

УДК 340.132

ББК 67.0

DOI 10.25624/VAMVD.FBCD

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

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОГО УСМОТРЕНИЯ В РОССИИ ДОРЕВОЛЮЦИОННОГО ПЕРИОДА

В статье рассматривается процесс становления категории правоприменительного усмотрения в дореволюционный период развития Российского государства. Выделяются отличия правоприменительного усмотрения указанного времени от существующих сегодня научных разработок. Подробно описывается связь правоприменительного усмотрения и законности дореволюционного периода. Часто данные явления противопоставлялись друг другу, вместо того чтобы восприниматься учеными как взаимодействующие элементы государственного регулирования. Ядром категории усмотрения в социальном смысле выступает необходимость использования субъективных свойств личности (интеллектуально-творческое начало), которые вряд ли в полной степени можно заменить различными нормативными предписаниями.

Ключевые слова: правоприменение, законность, право, усмотрение, справедливость, дореволюционный период, правовой режим.

R. A. Merzlikin, D. V. Boiko, T. V. Yalovenko

PECULIARITIES OF LAW ENFORCEMENT DISCRETION IN RUSSIA AT THE PRE-REVOLUTIONARY STAGE

The article focuses on the process of development of the category of law enforcement discretion at the pre-revolutionary stage in the Russian state. The authors analyze differences between law enforcement discretion of the given period and up-to-date scientific developments of this legal phenomenon. The connection of law enforcement discretion with legality of the pre-revolutionary period is described in detail. These two phenomena were often opposed to each other instead of being considered by scholars as interactive elements of state regulation. The core of the discretion category in a social sense is the necessity to use subjective personality qualities such as intellectual creativity which can hardly be completely replaced by various regulatory prescriptions.

Key words: law enforcement, legality, law, discretion, justice, pre-revolutionary stage, legal regime.

На протяжении всей истории человечества цивилизации возникали, развивались и прекращали свое существование, некоторые

из них дожили до настоящего времени. Всегда существовал вопрос об оптимальном государственном управлении и его

составляющих: какая форма государства, политический режим или территориальное устройство продуктивнее влияет на его эволюцию? В контексте исследования правоприменительного усмотрения интересным представляется проблема его специфики в различные исторические времена, тем более в дореволюционный период развития российской государственности. Известно, что демократический режим отличается большей степенью свободы государственных служащих и частных субъектов права. Каковы же пределы правоприменительного усмотрения в условиях ограничения демократии, сужены ли они или, наоборот, имеют более широкие рамки в рассматриваемый исторический период?

Канцлер Пруссии О. Бисмарк высказывал мысль о том, что с некорректными законами и профессиональными чиновниками можно успешно управлять страной. Но в случае отсутствия профессиональных чиновников, не помогают самые совершенные законы [1]. В развитие этой мысли в отношении стадий правового регулирования общества заметим, что основное внимание обращалось, скорее всего, не на стадию правотворчества, а на правореализационную стадию, т. е. правоприменение. Если проанализировать время правления О. Бисмарка, то можно указать, что ему удалось объединить Германию, несмотря на постоянную оппозиционную деятельность со стороны Рейхстага преимущественно с помощью сильной исполнительной власти (правительства), которая зависела от монарха, а также от «железного канцлера» [2, с. 42].

Категория усмотрения в некоторых литературных источниках упоминается как «дискреция» (происходит от лат. «discretion» — решение должностным лицом либо органом государства вопроса по своему усмотрению) [3, с. 2005]. Данное понятие появилось в период действия римского права, в нем такое решение было связано с реализацией принципа справедливости при решении правоприменительного дела. В римском праве действовал принцип: «Discretion est scire per legen guid sit justum» — «Усмотрение есть знание того, что является с точки зрения права справедливым». Второе положение: «Discretio est discernere per legem guid sit

justum» — «Усмотрение есть установление, путем обращения к праву, того, что является справедливым» [4, с. 63]. Здесь явно указывается не на обыденный произвол правоприменяющего лица, а на конструктивное понимание правовых норм. В соответствии с этим можно заключить, что в римском праве категория дискреции обладала иным смыслом в отличие от простого усмотрения, т. е. это не обычное справедливое решение дела, а справедливое вынесение решения, основывающееся на праве. Таким образом, имеются в виду поиск и применение необходимой нормы, дающие самый справедливый правоприменительный результат. Далее связь усмотрения и справедливости утратилась и в современном языке: в таких словосочетаниях, как дискреционное полномочие, дискреционная власть. Дискреция понимается в юридических и политических текстах как свобода усмотрения при осуществлении государственных функций.

