

*Р. А. Мерзликин, Д. В. Бойко, Т. В. Яловенко*

## **РОЛЬ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОГО УСМОТРЕНИЯ**

В статье рассматриваются особенности международного права в их отношении к применению права по усмотрению. Исходя из специфики действия норм международного права, в правовом поле Российской Федерации выявляются очевидные проблемы его влияния на такой правовой институт, как правоприменительное усмотрение.

Отмечен ряд вопросов, связанных с соотношением международного права и правоприменительным усмотрением: какое решение принимать в ситуации противоречия норм внутринационального права и международного, как правоприменитель должен использовать общепризнанные принципы международного права, каким образом необходимо учитывать практику Европейского Суда по правам человека и др.

Рассматривается применение права по усмотрению в контексте соотношения международных и внутринациональных правовых норм. Авторы выделили две концепции такого соотношения: монистическую и плюралистическую.

*Ключевые слова:* право, правоприменительное усмотрение, международное право, внутринациональное право, права человека, правоприменение, коллизия, международное частное право, международный договор.

*R. A. Merzlikin, D. V. Boyko, T. V. Yalovenko*

## **THE ROLE OF INTERNATIONAL LAW WHEN EXERCISING LAW ENFORCEMENT DISCRETION**

The article focuses on some peculiarities of international law related to law enforcement at the discretion. Depending on the specific character of international law norms within the legal framework of Russia, the authors determine obvious problems of its influence on such a legal institute as law enforcement discretion.

The authors disclose a series of problems connected with the correlation of international law and law enforcement discretion: what decision should be made when there are some contradictions between norms of national and international law, how the law enforcer should apply universally accepted principles of international law, which way the practice of the European Court of Human Rights should be taken into consideration, etc.

Law enforcement at the discretion is considered in the context of correlation of international and national legal norms. The authors distinguish two concepts of correlation of international and national law: monistic and pluralistic ones.

*Key words:* law, law enforcement discretion, international law, national law, human rights, law enforcement, collision, international private law, international agreement.

Особенностью современного правоприменительного усмотрения и законности выступает тот факт, что согласно ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным

договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Суды и иные правоприменительные органы обязаны учитывать эти положения, в том числе в случаях, когда они применяют право по усмотрению. Данные нововведения в правовую систему России нельзя рассматривать в отрыве от ч. 3 ст. 46 Конституции

Российской Федерации, согласно которой каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

Исходя из специфики действия норм международного права, в правовом поле нашего государства выявляются очевидные проблемы его влияния на такой правовой институт, как правоприменительное усмотрение.

С учетом опыта международных отношений А. А. Головкин сформулировал свое определение усмотрения: «Усмотрение — это возможность международных органов, организаций, а также органов национальных государств отступить от прямого применения норм международного и национального права, в которых отсутствуют правила о разрешении конкретного конфликта или вопроса, подлежащих немедленному исполнению» [1, с. 24]. Хотя данное определение, по нашему мнению, является не особенно строгим, но учет норм международного права верен. Так, в практике работы Европейского Суда по правам человека сформулирована доктрина свободного усмотрения государства [2].

Конституционный Суд Российской Федерации в своем постановлении от 2 февраля 1996 г. указал, что решения межгосударственных органов могут приводить к пересмотру конкретных дел высшими судами Российской Федерации и, соответственно, открывают дорогу для полномочий последних по повторному рассмотрению дела в целях изменения ранее состоявшихся по нему решений. Аналогичную позицию занял и Пленум Верховного Суда Российской Федерации, указавший в постановлении «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» от 10 октября 2003 г., что применение судами Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод должно осуществляться с учетом практики Европейского Суда по правам человека во избежание любого нарушения конвенции.

Таким образом, в ситуации правоприменительного усмотрения наглядно встает ряд проблем: какое решение принимать в случае противоречия норм внутринационального права и международного, как правоприменитель должен использовать общепризнанные принципы международного права, каким образом

необходимо учитывать практику Европейского Суда по правам человека и др.

В своем исследовании М. П. Исаева пришла к выводу о том, что международное и внутригосударственное право оказывают заметное влияние друг на друга [3].

В настоящее время в теории международного права господствуют две концепции соотношения международного и внутригосударственного права: дуалистическая и монистическая. Суть монистической заключается в верховенстве международного права во всем правовом пространстве. В соответствии с этим в ситуации коллизии внутринационального и международного права приоритет, несомненно, отдается последнему. Монисты также считают, что международное право имеет прямое действие на территории страны.

