

Д. В. Бойко

КЛАССИФИКАЦИЯ УСМОТРЕНИЯ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Для более полного понимания такой юридической категории, как усмотрение, требуется ее всесторонний анализ. Такой анализ включает в себя помимо прочего рассмотрение вопросов классификации, т. е. выделение различных видов усмотрения.

Можно выделить следующие критерии выделения видов усмотрения: по сфере человеческой деятельности, по субъекту усмотрения, по виду правовой деятельности, по форме реализации, по субъекту правоприменения, по сфере юридической деятельности, по типу взаимодействия с внешней средой.

Ключевые слова: правоприменение, усмотрение, классификация, виды усмотрения.

D. V. Boiko

CLASSIFICATION OF LAW ENFORCEMENT DISCRETION

For better understanding of such a legal category as discretion the comprehensive analysis is required. This analysis includes the consideration of classification issues i.e. distinguishing of different types of discretion.

It is possible to consider the following criteria of distinguishing of types of discretion: by the sphere of human activities, by the subject of discretion, by the type of legal activities, by the form of implementation, by the subject of law enforcement, by the sphere of juridical activities, by the type of interaction with the external environment.

Key words: law enforcement, discretion, classification, types of discretion

Сам по себе феномен усмотрения пронизывает всю человеческую практику и может считаться одним из краеугольных камней теории человеческой деятельности, характеризующих сознательное ее начало. По мнению А. А. Малиновского, «усмотрение можно определять как выбор субъектом определенной цели и способов ее достижения или как возможность выражать свою волю и принимать решения независимо от воли других лиц» [1, с. 102]. Поэтому понятие усмотрения является принадлежностью общей социально-философской проблематики, правда выступающей под различными научными «псевдонимами»: в одних случаях — прикрываясь свободой деятельности или социальной свободой, в других — «целесообразностью» деятельности и т. п. Возможно рассмотрение этого феномена и в

негативном свете как синонима произвола или крайностей свободы. Таким образом, общее понятие усмотрения имеет в виду аспект деятельности социальных субъектов, заключающийся в том, что они (субъекты) имеют возможность принимать те или иные решения и действовать в соответствии с ними более-менее свободно, отвлекаясь от внешних по отношению к ним факторов.

Правовое усмотрение в сфере правореализации можно разделить на несколько видов в зависимости от форм правореализации. Традиционно в теории права различают три основные формы его осуществления: использование прав, исполнение обязанностей и соблюдение запретов, и особую форму реализации — правоприменение. Из указанных форм использование права представляет собой

широкий спектр усмотренческих начал, исполнение обязанностей этот спектр значительно сужает, а такая форма реализации права, как соблюдение, как правило, оставляет лишь два варианта: соблюдать запрет или нарушить его, т. е., совершить правонарушение.

Следующий этап классификации связан с анализом уже такой формы усмотрения, как правоприменительное усмотрение. В. Г. Антропов в своем диссертационном исследовании предлагал классификации: по субъекту (законодательное, административное, судебное); по предмету (нормативное, индивидуальное); по возможности пересмотра (пересматриваемое, непересматриваемое); по дискретности (непрерывное, дискретное) [2, с. 14—15].

В первом приближении можно сказать, что все ситуации правоприменительного усмотрения разделяются на те, которые так или иначе предусмотрены правом, в зарубежной науке их еще называют контролируемым усмотрением, и те, которые правом не предусмотрены (пробел, коллизия), и правоприменитель принимает решения, исходя из соображений общей компетенции, ответственности, ситуации крайней необходимости.

В зависимости от сферы юридической деятельности правоприменительное усмотрение можно разделить на судебное, или судейское, и административное. Поскольку судебная деятельность в современном цивилизованном обществе, да и на всех этапах развития цивилизации имеет исключительное значение, то проблема усмотрения в деятельности судьи подвергалась значительному исследовательскому интересу. Необходимо даже обратить внимание, что в основе одной из значимых школ правопонимания, школы «свободного права», как раз и лежит общетеоретическая интерпретация феномена судейского усмотрения. Менее изученным является административное усмотрение. Как писал Ю. П. Соловей, «под административным усмотрением следует понимать оценку фактических обстоятельств, основания (критерии) которой не закреплены в правовых нормах достаточно полно или

конкретно, производимую органом (должностным лицом) при выборе в пределах, допускаемых нормативными актами, оптимального варианта решения конкретного управленческого вопроса» [3, с. 6].