Ядром категории усмотрения в социальном смысле является необходимость использования субъективных свойств личности, в том числе интеллектуально-творческого начала, которые вряд ли в полной степени можно заменить различными нормативными предписаниями. О творческом начале усмотрения в теории права говорилось с начала 1970-х гг. С. С. Алексеев отмечал, что в литературе мысль о творческом характере правоприменения не получила полной разработки. Он связывал это с существованием требования строгого и неукоснительного соблюдения законности социалистического государства [5, с. 285]. Когда формируется правоприменительное решение, общая модель правовой нормы накладывается на конкретную жизненную ситуацию. Абстракция нормы права проходит сквозь чувства, волю и разум правоприменяющего лица и выражается в каком-либо властном акте, который содержит требования к конкретным лицам. В ситуации, урегулированной правом, эта деятельность имеет много общего с простейшими операциями логического характера. Но в случае наличия оценочных понятий в нормах права ситуация требует творческого анализа правоприменяющим субъектом и

субъективного усмотрения. А. Барак рассуждает о том, что личный опыт правоприменяющего лица, его личность, образование, эмоциональность представляются решающими элементами в определении разумного выбора оптимального решения из разных возможных вариантов [6, с. 13].

По сути, правовое усмотрение фактически появляется вместе с правом и присутствует в российском законодательстве в ранние периоды его развития. Так, в Учреждении об управлении губерниями 1775 г. устанавливалось, что «полиция наблюдает, чтобы благочиние, добронравие, порядок и все предписанное законом для общей и частной пользы было исполнено и сохраняемо, а в случае нарушения приводит всякого, несмотря на лицо, к исполнению предписанного законом» [7, с. 256]. В данной норме содержатся все характерные черты проблемы усмотрения: неоднозначность оценочных понятий «добронравие» и «благочиние», «общая и частная польза», а также проблемы законности в «полицейском государстве», равенства всех субъектов перед законом, «несмотря на лицо». Однако в конце XIX в. сформировались понятия, которые составляют основы права в настоящее время.

В конце XIX в. И. А. Покровский отмечал: «Как бы ни была наша вера в судейское сословие, в его такт и чувство меры, тем не менее правопорядок в основе своей должен покоиться на известных твердых принципах, которые бы стояли выше судейского усмотрения и которые бы могли служить каждому прочными данными для установления его гражданского *modus Vivendi*» [8, с. 84]. В дореволюционный период российской государственности на данные вопросы пытались ответить специалисты в сфере административного права, так как именно эта отрасль регулирует управление государством. Российский административист А. И. Елистратов негативно высказывался о возможности правоприменительного усмотрения и давал ему отрицательную характеристику из-за его непредсказуемости [9]. Он предлагал преодолевать все негативные моменты управления при использовании усмотрения

только с применением закона и законности [9]. По мнению А. И. Елистратова, для разрешения задачи административного права по упорядочиванию публичных отношений необходимо вытеснить систему правоприменительного усмотрения власти: в фундаменте отношений органов управления и обывателями следует закрепить правовой принцип, законность. Чтобы государственное управление было подзаконным, нужно дифференцировать законодательные органы и органы управления, а в сфере государственного управления постепенно наращивать принцип разделения властей. Ученый считал, что значение законности в управлении ослабляется тем больше, чем шире та область правительственной деятельности, где вместо закона действует усмотрение правящей власти. Следовательно, развитие административного права как регулятора отношений между правящей властью и гражданами в делах государственного управления зависит от сокращения области актов правительства, умеренного пользования правящей властью чрезвычайным указом и укрепления авторитета закона и народного представительства.

Отметим, что А. И. Елистратов выразил общий взгляд известных дореволюционных юристов (Н. И. Лазаревского, А. Ф. Евтихьева [10]) на соотношение усмотрения и законности. У них усмотрение ассоциировалось с чиновничьим и полицейским произволом, а законность — с подчинением всех единому закону, принятому высшим законодательным органом. В то время юридическая проблема имела политический смысл в связи с тем, что развивалось требование строительства конституционного государства, демократии. Этот политический окрас мешал объективному научному развитию проблемы. Среди юристов и политиков либеральных взглядов особую популярность приобрела теория правового государства, ядро которой составил вопрос соотношения власти и права. На него пытались ответить и теория законности. В отличие от теории правового государства она не стремилась решить все возникающие в связи с этим проблемы, а ограничивалась областью идей и

принципов, требований к властным субъектам, исходя в начальных вариациях из эффективности и управляемости общества. Всеобщие параметры государственности, пути развития общества, устройство власти, права и свободы граждан в теории законности, скорее всего, играют роль внешних условий. При одном типе государства законность будет иметь завершённый вид, при другом — довольно ущербный.