Представители судебной власти занимают несколько иную позицию: действовать на территории государства могут только самоисполнимые нормы. Таким образом, можно прийти к выводу, что механизм действия международного права непосредственно при правоприменении достаточно неоднозначен.

Последователи монистической позиции часто высказывают мнение о том, что международное право является частью внутринационального, поэтому механизм его действия не нуждается в дополнительной конкретизации.

Дуалистическая концепция подразумевает, что на территории государства действует не только внутринациональное право, но и международное. В рамках данной точки зрения считается, что внутринациональное право функционирует в пределах одного конкретного государства и регулирует правоотношения между его гражданами, государством и гражданином. Предметом международного права выступают правовые отношения между различными государствами.

В странах, где приняты дуалистические принципы, сама идея непосредственного действия норм международного права кажется абсурдной и незаконной, здесь даже можно говорить о таких негативных явлениях, как произвол, должностные правонарушения.

О произволе как явлении, которое может наблюдаться в работе государственного служащего, и как факторе управленческой и правоприменительной деятельности упоминается и в международных правовых актах. Так, в Модельном кодексе поведения для государственных служащих, утвержденном Рекомендациями Комитета министров Совета

Европы от 11 мая 2000 г. № R (2000) 10 «О кодексах поведения для государственных служащих» говорится: «При исполнении своих обязанностей государственный служащий не должен осуществлять произвол в отношении каких бы то ни было лиц, группы лиц или организаций и обязан учитывать права, обязанности и законные интересы других» (ст. 6) [4].

Необходимо иметь в виду, что в процессе государственного управления усмотрение в случае его бесконтрольного использования может перерасти в произвол. Именно этот момент является основным при решении вопросов о широком использовании усмотрения в правовой сфере и предполагает необходимость дальнейшего подробного изучения феномена правоприменительного усмотрения. Здесь можно согласиться с Д. В. Теткиным, который утверждает, что «законность — это особое состояние общественной и государственной жизни, состоящее в господстве права и закона в государственных и общественных отношениях, неукоснительном осуществлении предписаний правовых норм всеми их участниками, последовательной борьбе с правонарушениями и произволом в деятельности должностных лиц, в обеспечении правопорядка и организованности в гражданском обществе и правовом государстве» [5, с. 23].

Таким образом, можно констатировать, что правоприменительное усмотрение — это явление, имеющее открытый характер, что при определенных условиях может привести к переходу правовых границ и совершению преступных деяний в виде актов произвола и коррупции. Мы обратили внимание на наиболее общественно опасные явления, обозначив их как ситуации правоприменительного риска. Однако неконтролируемое усмотрение может порождать и иные социально-вредные последствия в виде бюрократизма, отчуждения граждан от власти, волюнтаризма, пренебрежения морально-этическими нормами, неэффективности управления и т. п. Все это требует пристального внимания к проблемам преодоления негативных качеств усмотрения, установления четких границ в его использовании, повышения гарантий законности и совершенствования механизмов обеспечения законности в ситуации правоприменительного усмотрения [6].

В своей работе О. Г. Иванова подчеркивает, что взаимозависимость и взаимодействие различных национальных уголовно-процессуальных законодательств (и шире — правовых систем) происходят главным образом

через посредство международного права (общепризнанные принципы, стандарты правосудия и защиты прав человека, договоры о взаимной помощи и сотрудничестве и т. п.), а не машинально — через заимствования правовых категорий и норм друг друга [7]. В правоприменении часто встречаются такие ситуации, когда международные нормы играют важнейшую нормативную роль: в них и заключена диспозиция статьи, а следовательно, только с ее использованием можно применить правовую норму. Примером такой нормы внутринационального права является ч. 3 ст. 46 Конституции Российской Федерации, где закреплено право индивида обращаться в межгосударственные органы за защитой прав и свобод, которое обусловлено наличием соответствующих норм в международных договорах («Каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации...»).

Еще одной ситуацией дихотомии норм международного и внутринационального права является существование отсылок норм закона: различные правоохранительные органы должны принять решение на основе не только норм национального права, но и международных договоров, на которые сделана отсылка, при этом деятельность по юридической квалификации деяния должна найти обязательное отражение в правоприменительном акте. Согласно ст. 106 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате документы, составленные за границей с участием должностных лиц компетентных органов других государств, принимаются нотариусом при условии их легализации органом Министерства иностранных дел Российской Федерации. Однако в случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации, такие документы принимаются нотариусом без легализации [7].

