



Валиев Р. Г.

**УСМОТРЕНИЕ В ПРАКТИКЕ
ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ**

Монография

Р. Г. Валиев

**УСМОТРЕНИЕ В ПРАКТИКЕ
ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ**

Монография

Электронное издание
локального распространения

Санкт-Петербург
Наукоемкие технологии
2024

© Валиев Р. Г., 2024
ISBN 978-5-907946-24-8

УДК 340.1:34.01

ББК 67

В15

Рецензенты:

Алексей Александрович Фомин, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и административного права Санкт-Петербургского государственного экономического университета;

Александр Александрович Никитин, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права Саратовской государственной юридической академии

В15 Валиев Р. Г. Усмотрение в практике правового регулирования общественных отношений [Электронный ресурс]: монография / Р. Г. Валиев. – Электрон, текстовые дан. (4,3 Мб). – СПб.: Научные технологии, 2024. – 397 с. – 1 электрон., опт. диск (CD-ROM).

ISBN 978-5-907946-24-8

В монографии представлены результаты исследования теоретико-правовых и прикладных аспектов реализации усмотрения субъектов нормативного и индивидуального правового регулирования общественных отношений. Изложены основания и показано значение концептуализации практики правового регулирования общественных отношений. Определен доктринальный и институционально-правовой статус усмотрения субъектов правового регулирования. Раскрывается правовая природа, выявлены основные тенденции и закономерности формирования и реализации институционально-правового и рационально-психического потенциала усмотрения как фактора развития практики правового регулирования общественных отношений. Исследование содержит выводы и предложения, которые могут быть использованы в теоретической и практической юриспруденции.

Монография адресована представителям академического юридического сообщества и практикующим юристам, интересующимся проблемами современной практики правового регулирования общественных отношений в контексте значительного влияния усмотрения на деятельность субъектов правового регулирования и его результаты.

Текстовое электронное издание

Минимальные системные требования:

- процессор: Intel x86, x64, AMD x86, x64 не менее 1 ГГц;
- оперативная память RAM ОЗУ: не менее 512 МБайт;
- свободное место на жестком диске (HDD): не менее 120 МБайт;
- операционная система: Windows XP и выше;
- Adobe Acrobat Reader;
- дисковод CD-ROM;
- мышь.

ISBN 978-5-907946-24-8

© Валиев Р. Г., 2024

Научное издание

Валиев Рафаиль Газизуллович

Усмотрение в практике правового регулирования
общественных отношений

Монография

Электронное издание
локального распространения

Издательство «Наукоемкие технологии»
ООО «Корпорация «Интел Групп»
<https://publishing.intelgr.com>
E-mail: publishing@intelgr.com
Тел.: +7 (812) 945-50-63
Интернет-магазин издательства
<https://shop.intelgr.com/>

Подписано к использованию 27.12.2024 г.
Объем издания – 4,3 Мб.
Комплектация издания – 1 CD.
Тираж 100 CD.

ISBN 978-5-907946-24-8



9 785907 946248 >

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	5
Глава 1. Теоретические основы исследования усмотрения в практике правового регулирования общественных отношений.....	8
1.1. Актуальность концептуализации практики правового регулирования общественных отношений.....	8
1.2. Правовое регулирование как компонент практики правового регулирования общественных отношений.....	40
1.3. Акты правового регулирования как компонент практики правового регулирования общественных отношений.....	82
1.4. Сущность усмотрения в историографии проблематики его научного познания.....	94
Глава 2. Праворегулирующий потенциал усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений.....	124
2.1. Правовая природа усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений.....	124
2.2. Основные закономерности практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений.....	157
2.3. Дискреционные тенденции практики правового регулирования общественных отношений.....	203
2.4. Институционально-правовая природа праворегулирующего потенциала усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений.....	262
2.5. Рационально-психическая природа праворегулирующего потенциала усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений.....	291
Глава 3. Технологические основы оптимизации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений.....	321
3.1. Теоретические основы юридической техники и технологии оптимизации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений.....	321
3.2. Технологии оптимизации отечественной практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений.....	355
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	388

ВВЕДЕНИЕ

Развитие правовой жизни общества характеризуется определенными тенденциями в правовом регулировании общественных отношений. В природе этих тенденций значительна роль субъективных факторов правового регулирования. Одним из таких факторов выступает усмотрение субъектов правового регулирования, имеющее существенное значение для правотворческой, правоинтерпретационной, правоприменительной и правореализационной деятельности. Усмотрение как феномен субъективного порядка характеризуется рационально-психической природой, что усложняет его контроль и регулирование. Латентность усмотрения в практике его реализации имеет своими издержками весьма неординарные проявления, предопределяющие его неопределенность. Неопределенность всегда сопряжена с проблемной ситуацией, свидетельствующей о проблеме и требующей своего разрешения в науке. Предметом настоящего исследования выступает неопределенность научно-практического статуса усмотрения как фактора правового регулирования.

Цель исследования – формирование концептуального представления о закономерностях и тенденциях практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования в единстве действия его институционально-правового и рационально-психического потенциала. Соответственно обозначенной цели, логика настоящего исследования определяется многообразием проявлений использования праворегулирующего потенциала усмотрения субъектами правового регулирования, в том числе в противоречии его действительному назначению в механизме правового регулирования. В этой связи основной замысел исследования подчинен выявлению закономерностей и основных тенденций практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования, которые предопределяют соответствующие технологии ее оптимизации.

В онтологическом плане усмотрение как юридически значимое явление

находит выражение на трех уровнях его презентации – системе права, практике правового регулирования и правоорганизованной социальной практики. Вопросу презентации усмотрения в праве и юридической практике посвящено значительное количество научных трудов. Усмотрение как правовое явление исследовалось отдельно на уровне в основном судебной и правоохранительной проблематики или реже – на уровне правотворчества и правореализации. Такое раздельное исследование усмотрения образует самостоятельную проблемную ситуацию в его научном познании, так как не позволяет сформировать целостное представление, учитывающее общие закономерности его практической реализации. Праворегулирующему аспекту усмотрения, его значению как фактору практики правового регулирования общественных отношений в общей теории права специального внимания не уделено. Между тем значительная опосредованность правового регулирования усмотрением его субъектов предопределяют актуальность более широкого контекста его научного познания – контекста практики правового регулирования, в рамках которого актуальным является анализ закономерностей, тенденций и противоречий практики его реализации.

В соответствии с контекстом логической конфигурации, представленной рубрикацией монографии, в ней изложены теоретические, эмпирическое и нормативное основания концептуализации практики правового регулирования общественных отношений. Вся совокупность сформулированных положений в их системной взаимосвязи логически раскрывает новые концептуальные идеи о сущности, содержании, тенденциях, противоречиях и закономерностях реализации усмотрения субъектов правового регулирования, которые обеспечили приращение научного знания о данном феномене.

В общей сложности в монографии актуализированы три взаимосвязанные концепции – концепция практики правового регулирования, концепция практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования и концепция ее совершенствования на уровне нормативного и индивидуального правового регулирования. Обозначенное концептуальное триединство гносеологически

обосновано, поскольку совершенствование практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений требует последовательного формирования теоретического представления о сущности, соответственно, практики правового регулирования и практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений.

Идентичность концептуальной модели практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений определяется его институционально-правовой и психологической природой. Как элемент правосознания личности субъекта правового регулирования усмотрение инкорпорируется в общее нормативное и индивидуальное правовое регулирование на уровне системной взаимосвязи норм различных институтов права. Исходя из факта инкорпорированности усмотрения в институты права, представляется актуальным изучение двуединой природы усмотрения в контексте ее институционально-правового и психологического аспектов.

В ходе исследования было доказано, что усмотрение, будучи элементом правосознания, является существенным рационально-психическим потенциалом практики правового регулирования. В этом потенциале усмотрения заключена природа не только позитивных свойств, но и негативных издержек, образующих предмет их анализа с целью выявления скрытых угроз правовому регулированию, которые находят свое выражение в деструктивных дискреционных тенденциях и противоречиях, что позволяет ставить вопрос о его адекватности в контексте различных аспектов, в том числе в контексте проблемы его ответственного осуществления. При этом предметом исследования является усмотрение не отдельной личности, а круга субъектов практики правового регулирования, который определяется правотворческой, правоинтерпретационной, правоприменительной и правореализационной деятельностью. Институционально-правовой и психологический аспекты усмотрения олицетворяют его новое восприятие в аспекте основных закономерностей и тенденций практики его реализации, детерминирующих востребованность ее оптимизации и совершенствования.

Глава 1. Теоретические основы исследования усмотрения в практике правового регулирования общественных отношений

1.1. Актуальность концептуализации практики правового регулирования общественных отношений

Динамика общественного развития предопределяет актуальность развития ее правовых основ, основанного на результатах предметного анализа правового регулирования общественных отношений. Для адекватного их теоретического отражения требуется постоянное развитие категориально-понятийного аппарата отраслевых юридических наук, прежде всего, общей теории права. Иными словами, как отраслевая, так и общая теория права должны отличаться своей динамичностью, чтобы отвечать вызовам общественного развития, а это требует критического осмысления прежних и формирования новых категорий и понятий, соответствующих объекту исследования. С этой точки зрения вполне оправданной представляется концептуализация новых теоретических взглядов и практических подходов в области правового регулирования, которая, по мнению А.В. Малько, является одной из первоочередных задач современной юридической науки¹. Как отмечает В.В. Лазарев, «любая тема, а тем более новая, требует оговорок о понятиях»². «Они всегда составляют исходную базу всякой юридической теории»³. В конечном счете «они образуются ради возможности более глубокого и всестороннего познания, а затем и преобразования правовой действительности»⁴. «Определение понятия считается ... своеобразным финалом анализа значения термина, позволяющим ввести понятие в данную научную дисциплину»⁵. Одним из таких понятий общей теории права, которое

¹ Малько А.В. Правовая политика современного общества: от теории к практике // Вісник Маріупольського державного університету. Серія: Право, 2012, Вип. 3-4. С 10.

² Лазарев В. В. К вопросу о рисках юридической науки // Журнал российского права. 2019. № 3. С.6.

³ Лазарев В. В. Интегративное восприятие права // Юридическая наука: история и современность. 2017. № 2. С.25.

⁴ Керимов Д.А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права / Ин-т социал-полит. исслед. РАН. – Москва, 2008. с. 167

⁵ Корнев В.Н. Теория государства и права как юридическая наука // Государство и право. 2021. № 7. С.13.

способно существенно развить их систему в контексте динамики правовой системы, представляется понятие практики правового регулирования.

В теоретическом плане актуальность в формировании целостного теоретического представления о практике правового регулирования общественных отношений, на наш взгляд, выражается в следующем.

1. Теория и практика правового регулирования общественных отношений – это две ипостаси феномена правового регулирования, одна из которых представлена в науке в виде системы научных знаний о правовом регулировании, а другая – олицетворяя собой объективную реальность правоорганизованной социальной практики, теоретически не разработана и не представлена в общей теории права. Действительно, в общей теории права достаточно развита доктрина правового регулирования. Историография правового регулирования охватывает собой более чем полувековой период, в рамках которой формировались ключевые положения теории правового регулирования⁶. Что касается практики правового регулирования, то общая теория права не располагает целостным представлением о феномене практики правового регулирования как объективно развивающейся реальности. В массиве теоретических исследований проблематики правового регулирования его

⁶ См.: Явич, Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений / Л.С. Явич. – М.: Госюриздат, 1961. – 172 с.; Алексеев, С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С.С. Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1966. – 187 с.; Горшенев, В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе / В.М. Горшенев. – М.: Юрид. лит., 1972. – 258 с.; Витченко, А.М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений / А.М. Витченко; под ред. д-ра юрид. наук М.И. Байтина. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1974. – 161 с.; Кашанина, Т.В. Децентрализация в правовом регулировании: структурный анализ: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Кашанина Татьяна Васильевна. – М., 1992. – 350 с.; Сорокин, В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс / В.Д. Сорокин // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2000. – № 4. – С. 34-45; Тихомиров, Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика / Ю.А. Тихомиров. – М.: Формула права, 2008. – 400 с.; Минникес, И.А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Минникес Илья Анисимович. – Екатеринбург, 2009. – 312 с.; Ершов, В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений как парные категории / В.В. Ершов // Российский судья. – 2013. – № 2. – С. 8-17; Власенко, Н.А. Проблема достаточности и агрессивности правового регулирования / Н.А. Власенко // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 1 (41). – С. 41-47.

эмпирические аспекты излагаются фрагментарно и предметом специального фундаментального исследования не являлись. Иными словами, практика правового регулирования как объективно существующая реальность до сих пор не нашла своего отражения в общей теории права. Между тем многие стороны развития правовой системы, коррелирующие с вопросами социального, экономического, политического и духовного развития могут плодотворно изучаться с использованием общетеоретической конструкции *практика правового регулирования общественных отношений*. Поэтому актуализация и разработка общетеоретического знания о практике правового регулирования общественных отношений как сегменте правоорганизованной социальной практики представляется объективно востребованным решением проблемы преодоления одного из пробелов в общей теории права.

2. Концептуализация практики правового регулирования общественных отношений, как представляется, отражает востребованность в научном обобщении всего спектра эмпирических проявлений опыта правового регулирования. Практика правового регулирования общественных отношений является основополагающим ресурсом правовой организованности и порядка в общественном развитии. Эмпирические проявления практики правового регулирования общественных отношений занимают значительное место в правоорганизованной социальной практике. В проблематике практики правового регулирования общественных отношений преломляются многие правовые явления и процессы – от правообразования и правовой политики до реализации права и воспроизводства правопорядка. Поэтому многие проблемные стороны развития правоорганизованной социальной практики могут быть рассмотрены в порядке концептуализации практики правового регулирования общественных отношений.

3. Актуальность общетеоретического представления о практике правового регулирования общественных отношений обуславливается и определенными сложностями в характеристике эмпирических аспектов правового регулирования в контексте взаимосвязи с объективным правом. Так, например, судебную

практику относят к источникам права. И если с точки зрения парадигмы правообразования в контексте правовых систем англосаксонской правовой семьи этот тезис не вызывает вопросов, то в контексте правовых систем романо-германской правовой семьи судебная практика является результатом той части действия права, которая связана с правовым регулированием и, следовательно, вторична по отношению к праву, которое выступает источником судебной практики. Судебная практика в отличие от источника объективного права, как силы его творящей, есть форма бытия ситуационного судебного права, которая находит выражение в актах судебного правоприменения, конкретизирующих объективное право. Это обстоятельство со всей очевидностью демонстрирует, что несформированность учения об эмпирических аспектах правового регулирования и отсутствие соответствующей родовой категории может приводить к коллизиям в классификационной характеристике соответствующих видов практики правового регулирования общественных отношений.

4. Несмотря на отсутствие в общей теории права научной разработанности практики правового регулирования общественных отношений, в юридической лексике весьма распространено использование ее одноименной теоретической конструкции. Она нередко присутствует в названии и содержании научных трудов, её отдельные аспекты изучаются на уровне предмета отраслевых юридических наук. Упоминание о практике находят выражение в законодательстве и юридических документах в виде ссылок на судебную практику, практику прокурорской деятельности, следственную, адвокатскую практику. В постановлениях Конституционного Суда и Верховного Суда Российской Федерации используются относящиеся к практике правового регулирования общественных отношений выражения «правоприменительная практика, «практика Суда Евразийского экономического союза», «судебная практика».

Теоретическая конструкция *практика правового регулирования общественных отношений* используется в дидактических материалах, в названиях и содержании учебных курсов и программ. Однако ее сущность и

содержание не раскрываются, как нередко не раскрывается и заявленный контекст исследования практики правового регулирования. Иными словами, проблема гносеологической, методической и дидактической неопределенности понятия практики правового регулирования общественных отношений требует своего решения, а ее отраслевые аспекты – единообразного представления в рамках ее общетеоретической модели.

5. Выделяемая в теории правовой системы категория *юридическая практика* ограничена кругом специальных субъектов и не способна выражать собой весь потенциал правовой реальности. Существующее в юридической доктрине понимание юридической и правовой практики отражает собой отдельные формы правоорганизованной социальной практики. Однако, будучи дифференцированы по характеру и субъектному составу, категории *юридическая практика* и *правовая практика* не охватывают собой всего спектра эмпирических проявлений правового регулирования в единстве с его результатами. Это свидетельствует о несформированности и актуальности целостного теоретико-правового представления об эмпирических аспектах правового регулирования. Обозначенная проблемная ситуация обуславливает актуальность общетеоретической конструкции, способной выражать собой максимально возможный спектр эмпирических проявлений результативной деятельности субъектов правового регулирования в контексте обобщенного, интегративно выраженного опыта правового регулирования. Представляется, что такую гносеологическую функцию в полной мере может выполнять концепт *практика правового регулирования общественных отношений*, способствующий развитию целостного представления о функциональной стороне правовой системы общества. Гносеологическая ценность концептуализации практики правового регулирования общественных отношений заключается в том, что она позволяет осуществлять реконструирование и репрезентацию эмпирических проявлений деятельности субъектов правового регулирования и регулирующего воздействия норм и принципов материального и процессуального права.

6. Основой актуализации любой теоретической конструкции является практический опыт, с помощью и на основе которого проверяется истинность теоретических выводов. Актуализация общетеоретической конструкции *практика правового регулирования общественных отношений* позволяет изучать опыт деятельности субъектов правового регулирования по упорядочению социального взаимодействия в контексте соотношения с ее результатами и на этой основе производить его диагностику на предмет адекватности назначению и социально значимым целям правового регулирования. Практика правового регулирования как теоретическая конструкция связывает воедино деятельность субъектов правового регулирования и ее результаты – акты правового регулирования, на основе которых можно судить о самой деятельности. Лишь в симбиозе с актами правового регулирования можно иметь целостное представление о логике правового регулирования как целеполагающей и результативной деятельности и, следовательно, подвергнуть правовому анализу и оценке качество и адекватность как самой деятельности, так и ее результатов.

7. Концептуализация практики правового регулирования общественных отношений представляется актуальной в целях выявления основных тенденций её современного развития, в которых находит выражение динамика правовой системы общества. Познание этих тенденций выступает неременным условием решения задачи оптимизации современной практики правового регулирования общественных отношений. Поэтому выявление и оценка тенденций практики правового регулирования общественных отношений предопределяет в качестве первостепенной задачи ее концептуализацию.

8. Для целей формирования целостного представления о практике правового регулирования общественных отношений ее одноименная общетеоретическая конструкция актуальна и с точки зрения юридических конфликтов, которые являются предметом правового регулирования, включая негативные проявления деятельности субъектов правового регулирования и ее результатов, поскольку общая цель правового регулирования – создание

правопорядка – достигается не только посредством регулятивной, но и охранительной функции права.

9. Исходя из гипотезы, что опыт деятельности является критерием результативности и эффективности правового регулирования, концептуализация практики правового регулирования общественных отношений актуальна в прогностических целях, для чего опыт правового регулирования в контексте его основных тенденций и противоречий может и должен постоянно изучаться и обобщаться в рамках одноименной теоретической конструкции. Полагаем, что решение обозначенных задач возможно в рамках учения о практике правового регулирования общественных отношений, имеющего аксиологическое значение для целей аудита как степени совершенства, эффективности правового регулирования, так и проявлений его неэффективности, поскольку «любая практика неоднородна и противоречива»⁷. Научный же анализ практики правового регулирования общественных отношений и обобщение опыта деятельности субъектов правового регулирования, как представляется, позволяют выработать обоснованные рекомендации по ее совершенствованию.

Наконец, актуальность концептуализации практики правового регулирования общественных отношений определяется ее теоретико-методологическим значением как базовой категории в изучении дискреционной практики правового регулирования, олицетворяющей опыт правового регулирования в аспекте функционально значимой роли усмотрения его субъектов. Практика правового регулирования, будучи олицетворением когнитивной модели, выражающей одну из сторон праворганизованной жизнедеятельности общества находится в едином когнитивном пространстве с конструкцией «дискреционная практика правового регулирования», призванной выражать опыт деятельности субъектов правового регулирования в аспекте

⁷ Pogodin A.V. The Structure of Practice and Quality of the Objective Law / A.V. Pogodin, E.V. Krasnov, R.G. Valiev // HELIX. – 2018. – Vol. 8, Is.1. P. 2448.

значительной роли их усмотрения⁸. Эта конструкция способна олицетворять все многообразие эмпирических проявлений регулирующего воздействия усмотрения субъектов правового регулирования, обуславливающего определенные дискреционные тенденции и противоречия в практике правового регулирования общественных отношений.

Обозначенные аспекты актуальности концептуализации практики правового регулирования общественных отношений позволяют констатировать теоретическую и практическую значимость ее категориального статуса в общей теории права.

В общей теории права устоявшееся представление о практике находит выражение в конкурирующих друг с другом понятиях юридической и правовой практики. В этой связи в гносеологическом плане проблема определения идентичности понятия практики правового регулирования общественных отношений сопряжена с классификационной характеристикой юридической и правовой практики, представляющих собой разновидности правоорганизованной социальной практики. Исходя из целей учета проявлений многообразия правоорганизованной социальной практики, концептуализация практики правового регулирования общественных отношений как когнитивного процесса формирования ее концепта представляется целесообразной на уровне характеристики смежных с ней понятий юридической и правовой практики.

Основополагающая для настоящего исследования категория *практика* в энциклопедическом значении определяется как «многообразие способов реализации человеческого бытия в различных формах закрепления, воспроизводства и развития человеческого опыта»⁹. Ключевым элементом философской семантики термина «практика», согласно энциклопедической трактовке, практики является «человеческий опыт». Практика и опыт являются

⁸ Валиев Р.Г. К вопросу о концептуализации дискреционной практики правового регулирования // Вестник юридического факультета Южного федерального университета. 2022.Т.9. № 4. С.23.

⁹ Современный философский словарь / под общ. Ред. В.Е. Керимова, Т.Х. Керимова. 4-е изд., испр. и доп. Москва, 2015. С. 517.

родовыми категориями для различных видов правоорганизованной социальной практики, в том числе и для юридической практики.

Юридическую практику в широком смысле ее понимания связывают с официальной деятельностью уполномоченных субъектов по созданию, систематизации, интерпретации и реализации норм права. Сюда включают правоохранительную, правозащитную, правоисполнительную деятельность, а также деятельность по совершенствованию действия права в рамках правовой политики. Наряду с составлением документов, консультированием и участием в судебном процессе, в содержание юридической практики включаются и многие другие юридически значимые действия, в частности, «предупреждение, пресечение и расследование правонарушений, привлечение к юридической ответственности, исполнение наказаний»¹⁰. Обозначенные формы проявления юридически значимой деятельности вполне логично вписываются в содержание понятия юридической практики и в контексте различных аспектов в разное время становились предметом исследования многих ученых¹¹. В зарубежной юридической доктрине юридическую практику связывают исключительно с профессиональной деятельностью юристов.

По мнению С.С. Алексеева юридическая практика это объективированный опыт индивидуально-правовой деятельности компетентных органов. При этом в структуре юридической практики он выделяет два основных компонента –

¹⁰ См., например: Леушин В.И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1987. – 152 с; Гусарев С.Д., Тихомиров О.Д. Юридическая деонтология (Основы юридической деятельности). Учебное пособие / К.: Знание, 2005. С.254.

¹¹ См., например: Орзих М.Ф. Право и личность: вопросы теории правового воздействия на личность социалистического общества. Киев, Одесса, Вища школа 1978. – 143 с.; Реутов В.П. Юридическая практика и развитие законодательства: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: / Реутов В.П.; – Свердловск, 1968. – 21 с.; Общая теории права. Курс лекции. Под редакцией проф. В. К. Бабаева. Нижний Новгород 1993. С.38-404; Леушин В. И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1987. – 152 с.; Палагина Е.Н. Функции юридической практики // Дис. канд. юрид.наук, Саратов, 2003. – 210 с.; Карташов В.Н. Юридическая практика как объект (предмет) правовой науки // Вестник нижегородской академии МВД России. 2010. № 1 (12). С. 13-23.

практику как «конкретную организаторскую деятельность в области права и практику как итог, результат этой деятельности»¹².

Представители теории права, максимально широко трактуя юридическую практику, включают в нее всю юридическую деятельность, протекающую в стране¹³, включая правореализационную практику, которая представлена практикой добровольной реализации правовых норм¹⁴, как сумму различных действий и воздержания от действий, совершаемых различными субъектами права¹⁵. Е.Н. Палагина, развивая трактовку, данную В.И. Леушиным, определяет юридическую практику как целенаправленную деятельность субъектов по принятию решений правового содержания, взятую в единстве с результатами этой юридически значимой деятельности и обобщенным социально-правовым опытом¹⁶. По мнению В.Н. Карташова, «юридическая практика – это деятельность по изданию (толкованию, реализации, систематизации и т.п.) юридических предписаний, взятая в единстве с накопленным правовым опытом (социально-правовой памятью)»¹⁷. Данная трактовка, как представляется, имеет методологическое значение для изучения практики в правовой сфере и характеристики ее классификационных разновидностей. В дефиниции В.Н. Карташова определяющим признаком юридической практики выступает деятельность по изданию юридических предписаний. Обозначенный признак указывает на специфику юридической деятельности, связанной с изданием, толкованием, систематизацией и реализацией юридических предписаний, что образует содержание данного вида социальной практики.

¹² Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. Т.1. М., 1981. С. 340-341.

¹³ См. Матузов Н.И. Актуальные проблемы права. Саратов. 2003.С.95.

¹⁴ Ершов В.В. Судебное правоприменение (теоретические и практические проблемы). М., 1991. С.67.

¹⁵ Жалинский А.Э. Введение в специальность «Юриспруденция». Профессиональная деятельность юриста: учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 207. С. 12. – 368 с.

¹⁶ Палагина Е.Н. Функции юридической практики // Дис. канд. юрид. наук, Саратов, 2003. С. 8-26 с.

¹⁷ Карташов В.Н. Юридическая практика как объект (предмет) правовой науки // Вестник нижегородской академии МВД России. 2010. № 1 (12). С.14.

Указание на юридические предписания порождает вопрос о предмете обозначенной деятельности в контексте с ее субъектами, поскольку не каждый субъект издает официальные юридические предписания. Среди прочих признаков юридической деятельности называют и ее официальный характер¹⁸. Что касается предмета юридической деятельности, то он относится к деятельности уполномоченных субъектов. В одной из своих работ, посвященной юридической деятельности. В.Н. Карташов отмечает, что она «имеет более сложную структуру, высокий уровень организации основных ее компонентов, развитую процессуальную форму»¹⁹. Юридическая деятельность определяется как объективированная в официальных актах деятельность компетентных учреждений и организаций, осуществляемая в определенных процедурно-процессуальных формах с помощью специальных юридических действий и операций, способов и средств, направленную на решение общественных задач и функций²⁰. Как деятельность компетентных органов определяют юридическую деятельность многие авторы²¹. В более узком значении, как вид профессиональной деятельности, определяет юридическую деятельность Р.А. Ромашов²².

Касаясь содержания опыта как структурного компонента юридической практики, В.Н. Карташов выделяет в нем два элемента – личный опыт как «часть правосознания, подсознания и правовой культуры» и выраженный в разнообразных юридических актах-документах «объективированный вовне правовой опыт, который формируется в процессе разрешения конкретных

¹⁸ См., например: Арзамасов Ю.Г. Природа юридической деятельности // Ленинградский юридический журнал. 2007. № 3. С.35.

¹⁹ Карташов В.Н. Понятие и структура юридической деятельности // Юридическая деятельность: сущность, структура, виды: сб. науч. тр. Ярославль: ЯрГУ, 1989. С.19. – 138 с.

²⁰ См.: Карташов В.Н. Юридическая деятельность: проблемы теории и методологии: автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. Москва, 1990. С. 1.

²¹ Шагиев Б.В. Юридическая деятельность и ее система: проблемы теории и практики. Монография. М., 2014. – 192 с.; Арзамасов Ю.Г. Природа юридической деятельности // Ленинградский юридический журнал. 2007. № 3-9. С.33-52; Беляев В.П. Юридическая деятельность: признаки, субъекты, функции // Право и образование. 2004. № 6. С.5-26.

²² См.: Ромашов Р.А. Юридическая технология правотворчества в России VIII в. // Право и государство: теория и практика. 2014. № 10(118). С. 78.

социально-правовых ситуаций, систематизации и обобщения материалов практики и т.п.»²³. Среди прочих признаков юридической практики В.Н. Карташов выделяет ее опосредованность (урегулированность) правовыми и иными социальными предписаниями, наличие компетенции ее субъектов, использование ими средств и методов деятельности, способы оформления вынесенных решений.

А.В. Малько определяя юридическую практику, недвусмысленно указывает на круг субъектов юридической деятельности, в качестве которых выступают властные, компетентные субъекты²⁴. Исходя из приведенной дефиниции, круг субъектов юридической практики ограничивается компетентными субъектами. Указание на компетенцию обуславливает восприятие юридической практики как категории, распространяющейся на специальную деятельность властных субъектов, так как «компетенция – это характеристика правоспособности государственных органов»²⁵. Следовательно, субъектами юридической практики выступают не все, а специально уполномоченные на то субъекты, что позволяет констатировать специальный характер юридической практики.

Юридическая практика с точки зрения ее структурного элемента – юридической деятельности как специальной деятельности характеризуется спецификой и кругом ее субъектов. В ней своей спецификой выделяются органы, чья деятельность будучи обусловлена правом, имеет своим назначением оперировать с нормам права, т.е. создавать, интерпретировать, систематизировать и осуществлять реализацию. Среди них выделяются органы, призванные не оперировать нормами права, а осуществлять реализацию предписаний норм права, исполнять предусмотренные ими функции. Так, органы дознания и оперативно-розыскной деятельности имеют своими задачами

²³ Карташов В.Н. Юридическая практика как объект (предмет) правовой науки // Вестник нижегородской академии МВД России. 2010. № 1 (12). С.13.

²⁴ Малько А.В. Теория государства и права в вопросах и ответах. М., 2001.С.186-187.

²⁵ Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. 3-е изд. – Юриспруденция, 2000. С. 402.

реализацию правоохранительной функции в порядке исполнения соответствующих норм материального и процессуального права. Их действия формализованы соответствующими нормами, обеспечивающими исполнение действия по дознанию и оперативно-розыскной деятельности. Однако некоторые из своих действий они призваны оформлять в правовой, документальной форме. Иными словами, в составе их деятельности как юридически значимой активности следует выделять правореализационные и праворегулирующие действия.

Таким образом, в общей теории права юридическая практика воспринимается большинством теоретиков как специальная официальная деятельность уполномоченных субъектов по созданию, систематизации, интерпертации и реализации норм права. Кроме того, в контексте юридической практики, как представляется, следует различать профессиональную практическую юриспруденцию.

Профессиональная практическая юриспруденция – это та область праворегулирующей социальной практики, которая связана с профессиональной деятельностью юристов. Профессиональная практическая юриспруденция – это практическая деятельность юристов, в процессе осуществления которой применяются специальные правовые знания и навыки. Это деятельность по обслуживанию механизма формирования, функционирования и развития права, а также охраны и защиты прав, свобод и законных интересов граждан и организаций, предполагающая наличие в обществе профессиональной группы лиц – юристов.

Профессиональная практическая юриспруденция – это форма выражения опыта профессиональной деятельности юристов. В этом аспекте можно выделять юридическую практику в узком смысле, которая связана с профессиональной деятельностью юристов (судей и их помощников, сотрудников прокуратуры, следователей, а также адвокатов, нотариусов и др.). Юридическая же практика в широком смысле – это формы выражения опыта деятельности не только юристов, но и иных лиц, осуществляющих специальные

юридически значимые действия. Так, например, депутатами, участвующими в правотворческой или законотворческой практике, являются граждане разных профессий и специальностей. В качестве присяжных судей могут выступать граждане, не имеющие профессионального юридического образования. Поэтому для определения идентичности юридической практики юристов вполне оправданно использовать понятие «профессиональная практическая юриспруденция».

Юридическая практика связывается с деятельностью компетентных субъектов, но не охватывает частных, невластных субъектов права. Понятие юридической практики в интерпретации его основоположника, В.Н. Карташова, а также Ю.А.Тихомирова, ограничено кругом специальных субъектов. Между тем, хорошо известно, что в создании юридически значимых предписаний участвуют и частные субъекты. Значительная масса правовых актов, которыми оформляются действия граждан и их организаций приходится на частноправовую сферу. Это те неофициальные акты-действия и акты-решения, субъектами которых выступают граждане и их организации. Поэтому встает вопрос о практике с участием невластных субъектов. В.М. Сырых, не соглашаясь с сведением юридической практики к деятельности компетентных органов, включает в нее правореализационные действия граждан и иных субъектов²⁶. По его мнению, она включает процессы правотворчества и формирования права, правоприменения и реализации норм права действиями граждан и иных субъектов гражданского общества, направленными на возникновение, изменение или прекращение конкретных правоотношений²⁷.

Нет сомнения в том, что граждане и иные субъекты гражданского общества также выступают субъектами юридически значимого поведения и деятельности. Однако очевидно и то, что деятельность граждан, не связанная с оперированием нормами права, их созданием, систематизацией, толкованием и

²⁶ Сырых В.М. Логические основания общей теории права: в 2 т., Т. 1: Элементный состав. М., 2000. С. 123.

