

*Боруленков Ю.П. Юридическое познание и усмотрение правоприменителя // Библиотека криминалиста. Научный журнал. – 2014. № 5. (16) – С. 123-128.*

**Ю.П. Боруленков**

проректор Академии

Следственного комитета

Российской Федерации

кандидат юридических наук, доцент

### **Юридическое познание и усмотрение правоприменителя**

*В центре внимания автора статьи находится дискуссионный в науке процессуального права вопрос о понятии и пределах усмотрения правоприменителя. Отмечается, что в науке сложились два подхода к данному понятию. Одни авторы к данному явлению относят исключительно случаи, прямо предусмотренные в законе. Другие отстаивают концепцию широкого подхода. Подчеркивается, что решение проблемы о пределах усмотрения позволяет ответить на вопрос, как осуществляется на практике такая правоприменительная деятельность, как осуществляется выбор, чем ограничивается.*

*Ключевые слова: юридическое познание; правоприменение; усмотрение правоприменителя.*

Все юридическое познание [8] может быть представлено системой принимаемых конкретным субъектом правовых решений [22]. В определенных случаях правоприменителю дается возможность действовать по собственному усмотрению, что позволяет реализовать индивидуальное, творческое начало личности. Латинский термин «discretio» означает решение должностным лицом или государственным органом какого-либо вопроса по собственному усмотрению [29, с. 56].

Имеются и различия в употребляемых понятиях, если одни авторы используют термин «судейское усмотрение», то другие пишут о «судебном усмотрении», придавая принимаемым решениям дополнительный «вес» и подчеркивая их объективность и отсутствие личных мотивов в процессе их принятия [4; 12, с. 46; 27]. Соглашаясь с С.В. Лозовской, считаем, что термин «судейское усмотрение» точнее отражает реальное положение дел [20].

Споры о судебном усмотрении и его границах в западной юридической

литературе достигли своего пика в 30-х годах прошлого века, причина которых являлись снижение влияния юридического позитивизма и распространение американского юридического реализма, критикующего рассмотрение судьи в качестве простого исполнителя воли законодателя. Бывший Председатель Верховного Суда Израиля А. Барак отмечает: «Подход Монтестье, согласно которому судья – просто рот, повторяющий язык права, более неприемлем, и дни «механического» подхода к судейству прошли... важность вопроса о судебном усмотрении возрастает» [3, с. 10].

Различие функционирования института судебного усмотрения в англосаксонской и романо-германской правовых системах сводится к статусу, присваиваемому усмотрительным решениям. В системе общего права решения суда могут становиться источником права и использоваться в дальнейшем в качестве образца, в континентальной системе права такой итог недопустим – судебное усмотрение применяется к конкретному случаю и носит индивидуальный характер.

Особенности судебного усмотрения в России во многом предопределяются характером романо-германской правовой семьи, к которой можно отнести и нашу страну, спецификой ее нормативных предписаний, допускающих различные варианты поведения участников правоотношений [15, с. 3-4, 16].

Анализируя ситуацию, сложившуюся в западных странах, А. Барак пришел к выводу о том, что «современный законодатель имеет тенденцию к расширению судебного усмотрения» [3, с. 351]. По его мнению, общество не в состоянии достичь господства права без некоторой меры усмотрения. Право без усмотрения в конечном счете уступает произволу, и из этого вытекает, что главный вопрос состоит не в том, должно ли существовать судебное усмотрение, а в том, где следует обозначить пределы этого усмотрения в демократическом обществе, которое стремится к господству права [3, с. 349].

Усмотрение правоприменителя сложное и многогранное явление

действительности, которое можно рассматривать в нескольких плоскостях: как право, правомочие или свобода; и как конечный результат, мнение либо решение компетентного органа или должностного лица; и как процесс или деятельность субъектов правоприменения. Вот почему в юридической науке не существует единого мнения по данному вопросу.

