. Глазырин. – М.: Юрид. лит., 1980. – 280 с.
185. Кузнецова О. А. Презумпции в гражданском праве. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – 349 с.
186. Курылев С. В. Установление истины в советском правосудии: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1967. – 30 с.
187. Кучинский В. А. Личность, свобода, право. – М.: Юрид. лит, 1978. – 208 с.
188. Лавриненко В. Н. Проблемы социальных интересов в ленинизме. – М.: Мысль, 1978. – 188 с.
189. Лазарев В. В. Применение права. Социально-психологические аспекты. – Казань: Казанский ун-т, 1982. – 144 с.
190. Лапаева В. В. Проблемы общей теории права и государства: учебник. – М.: Норма, 2004. – 832 с.
191. Лапшин И. С. Диспозитивные нормы права. – Н.Новгород, 2002. – 132с.
192. Левенталь Я.Б. К вопросу о презумпциях в советском гражданском процессе // Советское государство и право. – 1949. – № 6. – С. 57 – 64.
193. Леонтьев А. Н. Деятельность. Сознание. Личность. – М.: Политиздат, 1977. – 304 с.

194. Локк Дж. Сочинения. В 3 т. Т. 3. Два трактата о правлении. – М.: Мысль, 1988. – 668 с.
195. Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. – М.: Прогресс, 1993. – 384 с.
196. Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности. – М.: Юрид. лит., 1981. – 216 с.
197. Малеин Н. С. Юридическая ответственность и справедливость. – М.: Манускрипт, 1992. – 204 с.
198. Маликов М. К. Проблемы усмотрения правоприменителя: Природа, признаки, пределы. – Уфа, 1990. – 68 с.
199. Маликов М. К. Роль индивидуального регулирования в советском правовом государстве // Осуществление и защита имущественных прав граждан и организаций в условиях формирования социалистического правового государства. – Уфа, 1991. – С. 157 – 161
200. Малиновский А. А. Усмотрение в праве // Государство и право. – 2006. – № 4. – С. 102 – 104.
201. Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. – М.: Прометей, 1999. – 419 с.
202. Мальцев Г. В. Социалистическое право и свобода личности: Теоретические вопросы. – М.: Юрид. лит., 1968. – 143 с.
203. Манохин В. М. Правовое государство и проблема управления по усмотрению // Советское государство и право. – 1990. – № 1. – С. 23 – 30.
204. Мансуров К. С. Теоретические предпосылки прогнозирования развития личности и ее активности // Активность личности в социалистическом обществе. – М.: Наука, 1976.
205. Марксистско-ленинская общая теория государства и права. В 4 т. Т. 4 / ред. В.М. Чхивадзе. – М.: Юрид. лит., 1973. – 647 с.
206. Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Т. 4. Социалистическое право / отв. ред. Е.А. Лукашева. – М.: Юрид. лит., 1973. – 647 с.

207. Марцифин П. Г. Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект). – Омск: Омская акад. МВД России, 2002. – 236 с.
208. Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия: Теоретические проблемы субъективного права. – Саратов: Саратов. ун-т, 1972. – 292 с.
209. Минникес И. А. Индивидуальное правовое регулирование: теоретико-правовой анализ: дис. ... д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 2009. – 312 с.
210. Мишина Е. А. Властное усмотрение: во зло или во благо? // Законодательство и экономика. – 2009. – № 11. – С. 14 – 17.
211. Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М.: Госполитиздат, 1955. – 799 с.
212. Морозова Л. А. Теория государства и права: учебник. – М.: Эксмо, 2005. – 448 с.
213. Муромцев С. А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. – 1880. – № 11. – С. 391.
214. Наумов В.Б. Право и Интернет: Очерки теории и практики. – М.: Университет, 2002. – 431 с.
215. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. – М.: Госюриздат, 1960. – 511 с.
216. Нерсесянц В. С. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. – М.: Юрист, 1996. – 160 с.
217. Нерсесянц В. С. Философия права: учебник. – М.: Норма, 2005. – 656 с.
218. Нерсесянц В.С. Философия права Гегеля. – М.: Юрист, 1998. – 352 с.
219. Нерсесянц В. С. Юриспруденция: Введение в курс общей теории права и государства. – М.: Норма-Инфра-М, 1998. – 288 с.
220. Общая теория советского права / под ред. С. Н. Братуся и И. С. Самощенко. – М.: Юрид. лит, 1966. – 491 с.
221. Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М.: Сов. Энциклопедия, 1972. – 847 с.
222. Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов и Н.Ю. Шведова. – М.: Азбуковник, 1997. – 944 с.