²⁷ Там же. С.124.

применением, не относится к аспекту понимания юридической практики, которая в контексте ее признаков, сформулированных юридической доктриной, связана с деятельностью должностных лиц или специальных субъектов, осуществляющих публичные функции. Смешивать деятельность граждан и должностных лиц в одном понятии юридической практики вряд ли корректно с точки зрения различия характера их деятельности. Ведь именно попыткой преодоления этой проблемной ситуацией можно объяснить возникновение категории правовой практики. В этой связи встает вопрос о том контексте практики, который связан с деятельностью и поведением частных субъектов, т.е. граждан и организаций как субъектов права. Речь идет о таких формах социальной активности, которые будучи урегулированы нормами права, имеют юридически значимые последствия, но не могут быть отнесены к содержанию юридической деятельности как определяющего компонента структуры юридической практики. Иными словами, определенная часть правоорганизованной социальной практики остается не охваченной понятием юридической практики, а это обуславливает актуальность соответствующей теоретической конструкции.

Таким образом, очевидна ограниченность понятия юридической практики характером деятельности и кругом ее специальных субъектов, так как частные субъекты выпадают из содержания понятия юридической практики. Очевидно, что трактовка юридической практики исключительно как специальной юридической деятельности в единстве с ее результатами не исчерпывает содержания данной формы юридически значимой практики по кругу ее субъектов. Понятие юридической практики не охватывает собой всех проявлений юридически значимой деятельности по кругу субъектов и может рассматриваться в качестве специальной разновидности правоорганизованной социальной практики (организованной правом социальной практики). В этой связи встает вопрос и о том контексте правоорганизованной социальной практики, который связан с юридически значимой активностью частных субъектов права. Иными словами, можно констатировать существование

проблемной ситуации – ограничение юридической практики кругом специальных публичных субъектов юридической деятельности создает пробел в ее трактовке, восполнение которого одним лишь ее распространением на граждан и иных субъектов гражданского общества не решает проблемы. Обозначенная проблемная ситуация обуславливает актуальность общетеоретического знания, интегрирующего эмпирические проявления праворегулирующего начала юридической и правовой практики.

Из вышеизложенного следует, что существует проблема разграничения юридически значимой деятельности по кругу субъектов, в котором, как хорошо известно, выделяют две их основные категории – специальные и общие субъекты права. В этой связи вполне актуально выделение и такой категории практики, которая олицетворяла бы собой как круг субъектов, так и те виды деятельности, которые не охвачены понятием юридической практики. В качестве парной для юридической практики категории в юридической доктрине выделяют правовую практику. В юридической литературе отмечается, что «юридическую практику следует отличать от правовой практики как правовой деятельности и правового опыта. Правовая деятельность, по общему правилу, осуществляется всеми субъектами – как юристами, так и не юристами, как на профессиональной, так и на непрофессиональной основе. Юридическая практика – это сфера деятельности только юристов-профессионалов»²⁸.

Широкий подход к юридической деятельности дает А.В. Сапун, в интерпретации которого она «есть не только властная деятельность специальных субъектов по применению права, но и деятельность иных (невластных) субъектов, реализующих собственные права и обязанности»²⁹. Такой широкий подход поглощает собой и субъектов юридической практики, т.е. не согласуется с устоявшейся категорией юридической практики по кругу субъектов. По этой причине можно также констатировать и проблемную ситуацию, связанную с

²⁸ См.: Гусарев С.Д., Тихомиров О.Д. Юридическая деонтология (Основы юридической деятельности). Учебное пособие. – Киев: Знание, 2005. С.254.

²⁹ Сапун В.А. Теория правовых средств и механизм реализации права: дис. ...докт. юрид. наук – В.А.Сапун. – Н.Новгород, 2002. С.11.

противоречием дефиниции понятия правовой практики понятию юридической практики.

Очевидно, что юридически значимая социальная активность граждан и их организаций, урегулированная нормами права и связанная с их участием в формировании и реализации субъективного права не охватывается понятием юридической практики и требует своего отражения в общей теории права. Этот вопрос нашел отражение в актуализации парного для юридической практики понятия правовой практики. С точки зрения С. В. Барабановой и Р. В. Шагиевой, правовая практика характеризует накопленный результат осуществления правовой деятельности или, точнее, устоявшуюся линию в этой деятельности³⁰. Если исходить из тезиса, что правовая практика является элементом правовой системы и «одной из основных составляющих правовой жизни»³¹, то следует учитывать и иные проявления правовой жизни с их соответствующим результатом и устоявшейся линией в этой деятельности, т.е. тенденцией. Тенденции характеризуют развитие любых правовых явлений и процессов – правовой культуры, правовой социализации, правового просвещения, правового воспитания, правового обучения и образования и т.п. Иными словами, правовая жизнь выступает обобщающим знаменателем всей совокупности как позитивных, так и негативных результатов развития правовой действительности в целом, характеризующихся соответствующими тенденциями. В таком аспекте рассматривается содержание правовой жизни А.В. Малько.

В концепции правовой деятельности Р.В. Шагиевой правовая деятельность представлена как категория, необходимая «для отражения всех поведенческих актов субъектов права в различных сферах жизни»³², а правовая практика

³⁰ Барабанова С. В., Шагиева Р. В. Теоретико-методологические основы соотношения правовой деятельности и правовой практики //Вестник Казанского технологического университета. 2016. № 6. С.27.

³¹ См.: Малахов В.П. Философия права: формы теоретического мышления о праве: учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальностям «Юриспруденция» и «Философия». М., 2009. С. 138;

³² Шагиева Р.В. Концепция правовой деятельности в современном обществе. Казань, 2005. С.81.

рассматривается как «сформированный на основе правовой деятельности всех субъектов (а не только компетентных органов) опыт»³³. Вопрос лишь в том, какую деятельность воспринимать как именно правовую. Таким образом, поиск идентичности содержания понятия правовой практики пока не завершен, поскольку «эвристический смысл категории “правовая деятельность” еще остается не востребованным»³⁴.

На наш взгляд, актуальность проблемы эвристического смысла категории «правовая деятельность» может объясняться, как минимум, двумя причинами.

Во-первых, тем, что ее содержание распространяется на всех субъектов права, в том числе и тех, которые относятся к субъектам юридической деятельности, идентичность которой в юридической доктрине четко определена спецификой ее характера и кругом специальных субъектов.

Во-вторых, сторонники самостоятельного статуса правовой деятельности выделяют ее в качестве разновидности социальной деятельности, что также спорно, т.к. в этом качестве она также конкурирует с юридической практикой. Следовательно, решение проблемы эвристического смысла категории «правовая деятельность» должно осуществляться в направлении преодоления обозначенных причин. На наш взгляд, их преодоление возможно в порядке установления идентичности правовой деятельности в сравнительном аспекте, в контексте ее соотношения с социальной деятельностью и с учетом исключения из ее субъектного состава субъектов юридической деятельности³⁵.

В контексте изложенного существующее представление о правовых аспектах практики сегодня сосредоточено в понятиях юридической и правовой практики. Очевидно, что от того смысла, который вкладывается в категорию правовой деятельности, зависит и смысл опыта, формируемого в ее рамках и, следовательно, идентичность как правовой, так и юридической практики.

³³Шагиева Р.В. Человек в правовой сфере: Личностно-деятельностный подход: монография / Р.В.Шагиева, В.Н.Казаков. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. С. 66.

³⁴ Та же, С.67.

³⁵ См.: Валиев Р.Г. Правовая и праворегулирующая деятельность: от семантического смысла к классификационной идентичности // Юридическая наука. 2022. № 2. С.10.

Памятуя, что В.М. Сырых, будучи не согласен с сведением юридической практики к деятельности компетентных органов, включает в нее правореализационные действия граждан и иных субъектов, а Р.В. Шагиева, напротив, распространяет понятие правовой практики в том числе и на деятельность субъектов юридической деятельности, мы имеем дело с когнитивным диссонансом, обусловленным коллизией широких трактовок юридической и правовой практики. В этой связи представляется важным следующее замечание.

По мнению Р.В. Шагиевой, юридическая деятельность должна носить профессиональный и государственно-властный характер, что отличает ее от остальной правовой деятельности³⁶. Деятельность по определению взаимных прав и обязанностей в порядке заключения договора или совершения односторонних актов (составление завещания, выдача доверенности, составление заявления и т.п.) имеет своим содержанием юридически значимые действия. В силу этих действий субъекты социальной деятельности одновременно выступают в качестве субъектов юридически значимой активности, которая, как представляется, составляет содержание правовой деятельности. В этом, на наш взгляд, и заключается эвристический смысл правовой деятельности как субсидиарной парной категории, призванной охватить собой ту часть правоорганизованной практики, на которую не может быть распространено содержание понятия юридической деятельности, обладающего исключительной идентичностью как официальная деятельность субъектов публичной правовой, в том числе профессиональной юридической деятельности.

Таким образом, в общей теории права представление об эмпирическом аспекте деятельности находит выражение в рамках понятий юридической и правовой практики, которые олицетворяют собой отдельные формы правоорганизованной социальной практики, дифференцированные по характеру

³⁶ Барабанова С.В., Шагиева Р.В. Теоретико-методологические основы соотношения правовой деятельности и правовой практики. С. 26

и субъектному составу. На наш взгляд, актуальность теоретических конструкций *юридическая практика* и *правовая практика* обусловлена также и тем, что поскольку понятия юридической и правовой деятельности олицетворяют юридически значимые формы активности адресатов права, то за их пределами остаются пассивные формы юридически значимого поведения, т.е. бездействия. С этой точки зрения востребованными для общетеоретической презентации интегративного аспекта юридически значимой активности и бездействия представляются соответствующие понятия «юридическая практика» и «правовая практика». Однако ограниченность доктринальной трактовки юридической практики специальным субъектным составом и смысловая неопределенность доктринального содержания деятельностной составляющей правовой практики ограничивают их самостоятельную возможность в решении задачи интегративной характеристики опыта деятельности субъектов правового регулирования. Необходимость решения этой задачи предопределяет актуализацию теоретической модели, основанной на выявлении и анализе эмпирических данных о развитии социальных процессов, опосредованных правовым регулированием.

Исходя из назначения общей теории права представляется актуальным выявить точки приложения юридической и правовой практики к единому контексту их общетеоретического знаменателя. Разделяя мнение о разграничении юридической и правовой практики, отметим, что общественное развитие требует от теории права сосредоточения акцентированного внимания на более широком формате восприятия эмпирических форм правовой жизнедеятельности, чем юридическая или правовая практика. Представляется, что таким форматом, объединяющим в себе охваченные категориями юридической и правовой практики стороны правовой жизни, как представляется, обладает контекст правоорганизованной практики как опыт правовой организации социального взаимодействия участников общественных отношений, опосредуемый их юридическим оформлением.

Конечная цель правового регулирования в макромасштабе это правоорганизованная социальная практика. Правопорядок как основанный на праве порядок развития общества и правоорганизованная практика соотносятся как часть и целое. Правоорганизованная социальная практика основана не только на нормах объективного права, но и нормах частного, корпоративного права, а также нормах профессиональной морали, образующих состав праворегулирующих средств негосударственного правового регулирования.

Правоорганизованная практика как организованная объективным и субъективным правом социальная практика позволяет учитывать проблемы не только собственно юридической деятельности уполномоченных субъектов, но и социально-правовой активности всех иных субъектов и участников процессов правовой жизнедеятельности общества. В правоорганизованной социальной практике широко представлены проявления и той ее части, которые не охватываются юридической практикой как специальной официальной деятельностью уполномоченных субъектов по формированию, интерпретации и реализации правовых норм. Эта часть правоорганизованной социальной практики находит выражение в юридически опосредуемых волевых актах, которыми оформляются не только различные виды социально-экономической и политической деятельности граждан и организаций, но и духовная, творческая интеллектуальная деятельность, деятельность по экспертной оценке, правому познанию, профессиональному образованию, правовому просвещению и многое другое.

В контекстах правовой и юридической практик правоорганизованная практика как организованная правом социальная практика находится в диалектической связи с практикой правового регулирования. Практика правового регулирования выступает основополагающим компонентом правоорганизованной социальной практики. Правоорганизованная социальная практика складывается из следующих компонентов, олицетворяющих диалектический процесс перехода социальной практики в правоорганизованную практику: социальная практика как форма взаимодействия социальных

субъектов и объект правового регулирования (предмет – социальное взаимодействие), практика правового регулирования как праворегулирующая деятельность (практика правовой организации социальной практики), правоорганизованная практика как результат правовой организации социальной практики.

Руководствуясь гносеологической функцией общей теории права, призванной выражать обобщенный опыт развития государственно-правовых явлений и процессов, обратимся к анализу общего для юридической и правовой практики эмпирического начала, олицетворяющего собой онтологическую основу общетеоретической категоризации практики правового регулирования.

Будучи сами урегулированы правовыми средствами для целей реализации их задач юридическая и правовая практика не обходятся без правовой регламентации той их части, которые связаны с их результатами. Правовое регулирование выражает их единство. С этой точки зрения можно говорить о едином общем знаменателе, лежащем в основе их характеристики. Этим общим знаменателем выступает правовое регулирование, которое, будучи само разновидностью юридически значимой деятельности, объединяет собой регулятивные проявления содержания юридической и правовой практик. Оно имеет по отношению к ним характер устойчивой, повторяющейся связи, т.е. общей закономерности.

Правовое регулирование опосредует нормативными правовыми средствами не только социальную, но и собственно правовую и юридическую практики, которые нуждаются в регламентации для целей юридической оценки их состоятельности. Соответственно в социальной, в правовой и юридической практике присутствует праворегулирующее начало. Не говоря уже о правоприменительной практике, в которой осуществляется индивидуальное регулирование на основе приятия правоприменительных актов, даже та часть юридической практики, которая связана с защитой прав и законных интересов (правозащитная практика) и изначально урегулирована нормами права, также не обходится без установления юридически значимых фактов и создания правовых

актов-документов. Так, нотариус удостоверяя соглашение и придавая ему юридическую силу, облакает его в форму юридически значимого акта-документа. Судебный пристав-исполнитель во исполнение судебного приказа сам издает правовой акт в форме постановления по вопросам исполнительного производства. Суд по делам особого производства, своим усмотрением устанавливая наличие или отсутствие юридически значимых фактов, также принимает юридически значимое решение, оформляемое в форме судебного правового акта.

Таким образом, практика правового регулирования общественных отношений олицетворяет собой праворегулирующее основание развития правовой и юридической практики, в силу которого они обретают статус правоорганизованных форм общественного развития.

В рамках юридической и правовой практики, поскольку они не обходятся без правового регулирования, логично выделять юридически оформленную активность, связанную с оперированием нормативными правовыми средствами – их созданием, систематизацией, толкованием, конкретизацией, применением (собственно юридическая деятельность) и юридически оформленную активность, связанную с оперированием индивидуальными правовыми средствами – их созданием, толкованием и реализацией в целях юридической легализации и защиты трудовой, экономической, политической и прочей социально значимой активности.

В доктрине юридической и правовой практики смешались правотворческий, проавосистематизационный, правоинтерпретационный, правореализационный, правоохранительный и правозащитный аспекты. Вместе с тем, каждый из этих аспектов имеет в своей основе общее, определяющее их смысл праворегулирующее начало.

Во-первых, юридическую и правовую практики объединяет то, что они сами основаны на праве, так как не могут быть не урегулированы. В.Н. Карташов, давая характеристику юридической практике, выделяет в качестве одного из ее признаков то, что «она сама опосредована (урегулирована)

правовыми и иными социальными предписаниями»³⁷. Какие бы виды практики в правовой сфере мы не рассматривали, все они имеют единую основу – объективное и субъективное право; все они, так или иначе, содержат в себе регулирующее начало, так как не могут быть не урегулированы. Действительно, правовая или юридическая практики не обходятся без опоры на нормы институтов материального и процессуального права, в силу действия которых и в связи с которыми они и оказываются правовыми или юридическими. Будучи основаны на праве, юридическая и правовая практика являются правоорганизованными формами социальной практики, т.е. организованные правом формы социальной практики.

Во-вторых, какие-бы действия в рамках юридической или правовой практики мы бы не рассматривали, все они, так или иначе сопровождаются принятием соответствующих правовых актов-документов, с помощью и на основе которых оформляется возникновение новых, а также развиваются, изменяются или прекращаются существующие правовые отношения. Соответственно представление о них не может обходиться без регулирующего начала. Как юридическая, так и правовая практика имеют в своей структуре ту часть юридически значимой активности, которая связана с регулирующим, точнее праворегулирующим началом, основанном на принятии правовых актов. По сути, общим в содержании юридической и правовой практики является циклический процесс распремечивания и опредмечивания социальной сущности права, который протекает на когнитивном, рационально-психическом уровне и внешне выражается в документально оформленных правовых актах.

Обозначенная дискретность правоорганизованной социальной практики на уровне юридической и правовой практики со всей очевидностью обуславливает актуализацию общетеоретического знания, выражающего их единство в той их части, которая касается их общего контекста, представленного опытом правового регулирования. В контексте дискретности праворегулирующего

³⁷ Карташов В.Н. Юридическая практика как объект (предмет) правовой науки // Вестник нижегородской академии МВД России. 2010. № 1 (12). С. 15.

начала юридической и правовой практики актуальна категоризация общего по отношению к ним знания, недооценка значения которого ограничивает возможности целостного представления о функциональной характеристике правовой системы общества как категории, выражающей организованное, упорядоченное развитие правовой сферы жизнедеятельности общества. Представляется, что методологически значимой основой категоризации такого общетеоретического знания является концепт «практика правового регулирования», способный выражать собой все многообразие проявлений опыта правового регулирования, связанного с юридически значимой активностью специальных и общих субъектов права, которая находит выражение в создании и систематизации, толковании и реализации правовых норм. Именно опыт правового регулирования, олицетворяющий собой симбиоз нормоустановительной деятельности субъектов правового регулирования и ее результатов, образует содержание практики правового регулирования. Этот опыт, как представляется, вполне презентабелен для цели актуализации смежного для юридической и правовой практик интегративного понятия, которое выражает логику правоорганизующего процесса действия права, представленного правовым регулированием.

Таким образом, юридическая и правовая практики развиваются на единой организационно-правовой основе, создаваемой в порядке правового регулирования. Единым основанием развития правовой и юридической практики как правоорганизованных форм развития социальной практики, олицетворяющих собой опыт правового регулирования, является их урегулированность и опосредуемость нормами и принципами права. В этой связи юридическая и правовая практики в широком значении их понимания презентабельны как формы правоорганизованного развития социальной практики.

В изложенном аспекте практика правового регулирования может претендовать на статус базовой категории по отношению к юридической и правовой практике. В изложенном аспекте правовое регулирование и право

обуславливают исследовательский контекст практики правового регулирования, в рамках которого право, как социальный регулятор, опредмечивается на уровне деятельности субъектов правового регулирования и правовых актов. Иными словами, общим контекстом в характеристике соотношения юридической и правовой практики выступает правовое регулирование в единстве с его результатами, т.е. практика правового регулирования как смежная, для юридической и правовой практики, интегративная общетеоретическая конструкция³⁸. Её актуализация значима в аспекте гносеологической функции, которую она выполняет на уровне правовой системы.

Во-первых, она позволяет выражать процессы трансформации социальных объектов из статуса неформализованных в статус юридически формализованных объектов. При этом социальные объекты как объекты правового регулирования приобретают легальный статус правовых объектов.

Во-вторых, практика правового регулирования позволяет выражать значение правовой формы организации многогранной социальной практики как правоорганизованной социальной практики. В теории правового регулирования именно преобразованию социальной действительности отводится главная роль. Поэтому общим для всех подходов является преобразующий характер правового регулирования, который отмечается его исследователями. Такой преобразующий общественные процессы характер, как представляется, присущ деятельности субъектов правового регулирования. Эти процессы осуществляются в порядке нормативного и индивидуального правового регулирования, которые в единстве с их результатами образуют содержание практики правового регулирования.

Актуализируя вопрос о категоризации практики правового регулирования общественных отношений, мы исходим из факта, что любые виды социальной практики в своем развитии основываются на нормах права, развиваются на основе актов правового регулирования – нормативных правовых и иных

³⁸Валиев Р.Г. Практика правового регулирования: актуализация и категоризация общетеоретического знания // Теория государства и права. 2021. № 4. С.57.

правовых актах-документах, в которых выражена юридически значимая информация, связанная с формированием, реализацией и защитой объективного и субъективного права. И именно акты правового регулирования в единстве с урегулированными объективным и субъективным правом отношениями образуют формальную сторону правоорганизованной социальной практики.

Логика актуализации практики правового регулирования общественных отношений определяется тем, что социальная активность человека в обществе невозможна без ее подчинения определенным правилам социального взаимодействия, среди которых исключительную роль играют правила объективного и субъективного права. В силу этих правил, социальный статус человека обретает правовой статус, а его социальная активность – юридически значимый характер, т.е. влечет правовые последствия. Поэтому социальная деятельность осуществляется в рамках правовых норм и отношений. Иными словами, в соответствии с правилами объективного и субъективного права происходит юридическое оформление социальной активности, которое гарантирует состоятельность и обеспечивает защиту прав и юридически значимых интересов социальных субъектов как субъектов права и правоотношений, что необходимо для обеспечения ее нормального развития и защиты. Все это происходит в рамках многогранного процесса правового регулирования, в котором задействованы не только специальные, но и общие субъекты права. Все субъекты права действуют на единой основе, создаваемой в порядке правового регулирования их правового статуса, деятельности и социального взаимодействия. С этой точки зрения можно говорить о едином общем знаменателе, лежащем в основе их социально значимой активности. И этим общим знаменателем выступает правовое регулирование, объединяющее собой проявления известного разнообразия юридически значимой активности.

В концептуализации феномена практики правового регулирования общественных отношений доминирует идея подчиненности общественного развития нормам права, на основе которых социально-экономические, политические и прочие институты как нормативно опосредованные системы

общественных отношений обретают юридическую форму, становятся категориями правового порядка. Такой подход логичен уже потому, что в реальности нормам права подчиняется развитие различных сфер общественного развития.

Юридически значимые формы (модели) социальных актов-действий (решений) интегрируются в социальную активность в качестве ее органичного компонента. В единстве с ними социальная активность обретает юридическую значимость. Представляется, что обретение социальной активностью юридически значимых форм ее осуществления, в силу которых она обретает характер правовой активности, и образует содержание той части структуры правоорганизованной практики, которая относится к конечному результату правового регулирования, а сам процесс – содержанию деятельности его субъектов. С этой точки зрения практика правового регулирования охватывает собой правовую и юридическую практики.

Обозначенные формы проявления юридически значимой социальной активности, как представляется, вполне логично вписываются в содержание понятия той части практики правового регулирования, которая относится к деятельности ее субъектов. В изложенном контексте практика правового регулирования выступает регулирующим компонентом структуры правоорганизованной социальной практики, выражающим опыт деятельности субъектов правового регулирования, представленный в системе соответствующих правовых актов-документов.

Онтологическое значение практики правового регулирования заключается в том, что она лежит в основе правоорганизованной социальной практики, которая является символом организованности и порядка в общественном развитии. Такой процесс в общей теории права, будучи тесно связан с практикой правового регулирования, также еще не получил своего теоретического отражения.

Концепт практики правового регулирования общественных отношений позволяет не только учитывать многообразие форм правоорганизованной

социальной практики, ее тенденциях и проблемах, но и ставить вопросы по их оптимизации и совершенствованию. С этой точки зрения концепт практики правового регулирования общественных отношений выступает гносеологической основой различных форм правоорганизованной социальной практики, поскольку даже та ее часть, которая связана с защитой прав и законных интересов (правозащитная практика) и изначально урегулирована нормами права, также не обходится без установления юридически значимых фактов и издания соответствующих правовых актов-документов.

Таким образом, концепт *практика правового регулирования общественных отношений* выступает общей для юридической и правовой практики категорией, объединяющей в себе их регулирующее начало, т.е. ту их часть, которая связана с деятельностью по созданию, толкованию, применению и реализации норм права. В таком контексте практика правового регулирования общественных отношений выступает самостоятельной интегративной теоретико-правовой конструкцией, выражающей собой процесс преобразования социальной практики в правоорганизованную социальную практику как упорядоченную правом социальную практику.

Практика правового регулирования общественных отношений всегда связана с целеполагающей деятельностью ее субъектов по преобразованию социальной практики в правоорганизованную практику посредством средств правового регулирования. В практике правового регулирования такими средствами выступают правовые акты-документы, олицетворяющие собой результаты деятельности субъектов правового регулирования.

В контексте изложенного можно заключить следующее.

Во-первых, в практике правового регулирования выделяются два начала, две стадии правового регулирования, которые обуславливают его двойственное содержание. Одна из сторон – правовая актуализация и формально-юридическая легализация социальных норм (правил) в качестве норм права как средств общего правового регулирования, в которых легализуется общеправовая модель правовых отношений, правового статуса, прав и обязанностей, поведения и

деятельности их субъектов. Другая сторона – конкретизация и реализация норм права как средств индивидуального правового регулирования.

Очевидно, что правовая актуализация и формально-юридическая легализация находят выражение на уровне нормативного правового и индивидуального правового регулирования. В той мере, в какой актуализируются и легализуются правила общего характера, в той же мере актуализируются правила индивидуального характера, что позволяет согласиться с тезисом, что правотворчество находит свое выражение и на уровне индивидуального правового регулирования. Сказанное ориентирует на восприятие практики правового регулирования как опыта преобразования социальной действительности в правовую действительность.

Во-вторых, процесс создания нормативных и индивидуальных правовых предписаний неотделим от их систематизации, основанной на их дифференциации и интеграции, детерминируемой неоднородностью предмета правового регулирования. На уровне индивидуального правового регулирования систематизация проявляется на уровне индивидуальных актов относительно формирования их текста, складывающегося из индивидуальных правовых предписаний. Систематизация на уровне нормативных и индивидуальных правовых актов выступает неотъемлемой частью процесса создания правовых норм. Поэтому в содержании понятия правового регулирования следует выделять систематизацию правовых норм.

Систематизацию нормативных и индивидуальных правовых предписаний как структурный элемент практики правового регулирования следует отличать от систематизации нормативных правовых актов – они олицетворяют собой разнопорядковые формы правовой систематизации.

Актуализация систематизации нормативных и индивидуальных правовых предписаний выступает теоретической основой концептуального представления о формах нормативной и индивидуальной правовой интеграции на уровне

нормативных и индивидуальных правовых актов в пределах общенациональной и международной систем права³⁹.

В-третьих, практика правового регулирования общественных отношений имеет значение детерминанты многогранной правоорганизованной социальной практики как правовой формы ее организации. В практике правового регулирования, как представляется, именно преобразование социальной действительности в правоорганизованную социальную действительность выступает в качестве ее главной функции. Этот процесс осуществляется в порядке правовой регламентации, систематизации, интерпретации и правореализации, которые в единстве с их результатами образуют содержание практики правового регулирования. И если практика правового регулирования как объективная реальность находит свое реальное выражение в органично связанных процессах правотворчества, толкования права и системе законодательства, то именно эти процессы являются содержанием решения первостепенной задачи ее познания. В таком контексте практика правового регулирования выступает самостоятельной теоретико-правовой конструкцией.

Кроме того, актуализация концепта «практика правового регулирования» позволяет выявлять противоречия в опыте правового регулирования, когда его иррациональные, психологические начала превалируют над его рациональными, интеллектуально-волевыми свойствами, детерминируя деструктивные действия и решения.

Выводы

Существующие в общей теории права понятия юридической и правовой практики олицетворяют собой отдельные формы правоорганизованной социальной практики, но будучи дифференцированы по характеру и субъектному составу, каждая из них в отдельности не охватывает собой всего спектра эмпирических проявлений правового регулирования в единстве с его результатами. Между тем, несформированность учения об эмпирических

³⁹ Об этом см.: Валиев Р.Г. Правотворческая систематизация норм права // Журнал российского права. 2020. № 7. С. 27-39.

аспектах правового регулирования и отсутствие соответствующей общетеоретической конструкции может приводить к коллизиям в классификационной характеристике соответствующих видов практики правового регулирования.

Ограниченность трактовки понятия юридической практики специальным субъектным составом и неопределенность эвристического смысла деятельностной составляющей понятия правовой практики ограничивают их самостоятельную возможность в решении задачи общетеоретической характеристики опыта правового регулирования. Необходимость решения этой задачи предопределяет актуализацию теоретической модели, выражающей систему эмпирических данных о развитии социальных процессов, опосредованных правовым регулированием. Обозначенная проблемная ситуация обуславливает актуальность соответствующего знания, выражающего собой опыт нормативного правового и индивидуального правового регулирования в рамках единой общетеоретической модели. Методологически значимой основой этого знания, как представляется, выступает концепт *«практика правового регулирования общественных отношений»*, способный в интегрированной форме выражать собой все многообразие эмпирических проявлений опыта правового регулирования.

Концептуализация практики правового регулирования общественных отношений актуальна в аспекте методологической функции, которая выражается в ее гносеологическом статусе как базовой общетеоретической конструкции познания практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования.

Теоретическая функция концепта *«практика правового регулирования общественных отношений»* выражается в категоризации практики правового регулирования как объективной правовой реальности, выражающей деятельность субъектов правового регулирования в единстве с ее результатами.

Гносеологическая ценность концепта *практика правового регулирования общественных отношений* заключается в том, что он позволяет:

– выражать процессы трансформации социальных объектов из статуса неформализованных в статус юридически формализованных объектов. В практике правового регулирования именно преобразованию социальной практики в правоорганизованную практику отводится главная роль;

– теоретически реконструировать и воспроизводить эмпирические проявления праворегулирующей деятельности и регулирующего воздействия норм материального и процессуального права;

– изучать противоречия между институционально-правовой моделью и реальными результатами деятельности субъектов правового регулирования, характеризующимися деструктивными проявлениями неадекватности усмотрения ее субъектов его назначению;

– обобщать и изучать опыт правового регулирования в контексте его основных тенденций и противоречий;

– выявлять деструктивные проявления опыта правового регулирования, когда его иррациональные, психологические начала превалируют над его рациональными, интеллектуально-волевыми свойствами;

– осуществлять аудит и производить диагностику опыта праворегулирующей деятельности на предмет ее адекватности назначению и социально значимым целям правового регулирования, а также степени ее совершенства, эффективности и проявлений неэффективности.

1.2. Правовое регулирование как компонент практики правового регулирования общественных отношений

Представление о сущности практики правового регулирования общественных отношений как объективной реальности неотделимо от анализа ее содержания. Руководствуясь методологическим тезисом, что сущность объекта во многом определяется его содержанием, дополним концептуальное представление о сущности практики правового регулирования общественных отношений его содержательной характеристикой.

Практика правового регулирования общественных отношений – сложноорганизованное явление. Исходя из особенностей полиструктурного содержания практики правового регулирования общественных отношений, его анализ представляется плодотворным в единстве системно-структурного подхода. Характеризуя полиструктурный характер системно-структурного метода изучения явлений, А.Ф. Черданцев отмечал, что «каждое из них имеет внутреннюю структуру, внутреннее строение <...>, с другой стороны – каждое из них выступает как элемент суперструктуры⁴⁰. Вместе с тем очевидность корреляции структурных элементов содержания практики правового регулирования свидетельствует об актуальности использования дуалистической диалектики. Дуалистическая диалектика позволяет установить диалектические связи парных структурных компонентов, в своей совокупности олицетворяющих содержание практики правового регулирования, выражающей циклический процесс опредмечивания и распредмечивания социальной сущности объективного права. Поэтому для целостной характеристики структуры практики правового регулирования важно установить системообразующие связи.

В соответствии с дуалистической диалектикой структура практики правового регулирования общественных отношений на макросистемном уровне имеет двойственную природу, которая проявляет себя в двух ее основополагающих компонентах – правовом регулировании и актах правового регулирования. В рамках структуры практики правового регулирования общественных отношений выделяются соответствующие компоненты структуры правового регулирования и его результатов. Каждый компонент практики правового регулирования общественных отношений складывается из двух дуалистических подсистем – деятельностной и результативной подсистемы по формированию и осуществлению норм права и деятельностной и результативной подсистемы по формированию индивидуальных правил.

⁴⁰ Черданцев А. Ф. Теория государства и права. М., 2002. С. 34.

В свою очередь содержание правового регулирования как компонента практики правового регулирования общественных отношений также характеризуется двойственной структурой. Двухуровневая структура правового регулирования характеризуется двумя видами деятельностной подсистемы – деятельностной подсистемы нормативного правового регулирования и деятельностной подсистемы индивидуального правового регулирования, которые включают в себя соответственно правотворчество и применение, а также толкование и реализацию норм права. Между ними существует диалектическое единство, которое выражает двойственную природу правового регулирования. Это единство проявляет себя в различных видах правового регулирования на уровне институтов и отраслей права, что в пространственном и временном измерении предстает как опыт правового регулирования, опредмеченный в его результатах.

Соответственно двойственному содержанию правового регулирования структура результативной подсистемы представлена соответствующими видами актов правового регулирования – нормативными и индивидуальными правовыми актами, которым коррелируют правоинтерпретационные акты.