Наиболее универсальное определение этому правовому явлению сформулировано А. Барак, который пишет, что усмотрение – это полномочие, данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя и более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна в контексте системы [3, с. 120]. И хотя А. Барак рассматривает правовой феномен применительно к сфере судейского усмотрения, мы полагаем возможным эту дефиницию распространять на любую государственно-властную деятельность. Например, административное усмотрение связывают с осуществлением исполнительно-распорядительной деятельности, когда предоставляется выбор (возможность) по отысканию и принятию решения, совершению или несовершению того или иного действия, суть которого заключается в волевом соотношении целесообразности и законности [6; 13, с. 122; 31, с. 264]. Усмотрение может иметь место как в сфере правоприменения, так и в правотворческой и правоинтерпретационной деятельности.

К признакам усмотрения правоприменителя в юридическом процессе [7] можно отнести во-первых, то, что осуществление усмотрения возможно только в рамках определенного правового поля. Во-вторых, альтернативность выбора, которая может быть простой или сложной, в зависимости от процессуальной нормы, которая может быть относительно или абсолютно определенной. В-третьих, ограниченность выбора правоприменителя внешними и внутренними (субъективными) пределами. В-четвертых, усмотрение правоприменителя – это деятельность, которая является для него одновременно правом, и обязанностью [19].

Усмотрение является неотъемлемым элементом правореализационного

процесса, придающий необходимую гибкость правовому регулированию, с присущими данному явлению достоинствами и недостатками. Негативное отношение к судебскому усмотрению, призывы к его ограничению вызваны опасениями, что в случае предоставления правоприменителю значительных дискреционных полномочий неизбежен произвол в принятии решений.

Усмотрение, хотя и подразумевает альтернативу, не означает абсолютной свободы правоприменителя в ходе выработки решения. Так или иначе, но усмотрение основано на праве, вытекает из него. Само понимание усмотрения как правомочия, права выбирать из нескольких законных вариантов, предполагает наличие определенных правовых оснований и пределов его осуществления. Пределы усмотрения могут носить не только правовой характер.

В науке сложились два подхода к понятию «усмотрение правоприменителя». Одни авторы к данному явлению относят исключительно случаи, прямо предусмотренные в законе. Другие, к которым мы относим и себя, отстаивают концепцию широкого подхода к данному понятию. Как пишет М.А. Никонов: «Усмотрение существует не только в вопросах права, но и в вопросах факта; дискреция носит не только явный, но и латентный характер» [23, с. 6]. Он же усмотрение определяет как «мыследеятельность по выбору решения правоприменительной задачи в условиях пробельности нормативного правового акта, а равно среди формально равнозаконных вариантов ее решения в ситуации неопределенности права и/или факта» [23, с. 7].

Усмотрение может быть «плановым», в тех случаях, когда законодателем специально создается определенное пространство, в рамках которого правоприменитель может действовать самостоятельно с учетом обстоятельств дела и иных факторов, а может быть и «стихийным», вынужденным, когда законодателем допущены недоработки в формулировании правовых норм, пробелы.

Усмотрение может касаться трех объектов. Во-первых, фактов. Во-

вторых, выбора нормы, подлежащей применению. В-третьих – собственно ее применения, т.е. вынесения окончательного решения по юридическому делу, когда усмотрение проявляется при определении юридических последствий, вытекающих из конкретного дела[10; 20].

По нашему мнению усмотрение правоприменителя имеет место в следующих случаях:

- во-первых, на стадии установления фактических обстоятельств юридического дела:

- а) при оценке конкретного доказательства и формировании доказательственной базы;

- б) при оценке совокупности доказательств, которую правоприменитель осуществляет на основе сложившегося внутреннего убеждения;

- во-вторых, существование усмотрения неразрывно связано с наличием оценочных понятий в законодательстве;

- в-третьих, усмотрения связано с наличием управомочивающих конструкций в законодательстве;

- в-четвертых, наличие усмотрения обусловлено применением относительно-определенных и альтернативных норм права;

- в-пятых, когда усмотрение является следствием несоблюдения в полной мере правила законодательной техники о том, что норма должна быть изложена полно, ясно и точно;

- в-шестых, в случаях наличия в законодательстве коллизий;

- в-седьмых, самыми сложными являются случаи усмотрения, когда правоприменитель при разрешении конкретного дела сталкивается с устаревшим либо несправедливым законом, либо когда обнаруживается отсутствие правовой нормы, которую можно было бы применить для разрешения дела. В таких случаях под усмотрением правоприменителя следует понимать выбор такого варианта разрешения дела, который является с точки зрения права наиболее справедливым [11; 14; 15, с. 19; 18, с. 75].