Административное усмотрение присутствует в деятельности многочисленных актов государственного управления, в основном органов исполнительной власти. В общем, границы правоприменительного административного усмотрения теоретически очертить трудно, здесь все формулы будут довольно расплывчаты. Однако в каждом реальном случае тщательный анализ показывает, к какому виду правовой деятельности относится тот или иной юридический акт. Вместе с тем есть бесспорные ситуации: принятие решений по конкретным юридическим делам на основе закона органами исполнительной власти в обязательном порядке относится к сфере правоприменения. Обычно выделяют две формы применения права: оперативно-исполнительную и правоохранительную. Вполне очевидно, что пределы усмотрения, в правоохранительной форме более ограничены, поскольку она напрямую связана с применением государственного принуждения. Наличие этих двух форм и их особенности предопределяют выделение таких видов правоприменительного усмотрения, как усмотрения, в оперативно-исполнительной сфере, т.е. собственно в управлении, и усмотрение в правоохранительной сфере. Следует подчеркнуть, что наибольший объем усмотрения в правоохранительной сфере из всех государственных служб выпадает на долю сотрудников органов внутренних дел (милиции).

Судебное усмотрение, в свою очередь, можно разделить на подвиды в зависимости от того, в каком виде судопроизводства он присутствует. Так, можно выделить усмотрение в уголовно-процессуальном судопроизводстве, гражданско-процессуальном и арбитражном судопроизводствах. С некоторыми натяжками можно вести речь об усмотрении в административном процессе. Появились работы об усмотрении в деятельности Конституционного

Суда РФ. По аналогии административное усмотрение можно классифицировать по иерархии органов власти и управления, которые его используют. Так, правомерно говорить об усмотрении в деятельности федеральных государственных органов, органов субъекта федерации и муниципальных органов. Особый научный интерес, по вполне понятным причинам, вызывает усмотрение в деятельности правоохранительных органов: милиции, прокуратуры, органов госбезопасности и т. п.

Среди классификаций административного усмотрения можно обратить внимание на классификацию, предложенную Ю. А. Тихомировым. Основным критерием такой классификации может быть комбинация элементов усмотрения и результат их взаимодействия с внешней средой. Он выделяет: а) активно-позитивное, формирующееся и проявляющее себя сообразно статусу его носителей и их правомерным взглядам и позициям; б) по прямым предписаниям закона; в) по поручениям и заданиям вышестоящих органов и руководителей; г) под давлением общественного мнения; д) по соображениям перестраховки; е) под влиянием неформальных групп и лиц; ж) из-за боязни санкции; з) негативное. Как видно, настоящая классификация представляет собой определенную ценностную шкалу, с одной стороны которой социально позитивные, а с другой — негативные мотивы принятия усмотренческого решения.

Типичными видами административного усмотрения, по мнению немецких юристов И. Рахтера и Ф. Шупперта, являются: 1) тактическое усмотрение (закон предоставляет управлению простор для принятия собственного решения с тем, чтобы при меняющихся фактических обстоятельствах отдельного случая оно могло гибко и возможно эффективнее осуществить «стратегическую» цель, классическим примером является полицейское усмотрение); 2) усмотрение при освобождении (буквальное применение нормы при нетипичных обстоятельствах конкретного случая могло бы в виде исключения привести к результату,

противоположному цели закона); 3) усмотрение экспертов; 4) усмотрение в планировании; 5) усмотрение менеджмента [4, с. 23—27].

По нашему мнению, усмотрение можно также классифицировать по субъекту, его использующему. Поскольку субъектов права можно разделить на индивидуальных и коллективных, то и усмотрение можно разделить на усмотрение, применяемое должностными лицами, и усмотрение, применяемое коллегиальными органами. Так, Ю. А. Тихомиров отмечает, что «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.)» [5, с. 159]. Такое деление имеет значение и для практики, поскольку в усмотрении велика доля субъективизма. Так как на него действительно влияет уровень правосознания правоприменителя, то резонно предположить, что у коллегиальных органов степень субъективизма значительно ниже. Кроме того, неправильное правоприменение обычно ведет к привлечению соответствующих должностных лиц к ответственности. Однако вопрос об ответственности коллегиальных органов пока в действующем законодательстве не решен.