Конечным системным результатом правового регулирования является правоорганизованная социальная практика как урегулированная правом социальная практика развития общественных отношений (система обусловленных правовым регулированием правоотношений). В силу правового регулирования, опосредующего процесс трансформации общественных отношений в правовые отношения социальная практика преобразуется в правоорганизованную социальную практику. Правоорганизованная социальная практика – это неотъемлемая форма социальной жизнедеятельности в условиях государственно организованного общества. В практике правового регулирования общественных отношений, как представляется, именно преобразование социальной практики в ее правоорганизованную форму выражает ее сущность. Это преобразование осуществляется в порядке правовой регламентации, систематизации, интерпретации, правоприменения и

правореализации как деятельностных процессов, взятых в единстве с их результатами, выраженными в соответствующих правовых актах – актах правового регулирования. Обозначенные деятельностные процессы олицетворяют динамическое содержание практики правового регулирования. И если практика правового регулирования общественных отношений как объективная реальность находит свое реальное выражение в органично взаимосвязанных процессах правотворчества, толкования, применения и реализации норм права, то именно эти процессы являются основой познания ее содержания. Для их интегративного отражения, собственно и актуальна теоретическая конструкция «практика правового регулирования общественных отношений».

Таким образом, особенность содержания практики правового регулирования состоит в том, что оно имеет полиструктурный характер. На макросистемном уровне структура практики правового регулирования складывается из двух дуалистических подсистем – деятельностной и результативной подсистемы по формированию и осуществлению норм права и деятельностной и результативной подсистемы по формированию индивидуальных норм права. Деятельностная подсистема представлена правовым регулированием, результативная – актами правового регулирования. В свою очередь структура правового регулирования как деятельностной компоненты практики правового регулирования включает в себя такие подсистемы, как нормативное и индивидуальное правовое регулирование, а также представленное в этих подсистемах правотолкование. Структура результативной системы представлена соответствующими видами результатов правового регулирования в форме нормативных, индивидуальных правовых, а также правоинтерпретационных актов.

Между индивидуальным и нормативным правовым регулированием существуют связи преемственности. В той мере, в какой индивидуальное правовое регулирование и реализация права невозможны без нормативного правового регулирования, в той же мере правовое регулирование не имеет

смысла без правореализации и индивидуального правового регулирования. Аналогичный характер связи существует на уровне деятельностной и результативной подсистемами.

Полиструктурный состав практики правового регулирования отражает собой ее многогранность на уровне корреляции парных компонентов – общего и индивидуального правового регулирования, правового регулирования и его результатов, нормативных и индивидуальных правовых актов. Их единство предполагает характеристику объекта в контексте двуединой сущности его полиструктурного содержания на уровне диалектических связей его структурных компонентов.

Важно отметить, что двойственная сущность правового регулирования, выражающаяся в выделении его нормативного правового и индивидуально-конкретного видов, детерминирована объективной невозможностью осуществления казуистичного регулирования на основе нормативных правовых актов. Иными словами, дифференциация нормативного правового и индивидуального правового регулирования обусловлена общим характером предписаний норм права. Нормативное правовое регулирование тем и отличается, что оно использует абстрактно общие правила, которыми оформляются общие, институциональные модели правового статуса, социального поведения и правоотношений. При этом, правовая актуализация тех или иных социальных норм и отношений, их дифференциация и систематизация в рамках нормативной правовой регламентации осуществляется при посредстве элементов правосознания субъекта правового регулирования, среди которых решающую роль играют его правовые воззрения, взгляды и чувства. А это свидетельствует о включенности правосознания субъектов правового регулирования в структуру практики правового регулирования в качестве системообразующего элемента.

Правовое регулирование опосредует собой процесс трансформации общественных отношений в правовые отношения. Соответственно опыт правового регулирования олицетворяет процесс преобразования социальной

практики в правоорганизованную социальную практику как упорядоченную правом социальную практику. Субъекты права, которые своими действиями осуществляют преобразование социальной практики в правовую практику, являются субъектами правового регулирования.

Рассматривая структуру практики правового регулирования общественных отношений нельзя не коснуться вопроса о ее соотношении с механизмом правового регулирования, который выступает ее смежным понятием. В теории права механизм правового регулирования представлен в инструментальном аспекте. Механизм правового регулирования принято трактовать как «систему юридических средств, при помощи которых осуществляется правовое регулирование»⁴¹. По мнению Л.А. Морозовой, механизм правового регулирования представляется в виде «системы, направленной на воплощение норм права в жизнь» при помощи соответствующих правовых средств»⁴². В таком аспекте механизм правового регулирования коррелирует структурному содержанию практики правового регулирования на уровне нормативных правовых средств. Именно в этом смысле механизм правового регулирования выступает смежной категорией практики правового регулирования. Однако правовое регулирование общественных отношений это деятельностный процесс. Соответственно, практика правового регулирования общественных отношений представляется как динамическая категория, выражающая собой логический процесс последовательного развития, в котором его основные стадии сочетаются с соответствующими правовыми средствами, с помощью которых достигаются его цели. Это правообразующая стадия, в рамках которой складываются фактические социальные нормы и отношения; правотворческая стадия правовой актуализации социальных норм и отношений в качестве норм права и правоотношений, их систематизация на уровне нормативных правовых актов в порядке дифференциации и интеграции в

⁴¹ Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. – 2-е изд., изм. и доп. – Т.: Издательство НОРМА, 2000. С. 276.

⁴² Морозова Л.А. Теория государства и права: учебник / Л.А. Морозова. 4-е изд., перераб. и доп. – Москва: Эксмо, 2010. С. 294.

рамках соответствующих институтов права и наделение адресатов норм права правовым статусом; стадия правореализационной ситуации, в рамках которой устанавливаются юридические факты; стадия возникновения ситуационного права и конкретных правоотношений, в рамках которых реализуются субъективные права и юридические обязанности.

Кроме того, механизм правового регулирования принято рассматривать в позитивном аспекте, представляя лишь позитивную сторону правового регулирования. Такой подход не учитывает ее негативный аспект, противоречия и негативные тенденции. В учении о механизме правового регулирования негативные проявления правотворческой и правоприменительной практики специально не рассматриваются. Практика же правового регулирования это опыт правового регулирования, а любой опыт включает не только позитивные, но и негативные аспекты, противоречия и деструктивные тенденции.

Практика правового регулирования общественных отношений подлежит разграничению с механизмом правового регулирования и по кругу субъектов. Воздействие правовых средств как функциональная компонента правового регулирования персонифицируется на уровне его субъектов.

Таким образом, в отличие от механизма правового регулирования определяемого в статике системой правовых средств, практика правового регулирования является функциональным правовым механизмом, который представлен соподчиненными друг другу деятельностью процессами правотворчества, правоинтерпретации, правоприменения и правореализации.

Структура практики правового регулирования общественных отношений, наряду с правовым регулированием и актами правового регулирования как ее макроуровневыми компонентами, представлена нормами права и правоотношениями, нормативными правовыми актами, юридическими фактами, актами толкования, актами применения и реализации норм права, а также правосознанием субъектов правового регулирования.

Практика правового регулирования общественных отношений немыслима вне правоотношений. Правоотношения в структуре практики правового

регулируемые представлены в двух формах. Во-первых, в форме предмета правового регулирования, которое имеет целью упорядочение общественных отношений и, которые в результате превращаются в правовые отношения. Во-вторых, правоотношения олицетворяют форму взаимодействия их участников, являются неким «каналом» выражения юридически значимого поведения и деятельности субъектов правового регулирования. Поэтому содержание практики правового регулирования общественных отношений предполагает правоотношения в качестве ее структурного элемента.

Воздействие нормативных правовых средств как функциональная компонента правового регулирования объективируется на уровне его субъектов. Поэтому в структуре практики правового регулирования следует выделять субъектный состав. Возникает вопрос, кто может выступать в качестве субъектов правового регулирования. В общей теории права по кругу субъектов правового регулирования выделяются специальные субъекты (государственные или общественные институты) и общие субъекты, т.е. граждане. С точки зрения субъектного состава правового регулирования в единстве с соответствующими результатами их юридически значимой активности в практике правового регулирования можно выделять два основных вида деятельности субъектов правового регулирования. Во-первых, это деятельность субъектов нормативного правового регулирования как специальная юридически значимая активность, имеющая своим результатом нормативные правовые акты. Во-вторых, это деятельность субъектов индивидуального правового регулирования, имеющая своим результатом правореализационные акты. Нормативному правовому и индивидуальному правовому регулированию коррелирует правоинтерпретационный уровень, выражающийся в толковании норм права субъектами нормативного правового и индивидуального правового регулирования.

Субъекты правового регулирования имеют особый статус, который заключается в возможности и способности выражать и навязывать волю относительно регламентируемых ими отношений. С этой точки зрения

критерием их выделения является, во-первых, обладание свойством дееспособности физических лиц и свойством правоспособности юридических лиц, т.е. свойствами статуса субъекта права и правоотношений. Во-вторых, причастность субъектов права к процессу формирования нормативных или индивидуальных юридически значимых предписаний, основанная на статусе субъектов правового регулирования как системы правомочий невластных и полномочий властных субъектов.

С точки зрения опосредуемых социальных интересов субъекты правового регулирования подразделяются на действующих в публичных и частных интересах. Их статус и организационно-правовые основы их деятельности определяются соответствующими институтами права. Частные субъекты – граждане как субъекты правового регулирования, за некоторым исключением в лице адвокатов и частных нотариусов, осуществляющих публично-правовые функции, действуют в частных интересах. Публичные субъекты – государственные органы, учреждения, должностные лица, органы местного самоуправления, осуществляющие публично-правовые функции, действуют в публичных интересах.

На основании изложенного можно заключить, что субъектами практики правового регулирования общественных отношений являются те частные и публичные субъекты, которые участвуют в осуществлении правотворческой, правосистематизационной правоинтерпретационной, правоприменительной и правореализационной деятельности.

В современных условиях субъектный состав правового регулирования не ограничивается государственно-властными субъектами и может быть определен следующим критерием: в той мере, в какой субъекты права участвуют в создании, систематизации, интерпретации, применении и реализации норм объективного и ситуационного права, в той же мере они выступают в роли субъектов правового регулирования. Поэтому, наряду с органами самоуправления, к субъектам правового регулирования могут быть отнесены граждане как индивидуальные предприниматели, реализующие властные

полномочия по отношению к нанимаемым им работникам в порядке применения норм трудового права при заключении и расторжении трудового договора, дисциплинарном взыскании и т.п.

По обозначенному критерию, как представляется, можно определяться и с субъектами официального толкования, когда решается вопрос о том, относятся ли они к субъектам правового регулирования. Так, Конституционный Суд Российской Федерации уполномочен на издание юридически значимых актов толкования в форме постановлений, которые, на наш взгляд, могут относиться к актам правового регулирования. Решая вопрос о соответствии или несоответствии обжалуемых актов-действий или решений Конституции России, Конституционный Суд Российской Федерации как уполномоченный субъект формулирует официальную правовую позицию, имеющую юридическое значение для использования в процессах правового регулирования общественных отношений. Однако здесь следует сделать следующее замечание.

В юридической науке существует проблемная ситуация, обусловленная неопределенностью правовой природы постановлений Конституционного Суда Российской Федерации. В частности, сложилась, и длительное время существует тенденция на восприятие и признание постановлений Конституционного Суда Российской Федерации в качестве судебных прецедентов. При этом, в юридическом сообществе по вопросу признания или непризнания судебным прецедентом постановлений Конституционного Суда Российской Федерации существует две альтернативные позиции – одни за, другие против. Противники признания постановлений Конституционного Суда Российской Федерации в качестве судебных прецедентов справедливо утверждают, что придание им статуса одной из форм права будет означать признание за Конституционным Судом Российской Федерации функции законодательной власти. Разделяя такую позицию отметим, что, во-первых, это недопустимо в контексте принципа разделения государственной власти. Во-вторых, придание постановлениям Конституционного Суда Российской Федерации статуса судебного прецедента неизбежно влечет за собой противостояние и противоречие двух видов актов

правового регулирования – нормативных правовых актов и постановлений Конституционного Суда Российской Федерации.

На наш взгляд, постановления Конституционного Суда Российской Федерации судебным прецедентом не являются.

Во-первых, постановления Конституционного Суда Российской Федерации судебным прецедентом не являются постольку, поскольку не являются актами судебного правоприменения.

Во-вторых, постановления Конституционного Суда Российской Федерации в отличие от актов судебного правоприменения имеют общий, а не индивидуальный характер. Судебный прецедент в судах англосаксонской правовой семьи, равно как и постановление Конституционного Суда Российской Федерации – это не нормативный правовой акт. Конституционный Суд Российской Федерации не является субъектом правотворчества, его постановления не создают норм права.

В-третьих, предметом конституционного судопроизводства является установление смысла норм и принципов Конституции Российской Федерации, а не их применение. В силу и на основе постановлений Конституционного Суда Российской Федерации осуществляется актуализированное, с учетом усмотрения (оценочного восприятия) Конституционным Судом Российской Федерации обстоятельств правового регулирования, обозначенных в конституционной жалобе, толкование обжалуемых правовых актов и решений с точки зрения Конституции России.

Таким образом, Конституционный Суд Российской Федерации, как впрочем и Верховный Суд Российской Федерации, в действительности создает правоинтерпретационные акты в форме прецедентов толкования, объективированных в их соответствующих постановлениях и имеющих субсидиарную правовую природу.

Практика правового регулирования общественных отношений не ограничивается деятельностью специальных субъектов по созданию и реализации правовых предписаний. Она охватывает собой юридически

значимые формы любой социальной активности иных субъектов права. Это деятельность в самых различных областях социальной, экономической жизнедеятельности, включая области юридической науки, юридического образования и воспитания, экспертной оценке и аудита, которые также являются юридически значимыми формами социальной активности.

Представляется, что в практике правового регулирования общественных отношений важное место занимают методы правового регулирования. Среди средств механизма правового регулирования методы не выделяются. Не выделяется в нем и юридическая техника. На наш взгляд, методы правового регулирования и юридическая техника являются важными правовыми средствами и интегрированы в структуру практики правового регулирования общественных отношений.

В практике нормативного и индивидуального правового регулирования, как впрочем, и в иных видах юридически значимой деятельности, в том числе и прикладных юридических исследованиях, есть функционально-содержательная сторона, которая находит выражение в комплексе рациональных действий и формальная сторона, представленная оформлением или документированием их результатов.

Практику правового регулирования общественных отношений предваряет формирование потенциальных для правового регулирования социальных правил, в которых находит выражение конкретная практика общественного развития. Эта конкретная практика «становится общественно значимой и выступает в качестве материальной основы – источника права, если она:

а) затрагивает интересы хотя бы какой-то части общества и государства, следовательно, в ней действуют вполне определенные частные и публичные субъекты и соответствующие организационные структуры;

б) имеет собственное социально-предметное содержание и ценности, создаваемые в пределе данной практики;

в) имеет локализованную в конкретной практике идеологию и формирующуюся на ее основе политику, которая обязательна для участников

практики, так как политика конкретной практики в виде политических решений закреплена в форме права;

г) поддается социально-правовому регулированию;

д) может быть подвергнута контролю со стороны институтов гражданского общества и государства»⁴³.

Таким образом, значение теоретической конструкции *практика правового регулирования общественных отношений* заключается в обобщении и представлении опыта правового регулирования как деятельности, взятой в единстве с ее результатами. Практика правового регулирования представляется как некий симбиоз, функциональное взаимодействие элементов структуры правового регулирования и алгоритмов процесса нормативного правового и индивидуального правового регулирования. Содержание практики правового регулирования олицетворяет собой опыт создания, систематизации, толкования и реализации норм права и иных правовых средств, выраженный в соответствующих нормативных и иных правовых актах.

Практика правового регулирования общественных отношений может восприниматься не только в статике, как достигнутый результат или накопленный опыт праворегулирующей деятельности, но и в динамике, как взятая в единстве с результатами текущая актуальная деятельность субъектов правового регулирования. Статика как свойство, отражающее определенный момент развития практики правового регулирования, характеризует собой соответствующее качественное состояние в ее развитии. Динамика практики правового регулирования это свойство, характеризующее смену состояний в ее развитии с точки зрения эволюции, изменчивости, преемственности, бесконечности. Таким образом, во временном континууме практика правового регулирования это процесс, в котором находят выражение момент статики и динамики ее развития.

⁴³ Pogodin A.V., Krasnov E.V., Valiev R.G. The Structure of Practice and Quality of the Objective Law / A.V. Pogodin, E.V. Krasnov, R.G. Valiev // HELIX. – 2018. – Vol. 8, Is.1. P. 2447.

В широком смысле практика правового регулирования общественных отношений – это обусловленный потребностями общественного развития непрерывный комплексный опыт воспроизводства права как способа реализации социальных интересов в порядке распределения и опредмечивания сущности права. С этой точки зрения это неотъемлемая форма социальной жизнедеятельности в условиях государственно организованного общества, в рамках которой правовое регулирование опосредует социальную практику, приводит в движение правовую систему и на этой основе выступает ее движущей силой.

Практика правового регулирования общественных отношений как общетеоретическая конструкция для целей целостного представления об объективно существующей правоорганизованной социальной практике призвана отражать не только позитивные, но и негативные аспекты правового регулирования. Актуальность их дифференциации объясняется тем, что они коррелируют с дифференциацией дискреционной практики правового регулирования, в которой наряду с позитивными тенденциями выделяются и негативные тенденции, характерные атипичной дискреционной практике правового регулирования. Выделение позитивного и негативного аспекта восприятия правового регулирования имеет значение для изучения негативных, деструктивных форм усмотрения субъектов правового регулирования.

В двойственной природе правовой реальности, по мнению В.Н. Корнева, право выступает как необходимое условие человеческого существования, поскольку обществу постоянно угрожают анархия и хаос⁴⁴. И в этом легко убедиться, представив завтрашний день без государства и права. Действительно, вряд ли можно представить природу и ценность права в условиях бесконфликтной динамики социальной практики. Социальная ценность права, так или иначе, обусловлена потребностью упорядочения конфликтной социальной практики. В таком контексте можно согласиться с тезисом, что

⁴⁴ Корнев В.Н. Теория государства и права как юридическая наука // Государство и право. 2021. № 7. С.9.

«упорядочение общественных отношений выступает вторичной, промежуточной, целью правового регулирования» по отношению к предотвращению или разрешению социальных конфликтов⁴⁵. «Там, где жизнь приобретает конфликтный характер, – отмечает В.В. Лазарев, – правовое пространство формируется именно через посредство творческой деятельности суда. Законодатель тоже регулирует конфликты, но в общем»⁴⁶. Для регулирования юридических конфликтов, возникающих вследствие нарушения объективного и субъективного права, как известно, создаются и действуют процессуальные нормы права, что является одним из научно-практических оснований двойственной природы правового регулирования.

Конфликтный характер общественного развития имеет практическое значение для актуализации двойственной социальной природы правового регулирования, «зеркально» отражающей разграничение его регулятивной и охранительной направленности, поскольку общая цель различных видов правового регулирования – создание правопорядка – достигается не только посредством регулятивной, но и охранительной функции права. Направленность регулятивных и охранительных правовых норм и, соответственно, характер позитивного и охранительного правового регулирования свидетельствует о наличии институционально-правового основания разграничения позитивного и негативного аспектов правового регулирования.

Автор исходит из гипотезы, что правовое регулирование имеет своим назначением не только упорядочение общественных отношений, но и их защиту от нарушения, что обуславливает дифференциацию регулятивных и охранительных норм права, поскольку «регулятивные правоотношения не всегда могут обеспечить нормальный ход реализации материальных

⁴⁵ Бакулина Л.Т. Общая теория договорного правового регулирования: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Л.Т. Бакулина. – Москва, 2019. С.259-260.

⁴⁶ Лазарев В.В. Новое видение сферы правового регулирования. Публичная Лекция. [Электронный ресурс]. URL: https://www.youtube.com/watch?v=GZuqUqr_k8k&feature=youtu.be (дата обращения – 8.08.2022г.).

правоотношений»⁴⁷. Такая постановка вопроса способна показать двойственный характер правового регулирования, выражающийся в разграничении его направленности на объект. Здесь уместно привести тезис о двойственной природе объекта правового регулирования, поскольку «объектом правового регулирования выступают, во-первых, позитивное, во-вторых, негативное поведение человека как члена общества и опосредуемые таким поведением общественные отношения»⁴⁸.

Для выделения позитивного и негативного аспектов правового регулирования имеются институционально-правовые, эмпирические и теоретико-правовые основания.

Если руководствоваться действующим законодательством, то можно видеть, что в диспозициях норм права закреплены составы моделей не только правомерного, но и противоправного поведения. В связи с тем, что поведение субъектов, а также взаимодействие между ними может либо соответствовать правовым предписаниям, либо противоречить им, то и регулирующее воздействие права соответственно имеет как позитивную – в отношении правомерного поведения, так и негативную – в отношении противоправного поведения, направленность. Регулирующее воздействие права направлено на установление правового порядка, охранительное – на защиту и поддержание установленного правового порядка развития общественных отношений. Такое разграничение направленности правового регулирования позволяет не только углубиться в сущность и содержание каждой из его составляющих, но и, в конечном счете, сформировать целостное представление о правовом регулировании.

Запрет как способ правового регулирования выступает одновременно и как способ защиты регулируемых правом отношений и порядка его развития.

⁴⁷ Safin, Zavdat F.; Nuriev, Anas G. Role of judicial organs in providing the stability of land legal relations // AMAZONIA INVESTIGA. 2019. Том. 8 Выпуск: 18. С. 438.

⁴⁸ Беляев В.П., Нинциева Т.М. Объект и предмет правового регулирования: проблема определения понятий // Вестник Юридического факультета Южного федерального университета. 2020. Т. 7, № 3. С. 15.

Соблюдение запретов воплощается в правомерном поведении. В этой связи защита правового порядка является неотъемлемой частью правового регулирования. Поэтому использование запрета на совершение правонарушений в порядке установления юридической ответственности за противоправные деяния является важнейшим компонентом правового регулирования. Обозначенный дуализм может быть использован для обоснования двуединой природы правового регулирования, выражающей корреляцию дихотомии регулятивной и охранительной функций права с дихотомией регулятивных и охранительных правоотношений⁴⁹.

Эмпирическим основанием для выделения позитивного и негативного аспектов правового регулирования выступает распределение регулирующей и охранительной функции между различными субъектами – правотворческими и правоохранительными органами. Собственно регулятивная и охранительная функция отделены на уровне специальных субъектов. Функция упорядочения общественных отношений осуществляется субъектами правотворческой деятельности, а правоохранительной функции – субъектами правоохранительной деятельности. Так, органы дознания и оперативно-розыскной деятельности имеют своими задачами реализацию правоохранительной функции в порядке исполнения соответствующих охранительных и процессуальных норм права. Реализация охранительных норм права обеспечивается процессуально-процедурными нормами права.

Таким образом, объектом правового регулирования выступают позитивное и негативное поведение адресатов права и опосредуемые таким поведением соответственно позитивные и негативные, т.е. охранительные типы общественных отношений. Позитивному и негативному типам регулируемых правом общественных отношений корреспондирует оперативно-исполнительный и охранительный типы правоприменения. В практике правового регулирования важное место занимают такие сегменты ее

⁴⁹ Более подробно см.: Валиев Р.Г. Правовое регулирование: позитивный и негативный аспекты // Государство и право. 2023. № 4. С.50-57.

деятельностного и результативного компонентов, которые связаны с правоохранительным и судебным правоприменением и сопровождаются принятием соответствующих правовых актов – постановлений и решений. Кроме того, такое разграничение, как представляется, имеет практическую значимость и, в свете деструктивных проявлений правоорганизованной практики, изобилующей примерами дефектных правотворческих и правоприменительных, в том числе неправосудных судебных актов, которые, к сожалению, также остаются за рамками теории правового регулирования. Кроме того, для целей максимального учета проявлений феномена права и целостного восприятия правового регулирования представляется необходимым в рамках его негативного аспекта рассматривать и формы нетипичного юридически значимого поведения. Такой подход, как представляется, имеет практическую значимость как в свете правотворческих и правоприменительных ошибок и упорядочения ответственности их авторов за принятие несостоятельных нормативных правовых или правоприменительных актов, так и иных деяний, которые олицетворяют собой формы нетипичного юридически значимого поведения⁵⁰.

Для выделения позитивного и негативного аспектов правового регулирования имеются теоретические основания. Так, наряду с разграничением регулятивных и охранительных норм права и правоотношений, в общей теории права выделяются правомерное и противоправное поведение.

Важным основанием выделения позитивного и негативного аспектов правового регулирования является дифференциация позитивного и негативного правосознания. Негативным следует выделять правосознание дееспособных лиц, имеющих устойчивую установку на систематическое нарушение предписаний правовых норм. Иными словами, негативное правосознание характерно

⁵⁰ О сущности и формах нетипичного юридически значимого поведения см.: Валиев Р.Г. Нетипичное юридически значимое поведение: к вопросу идентичности и соотношению со смежными категориями / Юридическая наука. 2018. № 5. С. 3-8.

правонарушителям, которые негативно относятся к законам, существующему правопорядку и правам других граждан.

Одним из оснований выделения позитивного и негативного аспектов его восприятия может служить разграничение позитивного и ретроспективного аспекта юридической ответственности⁵¹. В той мере, в какой различают позитивную (перспективную) и негативную (ретроспективную) ответственность, в той же мере в характеристике правового регулирования можно выделять его позитивный и негативный аспекты.

В целях объективности следует отметить, что дуализм правового регулирования не ограничивается позитивным и негативным началами. В правовом регулировании можно выделять частноправовое и публично-правовое, материально-правовое и процессуально-правовое, объективное и субъективное начала, что обуславливает дуалистический статус правового регулирования. Каждая из этих парных категорий имеет достаточно значимый характер, чтобы составлять предмет отдельных исследований в зависимости от рассматриваемых аспектов характеристики правового регулирования. Они, так или иначе, затрагиваются в настоящем исследовании при анализе правового регулирования, круга его субъектов, дискреционных норм права, а также дискреционных тенденций практики нормативного правового и индивидуального регулирования.

В контексте изложенного к субъектам правового регулирования следует относить и субъектов правоохранительной деятельности с ее результатами в форме правоохранительных актов-документов. Правоохранительная деятельность не обходится без создания правовых актов-документов, что позволяет осуществлять их аудит на предмет соответствия законности. К правовому регулированию относится та часть правоохранительной, правозащитной и иной юридической и правовой деятельности, которая

⁵¹ Об этом см., например: Липинский Д.А. Концепции позитивной юридической ответственности в отечественной юриспруденции // Журнал российского права. 2014. № 6. С.37-51; Чепус А.В. Теория позитивной юридической ответственности: монография. – Москва: Проспект, 2016. 160 с.

сопровождается юридически значимыми актами-действиями, выраженными в документальной форме. Следовательно, уполномоченные на издание правовых актов-документов правоохранительные органы и должностные лица должны относиться к субъектам правового регулирования в негативном аспекте его восприятия.

В юридической науке правовое регулирование определяется как нормативное юридическое воздействие⁵². Однако правовое регулирование не обходится без индивидуального регулирования, в рамках которого на общественные отношения осуществляется воздействие и предписаний правил индивидуального характера. Правовое регулирование трактуется как деятельность, «которая имеет непосредственной целью направить в четко определенное русло поведение участников упорядочиваемых общественных отношений при помощи нормы права и основанных на ней индивидуальных актов»⁵³. Следовательно, субъектами правового регулирования выступают как субъекты нормативного правового, так и субъекты индивидуального правового регулирования. Поэтому той мере, в какой правовое регулирование не совпадает с поведением и деятельностью субъектов, чей статус является производным от действия права, в той же мере оно может претендовать на самостоятельный категориальный статус. Этот статус определяется собственной спецификой правового регулирования, прежде всего его предметом.

Правовое регулирование как системный компонент практики правового регулирования охватывает собой деятельность субъектов нормативного правового и индивидуального правового регулирования, систематизацию и толкование норм права, правоприменение и правореализацию. При этом содержание правового регулирования представляется в единстве процессов создания, систематизации, интерпретации и реализации общих и индивидуальных правил. В этом взаимосвязанном единстве один процесс без другого не обходится. Так,

⁵² Осипов М.Ю. Правовое регулирование как динамическая система: понятие, структура, функции: дис. ... канд. юрид. наук. 2008.С.6.

⁵³ Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права. Курс лекций. /Ф.Н. Фаткуллин. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1987. С. 133.

например, чтобы реализовать норму права ее нужно интерпретировать с точки зрения актуальности и идентичности обстоятельствам и условиям правореализационной ситуации. В некоторых случаях приобретает актуальность доктринальное толкование норм права. В силу гносеологической значимости доктринальное толкование норм права имеет статус фактора как нормативного правового, так и индивидуального правового регулирования.

Что касается мониторинга правотворчества и правореализации или оценки регулирующего воздействия нормативных правовых актов, полагаем, что он является факультативным элементом правового регулирования, выходящим за пределы полномочий и деятельности его субъектов. Он осуществляется специальными органами и инициативными гражданами

Правовое регулирование, отражая происходящие в обществе трансформационные процессы развития, обеспечивая преобразование социальных отношений, позволяет раскрыть потенциал права как исключительного социального регулятора. В правовом регулировании открываются все аспекты многогранной сущности права, его функции, что позволяет сформировать представление о его понимании. Иными словами правовое регулирование верифицирует многие аспекты правопонимания, прежде всего нормативный, позитивистский, психологический, социологический, философский, т.е. все те подходы, которые лежат в основе того или иного вида интегративного правопонимания. Интегративное правопонимание призвано формировать целостное представление о праве на основе выявления и сочетания общности позиций различных направлений и школ, позволяющих обеспечить преодоление недостатков и существенно развить учения о феномене права.

В теории правового регулирования доминирует идея подчиненности общественного развития нормам права, на основе которых социально-экономические, политические и прочие социальные институты как нормативно опосредованные системы общественных отношений обретают юридическую форму, становятся категориями правового порядка. Такой подход логичен уже

потому, что в объективной реальности нормам права подчиняется развитие различных сфер жизнедеятельности общества.

Правовое регулирование объективно обусловлено потребностями в правоорганизованной социальной практике. Природа правового регулирования детерминирована объективными условиями пребывания человека в «правовом поле» и потребностью, в этой связи, участия в социально-правовых отношениях. Другими словами, основанием процесса правового регулирования выступают социальные потребности. Обусловленность правового регулирования объективными потребностями общественного развития в рамках правового порядка можно признать базовыми условиями. Потребности – социально-психологическая категория, означающая наличие у индивида осмысленных нужд различного характера и свойств, удовлетворение которых жизненно важно для его существования или развития⁵⁴. С этой точки зрения главное в правовом регулировании то, что через этот процесс субъект права усваивает правовой порядок и учится жить в контексте этого порядка, подчиняться ему в качестве субъекта права и правоотношений, следуя предписаниям правовых норм.

Именно потребности обуславливают соответствующие интересы и стремление обрести правовые знания или опыт, так необходимые для реализации интересов. Так, например, недостаток правовых знаний, необходимых для успешного участия в правоорганизованных рыночных отношениях объясняет широкое развитие практики получения многими предпринимателями второго высшего образования по специальности «юриспруденция».

На сегодняшний день вопрос о содержании понятия и классификации правового регулирования достаточно хорошо разработан и каких-либо возражений по принципиальным вопросам не вызывают. В юридической науке правовое регулирование определяется как процесс воздействия на общественные отношения с целью их упорядочения на основе правовых средств,

⁵⁴ Актуальные проблемы права России и стран СНГ (по материалам VI Международной научно-практической конференции, посвященной 75-летию и памяти проф. Юрия Даниловича Лившица) / Государство и право. 2004. № 12 С. 114..

таких как правовые нормы, юридические факты, правоотношения, методы и юридическая ответственность⁵⁵.

Поскольку правовое регулирование осуществляется в порядке целенаправленного воздействия на его предмет норм права и индивидуальных правовых предписаний, выступающих средствами правового регулирования, а правотворчество связывают с принятием, закреплением, изменением и отменой норм права⁵⁶, то правотворчество вполне логично включать в содержание правового регулирования. «Правовое регулирование общественных отношений происходит во всех случаях, когда принимается властное нормативное или индивидуальное решение юридического характера»⁵⁷. Именно в воздействии нормативных и индивидуальных правовых средств выражается сущность правового регулирования. Следовательно, в процесс правового регулирования следует включать правотворчество в широком смысле этого слова, т.е. правотворческую и конкретно-ситуационную деятельность, в рамках которых создаются нормативные и индивидуальные правовые средства. Правотворчество в широком смысле его понимания как деятельность, создающая правовые нормы на уровне нормативных и индивидуальных правовых актов, олицетворяет основополагающий элемент содержания правового регулирования. В правотворческой и правореализационной деятельности правовое регулирование находит свое начало и завершение. Правовая регламентация как стадия нормативного правового регулирования находит свое выражение в правотворческой деятельности.