В России со времени зарождения юридической теории осмысление идеи усмотрения шло двумя путями. Первый был связан с разработкой сугубо отечественных идей объяснения строгого следования закону. Второй был заимствован из западных концепций правовой государственности (немецкие идеи). Российские ученые приспособляли их к российской действительности и придавали им национальный колорит. Из их исследовательского поля не выпадала проблема усмотрения. Необходимо отметить, что своеобразие политического строя конца XIX — начала XX в., а также господствующие политические и правовые идеи, в число которых, например, входило славянофильство, требовали адаптации к национальным особенностям. Так, В. М. Гессен отмечал: «Россия является своеобразной, в зависимости от государственного строя, формой осуществления идеи правового государства» [11, с. 46].

Многие исследования российских ученых издавались под лозунгом противопоставления полицейского государства правовому. Это противопоставление было специфическим. Понимание полицейского государства в начале прошлого века отличалось от современного: в качестве такого признавалось сочетание грубой власти с авторитарной организацией и полицейского произвола. В свое время В. В. Лазарев отмечал: «В так называемом полицейском государстве даже при наличии законов власти всегда могут отбросить законность и начать управлять с помощью подзаконных (часто полусекретных) актов и основанных на них дискреционных полномочий должностных лиц государства. В лучшем случае в таком

государстве устанавливается режим формальной законности» [12, с. 171].

В дореволюционной науке, как рассуждал А. В. Корнев, «своеобразие природы полицейского государства заключалось как раз в том, что оно стремилось к благоденствию своих поданных, устранению нищеты, невежества, других социальных проблем, правда, своеобразными методами» [13]. Среди этих методов можно назвать мелочную регламентацию всей общественной жизни, рост бюрократии, изолированность государства, подавление всякой общественной инициативы и т. п. Исследователь отмечает, что о законности в полицейском государстве говорили едва ли не больше, чем в правовом. Но поскольку в полицейском государстве законы и иные установления не имели никакой связи ни с правами граждан, ни с требованием справедливости, то стало возможным преобразование тоталитарных идей в положительное законодательство. Однако «забота о точном следовании законодательству, опять же в теории, представляет собой очевидный факт, не замечать которого означало бы не что иное, как весьма вольное обращение с фактами» [13]. В итоге А. В. Корнев приходит к следующему выводу: «Можно считать исторически доказанным фактом, что несвободные — тоталитарные и полицейские государства проявляют едва ли не большую заботу о соблюдении своих юридических предписаний, чем государства либеральные. Господство права — категория абстрактная и трудно воплощаемая в действительности, господство закона — категория осязаемая и практически реализуемая. Соединив ревнивую педантичность полицейского государства относительно соблюдения правовых норм и воплотив в них гуманистические принципы государства правового, можно получить первоклассный регулятор общественных отношений» [13].

Реальную картину правоприменительного усмотрения в дореволюционной России показал Б. А. Кистяковский. Он отмечал, что особенно самодержавное государство с помощью своего управленческого аппарата стремится к согласованию своих действий и деятельности субъектов права с законностью

[14]. Однако на самом деле «наша пресловутая законность сводилась к постоянным уверениям правительства, что оно стремится к строгой согласованности с законами всех действий органов власти. И в этих постоянных уверениях заключалось уже косвенное признание того, что в действительности законность не являлась бесспорным свойством нашей правительственной системы» [14]. Б. А. Кистяковский подчеркивал: «Не подлежит сомнению, что осуществление законности при общем бесправии есть чистейшая иллюзия. При бесправии личности могут процветать только административный произвол и полицейские насилия, как это и было в самодержавной России. Законность предполагает строгий контроль и полную свободу критики всех действий власти, а для этого необходимо признание за личностью и обществом их неотъемлемых прав. Таким образом, последовательное осуществление законности требует, как своего дополнения, свобод и прав личности и, в свою очередь, естественно вытекает из них как их необходимое следствие» [14].