Несколько иная ситуация наблюдается, когда норма международного договора содержит отсылку на применяемый в данной ситуации закон. Так, в соответствии с договорами о правовой помощи условия при заключении брака закрепляются для каждого будущего супруга законодательством того государства, гражданином которого он (она) является. Кроме того, должны соблюдаться требования законодательства в отношении препятствий к заключению брака того государства, на территории которого он заключается. Лицо, применяющее право, должно руководствоваться данными договорами в случае определения дееспособности физического лица

(она устанавливается законодательством того государства, гражданином которого является данное лицо). Право- и дееспособность юридического лица подлежат определению по законодательству государства, согласно которому они были учреждены.

Сложные правоприменительные ситуации возникают, когда норма закона явно противоречит отдельным двухсторонним договорам, но при этом соответствует положениям общих многосторонних договоров (например, некоторые нормы советских, а теперь российских законов о консульских учреждениях и консульских отношениях соответствуют Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г., но в то же время не согласуются с отдельными правилами поведения, закрепленными в двусторонних консульских конвенциях, заключенных Союзом ССР и Российской Федерацией). Иногда норма внутринационального законодательства имеет противоречие с международными нормами двусторонних договоров, при этом же отсутствуют единые правовые положения международного характера (примерами таких ситуаций в Российской Федерации являются договоры о режиме Государственной границы и др.). В случае выявления данных противоречий вносить изменения в международный договор нецелесообразно, здесь необходима редакция закона в соответствии с договорами. Существует незыблемое положение о том, что если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются первые (ч. 2 ст. 7 Конституции Российской Федерации).

Если в международном договоре имеются правила, требующие изменения некоторых положений Конституции Российской Федерации, то обязательность исполнения такого договора для нашей страны может быть установлена только федеральным законом после предварительного внесения соответствующих поправок в Конституцию Российской Федерации либо после пересмотра положений Конституции Российской Федерации в установленном законом порядке. Результаты интерпретации указанных статей показывают, что в Основном законе России не реализован принцип приоритета применения положений международных договоров в случае противоречия правовых норм.

Д. П. Стригунова отмечает, что при применении коллизионных норм представителям судебной власти, а также арбитрам приходится решать целый ряд вопросов,

которые непременно возникают в применении судебного усмотрения [8].

Основанием судебного усмотрения считается коллизионность международного частного права. Она выражается в том, что в ситуации правового регулирования правовых отношений с иностранными субъектами часто наблюдается противоречие национальных правовых порядков, поэтому судебское усмотрение в рамках принятия решения по данной категории дел неизбежно.

При разрешении спора, одной из сторон которого является иностранный элемент, необходимо использование принципов международного частного права как специфической отрасли права: разумности, целесообразности, справедливости, добросовестности — а также специфических принципов по разрешению коллизий в международном праве (в сфере нормативного регулирования международных коммерческих договоров — автономии воли сторон, выбора наиболее близких норм регулируемых правовых отношений). Так называемые принципы разрешения коллизий являются нормативными основаниями для правоприменительного усмотрения судей, в то же время они служат средством ограничения усмотрения и сами ограничиваются общими принципами международного права.

В случае выбора сторонами используемого в международном коммерческом договоре права на основе принципа автономии воли сторон у суда исключается необходимость по поиску применимому к нему права, тем самым возникают рамки для вмешательства органа, применяющего право. Одновременно данный принцип ограничивает коллизионное судебское усмотрение. Примером такой ситуации является ст. 1215 Гражданского кодекса Российской Федерации, где закреплено право сторон международного частного права (международного договора), но сфера действия данного права ограничена принципом автономии воли сторон, эту юридическую особенность необходимо учитывать суду.