Что касается правоинтерпретационной деятельности, то без нее вряд ли обходится правотворчество и правореализация. Ведь при подготовке проектов нормативных правовых актов субъект нормативного правотворчества

⁵⁵ См.: Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С.87; Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. М., 2003. С.24; Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М.: Формула права, 2010. – 400 с.

⁵⁶ Комаров С.А., Малько А.В. Теория государства и права: краткий учебник для вузов. Москва: НОРМА-ИНФРА. – М., 2001. – 440 с.; Матузов Н.И, Малько А.В. Теория государства и права: учебник. М.: Дело, 2020. С.296.

⁵⁷ Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права. С. 136.

объективно критически оценивает соответствующие нормы права, выражая по ним соответствующее отношение. В ходе создания правовых норм возникает необходимость их верификации с точки зрения потребностей общественного развития, что устанавливается их толкованием. В этой связи в содержание понятия правового регулирования следует относить правоинтерпретационную деятельность их субъектов. В такой же мере субъект правоприменения, прежде чем применить норму права, объективно вынужден уяснить и объяснить смысл предписаний норм права с точки зрения их соответствия обстоятельствам правореализации.

В теории права по поводу момента начала и места правотворчества в правовом регулировании существуют различные взгляды. Большинство правоведов, связывая начало правового регулирования с моментом издания или введения в действие норм права, считают правотворчество неотъемлемым элементом правового регулирования. По мнению Ф.Н. Фаткуллина, правовое регулирование пронизывает две области правовой действительности – полностью правотворчество и частично правореализацию⁵⁸. На наш взгляд, правотворчество в той же мере выступает начальной стадией правового регулирования, в какой мере его конечной стадией выступает реализация норм права. Если правовое регулирование определяется как процесс упорядочения общественных отношений с помощью и на основе правовых норм, то вряд ли можно представить его содержание без правотворчества, в рамках которого и создаются нормы права. Поэтому правовое регулирование начинается с правообразования и правотворчества.

Практика нормативного правового регулирования находит свое развитие в практике правореализации, основанной на индивидуальном правовом регулировании. В теории права правовое регулирование и реализация права рассматриваются как дискретные, относительно самостоятельные правовые явления. В концепции практики правового регулирования правовое

⁵⁸ Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права. С.137.

регулирование и реализация права рассматриваются нами в их синергичном единстве как неотъемлемые структурные части единого процесса правовой организации практики социального взаимодействия. Это единство достигается на уровне взаимосвязи нормативного правового и индивидуального правового регулирования.

Содержание понятия правового регулирования представляется в единстве процессов создания, систематизации, интерпретации и реализации общих и индивидуальных правил. В этом взаимосвязанном единстве один процесс без другого не обходится. Так, например, чтобы реализовать норму права ее нужно интерпретировать с точки зрения актуальности и идентичности обстоятельствам и условиям правореализационной ситуации. В некоторых случаях приобретает актуальность доктринальное толкование норм права. В силу гносеологической значимости доктринальное толкование норм права имеет статус фактора как нормативного правового, так и индивидуального правового регулирования.

В поиске сущности правового регулирования важно руководствоваться его целью. Она определяется результатами правового регулирования. В теории права общепринятым является выделять в качестве цели правового регулирования упорядочение общественных отношений. Упорядочение общественных отношений основано на правилах норм права и индивидуального правового регулирования, а также интерпретационных правилах (правовых позициях) актов официального толкования. С этой точки зрения, как представляется, в определении сущности правового регулирования основополагающим началом выступают нормы права, индивидуально-правовые нормы и интерпретационные нормы, облеченные в соответствующие документальные правовые акты, служащие интегративной формой их выражения в практике правового регулирования. Вне правовых актов нормы права, в отдельности друг от друга не создаются. Все другие правовые явления, выделяемые в качестве средств правового регулирования имеют производный характер либо олицетворяют результат правового регулирования.

Для целей выявления сущности правового регулирования представляется целесообразным исходить из деятельностного аспекта его восприятия. Как было выше установлено, проблематика юридической и правовой практики диалектически связана с проблематикой юридической и правовой деятельности. Юридическая и правовая деятельность будучи основаны на праве сами имеют праворегулирующее начало, поскольку их осуществление оформляется правовыми актами-документами. В этой связи важной задачей раскрытия содержания практики правового регулирования является выявление сущности деятельности субъектов правового регулирования. Осмысление правового регулирования в деятельностном аспекте применительно к предмету настоящего исследования представляется важным и для содержательной характеристики дискреционной составляющей, представленной усмотрением субъектов правового регулирования.

Одним из первых в контексте деятельностного подхода правовое регулирование рассматривал Ф.Н. Фаткуллин, по мнению которого под правовым регулированием следует понимать лишь ту властную деятельность уполномоченных на то органов и должностных лиц, «которая имеет непосредственной целью направить в четко определенное русло поведение участников упорядочиваемых общественных отношений при помощи нормы права и основанных на ней индивидуальных актов»⁵⁹. Исходя из приведенной трактовки, субъектами правового регулирования выступают как субъекты нормативного правового, так и субъекты индивидуального правового регулирования.

На деятельностном подходе в исследовании правового регулирования акцентировал внимание и Ю.С. Решетов, по мнению которого, правовое регулирование представляет собой «деятельностный процесс по упорядочению общественных отношений»⁶⁰. Развитие данного подхода нашло выражение в

⁵⁹ Фаткуллин, Ф.Н. Проблемы теории государства и права С. 133.

⁶⁰ Решетов Ю.С. Понятие правового регулирования // Правовое регулирование и правореализация / Л.Т.Бакулина, И.Г.Горбачев, Д.Н.Горшунов и др.; науч. Ред. Ю.С.Решетов. – Казань: Изд-во Казан. гос. ун-та, 2008. С.9.

научных трудах Л.Т. Бакулиной⁶¹, которая рассматривая правовое регулирование в деятельностном аспекте, определяет его как праворегулятивную деятельность. Праворегулятивная деятельность определяется как «информационно-сигнальное воздействие на волю человека с помощью социально-правовой информации о моделях требуемого и дозволенного поведения»⁶², которое «охватывает различные по содержанию действия субъектов права, направленные на активизацию регулятивного потенциала права <...> и выражается в установлении субъективных прав и юридических обязанностей участников конкретных правоотношений»⁶³.

Для изучения правового регулирования в деятельностном аспекте методологическое значение имеют теоретические основы социальной деятельности в контексте междисциплинарного подхода, учитывающего основы философского, социологического, правового и психологического знания. В философской литературе деятельность определяется как «специфически человеческая форма активного отношения к окружающему миру, содержание которой составляет его целесообразное изменение и преобразование»⁶⁴. Поскольку социально значимая деятельность опосредуется сознанием и волей ее субъектов, то гносеологически важным для ее характеристики является психологический аспект. В психологическом аспекте деятельность – «это внешняя (физическая) и внутренняя (психическая) активность человека»⁶⁵, т.е. психофизическая активность.

В правовом аспекте деятельность как психофизическая активность человека, предполагающая ее сознательно-волевой характер, этимологически связана с правом. В энциклопедической трактовке термин правовой дефинируется как «связанный с правом». Исходя из семантического анализа термина «правовой» правовая деятельность в первом приближении определяется

⁶¹ Бакулина Л.Т. Правовое регулирование с позиций деятельностного подхода // Учен.зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманит. Науки. 2015. Т.157 кн.6. С.7-12.

⁶² Бакулина Л.Т. Общая теория договорного правового регулирования. С. 114.

⁶³ Бакулина Л.Т. Общая теория договорного правового регулирования. С. 92.

⁶⁴ Философский энциклопедический словарь. Москва: Советская энциклопедия, 1983. С. 151.

⁶⁵ Сорокотягин И.Н. Психология юриспруденции. СПб., 2006. С. 32.

как деятельность, связанная с правом. В семантическом же симбиозе психологического и правового аспектов правовая деятельность может интерпретироваться как правовая активность. Юридически значимую активность следует отличать от правовой активности как целое и часть. Правовая активность связана с соответствием праву и ассоциируется в литературе с правомерным поведением. При этом следует согласиться с мнением, что к правовой активности нельзя относить неправомерное поведение⁶⁶. В свое время идея В.Н. Кудрявцева о правовом поведении была подвергнута критике за включение в его содержание и противоправного поведения, поскольку понятие правового интерпретировалось исключительно в позитивном аспекте. Кроме того, понятие правовой активности как связанной с правом активности не исчерпывает всего спектра многогранного явления, каким представляется правовая деятельность. Поэтому в качестве гносеологически значимого средства интерпретации правовой деятельности представляется плодотворным такой семантический элемент ее дефиниции, как юридическая значимость.

Синтезируя приведенные семантические элементы институционально-правового и психологического аспектов интерпретации правовой деятельности возьмем за основу дальнейшего анализа понятие юридически значимой активности. В отличие от правовой активности юридически значимая активность предпочтительна более широким смысловым контекстом, так как охватывает собой позитивный и негативный аспекты характеристики человеческой деятельности, поскольку юридически значимым является не только позитивное, но и совершаемое в активной форме противоправное деяние. С этой точки зрения юридически значимая активность представляется максимально широкой интегративной категорией, охватывающей различные контексты восприятия деятельности как правового явления, в том числе правовой и юридической деятельности.

⁶⁶ См.: Шафиров В.М. Правовая активность советских граждан. Красноярск, 1982.С. 45.

Юридически значимая активность как правовой феномен отличается более широким контекстом, так как может распространяться и на противоправную активность, которая также предусмотрена правом на уровне соответствующих составов правонарушений. Ведь вследствие правонарушения наступают не только негативные, но и позитивные юридически значимые последствия в виде восстановления нарушенного объективного и субъективного права. Поэтому исключать правонарушения, совершаемые в форме противоправной активности, значит отрицать учение о юридических фактах, т.е. отказывать признавать статус правонарушений как негативных правовых явлений.

Активность как функциональная и содержательная характеристика социальной деятельности имеет многогранный характер. Социальная практика включает различные виды и формы социально значимой активности, образующие содержание социальной деятельности. Социальная деятельность складывается из таких видов активности ее субъектов, как экономическая, трудовая, политическая, духовная и пр. Для социальной деятельности исключительна роль ее юридически значимого характера. Он состоит в том, что, с одной стороны, социально значимые действия субъектов изначально урегулированы нормами права, а с другой, если эти действия сами совершаются в порядке их юридического оформления в предусмотренных формах, то порождают правовые последствия в виде субъективных прав и юридических обязанностей субъектов правоотношений. Деятельность субъектов права по определению взаимных прав и обязанностей в порядке заключения договора или совершения односторонних актов (составление завещания, выдача доверенности, составление заявления и т.п.) имеет своим содержанием юридически значимые действия. В силу юридически значимого характера действий социальных субъектов их социальная активность обретает характер юридически значимой активности. С этой точки зрения какие-бы виды социально значимой активности мы не рассматривали их субъекты выступают в качестве субъектов юридически значимой активности. Исходя из изложенного, частные субъекты права выступают субъектами индивидуального правового

регулируемого всякий раз, когда совершают действия по урегулированию своего участия в социальном взаимодействии с другими субъектами права на основе юридического оформления в предусмотренных формах актов правореализации – реализации своих субъективных прав и юридических обязанностей как субъектов правоотношений.

Юридически значимые формы (модели) социальных актов-действий (решений) интегрируются в социальную активность в качестве ее органичного компонента. В единстве с ними социальная активность обретает характер юридически значимой активности. Формы проявления юридически значимой социальной активности, как представляется, вполне логично вписываются в содержание понятия той части практики правового регулирования, которая относится к деятельности ее субъектов. Представляется, что процесс обретения социальной активностью юридических форм ее осуществления, в силу которых она обретает характер юридически значимой активности, относится к содержанию деятельности субъектов правоорганизованной социальной практики. Недооценка значения указанного процесса исключает целостное представление о динамической характеристике правовой сферы жизнедеятельности общества.

Логика правового регулирования определяется тем, что социальная активность человека в обществе невозможна без ее подчинения определенным правилам социального взаимодействия, среди которых исключительную роль играют правила объективного и ситуационного права. В силу этих правил, социальный статус человека обретает правовой статус, а его социальная активность – юридически значимый характер, т.е. влечет правовые последствия. Иными словами, в соответствии с правилами объективного и ситуационного права происходит юридическое оформление социальной активности, которое гарантирует состоятельность и обеспечивает защиту субъективных прав и юридически значимых интересов социальных субъектов как субъектов права и правоотношений, что необходимо для обеспечения их нормального развития и защиты. Все это происходит в рамках многогранного процесса правового

регулирования, в котором задействован круг специальных и общих субъектов права. Все субъекты права действуют на единой основе, создаваемой в порядке правового регулирования их правового статуса, деятельности и социального взаимодействия. С этой точки зрения можно говорить о едином общем ресурсе, лежащем в основе их социально значимой активности. И этим общим ресурсом выступает правовое регулирование, объединяющее собой проявления юридически значимой активности.

Юридически значимая активность, будучи урегулирована нормами права, реализуется в рамках правовых отношений, выступающих формой той части деятельности, которая связана с взаимодействием ее субъектов. Юридически значимая активность выступает как особая форма (способ) развития различных видов социально значимой деятельности. Иными словами, юридически значимая активность соотносится с социальной деятельностью как форма и содержание. В изложенном аспекте юридически значимая активность олицетворяет исключительную форму (способ) развития различных видов социальной деятельности субъектов права. В этом смысле юридически значимая активность не обособляется в самостоятельную разновидность социальной деятельности, а образует одну из ее сторон. Юридически значимая активность органически интегрирована в те или иные виды социальной деятельности постольку, поскольку в силу объективных потребностей общественного развития они не могут развиваться без их правового регулирования, в рамках которого субъектами социальной деятельности осуществляется восприятие сущности права и ее трансляция в соответствующие акты-действия и правовые акты.

Юридически значимая активность как теоретическая конструкция, на наш взгляд, призвана выражать собой тот факт, что различные виды социально значимой деятельности не могут развиваться вне правовой формы, призванной гарантировать их защищенность от произвола и нарушений. Иными словами, социальная деятельность сама по себе объективно не может быть состоятельна вне правовой организованности, которая обеспечивается посредством правовой регламентации усилиями самих граждан и их организаций как субъектов права.

С этой точки зрения сами субъекты социально значимых видов деятельности заинтересованы в их правовом обеспечении и одновременно выступают в качестве субъектов юридически значимой активности. Субъект, не осознающий актуальность оформления собственными усилиями своих социально значимых действий, не соблюдающий формальную сторону этих действий оказывается вне гарантий защищенности его социально значимых действий. Вместе с тем в сложных правореализационных ситуациях ему не получится игнорировать формализованные правила социально значимых действий, например, существующие правила гражданского оборота. Поэтому в таких ситуациях юридически значимая активность осуществляется синхронно с установленными правилами, независимо от желаний субъекта социально значимой деятельности.

Юридически значимая активность субъекта социальной деятельности, так или иначе, связана с фазой распредмечивания норм права и последующей фазой опредмечивания распредмеченной сущности объективного права в его юридически значимых действиях, составляющих содержание праворегулирующей деятельности. Следовательно, процесс опредмечивания регулирующей сущности права осуществляемый на стадии правотворчества, и процесс распредмечивания, осуществляемый на правореализационной стадии правового регулирования, имеют циклический характер. В частноправовой сфере этот процесс может быть бесконечным постольку, поскольку частноправовые акты как формы опредмечивания социальной сущности права могут опосредовать изменение статуса субъектов. Так, например, не просто циклическим, но и бесконечно циклическим может быть процесс трансляции (опредмечивания – распредмечивания) регулирующей сущности права при воспроизводстве права собственности в порядке смены собственника на основе купли-продажи, дарения или принятия наследства.

Оценивая юридически значимую активность как фактора развития социальной практики следует констатировать, что ее потенциал неотделим от правотворческого и правореализационного начал. Юридически значимая активность, которая выражается в оформлении различных видов социальной

деятельности соответствующими правовыми документами, посредством которых социальная практика трансформируется в правоорганизованную практику, выделяется своим праворегулирующим характером. Оформляя соответствующие социальные отношения посредством правовых документов субъекты права действуют как субъекты правового регулирования и правореализации, поскольку создают нормы объективного и ситуационного права, регламентирующие социальное взаимодействие в рамках правовых отношений, т.е. осуществляют правовое регулирование.

Правотворческое и правореализационное начала юридически значимой активности образуют двуединое содержание правового регулирования. О единстве правотворческой и правореализационной сторон правового регулирования свидетельствует и тот факт, что в силу организованности самого правотворческого процесса процедурно-процессуальными нормами правореализация имеет место не только на уровне индивидуального правового регулирования, но и в правотворчестве, на уровне нормативного правового регулирования.

В практике правового регулирования имеется, как минимум, два рода юридически значимой активности. Одна из них выражается в разработке и систематизации норм права на уровне проектируемого нормативного правового акта. Другая – в разработке и систематизации индивидуальных правовых норм на уровне правореализации. Каждой из них корреспондирует правоинтерпретационная активность. В литературе отмечается актуальность правоинтерпретационной деятельности «как в процессе правотворческой (законодательной), так и в ходе правореализационной деятельности»⁶⁷.

Юридически значимая активность выражается в правовых актах-действиях и актах-решениях, имеющих вербальную и документальную (бумажную или оцифрованную) форму. Так, например, зачетная или экзаменационная ведомость

⁶⁷ Ромашов Р.А. Интерпретация права: лингвистический и технико-юридический аспекты // Юрислингвистика-10: Лингвоконфликтология и юриспруденция: межвузовский сборник научных трудов /под ред. Н.Д. Голева и Т.В. Чернышовой. – Кемерово; Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2010. С. 52-57.

олицетворяет собой правовой акт-документ. Ведомость является юридическим документом, так как отражает юридически значимые сведения о таком акте-действии, как аттестация студентов. При любом исходе аттестация порождает юридически значимые последствия для студента в виде дальнейшей ликвидации задолженности либо прекращения с ним образовательных правоотношений. Очевидно, что аттестация студентов, юридически задокументированная в ведомости, олицетворяет собой правореализационный акт-действие, связанное с реализацией соответствующих норм образовательного права, а субъектом его реализующим выступает преподаватель, от усмотрения которого, т.е. оценочного восприятия знаний студента, зависит его аттестация и соответствующие правовые последствия. Аттестация студентов олицетворяет собой и основанный на усмотрении преподавателя акт-решение. Здесь возникает вопрос, является ли зачетно-экзаменационная ведомость, в которой зафиксировано решение преподавателя, индивидуальным правовым актом? Иными словами, возникает проблема соотношения правореализации и индивидуального правового регулирования, субъектом которого выступает преподаватель. Для ответа на это вопрос требуется исходить из учения о правовом регулировании.

Во-первых, согласно современной юридической доктрине, правовое регулирование принято связывать с уполномоченными лицами или властными субъектами. Этот стереотип советской теории правового регулирования, в рамках которого правовое регулирование является предметом деятельности государственных органов и должностных лиц, к сожалению, еще до конца не преодолен. Поэтому, вероятно, не каждый осмелится утверждать, что преподаватель является властным субъектом и, следовательно, субъектом правового регулирования. Между тем практика правовой организации общественного развития свидетельствует об активном участии в правовом регулировании в статусе его субъектов и негосударственных субъектов, различных институтов гражданского общества, частных лиц. Частные лица являются субъектами корпоративного и индивидуального правового

регулирования. Заключение трудового или гражданского договора выступает одновременно как реализация норм соответственно трудового и гражданского права и как акт ситуационного, индивидуально-правового регулирования, которым оформляются индивидуально-правовые предписания, определяющие субъективные права и обязанности сторон. Заключение же коллективного договора трудовым коллективом с руководством организации выступает как реализация норм трудового права и как акт нормативного правового регулирования.

Во-вторых, согласно парадигме, правовое регулирование (как нормативное правовое, так и индивидуальное) характеризуется тем, что его результатом являются нормативные и индивидуальные правовые акты-документы, устанавливающие, изменяющие или прекращающие права и юридические обязанности. Что касается преподавателя, то он обладает статусом правореализатора, участвующего в правореализационной ситуации индивидуального правового регулирования, оформленного приказом руководства вуза. С другой стороны, действия преподавателя по официальной, документально оформленной аттестации студентов, влекут юридически значимые последствия для развития образовательных правоотношений. Зачетно-экзаменационная ведомость удостоверяет факт сдачи зачета (экзамена), имеющего юридическое значение, так как выступает юридическим фактом-основанием для издания приказа руководства вуза – индивидуального правового акта-решения, развивающего, изменяющего или прекращающего образовательные правоотношения со студентом. Следовательно, зачетно-экзаменационная ведомость выступает в качестве разновидности акта правового регулирования – индивидуального правового акта.

Таким образом, в рассмотренном кейсе доказано, что юридически значимая активность олицетворяет двуединое содержание правового регулирования, в котором выделяются взаимно обусловленные правотворческая и правореализационная составляющие. Юридически значимая активность как родовая категория для различных видов социальной деятельности двойственна

по своей правовой природе и образует двуединое содержание правового регулирования, в котором выделяются взаимно обусловленные правотворческое и правореализационное начало. С этой точки зрения проблема соотношения смежных процессов правотворчества и нормативного правового регулирования или правореализации и индивидуального правового регулирования решается определением их статуса как взаимно обусловленных системообразующих сторон единого процесса правового регулирования.

В свете изложенного возникает вопрос об актуальности понятия, выражающего правотворческое и правореализационное начало правового регулирования, которое позволяет разграничивать формальную и неформальную юридически значимую активность субъектов права. Таким понятием, как представляется, выступает *праворегулирующая деятельность*. Праворегулирующая деятельность представляет собой юридически значимую активность субъектов правового регулирования, которая выражается в создании и систематизации, интерпретации и реализации правовых норм, оформленных в форме нормативных, правоинтерпретационных и индивидуальных правовых актов-документов. Будучи связана с оперированием нормами права, она порождает, изменяет или прекращает правоотношения.

Понятие праворегулирующей деятельности выражает тот факт, что социальная деятельность сама по себе объективно не может быть состоятельна вне правовой организованности, призванной гарантировать ее защищенность от произвола и нарушений. К правовому регулированию относится только та юридически значимая активность, которая формализуется нормами объективного и ситуационного права, т.е. оформляется правовыми актами-документами. Различные виды социально значимой деятельности не могут развиваться вне правовой формы, которая обеспечивается посредством правового регулирования. С этой точки зрения сами субъекты социально значимых видов деятельности заинтересованы в их правовом обеспечении и одновременно выступают в качестве субъектов юридически значимой активности. Иными словами, регулятивный потенциал права, будучи

«вкрапленным» в те или иные виды социальной деятельности опосредует их возникновение, функционирование и развитие усилиями самих субъектов права. Именно на основе и в порядке осуществления юридически значимых действий самих субъектов социально-экономической и иной социальной деятельности обеспечивается процесс обретения ими юридически значимого характера, в силу которого и возможна реализация этих видов социальной деятельности.

Праворегулирующая деятельность, будучи юридически значимой активностью, органически интегрирована в социальную деятельность постольку, поскольку последняя не может развиваться без правового регулирования, в рамках которого субъектами социальной деятельности осуществляется рефлексия социальной сущности права. Иными словами, в условиях правоорганизованного общества социальная деятельность обретает свою социально значимую состоятельность в симбиозе с юридически значимой активностью. Поэтому не будет ошибкой утверждать, что в той мере, в какой правовое регулирование решает экономические, социальные, идеологические, политические задачи, в той же мере эти разновидности социальной деятельности обуславливают востребованность в юридически значимой активности их субъектов.

Указанная интерпретация содержания юридически значимой активности в полной мере характерна и для юридической деятельности, отличающейся кругом специальных субъектов, оперирующих нормами права в процессе их создания, систематизации, интерпретации и применения. С той лишь разницей, что обыденный, общегражданский уровень непрофессионального распределения, сопровождаемого рефлексией социальной сущности права, реализуется в порядке использования субъектом результата распределения – акта реализации права – ”для себя”, а результат профессионального (правоприменительного) распределения социальной сущности права, осуществляемого в процессе издания правоприменительного акта, используется ”для других”.

Таким образом, за исключением автономного правореализационного саморегулирования индивидами собственного поведения, ограниченных исключительно соблюдением и исполнением предписаний норм права, юридически значимая активность частных субъектов, сопровождаемая созданием правовых предписаний относится к содержанию праворегулирующей деятельности. Иными словами, частные субъекты социальной деятельности, использующие регулятивный потенциал права, выступают в качестве субъектов правового регулирования. Однако данный вид юридически значимой активности, не выделяется в отдельный вид социальной деятельности, а будучи интегрирован в нее, совпадает с ней. Что касается публичных субъектов, то их юридически значимая активность олицетворяет содержание специальной праворегулирующей деятельности, связанной с оперированием правовыми нормами и потому обладающей статусом разновидности социальной деятельности. Эта разновидность социальной деятельности укладывается в содержание понятия юридической деятельности.

В рамках праворегулирующей деятельности осуществляются процессы трансляции сущности права, обеспечивающие реализацию правомочий и законных интересов субъектов правоотношений. В процессе опредмечивания – распредемечивания право объективное право трансформируется в субъективное право: правовые идеи опредмечиваются (формализуются на уровне норм) в объективном праве, а будучи опредмеченные в объективном праве они распредемечиваются (формализуются на уровне правореализационных частноправовых или правоприменительных актов) в субъективном праве.

Характеристика праворегулирующей деятельности как двуединого процесса опредмечивания-распредемечивания социальной сущности права представляется плодотворной постольку, поскольку позволяет говорить о ее преобразующем характере. В рамках праворегулирующей деятельности осуществляются процессы трансляции сущности права, обеспечивающие реализацию правомочий и законных интересов субъектов правоотношений. Трансляция сущности права в различные виды социальной деятельности

посредством ее юридического оформления правовыми актами-документами – существенная черта праворегулирующей деятельности. Формализация социально значимой деятельности (поведения) посредством правовых актов трансформирует ее в юридически значимую деятельность (поведение). В рамках и на основе этой деятельности субъекты социально значимой деятельности обретают статус субъектов праворегулирующей деятельности.

Юридическая формализация социально значимой деятельности посредством правовых актов придает ей правовую форму. Статус участников общественных отношений преобразуется в статус субъектов правоотношений, которые своими действиями распределяют объективное и определяют субъективное право.

В связи с изложенным может возникнуть вопрос о соотношении праворегулирующей деятельности с юридической и правовой деятельностью. Праворегулирующая деятельность как юридически значимая активность выступает смежной категорией для юридической и правовой деятельности на уровне их соотношения как публично-правовой и частноправовой деятельности. Публично-правовая деятельность включает в себя официальную специализированную юридически значимую активность публичных субъектов. Частноправовая деятельность включает в себя юридически значимую активность частных субъектов. Так, например, трудовой коллектив, заключая коллективный договор, выступает субъектом нормативного правового регулирования, так как создает корпоративные нормы права. Социально активные действия предпринимателя, действующего в порядке заключения и исполнения гражданско-правового договора, порождают конкретно определенные правовые последствия для него самого и его контрагентов.

Праворегулирующая деятельность объединяет собой регулирующее и правореализационное начала юридической деятельности, распределенные в юридически значимой активности субъектов правотворческой и правоприменительной деятельности по признаку их специализированности. Праворегулирующая деятельность объединяет собой регулирующее и

правореализационное начала правовой деятельности как юридически значимой активности частных субъектов, в том числе осуществляющих публично-правовые функции. С этой точки зрения праворегулирующая деятельность может претендовать на статус родовой категории по отношению к юридической и правовой деятельности.

Изложенное, на наш взгляд, образует содержание и основной смысл праворегулирующей деятельности. При этом следует подчеркнуть, что преобразующий характер права возможен благодаря юридически значимой активности самих участников общественных отношений, которые осуществляя социально-экономическую, производственно-трудовую, политическую и иные виды социальной деятельности действуют в установленном правоорганизованном порядке. Трансляция сущности права в различные виды социальной деятельности посредством ее юридического оформления правовыми актами-документами – существенная черта праворегулирующей деятельности. В этой связи представляется логичным восприятие праворегулирующей деятельности в контексте циклического процесса опредмечивания-распредмечивания сущности права на уровне соответствующих актов нормативного правового и индивидуального правового регулирования общественных отношений, поскольку позволяет говорить о ее преобразующем характере, что, на наш взгляд, образует основной смысл правового регулирования. Руководствуясь изложенным, праворегулирующую деятельность можно интерпретировать как юридически значимую активность, опосредующую циклический процесс опредмечивания-распредмечивания сущности права на уровне соответствующих актов нормативного правового и индивидуального правового регулирования общественных отношений.

Выводы

Сложноорганизованная по структуре и многогранная в проявлениях сущности практика правового регулирования располагает к многообразию аспектов ее интерпретации. Она может быть определена в ретроспективном аспекте, в аспекте текущей или актуальной ситуации, в философско-правовом,

социологическом, психолого-правовом и иных аспектах. Так, например, в технологическом аспекте практика правового регулирования может быть представлена как системно-логический процесс последовательного развития взаимосвязанных правовых явлений, в котором его основные стадии сочетаются с соответствующими праворегулирующими средствами, с помощью которых достигаются цели права и правового регулирования.

При всем многообразии аспектов восприятия практики правового регулирования задачи ее исследования требуют более или менее обобщенного и лаконичного формулирования его сущности и содержания в едином научно-практическом контексте. С учетом предпринятого анализа в определении практики правового регулирования должен, по нашему мнению, выражаться опыт правового регулирования, олицетворяющий процесс юридической формализации результатов праворегулирующей деятельности в актах правового регулирования.

Опыт правового регулирования в динамическом аспекте выражает двуединый циклический процесс опредмечивания-распредмечивания сущности права на уровне соответствующих актов общеправового и индивидуального правового регулирования общественных отношений.

С учетом двойственной макроуровневой структуры практики правового регулирования, наиболее обобщенно выражающей ее содержание, представляется целесообразным дать определение в ретроспективном и ситуационном аспектах ее восприятия, исходя из сущности опыта правового регулирования как сформированного результата праворегулирующей деятельности.

Практика правового регулирования в широком значении ее понимания – сформировавшийся в определенном территориальном и временном пространстве общенациональный и международный опыт правового регулирования (праворегулирующей деятельности), выраженный в системе актов правового регулирования общественных отношений.

В целях изучения и аудита конкретного опыта правового регулирования практику правового регулирования целесообразно определять также и в узком значении ее понимания как фрагментированный на уровне конкретной правовой ситуации, опыт правового регулирования, выраженный в соответствующем акте правового регулирования.

Дифференциация и единство общеправового и индивидуального правового регулирования детерминированы объективной невозможностью осуществления конкретной (казуистичной) правовой регламентации общественных отношений на основе нормативных правовых актов.

Правовое регулирование как компонент практики правового регулирования имеет своим содержанием праворегулирующую деятельность, представляющую юридически значимую активность, которая выражается в создании и систематизации, толковании и реализации предписаний нормативных, правоинтерпретационных и индивидуальных правовых актов.

В условиях конфликтного общественного развития создание правопорядка достигается не только посредством регулятивной, но и охранительной функции права, что обуславливает актуальность выделения позитивного и негативного аспектов восприятия правового регулирования. Для полноценного знания о правовом регулировании общественных отношений в нем, наряду с позитивным, следует выделять и негативный аспект.

Нормативным основанием для выделения позитивного и негативного аспектов правового регулирования выступают регулятивные и охранительные нормы права, закрепляющие составы правомерного и противоправного поведения.

Практическим основанием для выделения позитивного и негативного аспектов правового регулирования выступает распределение регулятивной и охранительной функции между различными субъектами – правотворческими и правоохранительными органами.

Теоретическим основанием для выделения позитивного и негативного аспектов правового регулирования выступают положения общей теории права о

регулятивных и охранительных нормах права и правоотношениях; позитивном и негативном правосознании; правомерном и противоправном поведении; позитивной и негативной (ретроспективной) юридической ответственности.

1.3. Акты правового регулирования как компонент практики правового регулирования общественных отношений

Право рассчитано на определенные результаты, которые достигаются посредством правового регулирования. Соответственно, правовое регулирование немислимо вне его результатов. Поэтому неотъемлемой частью структуры практики правового регулирования выступают результаты деятельности субъектов правового регулирования. В этой связи деятельность субъектов правового регулирования подлежит оценке с точки зрения ее результатов.

Вопрос о результатах правового регулирования как составляющей практики правового регулирования имеет практическое и теоретическое значение. Однако данный вопрос не разработан в теории права. Его решение, как представляется, должно осуществляться на основании единого критерия, в зависимости от которого можно определять идентичность результатов правового регулирования его природе. В этой связи нельзя не обратиться к природе актов правового регулирования, которая обусловлена его конечной целью – созданием правового порядка, основанного на урегулированных правовыми нормами общественных отношениях. Поскольку на макроуровне структура практики правового регулирования включает в себя наряду с деятельностью ее результаты, остановимся на их характеристике.

К правовому регулированию относится та часть практики, которая юридически оформлена нормами объективного и ситуационно-конкретного права, т.е. регламентирована нормативными и индивидуально-правовыми актами, а также официальными правоинтерпретационными актами. В своем единстве нормативные, индивидуально-правовые и правоинтерпретационные

акты для целей их обобщенной характеристики целесообразно определять посредством общей для них категории «акты правового регулирования».