Под пределами усмотрения понимаются установленные легальными субъектами посредством особого правового инструментария границы (общие и специальные пределы), в рамках которых субъект правоприменения на основе комплексного анализа обстоятельств юридического дела уполномочен вынести оптимальное решение с точки зрения принципов законности, справедливости и целесообразности [4, с. 15-18; 5, с. 6-7, 15; 16; 27, с. 39; 28; , с. ].

В зависимости от стадий правоприменительного процесса пределы правоприменительного усмотрения делятся на:

- пределы усмотрения в процессе установления фактических обстоятельств дела;
- пределы усмотрения при установлении юридических обстоятельств дела;
- пределы усмотрения в процессе вынесения решения по делу;
- пределы усмотрения в процессе контроля за исполнением вынесенного решения [5, с. 15].

На первых двух стадиях опасность усмотрения правоприменителя состоит в том, что ретроспективное искажение (*hindsight bias*) или «туннельное зрение» правоприменителя, начинающего производство по делу, в отсутствие корректировки задает траекторию юридического дела, которую тем сложнее исправить, чем дальше продвинулось дело по стадиям юридического процесса [23, с. 22].

При этом следует отметить сужение дискреционных полномочий субъектов вышестоящих уровней. Например, как отмечают А.М. Багмет и Ю.А. Цветков: «Границы субъективного усмотрения прокурора при решении вопроса о возвращении уголовного дела для дополнительного расследования значительно шире, чем границы судейского усмотрения при решении вопроса о возвращении уголовного дела прокурору в порядке ст. 237 УПК РФ» [2, с. 12-13].

Для судебного следствия основной проблемой пределов усмотрения

является отклонение председательствующим по делу представляемых материалов или задаваемых стороной вопросов, что дает возможность провести ту или иную линию в доказывании, злоупотребить своим усмотрением и «отсечь» тот или иной материал (вопрос) от введения в процесс по мотиву «неотносимости» [1, с. 435].

Проблема усмотрения в процессе оценки правоприменителем обстоятельств дела является очень сложной. Возникает казалось бы риторический вопрос, можно ли из одинакового «набора» доказательств (фактов) сделать различные выводы о, например, доказанности юридического факта? Оказывается можно. На практике возникают ситуации, когда при относительно одинаковых установленных обстоятельствах юридического дела судьи выносят подчас диаметрально противоположные решения. Это объясняется не только уровнем профессионализма, житейским опытом, но и психофизиологическими и морально-нравственными критериями, которыми обеспечивается формирование внутреннего убеждения правоприменителя.

Под обоснованностью усмотрения правоприменителя понимается правовое основание применения нормы права, необходимость которого возникла в силу ее альтернативности, пробелов в праве либо в результате противоречивости закона. Такая двойственность обоснованности решения, принятого на основе усмотрения, позволяет говорить и о двойственности мотивированности решения, которая в этом случае должна выражаться в:

- 1) правильном логическом построении доводов и аргументов в пользу сущности принимаемого решения;
- 2) правильном логическом построении доводов и аргументов в пользу применения именно данной нормы закона, если есть основания для усмотрения [19].

Как утверждает А. Верещагин, «преобладающий стиль кассационных судебных решений в России таков, что сложности ситуации, давшей повод к судебному разбирательству, а также неопределенность, противоречивость

права, подлежащего применению, нарочито сглаживаются, чтобы придать решению вышестоящего суда вид безусловно правильного и единственно возможного. При чтении таких решений невольно возникает вопрос: «Если правильный вывод столь ясен и очевиден, то почему же нижестоящие суды так часто ошибаются и приходят к неправильным заключениям?» В действительности во многих случаях (хотя, разумеется, далеко не во всех) причина не в грубых ошибках судов, а в конкуренции вполне разумных правовых позиций, выбор между которыми не столь прост и однозначен, как это может показаться, если судить по тексту последнего, «финального» решения по делу» [9, с. 265].