Исследователи отмечают, что становление и развитие теории правового государства в нашей стране пришлось на вторую половину XIX в. — период после буржуазных реформ 1900—1907-х гг. Концепцию правовой государственности на практике пытались реализовать деятели земства. От одного съезда к другому они уточняли видение правового государства, которое будет подходить для России. В числе его признаков назывались верховенство представительного органа, верховенство закона, права и свободы граждан и их юридические гарантии, контроль над правительством, гражданская и уголовная ответственность должностных лиц за нарушение закона, законность в правотворчестве и исполнении законов, независимость суда и др. Примером может послужить одно из решений съезда земств в 1904 г., где было конкретно зафиксировано требование по установлению пределов деятельности управленческих органов — «практическое осуществление начала законности в управлении» [15].

С. С. Пчелинцев говорил: «В целом же принцип законности не был характерен для государственной службы дореволюционной России, поскольку в тот период не было сформировано объективных политических и правовых оснований для его осмысления и внедрения на практике. В то же время определенные предпосылки для него усматривались в рамках развития отечественными правоведами учения о правовом государстве» [16]. Вместе с тем правоприменение по усмотрению, являясь действенным инструментом в руках монархической государственности, имело место во всех сферах государственно-правовых отношений.

1. Не досуга ради // Законность. 2008. № 11. С. 64.

2. Бельский К. С. Феноменология административного права. Смоленск, 1995.

3. Современный словарь иностранных слов. СПб., 1994.

4. Латинская юридическая фразеология. М., 1979.

5. Алексеев С. С. Проблемы теории права. М., 1973.

6. Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999.

7. Полное собрание законов Российской Империи. СПб., 1830. Т. XX. № 14392.

8. Покровский И. А. Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека // Вестник права. 1899. № 10.

9. Елистратов А. И. Административное право. М., 1911. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

10. Евтихийев А. Ф. Усмотрение администрации // Журнал Министерства юстиции. 1910. Май. С. 79—81.; Лазаревский Н. И. Административное усмотрение // Право. 1900. № 42.; Лазаревский Н. И. Законность и пределы ее осуществимости // Право. 1905. № 2.

11. Гессен В. М. Из лекций по полицейскому праву, читанных в 1902 г. в Александровской военно-юридической академии. СПб., 1902.

12. Лазарев В. В. Теория государства и права. М., 1992.

13. Корнев А. В. Идеи правового и полицейского государства в дореволюционной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1995.

14. Кистяковский Б. А. Государство правовое и социалистическое. Вопросы философии и психологии. Ярославль, 1907.

15. Скакун О. Ф. Теория правового государства в дореволюционной России //

1. Not for leisure // Legality. 2008. No. 11. P. 64.
2. Belskii K. S. Phenomenology of administrative law. Smolensk, 1995.

3. Modern dictionary of foreign words. Saint-Petersburg, 1994.

4. Latin legal phraseology. Moscow, 1979.

5. Alekseev S. S. Problems of the theory of law. Moscow, 1973.

6. Barak A. Judicial discretion. Moscow, 1999.

7. Complete Collection of Laws of the Russian Empire. Saint-Petersburg, 1830. Vol. 20. No. 14392.

8. Pokrovskii I. A. Justice, judicial discretion and judicial custody // Journal of Law. 1899. No. 10.

9. Elistratov A. I. Administrative law. Moscow, 1911. Access from the legal reference system «ConsultantPlus».

10. Evtikheev A. F. Discretion of administration // Journal of the Ministry of Justice. 1910. May. P. 79—81.; Lazarevskii N. I. Administrative discretion // Law. 1900. No. 42; Lazarevskii N. I. Legality and the limits of its existence // Law. 1905. No. 2.

11. Gessen V. M. From the lectures on police law read in 1902 at the Alexander Military Law Academy. Saint-Petersburg, 1902.

12. Lazarev V. V. Theory of state and law. Moscow, 1992.

13. Kornev A. V. Ideas of legal and police state in pre-revolutionary Russia: thesis for a candidate's degree in juridical sciences. Moscow, 1995.

14. Kistiakovskii B. A. Legal and socialist state. Issues of philosophy and psychology. Yaroslavl, 1907.

15. Skakun O. F. Theory of legal state in pre-revolutionary Russia // Soviet state and law. 2000. No. 5. P. 113—115.

16. Pchelintsev S. S. Concerning the prerequisites to forming the principle of legality of state service in pre-revolutionary Russia // History of State and Law. 2008. No. 12. P. 26—27.

© Merzlikin R. A., Boiko D. V.,

Yalovenko T. V., 2018

Советское государство и право. 2000. № 5.
С. 113—115.

16. Пчелинцев С. С. О предпосылках к формированию принципа законности государственной службы в дореволюционной России // История государства и права. 2008. № 12. С. 26—27.

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