В первом приближении результат праворегулирующей деятельности как элемент структуры практики правового регулирования – это система нормативно обусловленных юридически значимых актов-действий, выраженных в документально оформленных правовых актах по созданию, систематизации, толкованию, оценке и реализации принципов и норм права. На уровне практики общеправового регулирования результат выражается в нормативных правовых актах. На уровне индивидуально-правового регулирования – в индивидуальных правовых актах.

Результат правового регулирования как компонент практики правового регулирования имеет двойственный состав. В макромасштабе результатом правового регулирования выступает правоорганизованная социальная практика. Непосредственным результатом правового регулирования являются правовые акты-документы субъектов правового регулирования. Правовые акты-документы – это непосредственный предмет и ближайшая цель деятельности субъектов правового регулирования. В них сама суть правового регулирования.

Практика правового регулирования всегда связана с целеполагающей деятельностью субъектов правового регулирования по преобразованию социальной практики в правоорганизованную практику посредством правовых средств. В практике правового регулирования такими средствами выступают интегрированные в правовые акты правовые нормы, олицетворяющие собой результаты деятельности субъектов правового регулирования. Лишь в симбиозе с правовыми актами можно иметь целостное представление о логике правового регулирования как целеполагающей и результативной деятельности и, следовательно, подвергнуть правовому анализу и оценке качество и адекватность как самой деятельности, так и ее результатов⁶⁸.

⁶⁸ Валиев Р.Г. Практика правового регулирования: актуализация и категоризация общетеоретического знания. С.54-66.

Практика правового регулирования связывает воедино деятельность субъектов правового регулирования и ее результаты, на основе которых можно судить о самой деятельности. В качестве результатов правового регулирования выступают акты правового регулирования. Единство правового регулирования с актами правового регулирования образует двойственную природу содержания практики правового регулирования. Может возникнуть вопрос о соотношении правовых норм и правовых актов с актами правового регулирования. Акт правового регулирования как интегративная теоретическая конструкция воплощает в себе все виды правовых актов вместе с соответствующими правовыми нормами. В практике правового регулирования правовые нормы, олицетворяют собой результат деятельности субъектов правового регулирования в единстве с документальными актами правового регулирования, будучи облеченными в соответствующие их формы.

Ю.С. Решетов называет результатом, итогом правового регулирования реализацию норм права⁶⁹. Здесь следует уточнить, что правореализация это деятельность и в большинстве случаев предполагает совершение правореализационных действий по созданию индивидуальных правовых норм, облеченных документальными актами правореализации. Как отмечает Ю.С. Решетов, действия участников реализации норм права, которые завершаются изданием индивидуально-правовых актов, включаются в правовое регулирование. С этой точки зрения реализация норм права как конечный результат правового регулирования совпадает с праворегулирующей деятельностью на уровне индивидуального правового регулирования. Однако, как уже ранее отмечалось, субъекты нормативного правового регулирования своими действиями также реализуют нормы права, поскольку используют полномочия и действуют с соблюдением соответствующих норм права.

Даже такая простая форма реализации права как купля-продажа товаров и продукции в торговых сетях опосредуется юридически значимыми актами-

⁶⁹ Решетов Ю.С. Реализация норм права. Системный анализ. Казань, 1990. С.29.

действиями покупателя и документальным актом в форме кассового или товарного чека, свидетельствующего приобретение права собственности на продукт. Это подтверждает тезис, что результатом правового регулирования выступают правовые акты-документы, опосредующие возникновение и реализацию права. Иными словами, в акте купли-продажи, как юридически значимом акте-действии, присутствует регулятивное начало. Поэтому ближайшим результатом праворегулирующей деятельности выступают правовые акты-документы.

В правоорганизованной практике юридически значимые акты-действия и акты-решения, в том числе и соглашения участников взаимодействия могут совершаться как в порядке их документального оформления, так и без документального оформления. Не все акты-действия и акты-решения (акты-приказы, акты-предупреждения, акты-согласования, акты-соглашения, акты-сделки и т.п.) требуют документальной формы. Иными словами, можно выделять оформленные в соответствующей форме правовые акты-документы и не оформленные в документальной форме правовые акты-действия и правовые акты-решения. Это тезис имеет принципиальное значение для характеристики классификационной идентичности и разграничения правоорганизованной практики и практики правового регулирования.

В юридической и правовой практике юридически значимые акты-действия субъектов соответственно юридической и правовой деятельности могут совершаться вербально, без их документального оформления. К ним относятся устные приказы, предупреждения, согласования, соглашения и т.п. Юридически значимые действия могут выражаться невербальными жестами. Действия же субъектов праворегулирующей деятельности, будучи связаны с созданием и систематизацией, интерпретацией, применением и реализацией норм права, всегда оформляются в документальной форме и выражаются в нормативных, правоинтерпретационных и индивидуальных правовых актах-документах.

Один и тот же субъект права может выступать в роли субъекта юридической или правовой деятельности, если его действия не сопровождаются

составлением правовых актов-документов и субъекта праворегулирующей деятельности, если его действия сопровождаются документальным оформлением, т.е. созданием правовых актов-документов. Так, в случае совершения простой сделки купли-продажи, не требующей юридического оформления, ее субъект осуществляет юридически значимую активность, опосредующую социально-экономические действия, которая составляет содержание правовой деятельности. Аналогичным образом должностное лицо может принимать юридически значимые решения, отдавать устные юридически значимые распоряжения, приказы, не требующие документального оформления, которые составляют содержание специальной юридической деятельности как юридически значимой активности. Его действия могут иметь смешанный характер, сочетающий вербальные и невербальные юридически значимые социальные действия. Так, инспектор ГИБДД может осуществлять невербальные жесты по регулированию дорожного движения с помощью свистка и жезла, что относится к юридической, административной практике, а может составить протокол или вынести постановление о совершении административного правонарушения. Здесь следует отметить, что невербальные и вербальные акты-действия, не имеющие письменной формы, сложно подвергать обжалованию и аудиту.

На наш взгляд, для целей аудита праворегулирующий потенциал акта-действия или решения важен исключительно в установленной документальной форме. Здесь необходимо учитывать, что в узком смысле правовой акт – это «внешнее словесно-документально оформленное выражение воли, закрепляющее правомерное либо противоправное поведение»⁷⁰, составы которых закрепляются в законодательстве, а в широком смысле – «волеизъявление управомоченного субъекта, совершаемое в определенной

⁷⁰ Малько А.В. Правовая жизнь // Общественные науки и современность. 1999. № 6. С.69.

форме и в установленном законом случаях, которое порождает юридические последствия в силу прямого указания закона»⁷¹.

Документальная форма нормативных, правоинтерпретационных и индивидуальных правовых актов является признаком, характеризующим их идентичность праворегулирующей деятельности в отличие от иных видов юридически значимой деятельности. Так, сделка купли-продажи может быть совершена в простой форме, не требующей юридического оформления и в письменной или квалифицированной форме, требующей ее юридического оформления. В случае составления письменного договора ее субъект осуществляет юридически значимые действия, относящиеся к праворегулирующей деятельности.

В обоих случаях действия субъектов юридически урегулированы и в этой связи имеют предусмотренные ими юридически значимые правореализационные последствия. Иными словами действия субъектов правовой деятельности олицетворяют собой юридически значимую активность, связанную с социальным взаимодействием. Однако различие юридически значимой активности частных и публичных субъектов заключается в том, что для первых она олицетворяет форму (способ) осуществления их собственной социальной активности, а для вторых – форму специальной социальной активности, опосредующую социальную активность других. В одном случае это юридически значимая активность субъекта, направленная на удовлетворение собственных социальных потребностей и реализации соответствующих частных или личных интересов. В другом случае юридически значимая активность специального субъекта, образующая содержание служебной деятельности и направленная на удовлетворение потребностей общественного развития и реализации государственных интересов.

Результаты правового регулирования как праворегулирующей деятельности и результаты практики правового регулирования как опыта этой

⁷¹ Малько А.В. Гайворонская Я.В. Доктринальные акты как инструмент правовой политики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С.8.

деятельности следует различать. Результаты правового регулирования представляют собой оформленные в предусмотренном порядке нормативных правовые и иные акты-документы. Структура результативной подсистемы представлена соответствующими видами актов правового регулирования – нормативными и индивидуальными правовыми актами, а также правоинтерпретационными актами, которые для целей настоящей работы обобщаются до уровня актов правового регулирования.

Вместе с тем на основе всей системы правовых актов-документов, олицетворяющих результат опыта праворегулирующей деятельности, создается опосредованный ими конечный результат правового регулирования – правоорганизованная социальная практика. В таком аспекте в практике правового регулирования следует различать результаты двоякого рода – конечный (макроуровневый) и текущий (ближайший). Соответственно, следует сделать уточнение относительно конечного результата правового регулирования.

Результат правового регулирования как структурный элемент практики правового регулирования находит выражение в соответствующих документально оформленных актах правового регулирования. Результатом же практики правового регулирования является система нормативных, правоинтерпретационных, правоприменительных актов и актов автономной правореализации. На макроуровне результатом практики правового регулирования выступает правоорганизованная социальная практика, олицетворяющая собой ресурс организованности, стабильности и устойчивости в развитии общественных процессов. Правоорганизованная социальная практика является системным макрорезультатом практики правового регулирования как урегулированная правом социальная практика (система обусловленных правовым регулированием правоотношений), которая юридически оформлена, облечена в правовую форму на нормативном и индивидуальном, конкретно-ситуационном уровне. В этой связи логично утверждать, что в макромасштабе практика правового регулирования есть детерминанта – ресурс

организованности, стабильности и устойчивости в развитии социальных процессов в порядке распределения и опредмечивания многогранной сущности объективного права. Это, обусловленный потребностями общественного развития, непрерывный процесс опредмечивания-распределения права в целях использования его многогранной сущности для реализации опосредуемых правом социальных интересов. С этой точки зрения правоорганизованная социальная практика это неотъемлемая форма социальной жизнедеятельности в условиях государственной организации общества.

Трактовку правоорганизованной практики в широком значении ее понимания следует отличать от правоорганизованной практики как конкретной формы правовой жизнедеятельности общества, государства и личности. Правоорганизованная социальная практика в широком значении – это опыт трансформации социального взаимодействия участников общественных отношений в юридически значимое взаимодействие на уровне правоотношений. В этом процессе социальная деятельность и поведение преобразуются в юридически значимую деятельность и поведение. В узком смысле правоорганизованная социальная практика – это форма правовой организованности конкретной социальной практики (экономической, политической, трудовой и пр.).

Вышеизложенное ориентирует на восприятие правового регулирования в макромасштабе как деятельностного процесса преобразования социальной практики, результатом которого выступает правоорганизованная социальная практика.

Правовое регулирование и правовые акты как результат правового регулирования относятся к тем субъектам права, которые управомочены совершать действия по регламентации и юридическому оформлению общественных отношений. Любые юридически значимые действия с тем, чтобы избежать возможного произвола при их совершении, документально оформляются соответствующими правовыми актами.

Праворегулирующая активность связана с созданием и систематизацией, интерпретацией и реализацией правовых норм, всегда оформляется в документальной форме и выражается в нормативных, правоинтерпретационных и индивидуальных правовых актах-документах. Документальное оформление актов праворегулирующей деятельности является важным с точки зрения их значения для развития правовых отношений. Связанность праворегулирующей активности с правовыми актами-документами имеет значение факта-основания возникновения, изменения и прекращения правовых отношений. В зависимости от вида правового акта-документа зависит статус правоотношений, которые могут быть общеправовыми или индивидуально-правовыми.

В юридической литературе встречаются различные и не всегда идентичные трактовки правового акта. Так, правовой акт определяется как «волеизъявление, выраженное в документальной, устной либо конклюдентной форме, отражающее правовую позицию субъекта права, детерминирующее возникновение»⁷². При такой трактовке наряду с документальной формой называются устная и конклюдентная формы, что позволяет отграничить праворегулирующую деятельность от юридической деятельности, в которой волеизъявление может выражаться в устной форме.

Правовые нормы всегда создаются в рамках соответствующих документально оформленных правовых актов. Поэтому при решении вопроса о результате правового регулирования целесообразно говорить не о любых правовых актах вообще, а об актах правового регулирования, которые текстуально выражены в форме юридического документа и выступают родовой категорией по отношению к нормативным правовым и индивидуальным правовым актам, а также актам официального толкования норм права. В своей совокупности они образуют результативную составляющую опыта правового регулирования.

⁷²Долотова Д.В. Техника и технология правовых актов (на примере правовых актов, издаваемых в уголовно-исполнительной системе: дис. ...канд. юрид. наук. Владимир, 2012. С.8.

При характеристике акта правового регулирования важно определиться с его признаками, так как можно выделять виды деятельности, имеющие смежный характер с правовым регулированием. Так, например, как смежную с правовым регулированием выделяют научную деятельность.

В первом приближении акт правового регулирования это юридически значимое документально оформленное решение. Это ближайший и непосредственный результат правового регулирования. Поэтому очевидно, что, если деятельность завершается принятием правового акта-документа, то можно говорить, что данная деятельность относится к правовому регулированию.

Акт правового регулирования как юридический документ – это зафиксированный в бумажной или электронной форме текст юридически значимой информации, служащий основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношений. Юридический документ характеризуется признаком юридической значимости, особым внешним оформлением, официальной, обязательностью для его адресатов.

Акты правового регулирования содержат соответствующие юридически значимые предписания нормативных, индивидуальных и правоинтерпретационных актов. Акты правового регулирования – это нормативные и иные правовые акты-документы, в которых выражена юридически значимая информация, связанная с установлением, реализацией и защитой объективного и субъективного права. И именно акты правового регулирования в единстве с урегулированными объективным и субъективным правом отношениями, поведением и деятельностью образуют содержание той практики, которая связана с правовой организацией социальной жизнедеятельности.

Акты правового регулирования – это интегративная форма выражения результатов соответствующих видов деятельности субъектов правового регулирования – собственно регулятивных, охранительных, правозащитных, интерпретационных, экспертных и иных правовых актов-решений. Так, следовательно процессуальные действия в рамках уголовного судопроизводства

оформляет постановлениями. Постановлениями оформляется и правоинтерпретационная деятельность Конституционного Суда Российской Федерации.

На основе актов правового регулирования достигается конечный результат правового регулирования – формирование соответствующих правовых отношений.

Система актов правового регулирования как результативная составляющая практики правового регулирования представлена следующими разновидностями правовых актов: нормативными правовыми актами (законы и подзаконные акты, в том числе корпоративные и локальные); нормативными правовыми договорами (федеративный договор, международный договор); актами нормативно-правового толкования и контроля (постановления конституционного суда); постановлениями Пленума Верховного Суда РФ (разъяснениями по вопросам судебной практики); индивидуальными правовыми актами одностороннего волеизъявления специальных субъектов (акты правоприменения); индивидуальными правовыми актами одностороннего волеизъявления частных субъектов (завещание, дарение, генеральная доверенность); индивидуальными правовыми соглашениями (гражданский договор, трудовой договор).

Среди актов правового регулирования особое положение занимают постановления Конституционного Суда и Верховного Суда Российской Федерации. На наш взгляд, их следует относить к актам правового регулирования, так как они имеют отношение к практике правоприменения и правореализации.

Во-первых, эти акты, содержат правовые позиции, имеющие правовой характер. Постановления Конституционного Суда Российской Федерации используются в процессе общеправового и индивидуального правового регулирования. Постановления Верховного Суда Российской Федерации имеют статус руководящих начал судебного правоприменения.

Во-вторых, постановления Конституционного Суда Российской Федерации могут отменять действие обжалованных предписаний нормативных

правовых актов и индивидуальных правовых актов должностных лиц и органов государства.

В-третьих, предписания постановлений Конституционного Суда Российской Федерации выступают формальным источником права, имеют высшую юридическую силу и обязательны для соблюдения всеми адресатами. Постановления Верховного Суда Российской Федерации обязательны для всех судов общей юрисдикции.

Акты индивидуального правового регулирования олицетворяют собой выраженные в документальной форме результаты правоприменительной и правореализационной деятельности. Судебное решение, постановление следователя, удостоверенные нотариусом документы – это акты индивидуального правового регулирования в том смысле, что они закрепляют результаты соответствующих судебных, следственных, нотариальных действий и, следовательно, являются актами реализации норм материального и процессуального права, регулирующих судопроизводство, производство следственной деятельности, совершение нотариальных действий. Когда преподаватель ВУЗа принимает экзамен у студентов, он действует в рамках образовательного права, реализуя не только соответствующие права, но и обязанности. При проведении государственной итоговой аттестации в порядке издания приказа преподаватель на время приема экзаменов приобретает статус должностного лица. Иными словами, право преподавателя неотделимо от его обязанностей, так как, принимая экзамен, он обладает правообязанностью, которая характерна должностным лицам, осуществляющим правоприменительные функции. Что касается экзаменационной ведомости, то она является разновидностью документа, в котором содержатся сведения, имеющие правовое значение и в этой связи может относиться к актам индивидуального правового регулирования, обеспечивающим реализацию образовательного права. Все эти акты-документы выступают актами индивидуального правового регулирования. Следовательно, акты-документы, в которых выражена юридически значимая информация, связанная с

установлением, реализацией и защитой объективного и (или) субъективного права относятся к актам правового регулирования. Соответственно, система актов правового регулирования в единстве с деятельностью субъектов, их создавших, образует содержание опыта правового регулирования.

Таким образом, непосредственный результат правового регулирования как структурный элемент практики правового регулирования находит выражение в актах правового регулирования, представленных системой нормативных и индивидуальных правовых актов (договоров), а также актов официального толкования.

Практика правового регулирования состоит из двух дуалистических подсистем – деятельностной и результативной составляющих общеправового и индивидуального правового регулирования.

Деятельностная составляющая практики правового регулирования находит выражение в юридически значимой активности субъектов правового регулирования, выражающейся в создании и систематизации, толковании, применении и реализации предписаний актов правового регулирования.

Результативная составляющая практики правового регулирования находит выражение в системе актов правового регулирования – нормативных, правоинтерпретационных, правореализационных, в том числе правоприменительных актов.

Взаимодействие деятельностной и результативной составляющих практики правового регулирования характеризуется устойчивой и необходимой корреляцией, свойственной различным видам правового регулирования.

1.4. Сущность усмотрения в историографии проблематики его научного познания

В современной юридической науке много внимания уделяется различным аспектам феномена усмотрения в праве. И это оправданно. В таком контексте усмотрение может претендовать на исследовательский статус в качестве

элемента механизма правового регулирования и практики правового регулирования. Изложенные обстоятельства обуславливают актуальность обращения к проблематике усмотрения как юридически значимого явления, в силу которого практика правового регулирования обретает дискреционный характер. С учетом таких предварительных замечаний, представляется целесообразным остановиться на историографии его правового исследования, в котором главное внимание уделяется выявлению сущности и содержанию понятия усмотрения в аспекте его правовой природы.

Усмотрение как правовое явление возникает с появлением государственных должностей и генетически связано с государственной организацией общества. Феномен юридически значимого усмотрения возникал в обществе и государстве там и постольку, поскольку формировалось право и правосознание, в котором находили выражение взгляды, представления и чувства о государстве, законах и правопорядке, а также различных формах произвола усмотрения правителей и чиновников.

В зарубежной и отечественной юридической доктрине длительное время развивается тезис, что субъекты права принимают решения на основе усмотрения. Телеологический анализ отечественной и зарубежной практики показывает, что в ее развитии широко используется усмотрение адресатов объективного и субъективного права. Проблема усмотрения в разное время, с начала XX века, так или иначе, рассматривалась представителями различных отраслей юридической науки в различных аспектах⁷³. В историческом контексте

⁷³ См., например: Люблинский П. И. Основания судейского усмотрения в уголовных делах. СПб., 1904. – 34 с.; L. Michoud. Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. 1913. 118 p.; M. Waline. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, Paris, 1930, 31 p.; Davis K. C. Discretionary Justice in Europe and America. Urbana, Chicago, and London, 1976. 203 p.; Davis K. C. Discretionary Justice in Europe and America. Urbana, Chicago, and London, 1976. 203 p.; Дубовицкий В. Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск, 1984. 289 с.; Galligan D.J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Clarendon Press, 1990. 432 p.; Ford, Ch. A. Judicial discretion in international jurisprudence: article 38 (1) (c) and "general principles of law" // Duke j. of comparative & international law. Durham, 1995. Vol. 5. P. 35-86; Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. 376 с.; A. Bouveresse. Pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, Bruxelles: Bruylant. 2010.p.; Гулиева, Н.И. Проблемы реализации принципа дискреционного уголовного преследования в российском и зарубежном уголовном

научные труды по проблематике усмотрения отличает неоднозначность его трактовки. Современный уровень научного познания феномена усмотрения также характеризуется доктринальным плюрализмом.

Историографический обзор правовых исследований феномена усмотрения позволяет констатировать, что в научном познании усмотрения сложились два основных направления, в рамках которых выражаются взгляды, как сторонников, так и противников усмотрения. Сторонники усмотрения исходят из невозможности его полного устранения, так как данное правовое явление позволяет многие проблемы практики правового регулирования. Позитивный подход к усмотрению характеризуется апологией его социально значимого потенциала. Негативный подход характеризуется отрицательной оценкой негативных проявлений усмотрения, противоречащих его социально-правовой природе. Противники усмотрения ссылаются на возможность злоупотребления, которое «влечет за собой произвол и беззаконие»⁷⁴. Однако главное, что объединяет оба подхода – это констатация значения усмотрения для развития правоорганизованной социальной практики. Усмотрение является спутником правовых процессов, неотъемлемым структурным элементом юридически значимой активности субъектов права как субъектов правового регулирования и участников общественных отношений.

К сторонникам позитивного отношения к усмотрению можно отнести отдельных представителей естественно-правовой концепции правопонимания. Так, еще Дж. Локк оправдывал действия по усмотрению субъектов исполнительной власти тем, что «законодатели не в состоянии предвидеть все <...>, что существует много вещей, которые закон никак предусмотреть не

судопроизводстве: автореф. дис. ... канд.юрид.наук Ростов н/Д, 2004 – 26 с.; Капицын В.М. Государственная дискреция как проблема конституционного права // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 3. С. 2-7; Милушева Т.В., Цыбулевская О.И. Усмотрение в правоприменении: теоретический аспект // Юридические записки кафедры гражданского права и процесса. Сборник научных статей. – Тамбов, 2007, Вып. 3. С. 132-149; Демин А.В. Дискреция в налоговом праве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 35. С. 47

⁷⁴ Ермакова К.П. Пределы судебного усмотрения. Дисс. канд. юрид. наук. М., 2010. С.4.

может»⁷⁵. В схожем контексте высказывался и Т. Гоббс⁷⁶. В то же время многие представители Нового времени отрицали усмотрение, выступая за недопустимость отступления от законности.

Определённый вклад в обоснование необходимости усмотрения внесла и социологическая школа права, представители которой выступали за так называемое «живое» право. Ее представители характеризуют актуальность усмотрения в ситуациях, не урегулированных нормами права. При этом усмотрение правоприменителя должно исходить из конкретных жизненных интересов⁷⁷. С.А. Муромцев называл самодеятельность суда, подразумевающую усмотрение судьи, нормальной формой его деятельности⁷⁸. Реалистическая школа права в лице её сторонников (К. Ллевеллин, Д. Фрэнк, О.У.Холмс и др.) также делала акцент на минимизации нормативной основы юридических решений, ориентируясь на высокий уровень правового сознания правоприменителей⁷⁹. Выделяется позиция К. Дэвиса, который признает необходимость усмотрения в правовой системе, но при этом же говорит о важности «устранения, ограничения и определения пределов усмотрительной власти» как о факторах обеспечивающих отсутствие произвола⁸⁰. Предпочтение усмотрению на уровне интуитивного права в случаях его коллизии с позитивным правом отдаёт психологическая школа права⁸¹.

Негативное отношение к усмотрению формировалось, начиная с известных философов античности. В частности, Платон писал о «близкой гибели государства, где закон не имеет силы и находится под чьей-либо властью»⁸².

⁷⁵ Локк Дж. Сочинения: в 3 т. Т.3. Два трактата о правлении. М., 1988. С.356.

⁷⁶ Гоббс Т. Сочинения: в 2 т. Т.2. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. М., 1991. С98.

⁷⁷ См., напр. Pound R. Mechanical Jurisprudence // Colum. L. Rev. 1908. Vol.8. P.605.

⁷⁸ Муромцев С.А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник.1880, № 11. С.391.

⁷⁹ См., напр. Llewellyn K.N. Realistic Jurisprudence the Next Step // 30 Columbia Law Review. 1930. P.431; Frank J. Law and the modern Mind.1985; Holmes O.W. Jr. The Common Law. – New York: Dover, 1991. – XXXVI, 422 p.

⁸⁰ Davis K. Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry. Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1969. P.55.

⁸¹ См. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Изд. 2-е, испр. и доп. Т.1-2. СПб., 1909-1910. С.524.

⁸² Платон. Сочинения в 3 т. Т.3. М., 1972. С.198.

Подчёркивая необходимость неизменности, стабильности и единообразия решений по усмотрению суда, призывал к строгости следования закону Ш.-Л. Монтескье⁸³. Ф.В. Тарановский отмечал невозможность строгого соблюдения закона в рамках усмотрения «при отсутствии прочной культурно-правовой традиции и подлинной независимости судей...»⁸⁴. За редким исключением негативно воспринималось усмотрение и в советский период. Среди современных авторов также немало противников усмотрения. Неприятие усмотрения в основном выражается в отношении судейского усмотрения. Противники судейского усмотрения ссылаются на возможность злоупотребления им. Между тем, право усмотрения – это нормативно обусловленное правомочие и, следовательно, представляет собой некую меру возможного, т.е. не является абсолютным и ничем не ограниченным правом. Проблема в том, что, будучи элементом правосознания, усмотрение как латентное, рационально-психическое свойство не поддается внешнему контролю. Поэтому акты судебного правоприменения трудно верифицировать с точки зрения адекватности усмотрения его назначению в осуществлении правосудия. В связи с этим аксиология проблематики усмотрения предполагает поиск действенных средств обеспечения недопустимости злоупотребления усмотрением. Значительная роль в обеспечении адекватности усмотрения судьи принадлежит нормам общегражданской морали и судейской этике.

В научных трудах по проблематике усмотрения имеются различные трактовки его понятия, авторы по-разному определяют содержание этого понятия. «Усматривать – значит воспринимать, понимать суть того, что перед вами, осознавать то, что перед вашим взором»⁸⁵; «Усмотреть» значит прийти к определенному выводу»⁸⁶. В энциклопедической трактовке усмотрение также представлено неоднозначно. В словаре В.И. Даля термин «усмотреть» означает

⁸³ Монтескье Ш.-Л. О духе законов // Избранные произведения. М., 1955. С.292.

⁸⁴ Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. С.478.

⁸⁵ Ксендзюк А. После Кастанеды. URL: http://rumagic.com/ru_zar/sci_philosophy/ksendzyuk/2/j18.html (дата обращения: 01.06.19).

⁸⁶ Ермакова К.П. Понятие и субъективные пределы судебного усмотрения // Журнал российского права. 2009. № . С.91.

«что-то увидеть, узреть очами, открыть и распознать, заметить»⁸⁷. В толковом словаре Д.Н. Ушакова термин «усмотрение» имеет несколько значений: «заклучение, мнение, решение. Решение, склонность действовать, решать по собственному желанию, а не по закону»⁸⁸. В словаре С.И. Ожегова «усмотрение» означает «решение, заклучение, мнение»⁸⁹. В словаре иностранных слов современного русского языка термин «дискреция» (усмотрение) определяется как «самостоятельное решение вопроса государственным или должностным лицом, а так же государственным органом»⁹⁰.

Этимологический подход к анализу усмотрения, исходя из энциклопедической трактовки, позволяет сказать, что усмотрение производно от слова «смотреть». В этом значении оно предшествует волеизъявлению как процессу выражения воли относительно каких-либо юридически значимых условий или обстоятельств социального развития. Однако возникает вопрос, возможно ли волеизъявление без усмотрения? На наш взгляд, волеизъявление является результатом не только усмотрения, но и внутреннего убеждения. Внутреннее убеждение также нельзя сводить к усмотрению. Это элемент более широкого порядка – правомочий субъекта.

Полагаем, что понятие юридически значимого усмотрения является родовым по отношению к его различным видам в экономике, политике, праве и т.п. Так, можно выделять экономически или политически целесообразное усмотрение. А ещё можно выделять врачебное, научное и прочие его виды, которые связаны с различными профессиями, с взаимодействием или обслуживанием граждан, затрагивающим их права, законные интересы и юридические обязанности. Усмотрение субъектов публичного права имеет свою специфику, обусловленную его назначением – обеспечивать реализацию публичного интереса. Усмотрение частных субъектов права связано с реализацией частного интереса.

⁸⁷ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. М., 2006. С. 498.

⁸⁸ Ушаков Д.Н. Толковый словарь русского языка. М., 2013. С. 711.

⁸⁹ Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1987. С.729.

⁹⁰ Словарь иностранных слов современного русского языка. М., 2014. С. 216.

В юридической литературе достаточно распространенными являются близкие, по значению, трактовки сущности усмотрения как свободы выбора или полномочия свободы выбора субъектом вариантов решения вопроса⁹¹; как степени свободы органа правоприменения⁹²; как «предоставленную судьям правовую возможность по своему разумению оценивать ситуацию»⁹³; как «возможность выбора наиболее оптимальной из предусмотренных законом <...> формы осуществления деятельности»⁹⁴. Оценивая трактовки усмотрения как «свободы выбора», следует учитывать, что в отличие от субъективного права как меры возможного поведения, юридическая свобода находит выражение в возможности выбора тех или иных действий, допускаемых нормой права. Само понятие юридической свободы имеет своим содержанием возможность выбора предусмотренных правом вариантов поведения, а выбор составляет содержание свободы. Поэтому трактовка усмотрения как «свободы выбора» сопряжена с использованием одинаковых по смыслу терминов, поскольку свобода, по определению, предполагает выбор. Действительно, согласно энциклопедической трактовке, свобода определяется как способность человека осуществлять выбор⁹⁵. Например, содержание понятия конституционно закрепленной свободы труда составляет возможность выбора работать или не работать вообще, а в случае, если гражданин России пожелает работать – возможность выбора работать по найму или в порядке осуществления индивидуальной предпринимательской деятельности или в статусе самозанятого. Свобода договоров в гражданском праве означает возможность выбора заключать или не заключать гражданско-правовой договор.

⁹¹ См., например: Скударнов А.С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений): дис. ... канд юрид наук. Красноярск, 2014. С.8-9; Степин А. Б. Судебное усмотрение в частном праве (Вопросы теории и практики): дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2002. 211 с.

⁹² Коренев А.П. Нормы административного права и их применение. М., 1978. С. 73-74.

⁹³ Лунев А. Е. Социалистическая законность в советском государственном управлении. – М., 1948. С. 63.

⁹⁴ Апостолова Н.Н. Целесообразность (дискреционность) в российском уголовном судопроизводстве: дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С.10.

⁹⁵ Большой энциклопедический словарь. М., 1990. С. 872

Одним из первых об усмотрении в аспекте свободы писал Г.Ф. Шершеневич, который связывал его с субъективным правом – мерой свободы, возможностью по своему усмотрению действовать в своем интересе, для осуществления своего интереса. «Субъекту права, – отмечал он, – дана возможность по своему усмотрению использовать или нет то положение, какое ему обеспечено правом»⁹⁶. Однако такая дефиниция усмотрения ограничена интересами частного субъекта, а властный субъект обладает усмотрением не в собственных, а в публичных интересах, «усмотрение есть мотивированный выбор для принятия правомерных решений <...> для выполнения управленческих и иных задач»⁹⁷.

Юридическая свобода в определенной мере ограничена правом и не может иметь абсолютного значения. В противном случае, как показывает практика, свобода не гарантирована от ее перерождения в произвол, который находит выражение в различных формах злоупотребления правом в частноправовой и публично-правовой сферах. С этой точки зрения трактовка усмотрения как свободы вариативности поведения применительно к властным субъектам может быть допустима с определенной оговоркой, поскольку оно неотделимо от должностных полномочий.

В Толковом словаре В. Даля свобода дефинируется как возможность действовать по своему усмотрению⁹⁸. Иными словами, свобода выбора сама зависит от усмотрения субъектов права. Такая дефиниция сопряжена и с категорией диспозитивности в значении свободы распоряжения правами и, следовательно, предполагает выбор вариантов поведения. В этом контексте тезис о том, что усмотрение есть форма диспозитивности, ошибочен, так как общий характер норм для целей их реализации предполагает не диспозитивность, а их конкретизацию, которая требует усмотрения.

⁹⁶ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. Т.3, 4. М., 1910. С. 606.

⁹⁷ Тихомиров Ю.А. Усмотрение в фокусе права: самостоятельность и исполнение // Правовое регулирование: теория и практика. М., 2008. С. 152.

⁹⁸ Даль В.И. Толковый словарь русского языка. М., 1996. С. 815.

Диспозитивность объективно и субъективно зависит от усмотрения субъекта права и осуществляется исходя из усмотрения субъекта.