Судейское усмотрение во многом определяют формируемые в судебной практике стандарты пересмотра, представляющие собой механизм распределения компетенции между судами первой и вышестоящих инстанций, суть которого можно выразить следующим образом: суд вышестоящей инстанции может входить в обсуждение вопросов, бывших предметом рассмотрения суда первой инстанции, и изменять/отменять его решение по этим вопросам только при наличии определенных условий, которые формируются в судебной практике (как правило, в обобщенном виде на уровне Верховного Суда РФ, в более детальном – на уровне судов субъектов РФ). В зависимости от стандартов пересмотра апелляционный суд оставляет в силе те или иные решения суда первой инстанции, даже в случаях, когда имеет свое видение дела и, возможно, принял бы иное решение, если бы рассматривал тот же вопрос, будучи судом первой инстанции. При этом во главу должна быть положена необходимость уважения вышестоящих судов к усмотрению судьи первой инстанции при его детальной мотивированности. Мы поддерживаем позицию М.А. Никонова, по мнению которого «В случае если суд вышестоящей инстанции решает передоказать установленные судом первой инстанции факты или иным образом истолковать дискреционные нормы права, его мотивировка должна превосходить по детальности мотивировку суда



первой инстанции» [23, с. 6-7].

Возможность выбирать, ориентируясь на те или иные стандарты, – свойство человеческого разума. Но каждый правоприменитель обладает уникальной способностью и особенной манерой восприятия и отражения окружающего мира. «Необходимо обратить внимание – пишет П. А. Lupinskaya, – на детермированность решения, с одной стороны, объективными, правовыми, социально-психологическими условиями деятельности, а с другой – индивидуальными качествами лица, принимающего решение (общее и специальное образование, опыт работы, правосознание, правовая культура, индивидуально-психологические особенности)» [21, с. 34-35]. Наличие у правоприменителей дискреционных полномочий обуславливает значение не только их профессиональных, но и нравственных качеств. К нравственно-правовым пределам усмотрения относятся такие категории как *справедливость*, *добросовестность*, *разумность* [15, с. 11, 21]. Кроме того, особо следует обращать внимание на неюридические факторы, ограничивающие деятельность правоприменителя: психологические, экономические, социально-политические [3, с. 163-186, 229-245; 26; 30; 32, с. 51].

Поэтому проблему усмотрения в праве нельзя сводить к выявлению юридико-технических изъянов в нормативных правовых актах. Тем не менее изначально именно закон должен быть сформулирован так, чтобы личные свойства и качества конкретного правоприменителя, уровень его правосознания не могли в значительной степени влиять на правовую оценку содеянного и принятие в этой связи решения. Необходим отход от идеалистической точки зрения о юридико-техническом построении четких пределов дискреции в сторону работы с более гибкими инструментами – детерминантами, обеспечивая направленное (в той или иной степени) осуществление усмотрения [17; 24, с. 79; 25].

**Yury Petrovich Borulenkov**

**Legal knowledge and discretion of the law enforcer**

*In the center of attention of the author of the article is a discussion in science*

*procedural law the question of the concept of and the limits to the discretion of the law enforcer. It is noted that in science, there are two approaches to this notion. Some authors to this phenomenon is attributed exclusively to the cases expressly provided for in the law. Others advocate the concept of a holistic approach. It is emphasized that the solution allows to answer on limits of a discretion on a question as such law-enforcement activity as the choice is carried out is carried out in practice, than is limited.*

*Keywords: legal knowledge; the application of the law; the discretion of the law enforcer.*