Если у сторон нет выбора права, применимого к международному коммерческому договору, то правоприменительный орган выбирает его норму с использованием принципа наиболее тесной связи: данный договор подлежит применению по законодательству той страны, к которой в значительной степени он относится или, иначе говоря, с которым существует наиболее тесная устойчивая юридическая связь. О принципе наиболее тесной связи можно сказать, что, с

одной стороны, он дает возможность широкого судебного усмотрения, поскольку обладает вариациями своего применения, установленными в ст. 1211 и 1186 Гражданского кодекса Российской Федерации. С другой — в соответствии с ним при отсутствии явного права применения к международному договору правоприменительный орган должен устанавливать его на основе так называемого правила характерного исполнения, имеющего четкий механизм: законотворческий орган закрепил определенные рамки, которыми должен руководствоваться правоприменитель при выборе подлежащего применению законодательства страны (в данном случае решающее значение будет иметь то государство, где сторона международного частного права осуществляет исполнение). Данный механизм играет роль пределов правоприменительного усмотрения, соответственно, является гарантией законности правоприменительного усмотрения на основе норм международного права.

Таким образом, вопросы в сфере внутринациональной юрисдикции должны квалифицироваться с позиции российского законодательства, поскольку ясно, что основой правовой системы (системы законодательства) любого государства является его внутригосударственное право. В целях правильной квалификации деяния необходимо сопоставить договорные нормы и нормы национального законодательства, затем определить, оправданно ли применяется право, лежащее в основе конкретного судебного решения.

Нарушением применения права будет выступать и ситуация, когда суд применяет международно-правовую норму, которая в данной ситуации не подлежит применению. Часто это связано с использованием международного договора, не распространяющегося на стороны, участвующие в деле, а также с нарушением правил соотношения договоров международного характера.

Международное право выполняет двойственную функцию по отношению к правоприменительному усмотрению: с одной стороны, оно является ценностным ориентиром, вектороопределяющим фактором, когда мы говорим о ситуации пробельности или коллизии права, с другой — своим существованием оно порождает коллизии между собой и внутринациональным правом. В настоящее время выработаны средства и механизмы устранения таких противоречий и пробелов.

---

1. Головкин А. А. Допустимо ли совместить законность и усмотрение? (Некоторые проблемы теории и практики) // Право и политика. 2006. № 3. С. 3—6

2. Липкина Н. Н. Правовые основания применения концепции «свободы усмотрения» в практике Европейского Суда по правам человека // Журнал российского права. 2008. № 9. С. 106—117.

3. Исаева М. П. Международно-правовой аспект прямого действия. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

4. Модельный кодекс поведения для государственных служащих, утвержденный Рекомендациями Комитета министров Совета Европы от 11 мая 2000 г. № R (2000) 10 «О кодексах поведения для государственных служащих». URL: [pravoteka.ru](http://pravoteka.ru) (дата обращения: 06.07.2018).

5. Теткин Д. В. Законность как реальное выражение права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007.

6. Мерзлякин Р. А., Бойко Д. В. Соотношение свободы, правовой инициативы и усмотрения // Вестник Волгоградской академии России. 2016. № 3 (39). С. 16—20.

7. Иванова О. Г. Есть ли судебское усмотрение в российском уголовном процессе? Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

8. Стригунова Д. П. Пределы судебного усмотрения в коллизионном регулировании международных коммерческих договоров. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

© Мерзлякин Р. А., Бойко Д. В.,  
Яловенко Т. В., 2018

---

1. Golovko A. A. Is it admissible to combine legality and discretion? (Some issues of theory and practice). Law and Policy. 2006. No 3. P. 3—6.

2. Lipkina N. N. Legal grounds for applying the concept of freedom of discretion in the practice of the European Court of Human Rights. Russian Law Journal. 2008. No 9. P. 106—117.

3. Isaeva M. P. The international-law aspect of direct action. Access from the legal system "Consultant Plus".

4. Model Code of Conduct for Public Officials adopted by the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe on May 11, 2000 No. R (2000) 10 on Codes of Conducts for Public Officials. Available at: <http://pravoteka.ru> (reference date: 06/07/2018).

5. Tetkin D. V. Legality as the real expression of law: thesis for a candidate's degree in juridical sciences. Saratov, 2007.

6. Merzlikin R. A., Boiko D. V. The correlation of freedom, legal initiative and discretion. Vestnik of the Volgograd Academy of the Ministry of Interior of Russia. 2016. No 3 (39). P. 16—20.

7. Ivanova O. G. Is there a judicial discretion in Russian criminal proceedings? Access from the legal system "Consultant Plus".

8. Strigunova D. P. The limits of judicial discretion in collision regulation of international commercial agreements. Access from the legal system "Consultant Plus".

© Merzlikin R. A., Boyko D. V.,  
Yalovenko T. A., 2018