При оценке трактовки феномена усмотрения как выбора вариантов поведения представляется необходимым учитывать, что усмотрение является когнитивной характеристикой субъекта права. С этой точки зрения выбор вариантов поведения это не само усмотрение, а один из элементов усмотрения как сложного интеллектуального механизма, опосредующего принятие решения. Усмотрение является необходимым элементом диспозитивного метода правового регулирования, который предписывает возможность действий по усмотрению, основан на выборе вариантов действий по усмотрению. Поэтому выбор вариантов поведения относится не к содержанию усмотрения, а к содержанию диспозитивности как принципа и метода правового регулирования.

Определяя усмотрение как свободу выбора, его при этом пытаются увязать с зависимостью от пределов. Поэтому весьма распространенным аспектом проблематики усмотрения является вопрос о его пределах⁹⁹. Несмотря на то, что сама постановка вопроса о пределах противоречит трактовке усмотрения в аспекте свободы, принято считать, что установление разумных пределов усмотрения есть гарантия обеспечения законности его осуществления. Возникает вопрос: если правоприменительное усмотрение имеет правовые пределы, то почему существует проблема негативного, порой деструктивного, по своим последствиям, усмотрения?

Можно вести речь о пределах правового поведения, которые определяются на уровне нормативного и индивидуального правового регулирования, но ставить вопрос о пределах усмотрения, которое, по сути, является элементом правосознания, в силу его латентного характера объективно сложно. Рассмотрим, например, такой морально-правовой предел судейского усмотрения как совесть судьи. Присяга судьи требует от него быть добросовестным, но

⁹⁹ См., например: Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект: дис....канд.юрид.наук. Екатеринбург, 2008. 202 с.; Ермакова К.П. Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид.наук. М., 2010. 212 с.; Березин А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: дис.... канд.юрид.наук. Н. Новгород, 2007. – 200 с.;

может ли деятельность судьи или судебное решение быть верифицируемо на предмет добросовестности посредством его аудита, если ни в Присяге, ни в процессуальном законодательстве понятие добросовестности не определено и не раскрывается. Предел судейского усмотрения санкционирован Присягой судьи, но не может быть состоятельным, так как зависит от усмотрения судьи.

Применительно к субъективным пределам индивидуального правового регулирования как пределам «свободы субъекта действовать в одностороннем порядке по своему усмотрению в установленных законом рамках» говорится в исследовании И.А. Минникес»¹⁰⁰. Хорошо известно, что пределы правового регулирования тесно связаны с его предметом. Пределы – показатель востребованности правового регулирования, которое детерминируется неопределенностью правотворческой ситуации, связанной с необходимостью выявления обстоятельств, убеждающих в актуальности урегулирования тех или иных общественных отношений на основе норм права. Восприятие и оценка этих обстоятельств, социальных норм и отношений как предмета правового регулирования составляет суть и смысл содержания усмотрения субъектов правотворчества. Востребованность же правоприменительного усмотрения связана с неопределенностью правореализационной ситуации, обусловленной общим характером правил норм права. Иными словами, актуальность правоприменительного усмотрения в правореализационной конкретизации норм права детерминирована объективной невозможностью осуществления конкретной (казуистичной) правовой регламентации общественных отношений на основе нормативных правовых актов.

Вопрос о пределах усмотрения актуален в контексте соответствующих моделей противодействия его деструктивным проявлениям. Констатируя объективную сложность установления пределов усмотрения, считаем, что вопрос оптимизации дискреционного поведения и деятельности в практике правового регулирования нужно решать в аспекте критериев его адекватности

¹⁰⁰Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ. С.10.

его институциональной природе и назначению в механизме правового регулирования. Любой аудит усмотрения невозможен без оценки указанного соответствия. На наш взгляд, если усмотрение олицетворять со свободным восприятием обстоятельств дела в тех случаях, при которых оно не может быть ограничено пределами за невозможностью их нормативного установления и закрепления, целесообразно говорить о критериях его адекватности, а не о пределах. Так, усмотрение во многом зависит от принципов права, которые могут выступать как его основанием, так и критериями его адекватности действительному назначению в механизме правового регулирования. В.В. Ершов выделяет основополагающие (общие) принципы и специальные принципы в качестве пределов судебного усмотрения¹⁰¹. С точки зрения неопределенности абстрактно общих или относительно определенных норм права решений может быть несколько, но справедливым решение может быть только одно. Это решение, в котором вопрос юридического факта разрешается на основе адекватной его оценки и применения соответствующих норм и принципов права (разумности, целесообразности, добросовестности, справедливости и т.п.).

Применение принципов права актуально вследствие объективной невозможности урегулировать усмотрение нормами права по причине его латентности. На уровне правосознания представляются актуальными нравственные начала усмотрения, как выраженные в принципах права, так и оформленные на уровне профессиональной служебной этики. Г.В. Мальцев, рассуждая о нравственных основаниях права, отмечает, что «право, регулируя внешнюю деятельность людей, <...> вызывает определенные мотивации в сознании индивида, иногда прибегая к помощи морали»¹⁰². «Усмотрение – творческая, интеллектуально-волевая деятельность компетентного субъекта, в процессе которой окончательно формируется его нравственная позиция по

¹⁰¹ См.: Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: Монография. М., 2018. С. 409.

¹⁰² Мальцев Г.В. Нравственные основания права. М., 2008. С. 141.

рассматриваемому делу»¹⁰³. Тем не менее, если исходить из реальной практики правового регулирования, то абсолютизировать статус принципов права как пределов усмотрения вряд ли правильно. Когда следователь вместе с прокурором ходатайствует перед судом о применении к впервые привлекаемому лицу меры пресечения в виде заключения под стражу, а судья удовлетворяет ходатайство, они почему-то коллективно игнорируют конституционный принцип презумпции невиновности. Не потому ли, что реализация этого принципа находится во власти их усмотрения. Даже коллективное усмотрение компетентных субъектов не гарантирует действенность обозначенного принципа права.

С точки зрения Д. М. Чечота, «понятие усмотрения предполагает, что соответствующий орган или должностное лицо действует по своей воле, не связанной при принятии решения какой-либо нормой»¹⁰⁴. С трактовкой Д.М. Чечота относительно понятия усмотрения вне связи с нормами права вряд ли можно согласиться. Во-первых, усмотрение, как юридически значимое явление, предусмотрено нормами права и в этом его один из признаков как правового явления. Во-вторых, принятие решения в пределах полномочий органа государства или должностного лица юридически регламентировано и предусмотрено соответствующей компетенцией.

Усмотрение предшествует формированию внутреннего убеждения о необходимости формирования или применения норм права. Оно в равной мере используется в правотворческом процессе или квалификации обстоятельств дела и деяния в качестве административного правонарушения и административной ответственности. Так, даже применение штрафа в конкретно установленном размере, например, 1000 рублей за административное правонарушение в форме незаконного предпринимательства, не исключает правоприменительного усмотрения, связанного с оценкой обстоятельств дела как оснований законности административной ответственности. Оно может привести к формированию

¹⁰³ Бохан В.Ф. Формирование убеждения суда. Минск, 1973. С. 94.

¹⁰⁴ Чечот Д.М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Л., 1973. С. 68.

внутреннего убеждения о непричастности, недостаточности доказательств или их отсутствию и т.п.

Отдельные авторы рассматривают усмотрение в аспекте волеизъявления или даже сводят его к волеизъявлению. По мнению А.А. Малиновского, усмотрение – «возможность выражать свою волю и принимать решение независимо от воли других лиц»¹⁰⁵. «Возможность – то, что при наличии определенных условий может стать реальностью, т.е. превратиться в действительность»¹⁰⁶. Возможность в праве немыслима без волеизъявления. Именно с волеизъявлением субъектов права связаны правовое регулирование и реализация права. Однако, исходя из энциклопедической трактовки усмотрения, производной от слова «смотреть», оно предшествует волеизъявлению как процессу выражения воли относительно каких-либо юридически значимых условий или обстоятельств.

Понятие воли принято дефинировать как способность человека сознательно управлять своими действиями. Полагаем, что выражению этой способности как волеизъявлению предшествует оценочное восприятие обстоятельств волеизъявления, которые представляют определенный интерес как основание волеизъявления или воздержания от выражения воли. Оценочное восприятие образует содержание усмотрения. Следовательно, волеизъявление, будучи тесно связано с усмотрением, не совпадает с ним и вторично по отношению к усмотрению.

На наш взгляд, усмотрение есть предпосылка волеизъявления как внутреннего регулятора внешне выраженного поведения человека. Волеизъявление как внутренний регулятор поведения человека позволяет выделять в теории правового регулирования близкие по значению саморегуляцию и саморегулирование. В юридической литературе выделяется подход, в соответствии с которым саморегулирование относят к поведению

¹⁰⁵ Малиновский А.А. Усмотрение в праве // Государство и право. 2006. № 4. С.102.

¹⁰⁶ См. Энциклопедический словарь в 3-х т. Т.1. 1953. С. 326.

частных субъектов права¹⁰⁷. Отдельные авторы правовое саморегулирование и саморегуляция рассматривают как равнозначные¹⁰⁸. Исходя из семантического различия терминов такое отождествление вряд ли оправданно. Правовое регулирование, в том числе индивидуальное, основанное на договоре, направлено на сознание и волю, через которые осуществляется регулирование внешнего поведения или внешне выраженной в социальных действиях активности. Исходя из этого, можно ли саморегуляцию ставить в один ряд с правовым регулированием как внешним воздействием, направленным на отношения и поведение их участников. Представляется, что здесь требуется уточнение, поскольку в литературе саморегуляцию принято определять в психологическом аспекте как психическую регуляцию. На наш взгляд, саморегуляция как процесс волеизъявления руководит психическими процессами человека, от которых зависит формирование поведенческих установок и поведение. Саморегуляция есть внутренний, интеллектуально-волевой процесс воздействия субъекта на самого себя, на собственные действия. Рационально-психическая саморегуляция в ее широком смысловом значении опосредуют все этапы правового регулирования. Она опосредует правообразование и правотворчество, правоприменение и правореализацию, правоинтерпретацию и саморегулирование субъектами правореализационного поведения, а также используемые средства правового регулирования, в том числе юридическую ответственность, предвосхищая заданный результат правового регулирования.

Если согласиться, что правовое регулирование это воздействие норм и иных правовых средств на сознание и волю его адресатов, то усмотрение как элемент правовой саморегуляции включается в процесс правового регулирования на уровне юридически значимой рационально-психической

¹⁰⁷ Михайлов А.Е. Правовые аспекты саморегуляции социальных отношений // Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений // Нормативное и индивидуальное в правовом регулировании: вопросы теории и практики Материалы VII Международной научно-практической конференции, Москва, 16-20 апреля 2012 г. М., 2013. С.114-128.

¹⁰⁸ См., например: Шарифуллин В.Р. Частноправовое регулирование: теоретико-правовое исследование. Казань, 2007. С.35.

активности его субъектов и находит выражение в физических актах-действиях и актах-решениях, опредмеченных в юридических документах.

В обозначенном аспекте, саморегуляция, будучи внутренним регулятором, выступает как основа саморегулирования, выражающегося во внешне выраженной юридически значимой активности. С этой точки зрения усмотрение можно рассматривать как элемент саморегуляции, опосредующий формирование, интерпретацию, систематизацию и реализацию норм права. Данный тезис, как представляется, выступает основой аргументации тезиса о регулятивном потенциале усмотрения субъектов права.

Имеющиеся исследования по проблематике усмотрения акцентируют внимание на актуальности развития дискреционности в порядке ее ограничения соответствующими пределами, обосновывая такую необходимость теми или иными ее гипотетическими позитивными возможностями. Между тем, нельзя игнорировать то обстоятельство, что природа всех или почти всех исследовательских усилий, связанных с проблематикой усмотрения обусловлена, прежде всего, теми ее негативными издержками, которые обнаруживают себя в рамках любого вида юридически значимой деятельности. Какие бы устремления исследователей по проблематике усмотрения, ориентированные на совершенствование механизма реализации усмотрения, не предпринимались, их, так или иначе, объединяет общая проблема – неизмеримо высокая степень негативизма последствий, обусловленных дискреционностью юридических действий и решений, выраженных в документальной форме – нормативных правовых и иных правовых актах.

В зарубежной и отечественной юридической доктрине длительное время развивается тезис, что субъекты правового регулирования принимают решения на основе усмотрения. Следует принять во внимание, что по поводу места усмотрения в системе правового регулирования в разное время высказывались различные взгляды. По мнению Т.В. Кашаниной, усмотрение это элемент

индивидуального правового регулирования¹⁰⁹. И.А. Минникес выделяет три вида правоприменительного усмотрения – «ситуационное усмотрение», «усмотрение, основанное на оценочных понятиях», «усмотрение при применении аналогии закона или аналогии права»¹¹⁰. Весьма многозначным представляется значение усмотрения у Д.В. Бойко, который выделяет, как минимум, четыре значения правоприменительного усмотрения: «как интеллектуально-волевою деятельность правоприменителя; как результат-решение по юридическому делу; как правовую возможность правоприменительного органа выносить на основе внутреннего убеждения правоприменительное решение по делу; как самостоятельный прием правового регулирования общественных отношений»¹¹¹.

Значительная масса исследований проблематики усмотрения приходится на труды представителей процессуальной науки и в значительной степени посвящена судебному усмотрению. Р. Алекси подчеркивает, что «адекватная теория судебного усмотрения служит необходимым условием, базисом для легитимности решений и предположением правильности каждого из них»¹¹². А. Барак определяя судебское усмотрение, отмечает, что оно «существует только в трудных делах»¹¹³, выделяя легкие, средние и трудные дела. Первое замечание относительно проблематики усмотрения как объекта процессуальной науки касается соотношения используемых терминов «судебное усмотрение» и «судейское усмотрение».

Исходя из различных определений, которые даются судебному и судейскому усмотрению в юридической литературе, представляется необходимым отметить следующее. На наш взгляд, правильно использовать

¹⁰⁹ Кашанина, Т. В. Децентрализация в правовом регулировании: Структурный анализ: дис. д-ра юрид. наук. М., 1992. С.9.

¹¹⁰ Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ). С.14 -15.

¹¹¹ Бойко Д.В. Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011. С. 9-10.

¹¹² См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford, 2002. P. 393.

¹¹³ Барак А. Судейское усмотрение: пер. с английского. М. 1999. С. 17.

выражение «судейское усмотрение», так как усмотрение – явление исключительно субъективного порядка, является принадлежностью конкретного субъекта, судьи и персонифицировано. Обезличенным усмотрение не может быть по определению.

Некоторые авторы, будучи сосредоточены на изучении правоприменения, рассматривают усмотрение «как разновидность правоприменительной деятельности в нетипичной ситуации при значительном допущении усмотрения правоприменителя»¹¹⁴. Как «специфический вид судебной правоприменительной деятельности» понимает усмотрение К.И. Комиссаров, по мнению которого, его сущность заключается в предоставлении суду полномочий по принятию решения исходя из общих и относительно определенных указаний закона общих и относительно определенных указаний закона»¹¹⁵. Судейское усмотрение в большинстве случаев определяется как деятельность или «элемент судебной правоприменительной деятельности, заключающийся в выборе мотивированного законного и обоснованного решения»¹¹⁶; как «специфический вид правоприменительной деятельности, сущность которого заключается в предоставлении в соответствующих случаях полномочия самостоятельно разрешать спорный вопрос на основе норм права <...> и начал морали»¹¹⁷. Из приведенных трактовок усмотрения очевидно, что они граничат с содержанием понятия правоприменения, но не совпадают с ним. В подобных трактовках сущность судейского усмотрения, не претендуя, по всей видимости, на ее общетеоретическое обобщение, олицетворяется с некой параллельной деятельностью субъекта правоприменения наряду с непосредственной деятельностью по осуществлению правоприменения.

¹¹⁴ См.: Лазарев В.В. Избранные труды. Т.1 Закон, законность. Применение закона. С. 36.

¹¹⁵ Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 24.

¹¹⁶ Берг Л.Н. Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект): дис. ...канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С.62-63.

¹¹⁷ Папкова О.А. Понятие судейского усмотрения // Журнал российского права. 1997. № 12. С.107.

На сегодняшний день определённые подходы сложились и в вопросе определения понятия усмотрения через дискреционные полномочия. Так, в аспекте проблематики исключений в праве С.Ю. Суменков определяет усмотрение как «предоставленное судьёй законом полномочие определять конкретную жизненную ситуацию, эпизод, происшествие в качестве исключительного случая и выносить соответствующий правоприменительный акт»¹¹⁸. «Выступая судьбоносным фактором осуществления правосудия, именно дискреционные полномочия суда нередко порождают такие тенденции, в которых находят отражение определённые противоречия правосудия, связанные с судебным правоприменением»¹¹⁹. Поэтому вполне объяснимым представляется значительное количество исследований, посвящённых изучению сущности дискреционных полномочий судей.

Отдельные авторы, исследующие сущность дискреционных полномочий суда, полагают, что дискреция по отношению к деятельности суда представляет собой совокупность полномочий, предоставленных органу правосудия, выраженных в правах, поступать определённым образом в конкретных ситуациях, указанных законодателем. Представляется, что понимание дискреционных полномочий исключительно как возможность «поступать определённым образом в конкретных ситуациях, указанных законодателем» не имеет абсолютного характера, так как не учитывает нормы, технико-юридическая конструкция которых предполагает либо непосредственно закрепляет возможность реализации дискреционных полномочий субъектов правоприменения и при отсутствии в нормах указания на какие-либо конкретные ситуации.

Распространенной является и трактовка, в соответствии с которой усмотрение определяется как «предоставленное законом право судьи выбирать

¹¹⁸ Суменков С.Ю. Исключительный случай: проблем законодательного определения // Журнал российского права. 2009. № 7 (151). С. 65.

¹¹⁹ Валиев Р.Г. Дискреционные нормы права и их реализация // Нормы права: теоретико-правовое исследование: Монография / Т.В. Губаева, Л.А. Гумеров, А.В. Краснов и др.; отв. ред. Т.В. Губаева, А.В. Краснов; Рос. акад. Правосудия. М., РАП, 2014. С.110.

один из вариантов решения по своему убеждению»¹²⁰; как «полномочие данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя или более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна»¹²¹. Следует согласиться с П.В. Марковым, что такой подход к определению судьейского усмотрения является неверным «поскольку он не охватывает случаи, когда тот или иной вопрос, требующий правового решения, ранее никогда еще не рассматривался либо предложенное ранее решение имеет неправовой характер»¹²².

В выявлении сущности усмотрения важно иметь представление о его природе. Объясняя природу существования усмотрения, Ю.А. Тихомиров указывал на то что: «ни один вид общественных отношений не может быть урегулирован исчерпывающим образом»¹²³. Аналогичное объяснение неоднократно давал и Конституционный Суд РФ, отмечая невозможность установления исчерпывающего перечня фактических обстоятельств в законе. По мнению П.Ф. Пашкевич, усмотрение существует потому, что «недостаточная нормативная регламентация, порождает <...> возможности произвола»¹²⁴. С приведенным мнением сложно не согласиться, так как оно подтверждается практикой.

Представляется логичным распространение в юридической доктрине мнение, что необходимость судьейского усмотрения вызывается коллизиями в праве, а также абстрактной и относительно-определенной природой основополагающих (общих) и специальных принципов, а также норм права¹²⁵. В юридической литературе усмотрение принято трактовать как способ устранения пробелов и коллизий в праве. Правоприменительное усмотрение также

¹²⁰ Пивоварова А.А. Правосознание и усмотрение судьи: соотношение понятий, роль при назначении наказания: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2009. С.74.

¹²¹ Барак А. Судейское усмотрение: пер. с английского. М. 1999. С. 13.

¹²² Марков П. В. Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения: автореф. канд. юрид. наук. М., 2012. С. 8.

¹²³ Тихомиров Ю.А. Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4. С.72.

¹²⁴ Пашкевич П. Ф. Закон и судьейское усмотрение // Советское государство и право. 1982. № 1. С. 55.

¹²⁵ См.: Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: Монография. М., 2018. С. 334.

актуально, когда субъективное право граждан не может быть реализовано в порядке автономного саморегулирования. Правоприменительное усмотрение актуально, когда правило императивного нормативного предписания предполагает восприятие и критическую оценку юридически значимых обстоятельств, с которыми нормы права связывают реализацию права.

Следует согласиться с теми исследователями, которые отмечают, что наряду с правоприменительной деятельностью необходимо исследовать «закономерности усмотрения в правотворческой и правоинтерпретационной практике»¹²⁶. У нас нет сомнения в том, что усмотрение свойственно как правотворческому процессу, так и правоприменению. И в том и в другом случае усмотрение актуально, поскольку актуальна самостоятельность в творческом подходе субъекта правотворчества и правоприменения. Более того, поскольку правоприменитель, осуществляя конкретизацию норм права, тем самым создает индивидуально определенные нормы ситуационного права, постольку правоприменение можно рассматривать и в смысле индивидуального правотворчества.

Очевидно также и то, что, во-первых, усмотрение тесно связано с обстоятельствами, относительно которых оперируют данной категорией. Во-вторых, усмотрение тесно связано с определенными действиями, которым оно предшествует. Иными словами, при помощи усмотрения определяется актуальность или неактуальность для конкретной ситуации соответствующих юридически значимых обстоятельств. В этом следует усматривать корреляцию усмотрения от обстоятельств. Именно в связи с юридическими фактами актуально усмотрение как реальное явление социально-правовой практики и правовая категория. Следует отметить, что на этот аспект обращали внимание в советской юридической литературе. Так, по мнению В.В.Лазарева, «наибольшее распространение усмотрение находит в области оценки фактических

¹²⁶ Оносов Ю.В. О комплексном подходе к исследованию усмотрения в праве // Сибирское юридическое обозрение. 2020. Т. 17. № 1. С. 11.

обстоятельств»¹²⁷. В науке советского административного права с усмотрением связывали оценку фактических обстоятельств, производимую органом государственного управления для оптимального варианта решения конкретного управленческого вопроса¹²⁸. Примечательно, что при этом имело место понимание значимости для совершенствования усмотрения необходимости развивать правосознание.

Полагаем, что как в правотворческом, так и правоприменительном процессе имеется ряд обстоятельств, предполагающих их вариативную дифференциацию и оценку для целей применения соответствующих норм права. Таким образом, все указывает на зависимость понятия усмотрения от юридически значимых обстоятельств, в связи с которыми, как представляется, следует определять содержание искомого понятия. В этой связи следует согласиться, что «усмотрение существует не только в вопросах права, но и в вопросах факта; дискреция носит не только явный, но и латентный характер»¹²⁹.

В научной литературе усмотрение трактуется как выбранный в пределах полномочий «вариант поведения (решения), согласованный с конкретными условиями дела»¹³⁰, «вариант поведения, отвечающий конкретным условиям дела. вариант поведения, отвечающий конкретным условиям дела»¹³¹, как «полномочие свободы выбора одного из нескольких закрепленных в правовой норме альтернативных, но в равной степени законных решений по рассматриваемому делу, основанных на его убеждении»¹³²; как «правомочия по выбору решения»¹³³; «право самостоятельного анализа и выбора единственно

¹²⁷ Лазарев, В. В. Применение советского права / В. В. Лазарев. Казань, 1972. С.144.

¹²⁸ Соловей, Ю. П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Ю. П. Соловей. М., 1982. С. 20.

¹²⁹ Никонов М.А. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С.8.

¹³⁰ Марфицин П.Г. Усмотрение следователя (Уголовно-процессуальный аспект): дис. ... д-ра юрид. наук: Омск, 2003. С. 14.

¹³¹ Кожевников В.В. К проблеме пределов правоприменяющего субъекта в правоохранительной сфере // Пролог: журнал о праве. 2016. № 3. С.2.

¹³² Судебное усмотрение в частном праве (общетеоретический анализ). Саратов, 2005. С. 23.

¹³³ Грачева Ю.В. Судейское усмотрение в уголовном праве (вопросы теории и практики): дис. ...канд. юрид. наук. Москва, 2002. С.8.

возможного варианта решения (из имеющихся нормативных актов, принципов, правовых позиций, судебной практики)»¹³⁴; «правомочия разрешать спорный вопрос»¹³⁵. В приведенных трактовках усмотрение олицетворяется с правомочием (полномочием). В этом аспекте правомочие выделяется в качестве одного из признаков усмотрения¹³⁶. На наш взгляд, правомочие это нормативно-правовая форма выражения потенциального (но не реального) субъективного права, адресованная субъектам права. Субъективное же право – это обусловленная правовыми актами, реальная персонифицированная и конкретная по содержанию юридически значимая мера возможного поведения лица поступать в соответствии с ее назначением в конкретной жизненной ситуации. Именно поэтому субъективные права, которые часто рассматривают как элемент норм права, не могут быть их содержанием. Они являются выражением наличного, персонифицированного права и составляют элемент содержания ситуационного права.

Ориентированное на властных субъектов конституционного права определение усмотрения дает Л.А. Шарнина, по мнению которой оно представляется как «повелевающее упорядочивающее воздействие властных субъектов конституционного права на конкретные общественные отношения на основе свободного выбора варианта решения вопроса из числа возможностей, предоставляемых неопределенными нормами и принципами права, либо на основе их игнорирования, исходя из политической целесообразности...»¹³⁷. Заслуживающим внимания в трактовке усмотрения Л.А.Шарниной является его упорядочивающий или регулятивный аспект, что представляется оправданным,

¹³⁴ Гук П.А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 35.

¹³⁵ Чибизов В.В. Правоприменительное усмотрение и его роль в преодолении юридических коллизий: дис. ... канд. юрид. наук. Грозный, 2020. С.16.

¹³⁶ См.: Игнатъев А.С. Усмотрение как правовая общетеоретическая категория и алгоритм его отраслевого анализа (на примере сферы судебного конституционного контроля): дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2016. С.7.

¹³⁷ Шарнина Л.А. Усмотрение в конституционном праве: дис. ... д-ра юрид. наук Л.А.Шарнина. Москва, 2019. С.18.

если исходить из его правовой институционализации на уровне норм конституционного права.

В литературе высказано верное, на наш взгляд, и важное для теории и практики правового регулирования суждение, что усмотрение в широком смысле как решение, мнение, заключение «связывает» право, а в узкой трактовке, наоборот, усмотрение «связано» правом¹³⁸. Нет сомнения в том, что усмотрение в правовой сфере зависит от норм права, которые предусматривают его актуальность на уровне материального и процессуального права. Что касается изречения, что усмотрение «связывает» право, то оно условно и не имеет абсолютного значения. Разумеется, когда речь идет об усмотрении в аспекте правового регулирования, то оно в явном или неявном виде присутствует в объективном и субъективном праве.

В многообразии трактовок сущности усмотрения очевидна его дефиниция в деятельностном аспекте. Усмотрение дефинируется исследователями как «деятельность уполномоченных субъектов права...»¹³⁹; «деятельность по отысканию наиболее оптимального решения»¹⁴⁰. Примечательными являются близкие по значению трактовки усмотрения М.А. Никоновым и Н.А. Власенко. М.А. Никонов определяет усмотрение как «мыследеятельность по выбору решения правоприменительной задачи в условиях пробельности нормативного правового акта, а равно ... в ситуации неопределенности права и/или факта»¹⁴¹. Н.А. Власенко определяет усмотрение как «мыслительную деятельность, позволяющую лицу выразить свое отношение к ситуации и определиться с результатом»¹⁴². Определяя усмотрение применительно к правообразованию и

¹³⁸ См.: Дубовицкий В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск, 1984. С. 49.

¹³⁹ Березин А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: дис. ... канд. юрид. — Н. Новгород, 2007. С. 5.

¹⁴⁰ Боннер А.Т. Применение закона и судебное решение // Государство и права. 1976. № 6. С.35; Антропов В.Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический анализ: дисс. канд. юрид. наук. Волгоград, 1995. С.14.

¹⁴¹ Никонов М.А. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 7.

¹⁴² Власенко Н.А. Проблемы правовой неопределенности: курс лекций. М., 2015. С. 111.

правореализации, Н.А. Власенко предлагает рассматривать усмотрение «способом перехода от неопределенности к определенности, как в ходе правотворческой деятельности, так и в процессе реализации права»¹⁴³, что является проявлением гибкости правового регулирования. Эту гибкость обеспечивает усмотрение субъектов правового регулирования. По сути, как представляется, неопределенность объективного права выступает детерминантой усмотрения, а усмотрение – способом устранения его неопределенности. В этом смысле усмотрение выступает субсидиарным элементом правового регулирования, поскольку абстрактно-общие и относительно определенные принципы и нормы права создают правовую неопределенность, а усмотрение эту неопределенность, будучи обусловлено этими принципами и нормами права, позволяет преодолеть.

В контексте деятельностного аспекта дается трактовка усмотрения А.А. Никитиным, который определяет его как «результат интеллектуальной деятельности субъекта, ... решение по вопросу, имеющему определенное юридическое значение, и выраженное в определенном правовом поведении данного субъекта»¹⁴⁴. В его исследовании, посвященном общетеоретическому анализу феномена правового усмотрения, как тождественного усмотрению в праве, оно определяется в качестве результата интеллектуально-практической волевой деятельности субъекта¹⁴⁵.

Исходя из деятельностного аспекта трактовки усмотрения, можно заключить, что усмотрение имеет двух-актовую природу. В первом случае усмотрение дефинируется в смысле интеллектуально-волевой деятельности. Во втором случае дефиниция связывает понятие усмотрения с результатом деятельности. На первый взгляд, эти два взаимосвязанных смысловых значений усмотрения органично взаимодополняют друг друга. Они отвечают принципу причинности в познании объектов изучения. С другой стороны, сведение

¹⁴³ Там же.

¹⁴⁴ Никитин А.А. Усмотрение в праве и его признаки // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 6. (89).

¹⁴⁵ Никитин А.А. Феномен усмотрения в праве. Саратов; ИЦ «Наука», 2021. С. 42.

усмотрения к интеллектуально-волевой или мыслительной деятельности порождает вопрос о ее соотношении с правотворческой правоинтерпретационной, правореализационной и правоприменительной деятельностью, поскольку каждая из названных видов деятельности также не обходится без интеллектуально-волевой деятельности и в ней находит свое выражение. Если под усмотрением понимать интеллектуально-волевою деятельность названных субъектов, то возникает вопрос о соотношении результата названных видов деятельности и усмотрения как их результате, поскольку результатом юридической (правотворческой и правоприменительной) деятельности выступают соответственно нормативный правовой и правоприменительный акты.

В юридической литературе правовой акт определяется как «волеизъявление, выраженное в документарной, устной либо конклюдентной форме, отражающее правовую позицию субъекта права, детерминирующее возникновение, изменение, прекращение либо в целом правового режима, либо прав и обязанностей в конкретных правоотношениях»¹⁴⁶. Однако не каждый правовой акт является дискреционным, не каждая юридически значимая деятельность связана с усмотрением ее субъектов. Так, например, юридические обязанности субъекта деятельности выполняются вне зависимости от усмотрения субъектов права. Усмотрение неотделимо от правосознания субъектов права, является элементом их правосознания. Интеллектуально-волевая или мыслительная деятельность неотделима от любой социальной юридически значимой деятельности и составляет ее содержание. Любая юридически значимая активность субъекта находит выражение в интеллектуально-волевой деятельности. Иными словами, правотворческая, правоинтерпретационная, правоприменительная или правореализационная деятельность олицетворяют интеллектуально-волевою деятельность,

¹⁴⁶ Долотова Д.В. Техника и технология правовых актов (на примере правовых актов, издаваемых в уголовно-исполнительной системе). С.8.

выраженную во внешнем поведении их субъектов и соответствующих правовых актах.

Мыслительная деятельность различается по видам социальной деятельности. Иными словами, она имеет место в любой экономической, политической и юридически значимой деятельности. Но она неотделима от этих видов деятельности и опосредует их. И если ее виды и различаются, то различаются соответственно видам социальной деятельности. Любой вид социальной деятельности детерминируется определенными социальными потребностями и интересами. Усмотрение как вид социальной деятельности, не имеет собственного, отдельного от этого вида деятельности предмета. Очевидно, что усмотрение неотделимо от мыслительной деятельности субъектов права на уровне их правосознания и может рассматриваться как элемент их правосознания.

Выборка значений трактовки усмотрения позволяет в качестве их общего смыслового значения выделить такие связанные сущности, как мнение, выбор, свобода выбора, волеизъявление, выбор варианта решения вопроса, самостоятельное решение вопроса, а также как результат-решение по юридическому делу, как правовую возможность, как самостоятельный прием правового регулирования общественных отношений. Отождествление усмотрения с интеллектуальной деятельностью является распространенным среди исследователей феномена усмотрения. При этом дефиниция усмотрения в деятельностном аспекте осуществляется применительно к системе права, в которой оно, по соответствующему определению, выступает ее элементом¹⁴⁷. В действительности усмотрение является не только элементом системы права, но и элементом правовой системы общества, проявляя себя на уровне правосознания и правоорганизованной практики.

¹⁴⁷ См, например: Малиновский А.А. Усмотрение в праве // Государство и право. 2006. № 4. С.102-104; Никитин А.А. Усмотрение в праве и его признаки // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 6 (89). С.34-41.