223. Оксамытный В. В. Правовое воспитание – важный фактор формирования социально активной личности. – Киев, 1979. – 74 с.
224. Осипов А. В. Понятие и характерные черты соблюдения норм права // Вопросы теории государства и права. Личность, право, правовая система: Межвуз. науч. сб. Вып. 8. – Саратов, 1988. – С. 72 – 82.
225. Памятники русского права. Вып. 2 / ред. Л.В. Черепнина. – М.: Госюриздат, 1953. – 442 с.
226. Панин И. В. Принципы взаимодействия институтов государственного регулирования и саморегулирования // Юридические науки. – 2004. – № 6. – С. 58 – 62.
227. Папкова О.А. Понятие судебного усмотрения // Журнал российского права. – 1997. – № 12. – С. 102 – 107.
228. Папкова О.А. Усмотрение суда. – М.: Статут, 2005. – 413 с.
229. Пашков А. С. Эффективность действия правовой нормы / А.С. Пашков, Л.С. Явич // Советское государство и право. – 1970. – № 3. – С. 40 – 48.
230. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб.: Лань, 2000. – 608 с.
231. Петров Г. И. Советское административное право. Общая часть. – Л.: ЛГУ, 1960. – 344 с.
232. Петрухин И.Л. Внутреннее убеждение суда и правовые презумпции // Советское государство и право. – 1964. – № 3. – С. 63 – 71.
233. Пиголкин А. С. Формы реализации норм общенародного права // Советское государство и право. – 1963. – № 6. – С. 26 – 36.
234. Платон. Сочинения: В 3 т. Т. 3. – М.: Мысль, 1972. – 687 с.
235. Погорелова Н. С. Судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2005. – 173с.
236. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 2003. – 350 с.

237. Поленов А.Я. О крепостном состоянии крестьян в России // Русская философия собственности XVIII-XX вв.: сб. – СПб.: Ганза, 1993. – 510с.
238. Поликанова Е. П. Социальная активность как категория исторического материализма. – М.: Политиздат, 1986. – 196 с.
239. Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 22 декабря 2011г. // РГ. – 2011. – 23 декабря.
240. Права личности в социалистическом обществе / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, М.С. Строгович. – М.: Наука, 1981. – 272 с.
241. Право, свобода, демократия: материалы «круглого стола» // Вопросы философии. – 1990. – № 6. – С. 3 – 41.
242. Прусаков А. Д. Правовая активность как юридическая категория: основы теории // Право и политика. – 2008. – № 4. – С. 803 – 807;
243. Психологические проблемы социальной регуляции поведения / ред. Е.В. Шорохова, М.И. Бобнева. – М.: Наука, 1976. – 368 с.
244. Российское законодательство X - XX веков. Т. 2. Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства / ред. О.И. Чистяков. – М.: Юрид. лит, 1985. – 520 с.
245. Российское законодательство X - XX веков. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века / ред. О.И. Чистяков. – М.: Юрид. лит, 1988. – 432 с.
246. Рудаков А. А. Права и обязанности как парные юридические категории: Вопросы теории: дис. ... канд. юрид. наук. – Красноярск., 2006. – 197 с.
247. Сабикенов С. О правовой активности личности при социализме // Актуальные проблемы теории социалистического государства и права. – М., 1974. – С. 182 – 185.
248. Салин П. Б. Некоторые аспекты политико-правовой природы саморегулирования // Юридические науки. – 2006. – № 3. – С. 26 – 29.
249. Самигуллин В. К. Индивидуальное регулирование в советском праве // Правоведение. – 1974. – № 5. – С. 36 – 55.
250. Свод законов Российской Империи: спец. подароч. изд. – Электрон. текстовые дан. – СПб.: Консультант Плюс, 2008. – 1эл. опт. диск.