### **Пристатейный библиографический список**

1. Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. Н.Новгород: Нижегородская правовая академия, 2003. 420 с.
2. Багмет А.М., Цветков Ю.А. Товарно-информационная концепция коммуникации следствия и суда // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2014. № 1 (8). С. 9-19.
3. Барак А.. Судейское усмотрение. Перевод с английского. М.: Издательство НОРМА; 1999. 376 с.
4. Берг Л.Н. Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. 12.00.01. Екатеринбург, 2008. 22 с.
5. Березин А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01. Н.Новгород, 2007. 25 с.
6. Борбушок А.А. Разграничение административного и других видов усмотрения в правоприменительной деятельности // Международная межвузовская научно-практическая конференция молодых ученых «Традиции и новации в системе современного российского права». Сборник тезисов. М. 2010. С. 128-130.
7. Боруленков Ю.П. Теоретические основы процессуального познания. Монография. Владимир: ВГПУ, 2006. 257 с.
8. Боруленков Ю.П. Юридическое познание (некоторые методологические, теоретические и праксеологические аспекты): монография / под науч. ред. проф. В.Н. Карташова. М.: Юрлитинформ, 2014. 392 с.
9. Верещагин А. Особые мнения в конституционном суде России / Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / Под ред. В.В. Волкова. М.: Статут, 2012. С. 250-267.
10. Гамбарян А. Судейское усмотрение как сфера судебной политики // Вектор науки ТГУ. 2011. № 2 (5). С. 25-33. URL:<http://www.iuaj.net/node/1321>. [Дата обращения 30.03.2014].
11. Грачёва Ю.В. Источники судейского усмотрения в нормах об освобождении от уголовной ответственности // LEX RUSSICA (НАУЧНЫЕ ТРУДЫ МГЮА). 2011. № 2. С. 315-328;
12. Гук П.А. Независимость и судейское усмотрение // Российская юстиция. 2008. № 11. С. 45-47.
13. Дубовицкий В.Н. Административное усмотрение в советском

- государственном управлении // Советское государство и право. 1980. № 9. С. 121-125.
14. Емузов А.С. К вопросу о понятии усмотрения судьи // Научные труды. Российская академия юридических наук. Выпуск 5. В 3 т. Т. 3. М.: Издательская группа «Юрист», 2005. С. 468-472.
  15. Ермакова К.П. Пределы судебного усмотрения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01. М., 2010. 26 с.
  16. Ермакова К.П. Правовые пределы судебного усмотрения // Журнал российского права. 2010. № 8 (164). С. 50-58.
  17. Жевлаков Э., Звечаровский И., Минская В., Наумов А., Решетова Н., Савкин А., Халиулин А. Усмотрение в уголовном праве и уголовном процессе // Уголовное право. 2010. № 1. С. 108-112.
  18. Комиссаров К.И. Правоприменительная деятельность суда в гражданском процессе. // Советское государство и право. 1971. № 3. С. 55-75.
  19. Левченко О.В., Хузиахметов Д.М. Пределы судебного усмотрения в уголовном судопроизводстве // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 3. С. 232-236.
  20. Лозовская С.В. Соотношение судейского усмотрения и судейского правотворчества // Российский следователь. 2012. № 9. С. 24-26.
  21. Lupinskaya P.A. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. М.: Юрист, 2006. 174 с.
  22. Михайловская И.Б. Роль субъективного фактора в осуществлении правосудия // LEX RUSSICA. Научные труды МГЮА. 2010. № 3. С. 588-604.
  23. Никонов М.А. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.09. М., 2014. 33 с.
  24. Никонов М.А. Судейское усмотрение при оценке достаточности доказательств для вынесения решения по делу // Уголовный процесс. 2013. № 4. С. 76-79.
  25. Оксюк Т. Усмотрение прокурора в уголовном процессе // Законность. 2010. № 3. С. 3-9.
  26. Опалев Р.О. К вопросу о перспективах исследования процессуального усмотрения в рамках науки цивилистического процесса // Актуальные проблемы российского права. 2008. № 4 (9). С. 228-234.
  27. Папкина О.А. Усмотрение суда. М.: Статут, 2005. 413 с.
  28. Севастьянов А.П. Пределы судейского усмотрения при назначении наказания: Автореф. дис...канд. юрид. наук. 12.00.08. Красноярск, 2004. 24 с.
  29. Современный словарь иностранных слов. М.: Рус. яз. 1992. 752 с.
  30. Страмилова Т.П. О некоторых вопросах норм этики, применяемых судьей при осуществлении правосудия // Научные труды. Российская академия юридических наук. Выпуск 5. В 3 т. Т. 3. М., 2005. С. 621-626.
  31. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М.: Юринформцентр, 2001. 355 с.
  32. Этика судьи. Пособие для судей / Под ред. Н.В. Радутной. М.: Российская академия правосудия. 2002. 212 с.