Историографический анализ проблематики усмотрения позволяет констатировать, что в многообразии авторских трактовок относительно сущности усмотрения присутствуют такие его общие черты, как нормативная обусловленность и легальность, целесообразность, связанность с правосознанием, латентность, вариативность.

Изложив суждения авторов по проблематике усмотрения нельзя не отметить следующее. Многие трактовки усмотрения игнорируют его субъективную, психологическую природу. Между тем, как представляется, следует исходить из того очевидного факта, что усмотрение – это явление субъективного порядка, олицетворяющее собой элемент правосознания и, следовательно, предполагает психологический аспект его научного познания. В силу латентного характера усмотрение всегда, даже при коллегиальном его выражении, находится в режиме непредсказуемости, что сопряжено с негативными издержками его реализации, противоречащими его назначению. Отсюда очевидно, что, будучи элементом правосознания, усмотрение требует акцентированного внимания на изучении его психологических оснований. Подробный анализ усмотрения в психологическом аспекте как элементе правосознания представлен главой 2.5 настоящего исследования. Здесь же следует отметить один из аспектов психологической науки, относящийся к феномену усмотрения, и который коррелирует с понятием усмотрения как элементом правосознания. В частности, усмотрение тесно связано с предпочтениями, которые связаны с приоритетами и определяют избирательность поведения субъекта. «Предпочтение, – отмечает Б.С. Алишев, – осуществляемая психикой и сознанием, обеспечивающая ее избирательность операция (процедура) преодоления неопределенности путем выбора из множества альтернатив. <...> С предпочтениями мы имеем дело каждый раз, когда совершаем выбор, а это может быть выбор между объектами (образами объектов), людьми, действиями, потребностями, целями, мотивами, ценностями,

идеями, представлениями, смыслами и т. д.»¹⁴⁸. Иными словами, исходя из предпочтения, осуществляется выбор. В правовой сфере предпочтения и приоритеты находятся в зависимости от правового регулирования и ограничиваются приоритетом законности и другими правовыми ценностями, такими как права и свободы человека и гражданина, законные интересы, юридическая ответственность, равенство, справедливость, гуманность и т.п. Следовательно, предпочтение как элемент содержания усмотрения предшествует выбору и предопределяет его результат. В усмотрении субъекта правового регулирования предпочтение лежит в основе выбора принятия соответствующего решения.

Выводы

Современный уровень научного познания феномена усмотрения как юридически значимого явления характеризуется плюрализмом его трактовок, отличающихся полярностью его теоретического восприятия.

Анализ научных исследований по проблематике усмотрения позволяет полагать, что на сегодняшний день отсутствуют работы, посвященные анализу его институциональных основ, позволяющего в интегрированном виде отразить межотраслевые и общеправовые аспекты его реализации. Между тем, юридическая природа усмотрения, будучи детерминирована на уровне норм институтов материального и процессуального права подсистем частного и публичного права, имеет системный характер, предопределяющий его институционально-правовой статус, основанный на единстве технико-юридических конструкций его выражения на уровне предписаний нормативных правовых, правоинтерпретационных и индивидуальных правовых актов.

В трудах по общей теории права отсутствуют комплексные работы, посвященные актуализации усмотрения как фактора развития практики правового регулирования. В общей теории права и юридической науке в целом нет специальных исследований усмотрения в аспекте его праворегулирующей

¹⁴⁸ Алишев Б.С. Предпочтение как функция психики // Учен. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманит. науки. 2011. Т. 153, Кн. 5. С.11.

сущности как субсидиарного элемента правового регулирования.

Дискретное восприятие усмотрения образует самостоятельную проблемную ситуацию в научном познании усмотрения. Преодоление обозначенной проблемной ситуации требует решения проблемы ограниченного, указанными контекстами, познания усмотрения. Таким решением представляется актуализация нормативного правового контекста восприятия праворегулирующего потенциала усмотрения в порядке концептуализации дискреционной практики правового регулирования. Оно не получило адекватной своему значению и потенциалу характеристики как фактора практики правового регулирования. Поэтому проблема юридически значимого усмотрения в силу её многогранности далеко не исчерпана. Ее дискуссионный характер ориентирует на дальнейшее исследование его природы.

Изучение проблематики научного познания усмотрения как проблемы юридической науки позволяет заключить, что в большинстве своем научные труды игнорируют такой важный практический аспект как латентность механизма его практического использования и не уделяют достаточного внимания его психологической природе. Незученным в теоретической юриспруденции остается вопрос о восприятии усмотрения как элемента правосознания субъектов правового регулирования. Проблема усмотрения как элемента правосознания не получила в отечественной науке адекватного своему значению и потенциалу отражения. В общей теории права отсутствует разработка усмотрения как психологической составляющей практики правового регулирования. Это в определенной степени свидетельствует о существующем пробеле в развитии учения и отставании от потребностей практики, нуждающейся в её оптимизации и совершенствовании на основании соответствующих технологических решений.

В общей теории права отсутствуют специальные труды, посвященные исследованию усмотрения в контексте диалектической связи институционально-правовой и психологической природы. Между тем усмотрение имеет две формы юридически значимой презентации на уровне системы права и правовой системы

в целом, выступая как элемент правосознания и элемент абстрактно общих и относительно определенных предписаний норм права, существующих и действующих не разрозненно и отдельно друг от друга, а системно, будучи объединены на уровне институтов права.

Указанные обстоятельства обуславливают востребованность нормативного правового исследования, позволяющего в интегрированном виде отразить закономерности взаимодействия институционально-правового и психологического потенциала усмотрения, обуславливающего дискреционный характер практики правового регулирования.

Наконец, в проблематике усмотрения отсутствуют работы, предмет которых посвящен критическому анализу деструктивных дискреционных тенденций, препятствующих эффективному развитию практики правового регулирования и потому порождающих востребованность научной разработки технологий оптимизации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования, актуальность и востребованность которых и обуславливает замысел настоящего исследования.

Глава 2. Праворегулирующий потенциал усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений

2.1. Правовая природа усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений

Актуальность в теоретическом осмыслении практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования непосредственным образом связана с его правовой природой. Усмотрение как функционально значимый потенциал практики правового регулирования инкорпорировано в нормативные средства правового регулирования. Не было бы оснований актуализации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования, если бы в законодательстве отсутствовало нормативное закрепление возможности адресатов норм права действовать по их усмотрению. Эта возможность коррелирует правомочиям частных и полномочиям публичных субъектов права, в силу которой их реализация обретает диспозитивный характер.

Усмотрение обретает статус юридически значимого фактора практики правового регулирования именно потому, что оно предусмотрено нормами права. Именно в нормах права закрепляются его технико-юридические формы выражения и характерные (содержательные) особенности. В этой связи исходным основанием анализа правовой природы усмотрения выступает постулат, что усмотрение несостоятельно вне системы норм права. Именно в единстве с нормами права усмотрение обретает значение функционально значимого потенциала правового регулирования. Поэтому исследование практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования предполагает выявление его правовой природы. Без формирования представления о правовой природе усмотрения нельзя с достаточной степенью достоверности определять его значение в развитии практики правового регулирования.

По мнению С.С. Алексеева, «правовая природа – это юридическая характеристика данного явления»¹⁴⁹. Достаточно лаконично и убедительно значение правовой природы сформулировано Е.Г. Комиссаровой, которая отмечает, что «определение правовой природы позволяет не только дать правовую характеристику юридического явления, уяснить его место и роль среди других, но и выявить его основание («правовой корень»), оказывающее неизбежное влияние на его правовую характеристику»¹⁵⁰. Под «правовым корнем» изучаемого явления, как представляется, следует понимать его нормативное правовое основание, т.е. его нормативно-правовую обусловленность. Иными словами, правовая природа общественных явлений связана с их правовым регулированием на уровне определенной системной общности – группы норм права. Соответствующее общественное явление, будучи опосредовано нормами права, становится юридически значимым, так как характеризуется юридически значимыми последствиями. Адресаты права как субъекты правового регулирования имеют дело с нормами права, образующими нормативное основание их активного участия в системе правоотношений. Поэтому для определения правовой природы объекта изучения требуется выявить его юридическую опосредованность или регламентированность нормами права.

Для усмотрения субъектов правового регулирования нормативным основанием выступает система абстрактно-общих и относительно определенных норм и принципов права. Именно в силу норм права усмотрение органично вплетено в содержание правоспособности и дееспособности адресатов норм права, составляя юридическую основу их самоопределения в правовой сфере. Именно система абстрактно-общих и относительно определенных норм и принципов права опредмечивает правовую сущность и содержание усмотрения, юридической формой выражения которого выступают соответствующие

¹⁴⁹ Алексеев С.С. Общие дозволения и запреты в советском праве. М., 1998. С. 227.

¹⁵⁰ Комиссарова Е.Г. Формально-логические аспекты понятия «правовая природа» // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2012. № 2. С. 27.

дискреционные полномочия (полномочия) субъектов правового регулирования, оформленные на уровне норм права. Поэтому одним из основополагающих признаков усмотрения субъектов правового регулирования выступает его нормативная обусловленность.

Усмотренческий (далее – дискреционный) характер таких норм права обуславливает их специфику в системе права. В целях актуализации дискреционного начала правового регулирования представляется целесообразным рассматривать эту специфику в качестве основания выделения разновидности норм, используя конструкцию «дискреционные нормы права». В первом приближении, дискреционные нормы права – это нормы права, объективно предполагающие либо непосредственно закрепляющие диспозитивную возможность усмотрения их адресатов в процессе принятия правотворческого и правореализационного (правоприменительного) решения, а также решения по результатам официального толкования норм права. На уровне правового регулирования эта возможность находит выражение в соответствующих нормативных и индивидуальных правовых предписаниях. Эта возможность синергично связана с объективным и субъективным правом на уровне дискреционных полномочий (полномочий) как юридически значимой меры возможного поведения, реализация которых зависит от собственного усмотрения их носителей. В контексте изложенного значение дискреционных норм права заключается в том, что в их содержании оформляется нормативно-правовая модель усмотрения. Иными словами, в них заключена правовая природа усмотрения. А поскольку усмотрение субъектов правового регулирования характеризуется латентностью, то актуализация дискреционных норм права важна при изучении природы дискреционного правового регулирования.

В историографии научной проблематики усмотрения нет специальных общетеоретических работ, посвященных исследованию дискреционных норм права. Не определены их место и роль в механизме и практике правового регулирования. Между тем, дискреционные нормы права лежат в основе

правовой природы усмотрения, предопределяющего абстрактно-общий и относительно определенный характер объективного права, включая его трансформацию в реальное, ситуационное право на уровне дискреционных полномочий публичных и правомочий частных субъектов. И если правотворческое усмотрение опосредует процесс «опредмечивания» праворегулирующего начала сущности права в нормативно-правовых актах, то правоприменительное усмотрение – процесс «распредмечивания» объективного права в конкретное субъективное право.

Целенаправленное исследование систем национального и зарубежного права позволяет констатировать, что в их содержании выделяется значительное количество абстрактно-общих и относительно определенных нормативных правовых предписаний, закрепляющих либо предполагающих правомочия (полномочия) их адресатов действовать по своему усмотрению. Например, статья 106 Трудового кодекса Российской Федерации закрепляет правило о времени отдыха работника, которое он может использовать по своему усмотрению. Техничко-юридические формы выражения усмотрения предусмотрены не только в отношении частных субъектов, но и применительно к полномочиям публичных субъектов.

В системе права выделяются нормы, технико-юридическая конструкция которых содержит указание на избыточное дискреционное полномочие, которое уполномоченный субъект может использовать для принятия решения по делу. В них отсутствует не только привязка дискреционного полномочия к нормативно выраженным вариантам ситуации или возможные варианты решения вопроса реализации нормы, но и содержание условий реализации дискреционного полномочия, которое имеет решающее значение для правоприменительного решения. Особенность данной разновидности дискреционных норм заключается в том, что в них отсутствуют конкретные модели поведения их адресатов, в них не закрепляются конкретные права, обязанности или запреты. Так, депутаты Государственной Думы Российской Федерации руководствуются усмотрением при реализации права законодательной инициативы.

Дискреционные полномочия инкорпорированы Посредством абстрактно-общих нормативно-правовых предписаний Конституции Российской Федерации дискреционные полномочия инкорпорированы в содержание компетенции:

– президента России: по вопросу подписания федеральных законов (статья 84), вопросам гражданства Российской Федерации и награждения государственными наградами (статья 89);

– председателя Правительства Российской Федерации – по вопросу определения основных направлений деятельности Правительства Российской Федерации (статья 113);

– Верховного Суда Российской Федерации – по вопросам осуществления судебного надзора за деятельностью судов общей компетенции и дачи разъяснений судебной практики (статья 126). В таких нормативно-правовых предписаниях отсутствует не только привязка дискреционных полномочий к каким-либо нормативно выраженным вариантам решения вопроса, входящего в содержание властной компетенции, но и содержание условий их реализации.

Избыточное дискреционное полномочие может быть адресовано субъекту правоприменения для принятия решения по делу. Примером такой нормы может служить часть 1 статьи 187 Уголовно-процессуального кодекса РФ, согласно которой, следователь вправе, если признает это необходимым, провести допрос в месте нахождения допрашиваемого¹⁵¹. В данной норме не приводятся каких-либо обстоятельств, от наличия которых должен решаться вопрос о месте допроса. Это может означать, что решение данного вопроса следователем зависит исключительно от его усмотрения.

Предметом дискреционных норм права, выраженных с использованием абстрактно-общих предписаний, являются, например, правила учета обстоятельств, оказывающих влияние на определение меры административной и уголовной ответственности (степень вины правонарушителя, характеристика его личности, последствия совершенного правонарушения и др.). Аналогичные

¹⁵¹ Собрание законодательства РФ. 2001. № 52 (ч. I). Ст. 4921.

абстрактно-общие технико-юридические конструкции имеются и в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации. Таковы нормы Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации о дискреционных полномочиях суда по вопросу относимости и допустимости доказательств (статья 59), об оценке доказательств, установлении имеющих значение для рассмотрения дела обстоятельств (статья 196) и др. Особенность данной разновидности технико-юридических конструкций норм права заключается в том, что в них конкретные условия правоприменительной деятельности их адресатов не раскрываются, т.е. выбор правоприменительного решения зависит от усмотрения самих субъектов правоприменения.

В силу значительной распространенности в системе права к нормативным основаниям усмотрения следует относить статусные управомочивающие нормы права, т.е. закрепляющие правовой статус субъектов права с конструкцией абстрактно-общих и относительно определенных предписаний принципов и норм права. Применительно к управомочивающим нормам права в законодательстве широко используются диспозитивные конструкции, такие как наречие «вправе» или глагольная форма «может». Именно в силу таких нормативных конструкций возможность действий по усмотрению субъектов правового регулирования органично «вплетена» в содержание управомочивающих дискреционных норм права. Так, согласно статье 209 Гражданского Кодекса Российской Федерации, «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 лиц»¹⁵².

Управомочивающие нормы права различаются не только их адресатами и технико-юридическими формами закрепления меры самостоятельности адресатов, но и степенью регламентации условий их возникновения и

¹⁵² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 25.02.2022) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2022) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

использования. Не все управомочивающие нормы характеризуются усмотрением их адресатов, опосредующим процессы правового регулирования и правоприменительной формы реализации права, т.е. имеют дискреционный характер. Значительный удельный вес в системе отечественного законодательства дискреционных, по своему характеру, управомочивающих норм права, адресованных субъектам права, актуализирует вопрос о месте и роли данных норм в механизме правового регулирования.

Анализ законодательства на предмет выявления особенностей управомочивающих норм права позволяет констатировать следующий факт. Правомочия (полномочия) адресатов норм права выражены с использованием различных технико-юридических конструкций. Так, например, в Конституции Российской Федерации имеются нормы, реализация которых зависит от самих граждан, и нормы, реализация которых от них не зависит, а находится во власти уполномоченных субъектов.

Целенаправленное изучение законодательства на предмет выявления особенностей управомочивающих дискреционных норм права позволяет констатировать, что в нем, наряду с наречиями «вправе...», «может...», значительно распространены нормативные предписания с технико-юридической конструкцией «имеет право...». Так, например, законодатель в статье 26 Конституции Российской Федерации закрепил положение о том, что каждый «вправе...» (а не «имеет право») определять и указывать свою национальную принадлежность. Предусмотренное же статьей 59 Конституции Российской Федерации право гражданина на замену воинской службы альтернативной гражданской службой сформулировано посредством использования глагольной формы «имеет право». Возникает вопрос, чем же руководствуется законодатель, когда для оформления правомочий субъектов права в одних случаях использует лингвистическую конструкцию «вправе...», а в других – «имеет право...»?

Консультации по данному вопросу со многими специалистами, включая и юристов-депутатов, не дали ответа на данный вопрос. На наш взгляд, отличие сравниваемых технико-юридических конструкций заключается в том, что

наречие «вправе...» выражает зависимость реализации правомочий от усмотрения самих субъектов, а глагольная форма «имеет право...» – зависимость от усмотрения иных субъектов, например, субъектов правоприменения. Дело в том, что в приведенном примере с конституционным правом на замену воинской службы альтернативной гражданской службой гражданин сам его не может реализовать. Это конституционное право поставлено в зависимость от государства и зависит от специальных субъектов права. С этой точки зрения, нормативные предписания с наречиями «вправе...», «может...», в отличие от технико-юридической нормативной конструкции «имеет право...», олицетворяют возможность реализации правомочий по собственному усмотрению их обладателей, т.е. граждан. В этом и видится основание для разграничения управомочивающих (наделяющих правомочиями) и уполномочивающих (наделяющих полномочиями) норм права, реализация которых зависит от усмотрения, соответственно, частных или публичных субъектов.

Изложенный аспект восприятия управомочивающих норм права свидетельствует об актуальности вопроса об их классификационной идентичности соответствующим видам. Исходя из такой двойственной природы управомочивающих норм права, представляется логичным выделять в системе управомочивающих норм права два их вида – дискреционные управомочивающие нормы права, реализация которых зависит от усмотрения их носителей, и управомочивающие нормы права, реализация которых зависит от иных лиц. Последние в силу служебных полномочий имеют императивный характер. Их следует относить к уполномочивающим нормам права. Так, в соответствии со статьей 86 Конституции Российской Федерации, президент наделен полномочием осуществлять высшее руководство внешней политикой. В соответствии с юридической техникой этой нормы президент не обладает свободой распоряжения этим полномочием. Оно выражено императивно.

В массиве относительно определенных норм права выделяются и такие, которые непосредственно не закрепляют, но предполагают дискреционные

полномочия субъектов правоприменения в целях реализации предусмотренных нормой вариантов правоприменительного решения. Таковыми, например, являются нормы особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации¹⁵³ и нормы Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹⁵⁴. Так, например, статья 177 Уголовного кодекса Российской Федерации за совершение одного и того же преступного деяния в качестве возможных к применению вариантов санкций предусматривает четыре меры наказания¹⁵⁵. Применение санкций, предусмотренных указанной нормой права, опосредуется правоприменительным усмотрением суда, от которого зависит не только выбор одной из предусмотренных нормой санкций, но и конкретизация выбранной санкции, т.е. определение конкретной меры ответственности виновного лица, включая назначение наряду с основным и дополнительного наказания. Так, согласно части 2 статьи 285 Уголовного кодекса Российской Федерации, наряду с основным наказанием, в порядке применения санкции, суд может использовать лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью¹⁵⁶.

Предметом правоприменительного усмотрения при реализации рассматриваемой категории норм права являются и такие не обозначенные нормами права обстоятельства, как степень вины правонарушителя, характеристика его личности, последствия совершенного правонарушения и др.

Нормы права являются первичным, но не единственным основанием правовой природы усмотрения. Усмотрение актуально как фактор правового регулирования постольку, поскольку выражено в соответствующих предписаниях не только нормативных, но и индивидуально-правовых, а также

¹⁵³ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (ред. от 10.07.2012 № 107-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

¹⁵⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (ред. от 28.07.2012 № 133-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

¹⁵⁵ См.: Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (ред. от 10.07.2012 № 107-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954

¹⁵⁶ Там же.

правоинтерпретационных актах. Как было ранее установлено, в той мере, в какой взаимосвязаны нормативное и индивидуальное правовое регулирование, в той же мере взаимосвязаны нормы права и индивидуальные правовые нормы.

Возможность действий по усмотрению находит выражение как в дискреционных полномочиях субъектов правоприменения, так и в дискреционных правомочиях субъектов автономной правореализации. Так, в соответствии со статьей 60 части 6 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, «следователь вправе в любой момент своим постановлением принять дело к производству и приступить к его расследованию, не дожидаясь выполнения органами дознания неотложных следственных действий»¹⁵⁷. В соответствии со статьей 23 части 9 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, гражданский истец вправе отказаться от иска или заключить мировое соглашение с гражданским ответчиком. Гражданский ответчик вправе признать иск или заключить мировое соглашение с гражданским истцом¹⁵⁸.

Примерами нормативных правовых предписаний, которые непосредственно не закрепляют, но предполагают усмотрение субъектов правоприменения в целях реализации предусмотренных нормой конкретно неопределенного либо альтернативного варианта правоприменительного поведения, могут служить нормы Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации. Конкретизация и применение санкций, т.е. определение конкретной меры ответственности виновного лица из предусмотренных этими законами санкций, опосредуется дискреционными полномочиями субъектов правоприменения. В контексте изложенного можно заключить, что дискреционные полномочия выделяются в составе охранительных норм права.

¹⁵⁷ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V // «Казахстанская правда» от 10 июля 2014 г. № 133 (27754)

¹⁵⁸ Там же.

Дискреционные нормы права присутствуют в системе публичного и частного права на уровне как материальных, так и процессуальных норм права. Так, например, пункт 1 статьи 31 Налогового кодекса Российской Федерации «Права налоговых органов» содержит правило, что налоговые органы вправе совершать предусмотренные данной нормой фискальные действия¹⁵⁹. О дискреционной природе процессуальных правомочий (полномочий) позволяют судить нормы процессуального права, закрепляющие возможность действий по усмотрению на уровне частного права, что свидетельствует об их межотраслевом характере¹⁶⁰. Согласно пункту 2 статьи 39 Семейного кодекса Российской Федерации, «суд вправе отступить от начала равенства долей супругов в их общем имуществе, исходя из интересов несовершеннолетних детей и (или) исходя из заслуживающего внимания интереса одного из супругов»¹⁶¹. Данная дискреционная норма имеет процессуальный характер, так как реализуется в рамках судебного процесса. Она свидетельствует о сегментированности дискреционной нормы права на уровне межотраслевых связей, в подсистемах как частного и публичного, так и материального и процессуального права¹⁶².

К нормативным основаниям правовой природы усмотрения следует относить и нормы, в предписаниях которых, дискреционное правомочие (полномочие) выражено закреплением термина «усмотрение». Так, согласно пункту 1, статьи 9 Гражданского кодекса Российской Федерации, «граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права»¹⁶³. Согласно пункту 1, статьи 280 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, «при участии в допросе

¹⁵⁹ См.: Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред. от 30.03.2012 № 19-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.

¹⁶⁰ См, например: ч. 1 ст. 35 ГПК РФ; ч.1.ст.40 АПК РФ; ч. 1 ст. 35 ГПК РФ; ч.1.ст.40 АПК РФ.

¹⁶¹ Семейный кодекс Российской Федерации. Федеральный закон от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 30.11.2011. № 363-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

¹⁶² Валиев Р.Г. К вопросу о дискреционных нормах российского права // Учен. зап. Казан. ун-та. 2012. Т. 154. Кн.4. С. 8.

¹⁶³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 25.02.2022) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2022) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

потерпевших и свидетелей в возрасте до шестнадцати лет, а по усмотрению суда и в возрасте от шестнадцати до восемнадцати лет участие педагога или психолога обязательно»¹⁶⁴.

Наряду с абстрактно-общей и относительно определенной технико-юридическими формами нормативного выражения усмотрения его правовая природа определяется и материалами судебной практики. Как и в законодательстве, в материалах судебной практики, наряду с конструкцией «вправе...» используется и конструкция «дискреционные полномочия». Так, например, в одном из постановлений Конституционного Суда Российской Федерации изложено следующее: «федеральный законодатель вправе определять в рамках предоставленных ему дискреционных полномочий порядок и условия осуществления предпринимательской деятельности»¹⁶⁵. В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2009 года № 2 изложено, что:

– «в необходимых случаях суд вправе по своей инициативе привлечь к участию в деле в качестве заинтересованных лиц» (п. 18);

– «...судья вправе приостановить действие оспариваемого решения не только по заявлению лиц, участвующих в деле, но и по собственной инициативе» (п.19);

– «в целях правильного рассмотрения и разрешения дела суд вправе истребовать доказательства по своей инициативе» (п. 20)¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2001. № 52 (ч. I). Ст. 4921.

¹⁶⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 20.12.2011 N 29-П "По делу о проверке конституционности положения подпункта 3 пункта 2 статьи 106 Воздушного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества "Авиационная компания "Полет" и открытых акционерных обществ "Авиакомпания "Сибирь" и "Авиакомпания "ЮТэйр" [Электронный ресурс]. URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_123851/92d969e26a4326c5d02fa79b8f9cf4994ee5633b/(дата обращения 15. 09.2020).

¹⁶⁶ Постановление Пленума ВС РФ от 10 февраля 2009 г. № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных

В массиве рассматриваемых норм права имеются такие нормы, которые предусматривают возможность реализации дискреционных полномочий в зависимости от предусмотренной нормой ситуации. В научной литературе подобные нормы называют ситуационными, т.е. применимыми в зависимости от предусмотренных в них ситуаций. Согласно К. И. Комиссарову, ситуационные нормы – это нормы, предусматривающие возможность прямого конкретизированного регулирования актом правоприменительного органа в зависимости от особенностей конкретной ситуации¹⁶⁷. В этих нормах закрепляется право субъекта правоприменения осуществлять их реализацию, исходя из конкретных обстоятельств дела (ситуации). Иными словами, ситуационные нормы права обуславливают наступление правовых последствий в зависимости от обозначенных в них обстоятельств конкретной ситуации. Ситуационные нормы имеют конкретный, индивидуальный характер, так как прописывают конкретные правила о конкретных правоприменительных ситуациях. Поэтому ситуационными являются не все нормы права, имеющие относительно определенный характер, а те из них, в которых имеется указание на те или иные обстоятельства конкретной ситуации, в силу и на основе которых субъект правоприменения может принимать соответствующие решения. Очевидно, что статус таких ситуаций как юридически значимых обстоятельств, всецело зависит от дискреционных полномочий субъектов правоприменения, т.е. ситуационные нормы права обладают дискреционным характером, так как их реализация опосредуется усмотрением субъекта правоприменения.

Ситуационные дискреционные нормы права обеспечивают творческое начало в правореализационной ситуации, позволяя субъекту индивидуального правового регулирования действовать с учетом обстоятельств правореализационной ситуации. Другими словами, восприятие ситуаций в качестве юридически значимых фактов, имеющих отношение к делу, всецело

служащих» Официальный сайт Верховного суда РФ [Электронный ресурс]. URL:<https://vsrf.ru/documents/own/8470/> (дата обращения 15. 09.2020).

¹⁶⁷ См.: Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 51.

находится в зависимости от власти усмотрения субъекта правоприменения, т.е. дискреционной власти. Именно в силу дискреционного характера норм права, закрепляющих дискреционные полномочия субъектов правоприменения, возникает так называемое ситуационное или реальное, конкретное право, олицетворяющее собой форму бытия субъективного права.

Вне реализации дискреционной власти субъекта правоприменения сами по себе обстоятельства правореализационной ситуации в качестве юридических фактов выступать не могут. Поэтому данные нормы права олицетворяют дискреционно-ситуационные нормы, поскольку реализация предусмотренных ими ситуаций и реализация дискреционных полномочий осуществляется в их единстве. Это единство выступает условием реализации подобного рода норм права и является классификационным основанием их выделения в качестве отдельной разновидности относительно определенных норм права. Примечательно, что в юридической литературе ранее высказывалось мнение о том, что нормы, предоставляющие правоприменителю определенную свободу выбора решения, предпочтительнее называть дискреционными (ситуационными)¹⁶⁸.

В дискреционно-ситуационных нормах указаны не сами отношения, а обстоятельства правореализационной ситуации, в связи с которыми может возникнуть правоотношение. Соответственно от усмотрения субъекта правового регулирования зависит реализация этой нормы. Таким образом, дискреционные нормы права обуславливают дискреционный подход к правовому регулированию, когда в зависимости от обстоятельств юридически значимой ситуации субъект правового регулирования принимает соответствующее решение.

В рамках системы права имеются и дискреционные нормы права, предусматривающие возможность применения факультативных вариантов правореализации. Данные нормы предусматривают возможность использования,

¹⁶⁸См.: Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. М., 1980. С. 42-43.

наряду с главным вариантом, факультативного варианта правоприменительного решения, который может быть применен правоприменительным органом в порядке замены основного варианта. Так, например, согласно части 1, статьи 212 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, суд может по просьбе истца обратиться к немедленному исполнению решения, если вследствие особых обстоятельств замедление его исполнения может привести к значительному ущербу для взыскателя или исполнение может оказаться невозможным. В данном случае выбор и реализация факультативного варианта зависит от усмотрения судом «особых обстоятельств», с учетом которых возможна реализация права истца на немедленное исполнение решения.

К нормативным основаниям правовой природы усмотрения следует относить нормы, предусматривающие компетенцию соответствующих субъектов, уполномоченных на устранение пробелов в праве, а также устранение и преодоление юридических коллизий. Так, на уровне положения пункта 2 статьи 6 Гражданского кодекса Российской Федерации инкорпорируются дискреционные полномочия суда по использованию аналогии права или аналогии закона, исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости. Устранение или преодоление юридической коллизии осуществляется в рамках дискреционных полномочий соответствующих субъектов нормативного и индивидуального правового регулирования.

К нормативным основаниям правовой природы усмотрения следует относить и оценочные понятия, подлежащие их интерпретации с использованием усмотрения субъектов правового регулирования. Интерпретация содержания оценочного понятия находится во власти усмотрения субъекта правоприменения. Так, например, Гражданский кодекс Российской Федерации предусматривает такое оценочное понятие как злоупотребление правом, толкование возможных проявлений которого законодателем оставлено на усмотрение суда. Согласно пункту 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, в случае злоупотребления правом

«суд, арбитражный суд или третейский суд с учетом характера и последствий допущенного злоупотребления отказывает лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично»¹⁶⁹. При этом данной нормой приводятся лишь некоторые из многих форм злоупотребления правом. Что же касается иных форм злоупотребления, возможные проявления которых законодателем не приводятся, то их квалификация оставлена на усмотрение суда. В силу отсутствия законодательной дефиниции и исчерпывающего перечня форм злоупотребления правом суд может подходить к делу дифференцированно, т.е. в зависимости от усмотрения в действиях одной из сторон наличия или отсутствия признаков злоупотребления правом. В этой связи справедливость судебного решения находится исключительно во власти судебного усмотрения.

В законодательстве имеются варианты дискреционных норм права, в которых оценка обстоятельств правореализационной ситуации закрепляется в качестве условия реализации юридических исключений. Так, согласно пункту 1 статьи 11 Семейного кодекса Российской Федерации, при наличии уважительных причин орган записи актов гражданского состояния по месту государственной регистрации заключения брака может разрешить заключение брака до истечения месяца. В соответствии с частью 1 статьи 64 Уголовного кодекса Российской Федерации, при наличии исключительных обстоятельств, связанных с целями и мотивами, ролью виновного и других, суд может назначить более мягкий вид наказания, чем предусмотрено статьей¹⁷⁰. В данной норме установление и оценка таких обстоятельств, как цель, мотивы, роль виновного, активное содействие раскрытию преступления в качестве условия для назначения в порядке исключения более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление, всецело зависит от усмотрения суда.

К рассматриваемой категории дискреционных норм права относятся и те принципы права, относительно которых в законодательстве отсутствует их

¹⁶⁹ Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

¹⁷⁰ Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.

нормативно-правовая дефиниция. Это означает, что интерпретация принципов права оставлена законодателем на усмотрение субъекта правоприменения.

Наконец, в процессуальном праве можно обнаружить нормы, в которых реализация усмотрения субъекта правоприменения поставлена в зависимость от согласия участника процесса. Так, в соответствии со статьями 86-88, 89 и 118 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь, суд, прокурор или следователь с согласия прокурора вправе прекратить производство по уголовному делу и освободить лицо от уголовной ответственности в связи с применением мер административного взыскания; утратой деянием или лицом общественной опасности; деятельным раскаянием; примирением с потерпевшим¹⁷¹.

Согласно части 2, Статьи 115 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, судья может с согласия лица, участвующего в деле, выдать ему на руки судебную повестку или иное судебное извещение для вручения их другому извещаемому или вызываемому в суд лицу. Согласно части 1 статьи 77 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации, в исключительных случаях лица, осужденные к лишению свободы, ранее не отбывавшие лишение свободы, которым отбывание наказания назначено в исправительной колонии общего режима, могут быть с их согласия оставлены в следственном изоляторе или тюрьме для выполнения работ по хозяйственному обслуживанию¹⁷². Данная норма предусматривает для осужденных лиц исключение из установленного порядка отбывания уголовного наказания, реализация которого зависит от усмотрения как субъекта применения данной нормы права (начальник следственного изолятора), так и самого осужденного. Представляется, что данные нормы с учетом их специфики могут быть дифференцированы в качестве консенсуально-дискреционных норм права.