251. Семенко Б. М. Юридические обязанности граждан СССР: Вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1978. – 21 с.
252. Семитко А. П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. – Екатеринбург: УрГЮ, 1996. – 313 с.
253. Симонов П. В. Высшая нервная деятельность человека. Мотивационно-эмоциональные аспекты. – М.: Наука, 1975. – 174 с.
254. Синайский В. И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 2002. – 638 с.
255. Слесарев В. Л. Экономические санкции в советском гражданском праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Свердловск, 1990 – 34 с.
256. Словарь иностранных слов / под ред. И.В. Лехина, С.М. Локшиной, Ф.Н. Петрова. – М.: ГИС, 1955. – 856 с.
257. Словарь русского языка. В 4 т. Т. 4. / ред. А.П. Евгеньева, Г.А. Разумникова. – М.: Русский язык, 1999. – 795 с.
258. Словарь русского языка. В 4 т. Т. 4 / Ред. А. П. Евгеньева. – М., 1961.
259. Соборное уложение 1649 г. Текст, комментарии / ред. В.И. Буганов. – Л.: Наука, 1987. – 448 с.
260. Соколова О. С. Правовые основы саморегулирования // Юрист. – 2008. – № 4. – С. 6 – 7.
261. Спектор Е. И. Проблемы реализации закона о государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр. Да здравствует подполье? // Адвокат. – 2007. – № 2. – С. 61 – 67.
262. Спиридонов Л. И. Об изучении эффективности социальной нормы как средства социализации // Избранные произведения: Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. – СПб.: С-Петербург. ин-т права им. принца П. Г. Ольденбургского, 2002.
263. Спиридонов Л. И. Теория государства и права: учебнику. – М.: изд. О.М. Храменко, 1995. – 301 с.
264. Субочев В. В. Законные интересы. – М.: Норма, 2008. – 496 с.
265. Судебная практика в советской правовой системе / ред. Братусь С.Н. – М.: Юрид лит., 1975. – 328 с.

266. Сырых В. М. Логические основания общей теории государства и права. В 3 т. Т.2. Логика правового исследования. – М.: Юстицинформ, 2004. – 560 с.
267. Сырых В. М. Теория государства и права: учебник. – М.: Юстицинформ, 2001. – 592 с.
268. Тарановский В.Ф. Учебник энциклопедии права. – Юрьев: Типогр. К. Маттисена, 1917. – 534 с.
269. Тедеев А.А. Налоговое право: учебник / А.А. Тедеев, В.А. Парыгина. – М.: ЭКСМО, 2004. – 256 с.
270. Теория государства и права / отв. ред. М.П. Карева. – М.: Госюриздат, 1955. – 460 с.
271. Теория права и государства: учебник / отв ред. Г. Н. Манов. – М.: Бек, 1995. – 336 с.
272. Теория государства и права: учебник / под ред. А.С. Пиголкина. – М.: Городец, 2003. – 544 с.
273. Теория государства и права: учебник / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Первалова. – Екатеринбург: УрГЮА, 1996. – 559 с.
274. Теория государства и права: хрестоматия. В 2 т. Т. 2 / Авт.-сост. В. В. Лазарев, С. В. Липень. Т. 2. – М.: Юристъ, 2001. – 604 с.
275. Теория права и государства: учебник / под ред. В. В. Лазарева. – М.: Право и закон, 2001. – 554 с.
276. Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право // Журнал российского права. – 2000. – № 4. – С. 70 – 79.
277. Тихомиров Ю. А. Публичное право: учебник. – М.: Бек, 1995. – 485 с.
278. Тихомиров Ю. А. Теория компетенции. – М.: Юринформцентр, 2004. – 355 с.
279. Труды первой научной сессии Всесоюзного института юридических наук. 27 января – 3 февраля 1939 г. / ред. Т.И. Голякова – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – 572 с.