Вслед за западными учеными социологического направления можно выделить сильное и слабое усмотрение, официальное и неофициальное, предварительное и окончательное. К слабому усмотрению можно отнести те случаи, когда правоприменитель, разрешая то или иное дело, опирается в основном на правовую норму. Сильное имеет место тогда, когда отсутствует норма, на основании которой можно разрешить проблему [6, с. 22]. Официальное усмотрение присутствует тогда, когда правоприменитель реализует альтернативную форму санкции, а неофициальное — когда он действует в соответствии не с самой нормой, а со смыслом ее толкования. Усмотрение является

предварительным, если возможна его отмена иными субъектами, и, соответственно, окончательным, если дело уже не может быть пересмотрено.

Одним из интересных видов использования феномена усмотрения является концепция «свободы усмотрения государства», реализуемая в практике Европейского Суда по правам человека при применении норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Как пишет Н. Н. Липкина, «выработка и последующее применение Европейским Судом по правам человека единых стандартов прав человека осуществляется при постоянном учете свободы усмотрения государства в обеспечении соблюдения своих обязательств по Конвенции. Свобода усмотрения является гарантией от абсолютной универсализации стандартов прав человека, которая порой невозможна без ущерба важнейшим интересам отдельно взятого общества» [7, с. 116]. Согласно идеологии деятельности Суда он не стремится поставить во главу интересы отдельной личности выше интересов общества и государства. Поэтому Суд на основе концепции о свободе усмотрения государства создал довольно стройную систему положений, позволяющих учитывать некоторые «форс-мажорные» и иные факторы при рассмотрении конкретных жалоб. Среди таких факторов можно назвать следующие:

— право государств ограничивать некоторые гарантированные права, закрепленные в Конвенции;

— право отступить от Конвенции в случае войны или при иных чрезвычайных обстоятельствах;

— право государства самостоятельно регулировать некоторые вопросы, поскольку Конвенция прямо отсылает к внутригосударственному праву;

— право на совершение позитивных действий по своему усмотрению.

Насколько широко трактуется свобода усмотрения, можно судить по толкованию права задержанного незамедлительно быть доставленным к судье. В практике Европейского Суда термин «незамедлительно» понимается

как срок до четырех дней [8, с. 35]. Нужно отметить, что такой учет свободы усмотрения государств не ведет к «всепрощенчеству» политики государств, поскольку Суд создал довольно строгие рамки этой свободы, сформулировав пределы усмотрения. Это дает возможность Суду проводить гибкую и сбалансированную политику, не поступаясь принципами Конвенции учитывать конкретные обстоятельства дела и даже, выявив нарушения, признавать действия государств правомерными, поскольку они не выходили за пределы усмотрения и были обусловлены социальной необходимостью. Исходя из нашей классификации, анализ данного вида усмотрения представляет собой некоторую сложность. Во-первых, здесь речь идет об усмотрении государства как субъекта международного права; во-вторых, сложность заключается в том, что применительно к данной ситуации государство действовало не на международной арене, а внутри, не обеспечив, по мнению заявителей, те или иные их права. В-третьих, субъектом правоприменения здесь является международный орган. Кроме того, нужно учитывать, что вообще доктрина «усмотрения государства» является плодом усмотрения Европейского суда по правам человека, узаконенным в виде прецедента. Поэтому данный вид усмотрения следует считать особым видом, относящимся к группе усмотрений в сфере права.

Список библиографических ссылок

1. Малиновский А. А. Усмотрение в праве // Гос-во и право. 2006. № 4.
2. Антропов В. Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект): автореф. дис. ... канд юрид. наук. Волгоград, 1995.
3. Соловей Ю. П. Усмотрение в административной деятельности милиции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982.
4. Рахтер И., Шупперт Ф. Судебная практика по административному праву. М., 2000.
5. Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право // Ежегодник рос. права. М., 2001. С. 159.
6. Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ. М., 1999.
7. Липкина Н. Н. Правовые основания применения концепции «свободы усмотрения» в практике Европейского Суда по правам человека // Журнал рос. права. 2008. № 9.
8. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: комментарий к ст. 5, 6. М., 1997.