280. Туманов В.А. Роль судебной практики в развитии советского права // СССР - Франция: социологический и международно-правовой аспекты сравнительного правоведения. – М.: ИГиП АН СССР, 1987. – С. 35 – 43с.
281. Туманова Л. В. Защита публично-правовых интересов в гражданском судопроизводстве: дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 2002. – 338 с.
282. Упоров И. В. Естественное и позитивное право: понятие, история, тенденции и перспективы развития / И.В. Упоров, Б.А. Схатум. – Краснодар, 2000. – 146 с.
283. Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – 192 с.
284. Фадеев В. И. Муниципальное право Российской Федерации: проблемы становления и развития: автореф. дис.... д-ра юрид. наук. – М., 1994. – 75 с.
285. Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права: курс лекций. – Казань: Казанский гос. ун-т, 1987. – 336 с.
286. Федорченко А. А. Принципы правовой системы России: Теоретико-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – 176.
287. Фома Аквинский. Сумма против язычников. Кн. 1. – Долгопрудный: Вестком, 2000. – 463 с.
288. Хайкин Я. З. Структура и взаимодействие моральной и правовой систем. – М.: Высш. шк., 1972.
289. Хропанюк В. Н. Теория государства и права. М.: Отечество, 1993. – 342с.
290. Цветков И. В. Эффективность налоговых решений Конституционного Суда РФ в 2006 г. // Налоговед. – 2007. – № 11. – С. 18 – 22.
291. Цветков И.В. Проблемные аспекты реализации правовых позиций Конституционного Суда РФ в судебно-арбитражной практике // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2003 года. – М.: Статус-Кво, 2004. – С. 71 – 73.
292. Цихоцкий А. В. Личностные качества судьи в системе обеспечения эффективности гражданского судопроизводства // Актуальные проблемы процес-

- суальной цивилистической науки: Материалы научно-практич. конференции. – Саратов, 2002. – С. 16 – 23.
293. Черданцев А. Ф. Толкование советского права. – М.: Юрид. лит., 1979. – 166 с.
294. Чхиквадзе В. М. Государство, демократия, законность. – М.: Юрид. лит., 1967. – 503 с.
295. Чечот Д. М. Административная юстиция. Теоретические проблемы. – Л.: ЛГУ, 1973. – 134 с.
296. Чичерин Б. Н. Избранные труды. – СПб.: СПбГУ, 1998. – 555.
297. Чичерин Б. Н. Философия права. – М.: Тип. И.Н. Кушнерев и К, 1900. – 336 с.
298. Шапсугов Д. Ю. Народовластие: опыт политико-правового исследования: автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. – М., 1991. – 35 с.
299. Шарифуллин В. Р. Правовое регулирование и саморегулирование: некоторые вопросы теории // Сборник аспирантских научных работ юридического факультета КГУ. – Казань, 2005. – С. 555 – 559.
300. Шарнина Л. А. К вопросу о разграничении усмотрения и произвола в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2011. – № 7. – С. 11 – 15.
301. Шарнина Л. А. Понятие политического усмотрения // Конституционное и муниципальное право. – 2008. – № 5. – С. 6 – 10.
302. Шафиров В. М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию. – Красноярск: КрасГУ, 2004. – 259.
303. Шафиров В. М. Законность в правовом государстве // Российская юстиция. – 2011. – № 4. – С. 41 – 44.
304. Шафиров В. М. Обеспечение права: человекоцентристский подход. – Красноярск: Юрид. ин-т КрасГУ, 2005. – 226 с.
305. Шафиров В. М. Правовая активность советских граждан: Вопросы теории. – Красноярск: КГУ, 1982. – 65 с.

306. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права: по изд. 1907 г. – М.: Спарк, 1995. – 556 с.
307. Шершеневич Г. Ф. Философия права. Т.1. Часть теоретическая: Общая теория права. Вып. 1. – М., 1910. – 320 с.
308. Шершеневич Г.Ф. Философия права. Т.1. Часть теоретическая: Общая теория права. Вып. 3. – М., 1912. – 513 – 698 с.
309. Шершеневич Г.Ф. Философия права. Т.1. Часть теоретическая: Общая теория права. Вып. 4. – М., 1912. – 699 – 705 с.
310. Шестакова Н. Д. Недействительность сделок: процессуальный и материальный аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2001. – 21 с.
311. Шпеман Р. Основные понятия морали. – М.: Христианская Россия, 1993. – 104 с.
312. Энциклопедический словарь. Т. 35 / ред. К.К. Арсеньева, Ф.Ф. Петрушевского. – СПб.: Изд. Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона, 1902. – 476 с.
313. Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. – СПб.: СПбГУ, 2005. – 360 с.
314. Явич Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. – М.: Госюриздат, 1961. – 172 с.
315. Яковлев В.Ф. Предисловие к сб. Постановления Пленума ВАС РФ, принятые с апреля 1992 г. по ноябрь 2000 г. // Вестник ВАС РФ. Специальное приложение. – 2001. – № 1. – С. 7 – 11.