¹⁷¹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 года № 295-3 // «Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь» от 25 августа 1999 г., № 28-29, ст. 433.

¹⁷² Собрание законодательства РФ. 1997. № 2. Ст. 198.

Примером своеобразия подобной нормы, например, может служить и содержание статьи 99 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, которое закрепляет дискреционное полномочие суда как на признание иска недобросовестно заявленным, так и на реализацию предписания нормы о взыскании в пользу другой стороны компенсации за фактическую потерю времени, включая ее размер.

Исходной предпосылкой актуализации дискреционных норм права выступает альтернативный и относительно определенный характер санкций охранительных норм права, что объективно обуславливает востребованность усмотрения субъектов правоприменения в тех пределах, в которых задачи реализации регулятивной или охранительной функции не могут быть заведомо решены исключительно в рамках правотворчества. Поэтому законодатель, ограничиваясь установлением общих правил, руководствуется целесообразностью предоставления субъекту правоприменения возможности выбирать из предусмотренных нормами права вариантов действий по усмотрению субъекта правоприменения. Например, выбирать соответствующую меру наказания из предложенных законодателем санкций. Представляется, что дискреционные нормы и отражают эту предпосылку.

Абстрактно-общий и относительно определенный характер норм права юридически обуславливает востребованность усмотрения субъектов правоприменения в тех пределах, в которых задачи правового регулирования не могут быть решены законодателем. По мнению К.И. Комиссарова, законодатель «предусматривает основное направление регулирования, а точное определение объема и содержания прав поручает суду»¹⁷³. Очевидно, что право не может предусмотреть и нормативно оформить все многообразие ситуаций. Соответственно дискреционные нормы права обеспечивают творческое начало в правотворческой и правореализационной ситуации при моделировании и

¹⁷³ Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. – Свердловск, 1971. С. 26.

систематизации норм права, при проектировании нормативных правовых актов и актов правореализации, а также правоинтерпретационных актов.

Рассматривая правовую природу усмотрения, следует задаться вопросом, почему право допускает усмотрение субъектов и участников правового регулирования. Природа дискреционных норм права обусловлена невозможностью субъекта правотворчества обеспечить регламентацию общественных отношений казуистичными правилами, охватив с исчерпывающей полнотой все многообразие жизненных ситуаций и обстоятельств социальной практики, в рамках динамично развивающихся общественных отношений. Изложенное дает основание полагать, что их природа детерминирована потребностями правового регулирования и правореализации.

Разнообразие общественных отношений и их индивидуальность не позволяют законодателю регулировать их исключительно посредством абсолютно определенных норм права. Поэтому в системах российского и зарубежного права имеются нормы, структурные элементы которых отличаются абстрактно-общим характером и относительной степенью неопределенности. В массиве законодательства выделяется значительное количество абстрактно-общих норм, с очевидностью предполагающих либо непосредственно закрепляющих диспозитивные действия по усмотрению их адресатов. В этой ситуации возможности казуистичного, относительно определенного или абстрактно-общего регулирования оцениваются усмотрением субъекта правового регулирования.

В рамках нормативного правового регулирования оформляются лишь общие модели предписаний норм права. В этой связи правоприменение есть следствие невозможности законодателя охватить исчерпывающей регламентацией всех обстоятельств социальной практики как предмета правового регулирования. Поэтому законодатель, ограничиваясь установлением общих правил, предусмотрительно руководствуется целесообразностью предоставления субъекту правоприменения возможности самостоятельного решения вопроса применения норм исходя из обстоятельств конкретной

ситуации, например, решения о конкретной мере наказания. Таким путем обеспечивается реализация правил абстрактно-общего и относительно определенного характера, содержащихся в нормах права, посредством их подведения под частные случаи. И решающая роль в этом процессе отводится правоприменительному усмотрению. С этой точки зрения дискреционные нормы права отражают потребность в гибком, индивидуальном подходе субъектов правотворчества и конкретизирующей деятельности правоприменительных органов. При таких условиях дискреционные нормы права выступают важнейшим механизмом, обеспечивающим творческое решение задач правового регулирования и реализации права.

Таким образом, правовая природа усмотрения находит свое выражение на уровне нормативных, индивидуальных правовых актов, а также правоинтерпретационных актов. Будучи юридически оформлено на уровне системы права, возможность усмотрения обретает юридическую форму правомочия (полномочия) как средства самоопределения субъектов в правовой системе общества, выступая в качестве ресурса правового регулирования. Этот ресурс находит выражение в праворегулирующем потенциале усмотрения, который детерминируется дискреционными нормами права и в них находит свое проявление. Выражение «праворегулирующий потенциал» применительно к усмотрению используется в том смысле, что, во-первых, от усмотрения как элемента правосознания, задействованного в правовом регулировании зависит создание, интерпретация и реализация норм права. Во-вторых, усмотрение обретает регулятивный потенциал, будучи объективированным в систему права, вместе с правом, на уровне значительного массива норм права, закрепляющих или предполагающих действия по усмотрению их адресатов, т.е. усмотрение действует не непосредственно, напрямую, а через посредство правовых норм (норм права и правил индивидуального регулирования). Без праворегулирующего потенциала усмотрения невозможно совершение не только диспозитивных, но и многих императивных праворегулирующих действий.

Анализ законодательства позволяет констатировать, что усмотрение имеет

«прописку» в значительном массиве нормативных правовых средств. Будучи институционализировано на уровне системы принципов и норм права в качестве юридически значимого элемента статуса их адресатов, усмотрение играет определяющую роль в реализации правомочий и полномочий адресатов норм права. В таком «сквозном» опосредовании структуры правового статуса усмотрением его субъектов очевидна роль правосознания как элемента динамической характеристики правового статуса. В этой связи представляется оправданным для целей динамической характеристики правового статуса выделять в нем правосознание личности.

Будучи юридически оформлено на уровне системы норм права, усмотрение обретает статус средства самоопределения субъектов правового регулирования. Будучи включенным в дискреционные нормы права, усмотрение в единстве с ними обретает статус субсидиарного ресурса правового регулирования, обеспечивающего его гибкость на уровне как нормативных и индивидуальных правовых актов, так и правоинтерпретационных актов. Усмотрение обеспечивает преодоление неопределенности объективного права на уровне ситуационного права с точки зрения обстоятельств места, времени, круга лиц и т.п.

На уровне индивидуально-правового регулирования усмотрение его субъектов выражено в правилах индивидуальных правовых предписаний. Усмотрение также присутствует в официальной правоинтерпретационной деятельности и правоинтерпретационных актах.

Исследование дискреционных норм права позволяет высветить их исключительную роль в процессе правового регулирования. Они обуславливают усмотрение их адресатов, призванного восполнять правовые лакуны и обеспечивать позитивные тенденции в развитии правоорганизованной социальной практики. На основе дискреционных норм права становится возможным преодолевать системное противоречие правового регулирования – противоречие между общим характером норм права и конкретной социально-правовой ситуации. Тем самым усмотрение позволяет обеспечить «гибкость»

объективного права. Изложенное позволяет констатировать одну из закономерностей дискреционного правового регулирования – общий, относительно определённый характер правовых норм с неизбежностью обуславливает востребованность в усмотрении его субъектов.

Изложенная классификация дискреционных норм права позволяет углубиться в их сущность и сформулировать вывод, что различие в объеме заложенного ими усмотрения является критерием их своеобразия. При этом отдельные из рассмотренных видов дискреционных норм права олицетворяют собой институциональную основу ограничения усмотрения. Так, например, консенсуально-дискреционная норма права ограничивает усмотрение согласием адресата правоприменения.

Дискреционные нормы права, опосредуя все виды праворегулирующей (правотворческой, правореализационной, интерпретационной и т.п.) деятельности, оказывают существенное влияние на ее результаты. Усмотрение в силу своей правовой природы в принципе призвано обеспечивать позитивные тенденции в развитии правовой сферы. Однако своеобразие технико-юридической конструкции дискреционных норм права во многом обуславливает особенности их реализации. В частности, нормы, закрепляющие избыточно широкие дискреционные полномочия должностных лиц, создают потенциальную опасность дискреционного произвола. С этой точки зрения большое значение в юридической природе усмотрения субъектов правового регулирования имеет его технико-юридическое оформление в объективном и ситуационном праве. Техничко-юридическое оформление усмотрения в объективном и ситуационном праве осуществляется на уровне дискреционных правомочий (полномочий), которые обеспечиваются средствами нормативного правового и индивидуального правового регулирования.

В отличие от абсолютно определенных норм, которые более или менее точно определяют содержание гипотезы, диспозиции и санкции, относительно определенные нормы содержат предписания общего характера о возможных вариантах условий их действия, о возможных вариантах поведения их адресатов,

а также мерах юридической ответственности за их нарушение. Их неопределенность обуславливает дифференциацию фактических обстоятельств, которая зависит от усмотрения субъектов правового регулирования.

Дискреционный характер значительного массива абстрактно общих и относительно определенных принципов и норм права свидетельствует об их технико-юридической идентичности, позволяющей дифференцировать их от иных видов норм права в рамках такой теоретической конструкции как дискреционные нормы права. Предметное исследование дискреционных норм права позволяет выявить их место и роль в правовом регулировании. Актуализация таких норм в механизме правового регулирования является достаточно выраженной тенденцией. Природа дискреционных норм права детерминирована потребностями правового регулирования и реализации норм права. В пользу актуализации данного вопроса свидетельствует то обстоятельство, что правовое регулирование опосредуется нормативно обусловленной возможностью усмотрения субъекта правового регулирования, предполагающей оценочное восприятие обстоятельств правотворческой и правореализационной ситуации, исходя из юридической квалификации которых принимается соответствующее правотворческое и правореализационное решение. Значительный удельный вес таких норм обуславливает актуальность вопроса о месте дискреционных норм права в механизме правового регулирования.

В силу абстрактно общего характера дискреционные нормы права непосредственно или косвенно обуславливают правовую неопределенность на уровне норм права, структурные элементы которых заключают в себе общие модели правоотношений, прав и обязанностей, поведения или деятельности адресатов норм права. Неопределенность содержания большинства правовых норм, категорий и принципов служит основанием потенциальной возможности их произвольного толкования и применения в ущерб правам и законным интересам граждан или организаций, что противоречит целям и социальному назначению правового регулирования.

Правовая неопределенность норм права обуславливает необходимость их толкования с точки зрения обстоятельств нормативного правового и индивидуального регулирования в порядке дифференцированного подхода к их оценке. Это толкование осуществляется на основе усмотрения субъектов права, призванного придать большую гибкость правовому регулированию. В этой связи нельзя не отметить двойственность нормативной юридической природы усмотрения – с одной стороны, усмотрение порождает правовую неопределенность на уровне структурных элементов норм права, с другой – выступает средством преодоления порождаемой им правовой неопределенности. Выступая важнейшим средством правового регулирования, дискреционные нормы права не только порождают правовую неопределенность объективного права, обусловленную абстрактно-общим характером отдельных норм права, но и обеспечивают ее преодоление. Следовательно, сами нормы права, предоставляющие дискреционные правомочия (полномочия) субъектам правового регулирования выступают фактором преодоления правовой неопределенности абстрактно-общих и относительно определенных норм права. Именно посредством усмотрения устраняется объективно существующее противоречие между общим характером нормы права и конкретностью, казуистичностью праворегулируемой социальной практики. С этой точки зрения усмотрение является средством преодоления заведомой неопределенности объективного права, обусловленной многообразием социальной практики, в рамках которой уполномоченные субъекты достигают их определенности посредством юридической квалификации конкретных обстоятельств социальной практики с точки зрения применяемых норм права.

Природа правовой неопределенности объективного права имеет в своей основе значительное многообразие и разнообразие общественных отношений, в силу которых субъекты правотворчества объективно не в состоянии осуществлять их детальную регламентацию посредством казуистичных правил. Поэтому в рамках общедозволительного метода правового регулирования используется дискреционный способ правового регулирования, основанный на

усмотрении субъектов правового регулирования. Можно заключить, что усмотрение детерминировано потребностью обеспечения гибкости правового регулирования. Эта потребность реализуется посредством дискреционных норм права, юридическая техника которых непосредственно закрепляет или предполагает усмотрение их адресатов.

В объективной предопределенности предписаний общего характера заложено противоречие, обуславливающее проблемную ситуацию в правовом регулировании: нормы права имеют общий, абстрактный характер, а жизненные ситуации, которые должны регулироваться нормами права – конкретны. Данное противоречие преодолевается в рамках индивидуального правового регулирования в порядке конкретизации норм права действиями субъектов правоприменения. Процесс «снятия» указанного противоречия в рамках правоприменительной деятельности опосредуется системой дискреционных норм права. Субъект правотворчества, ограничиваясь установлением абстрактно-общих и относительно определенных правил, предусмотрительно руководствуется целесообразностью предоставления субъекту правоприменения возможности выбирать исходя из смысла нормы права и конкретной практической ситуации наиболее адекватный с точки зрения закона вариант правоприменительного решения, например, о конкретной мере наказания.

Сущность дискреционных норм права в целеполагающей и целесообразной вариативности усмотрения субъекта правового регулирования. Дискреционные нормы права обеспечивают гибкость и вариативность правового регулирования и правореализации. Именно вариативность усмотрения субъекта правового регулирования позволяет преодолевать неопределённость как правотворческой, так и правореализационной ситуации. Именно вариативность усмотрения позволяет обеспечить адекватность правореализации посредством конкретизации нормативных средств и обеспечить их правовую определенность, соответствие условиям и обстоятельствам, отвечающим законности. Так, принимая постановление о землеотводе, земельный орган проверяет и оценивает своим усмотрением обстоятельства дела и может удовлетворить, а может и

отказать в удовлетворении ходатайства заявителя, если обнаружатся предусмотренные законом препятствия. Все стадии правотворческого и правоприменительного процесса, так или иначе, опосредуются усмотрением соответственно субъекта правотворчества и правоприменения.

Исключение вариативности волеизъявления субъекта правового регулирования чревато теми сложностями, которые противоречат природе правового регулирования. Такое, например, имеет место при экспертной оценке коррупциогенных норм права прокурорами и независимыми экспертами. Проблема в том, что согласно Методике проведения антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов и проектов нормативно-правовых актов¹⁷⁴, дискреционным полномочиям субъектов правоприменения присвоен статус коррупциогенных норм права.

Дискреционные нормы права служат институциональной основой праворегулирующего потенциала усмотрения. И если усмотрение субъектов нормативного правового регулирования опосредует процесс «опредмечивания» объективного права в нормативно-правовых актах, то усмотрение субъектов индивидуального правового регулирования – процесс его «распредмечивания» в правореализационных актах, т.е. трансформацию абстрактного, по своему характеру, объективного права в конкретно-ситуационное право¹⁷⁵. Эта трансформация осуществляется на основе дискреционных норм права.

Дискреционные нормы права обеспечивают «распредмечивание», трансформацию абстрактного, по своему характеру, объективного права в конкретное право на уровне субъективных прав и юридических обязанностей граждан и полномочий субъектов правоприменения. Дискреционные нормы права обеспечивают гибкость объективного права на уровне нормативного и индивидуально-правового регулирования. Результатом реализации

¹⁷⁴ См.: Постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. N 96. С изменениями и дополнениями от: 18 декабря 2012 г., 27 марта, 27 ноября 2013 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://base.garant.ru/197633/>

¹⁷⁵ О понятии ситуационного права см.: Погодин А.В. Ситуационный праворегулирующий комплекс: постановка проблемы // Учен. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманит. науки. 2008. Т. 150. Кн. 5. С. 45-50.

дискреционных норм субъектов правового регулирования выступают дискреционные правовые акты.

В связи с актуализацией выделения дискреционных норм права неизбежно возникает вопрос об их соотношении со смежными им диспозитивными нормами¹⁷⁶, поскольку дискреционные нормы права опосредуют собой диспозитивность, т.е. свободу распоряжения правами. Говорить о диспозитивности вне связи с усмотрением, предшествующим распоряжению правом, на наш взгляд, вряд ли целесообразно. Рассмотрение дискреционных норм права в аспекте соотношения с диспозитивными нормами позволяет выделять их общие и особенные признаки.

Во-первых, имеется формально-юридическое сходство. Как диспозитивные, так и дискреционные нормы права выражаются общими для них управомочивающими конструкциями, такими как «по усмотрению...», «вправе», «может» и т.п.

Во-вторых, реализация правомочий и полномочий адресатов дискреционных норм права имеет диспозитивный характер, т.е. выражается в свободе распоряжения нормативно обусловленными правомочиями (полномочиями). Не будет ошибкой признать, что в различных видах правового регулирования имеются диспозитивные правомочия его субъектов, распоряжение которыми и реализация которых имеет дискреционную природу, что обусловлено абстрактно-общим и относительно определенным характером нормативных правовых конструкций, заключающих в себе возможность действий адресатов правовых норм по их усмотрению.

В-третьих, реализация диспозитивных и дискреционных норм права опосредуется автономией воли частных и публичных субъектов, выражающейся в возможности самоопределения, т.е. самостоятельного, исходя из усмотрения, решения того или иного вопроса.

¹⁷⁶ О диспозитивных нормах права см.: Лапшин И.С. Диспозитивные нормы российского права: дис. ... канд. юрид.наук: – Нижний Новгород, 1999. 165 с.

В-четвертых, диспозитивные нормы являются смежными с дискреционными с точки зрения их субсидиарного значения. И те и другие конкретизируют абстрактный и относительно определенный характер нормативного правового регулирования.

Сравнительная характеристика дискреционных и диспозитивных норм права позволяет констатировать их различие.

Во-первых, они обусловлены различными причинами. Диспозитивные нормы права обусловлены потребностями предоставления самостоятельности в распоряжении правами. Природа же дискреционных норм заключается в правовой неопределенности правовых норм и принципов, обусловленной их абстрактно-общим и относительно определенным характером.

Во-вторых, особенность диспозитивных и дискреционных норм права заключается в их назначении. Дискреционные нормы права призваны обеспечить гибкость правового регулирования на уровне нормативного и индивидуального правового регулирования. Диспозитивные же нормы призваны обеспечить свободу распоряжения правами.

В-третьих, результатом диспозитивных действий выступает реализация прав и обязанностей. Результатом использования дискреционных действий по усмотрению выступают дискреционные нормативные и иные правовые акты.

Наконец, особенность дискреционных норм права заключена в презюмируемой ими субординационно-координационной связи воли публичных и частных субъектов. В рамках этой связи усмотрение публичных субъектов корреспондирует усмотрению частных субъектов в той мере, в какой частные субъекты признают это необходимым с точки зрения защиты своих интересов путем распоряжения субъективными правами. В этом смысле усмотрение частных субъектов олицетворяет собой предел реализации дискреционных полномочий, служащий противовесом абсолютному усмотрению публичного субъекта, предусмотренному дискреционной нормой права. Усмотрение же частных субъектов, как адресатов диспозитивных норм материального и процессуального права, уравнивается принципом юридического равенства

в распоряжении ими материальными и процессуальными правами, выступающим исходным пределом реализации диспозитивных норм права.

Специфика дискреционных норм обуславливает особенности их реализации. Значение дискреционных норм права в том, что, если управомочивающие нормы наделяют правомочиями, а диспозитивные – свободой распоряжения этих правомочий, то дискреционные нормы права, предполагая или непосредственно закрепляя усмотрение субъектов, ставят в зависимость от него реализацию управомочивающих и диспозитивных норм права. Это различие обнаруживает себя на уровне норм, технико-юридическая конструкция которых выражается соответствующими наречиями «вправе...» и «имеет право...». Наречие «вправе...» означает, что субъект может и не выразить волю на использование предоставленного правомочия. Наречие «имеет право...» означает, что реализация правомочия субъекта зависит не только от его собственной воли, но и иных субъектов. Изложенное позволяет заключить, что дискреционные нормы права по отношению к управомочивающим и диспозитивным нормам выступают в качестве более широкой их разновидности. Дискреционные нормы права являются смежными с управомочивающими и диспозитивными нормами права, но не тождественны им. Они являются разновидностью управомочивающих норм права.

Вместе с тем нельзя не отметить еще одну особенность усмотрения частных и публичных субъектов. Усмотрение публичных субъектов имеет служебный характер, поскольку оно призвано служить публичным интересам, обусловленным назначением соответствующей публично-правовой деятельности. Усмотрение же частных субъектов реализуется в собственных интересах.

Поскольку в дискреционных нормах отсутствуют конкретно определенные модели поведения их адресатов, то используемые в них диспозитивные технико-юридические конструкции создают возможность для субъекта правоприменения в определенных случаях (в зависимости от ситуации) трактовать дискреционное полномочие как право, а не как обязанность

совершения тех или иных правоприменительных действий и, следовательно, не осуществлять его. Это позволяет говорить о том, что между технико-юридической конструкцией дискреционной нормы права и ее обязательностью существует противоречие. В этой связи актуальным в контексте исследования дискреционных норм права представляется вопрос о степени их обязательности. Здесь нельзя не отметить следующее.

Если неиспользование диспозитивного правомочия частным субъектом не вызывает негативных последствий и может расцениваться как юридически нейтральное поведение, то неиспользование дискреционных полномочий публичным субъектом в силу их публичной природы не может интерпретироваться как юридически нейтральное поведение. Данная форма правоприменительного поведения может затрагивать субъективные права и законные интересы частных субъектов и обуславливать потенциальную угрозу правореализации. Поэтому факт неосновательного бездействия субъекта правоприменения, не реализующего дискреционного полномочия, не может расцениваться как юридически нейтральное поведение. Он может и должен быть обжалован заинтересованным субъектом права.

Если в правоприменительной ситуации свобода выбора правоприменительного решения обуславливается обстоятельствами дела (юридическими фактами), то мера возможного правоприменительного поведения оказывается в зависимости от этих обстоятельств, что обуславливает ее трансформацию в меру должного, необходимого правоприменительного поведения, т.е. в обязанность субъекта правоприменения действовать с учетом данных обстоятельств дела и адекватно требованиям норм права. В противном случае неиспользование дискреционного полномочия может расцениваться как игнорирование дискреционной нормы права или квалифицироваться как злоупотребление данным полномочием. Так, например, необоснованное игнорирование предписания пункта 2 статьи 39 Семейного кодекса РФ может иметь своим следствием обжалование судебного решения заинтересованной стороной. Таким образом, если усмотрение частных субъектов права

относительно распоряжения их полномочиями имеет абсолютный, бесспорный характер, то усмотрение субъектов правоприменения в вопросе распоряжения дискреционными полномочиями имеет условный, относительный характер, так как является потенциально оспоримым.

К нормативным основаниям усмотрения следует относить также необходимость интерпретации и оценки обстоятельств правореализационной ситуации в контексте соответствующих норм права. Правовая преемственность между нормами права и предписаниями индивидуальных актов правового регулирования дополняется корреляцией с предписаниями правоинтерпретационных актов, которые органично дополняют нормативное правовое основание усмотрения. Так, источником правовой природы усмотрения выступает деятельность Конституционного Суда Российской Федерации, на уровне которой усмотрение выражается в исследовании и оценке доказательств, при выборе подлежащих толкованию норм права. Так, в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации от 25.01.2001 года N 1-П, от 28.02.2008 года N 3-П и от 20.07.2011 г. N 19 - П изложено, что «судья в процессе судопроизводства, оценив доказательства по делу по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном их исследовании, осуществляет выбор подлежащих применению в конкретном деле норм, дает собственное их толкование в системе действующего правового регулирования и принимает решение в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения»¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Постановление Конституционного Суда Рос. Федерации от 25 января 2001 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И. В. Богданова, А. Б. Зернова, С. И. Кальянова и Н. В. Труханова» // СЗ РФ. 2001. № 7. Ст. 700; Постановление Конституционного Суда РФ от 20.07.2011 N 19-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 3, пункта 1 статьи 8 и пункта 1 статьи 12.1 Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации" и статей 19, 21 и 22 Федерального закона "Об органах судейского сообщества в Российской Федерации" в связи с жалобой гражданки А.В. Матюшенко". Официальный интернет-сайт Конституционного Суда РФ [Электронный ресурс]. URL <https://legalacts.ru/doc/postanovlenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-20072011-n-19-p-ro/> (дата обращения 15. 09.2020).

Таким образом, правовая природа усмотрения имеет в своей основе систему предписаний нормативных, индивидуальных и правоинтерпретационных актов правового регулирования. В действующем законодательстве можно выделить, как минимум, три формы выражения нормативной правовой природы усмотрения.

1. Прямое словесное закрепление усмотрения в нормах права посредством термина «усмотрение».

2. Закрепление усмотрения в праве на уровне абстрактно-общих и относительно определенных принципов и норм материального и процессуального права, юридическая техника которых закрепляет или предполагает усмотрение их адресатов. Именно в силу таких норм усмотрение органично вплетено в содержание правомочий (полномочий) субъектов права, выступая в качестве субсидиарного ресурса нормативного правового и индивидуального правового регулирования.

3. Закрепление усмотрения в порядке использования диспозитивных технико-юридических конструкций «вправе...», «имеет право...», «может...» и т.п. Такого рода технико-юридические конструкции являются формой нормативного закрепления усмотрения.

На уровне индивидуально-правовых актов усмотрение находит выражение в индивидуальных правилах ситуационного права, которые предполагают либо непосредственно закрепляют возможность их адресатов действовать по собственному усмотрению.

Усмотрение присутствует в правоинтерпретационной деятельности и правоинтерпретационных актах. Правовая природа усмотрения субъектов правоинтерпретационной деятельности находит выражение в предписаниях правоинтерпретационных актов, выражающих правовую позицию субъектов официального толкования норм права.

Выводы

Таким образом, технико-юридический анализ законодательства доказывает, что для признания усмотрения функционально значимым

потенциалом правового регулирования имеются нормативные основания. Усмотрение как элемент правосознания, будучи детерминировано нормативными средствами правового регулирования, характеризуется его устойчивой и необходимой связью с нормами права. Усмотрение инкорпорировано в нормативные средства правового регулирования. Инкорпорация усмотрения в систему нормативных правовых средств материального и процессуального права обуславливает его нормативную правовую природу.

Будучи объективированным в систему права на уровне значительного массива норм права, усмотрение как элемент правосознания субъектов права в единстве с дискреционными полномочиями (полномочиями) и дискреционным поведением обретает значение системного функционально-значимого потенциала правового регулирования (праворегулирующего потенциала).

Как элемент практики правового регулирования усмотрение действует на уровне нормативного и индивидуального правового регулирования не непосредственно, а через посредство и в единстве норм права и правил индивидуального регулирования, а также предписаний правоинтерпретационных актов.

Аналитический обзор законодательства позволяет определить исключительную роль дискреционных норм права в практике правового регулирования, которая заключается в том, что они:

- оформляют право усмотрения их адресатов как субъектов правотворчества, толкования, правоприменения и реализации норм права;
- определяют меру возможной и необходимой самостоятельности субъектов нормативного и индивидуального правового регулирования, а также субъектов официального толкования норм права;
- обеспечивают преодоление противоречия между разнообразием социальной практики и единством правоорганизованной практики;
- позволяют преодолевать противоречие между абстрактно-общим характером норм права и конкретностью (казуистичностью) социальной

практики, между нормативным правовым и ситуационно-конкретным уровнями правового регулирования;

– обеспечивают творческое начало в правотворческой и правореализационной ситуации при моделировании и систематизации норм права, проектировании нормативных правовых актов, а также официальном толковании, применении и реализации принципов и норм права;

– обеспечивают творческое начало субсидиарного правового регулирования при преодолении пробелов в объективном праве посредством аналогии закона и аналогии права;

– обеспечивают смысловую определенность структурных элементов норм права и преодоление юридических коллизий.

Дискреционные нормы права – это нормы материального и процессуального права, технико-юридическая конструкция предписаний которых предполагает либо непосредственно закрепляет дискреционные правомочия (полномочия) их адресатов, выражающие возможность действий по усмотрению при принятии юридически значимых решений.

2.2. Основные закономерности практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений

Анализ практики правового регулирования в аспекте значительной роли усмотрения позволяет значительно расширить понимание усмотрения как юридически значимого явления. Усмотрение находит проблемно-практическое выражение на уровне правотворческой, судебной, правоохранительной и правозащитной практики, развитие которых в значительной мере определяется его институционально-правовой и психологической природой, обуславливающей дискреционный характер практики правового регулирования. Усмотрение присутствует и в практике правореализационной деятельности граждан и их организаций. Такая включенность усмотрения в различные формы правоорганизованной практики обуславливает его научно-практический статус

как функционально значимого потенциала практики правового регулирования, оказывающего значительное влияние на праворегулирующую деятельность и ее результаты. В этом потенциале усмотрения заключена природа не только позитивных свойств, но и негативных издержек, образующих предмет их анализа с целью выявления скрытых угроз правовому регулированию, которые находят свое выражение в деструктивных дискреционных тенденциях и противоречиях, что позволяет ставить вопрос о его адекватности в контексте различных аспектов, в том числе в контексте проблемы его ответственного осуществления. С этой точки зрения можно констатировать, что в развитии научного познания усмотрения существует отставание от потребностей практики, нуждающейся в её оптимизации и совершенствовании на основании соответствующих технологических решений.

Изучение сущности и содержания усмотрения гносеологически важно тем, что оно является базовым элементом в концептуализации практики его реализации, основанной на исследовании дискреционных тенденций практики правового регулирования. Усмотрение играет судьбоносную роль, как в отношении деятельности субъектов правового регулирования, так и его конечных результатов. Усмотрение субъектов правового регулирования позволяет преодолевать противоречие между абстрактностью норм права и конкретностью социальной практики, между нормативным правовым и индивидуально-конкретным уровнями правового регулирования. В таком контексте усмотрение может претендовать на исследовательский статус в качестве фактора практики правового регулирования.

Задачи права как социального регулятора, в тех пределах, в рамках которых они могут быть решены в многогранном процессе нормативной правовой и индивидуальной правовой регламентации, осуществляются посредством усмотрения. Усмотрение субъектов правового регулирования актуализируется и «включается» в систему правового регулирования всякий раз, когда возникает ситуация неопределенности в вопросах права и факта в правотворческой или правореализационной ситуации, а также толковании норм

права. Этим самым достигается гибкость права. В целом это относится не только к многогранному процессу правоприменительной конкретизации содержания норм права с точки зрения обстоятельств дела. В ряде случаев законодатель предусмотрительно руководствуется целесообразностью предоставить органу правоприменения выбирать из альтернативных вариантов требуемую модель возможного (должного) решения, например, конкретной меры наказания.

Усмотрение субъектов правового регулирования находит выражение на всех его стадиях. В начальной стадии как нормативного правового, так и индивидуального правового регулирования его субъектам приходится решать задачи конкретной правотворческой или правореализационной ситуации по юридической квалификации обстоятельств, выступающих основаниями соответствующих нормативных и индивидуальных правовых актов. Поэтому как нормативное правовое, так и индивидуальное правовое регулирование характеризуются ситуационными действиями их субъектов. Так, например, на уровне правотворчества содержанием ситуационных действий являются анализ и оценка системы действующего законодательства на предмет выявления пробелов объективного права, т.е. оснований правовой актуализации создаваемых нормативных правовых актов. На уровне правореализации его субъекты должны оценить, как сами нормы (правовую основу), так и юридически значимые обстоятельства (фактическую основу) как оснований акта правореализации. Оценка этих оснований осуществляется на уровне правосознания личности субъектов правового регулирования, посредством такого его элемента, который находит выражение в их заинтересованных взглядах на правовую ситуацию, относящихся к содержанию феномена усмотрения.

Усмотрение как элемент правосознания субъектов правового регулирования отличается своей динамичностью и позволяет обеспечить гибкость правового регулирования в порядке учёта условий и перспектив общественного развития, не исключая компромиссных вариантов согласования публичных и частных интересов личности, общества и государства. Восприятие

социальных обстоятельств как предмета усмотрения всегда выражается в когнитивной активности его субъекта. Таким образом, усмотрение находит выражение в деятельности субъектов правового регулирования и актах правового регулирования, олицетворяющих результат их деятельности.

Субъект правового регулирования выступает в качестве субъекта познания обстоятельств правотворческой, правореализационной, правоинтерпретационной ситуации в контексте соответствующих норм права. Эти обстоятельства характеризуют юридически значимую для правового регулирования ситуацию в качестве его определяющей детерминанты. От их оценки, в конечном счете, зависит то, каким будет соответствующий акт правового регулирования. Это не только юридические факты, а все то, что, так или иначе, имеет существенное значение для «дела», например, для уголовного, административного или конституционного судопроизводства, и принятия соответствующего решения. Это нормы и принципы права, обстоятельства места и времени, а также оценочные юридические конструкции, от толкования которых зависит решение. Все это относится к предмету усмотрения субъекта правового регулирования, т.е. подлежит оценочному восприятию.

Всю совокупность этих обстоятельств, как представляется, можно включить в понятие «ситуационный праворегулирующий комплекс», которое применительно к правореализации актуализировал А.В. Погодин¹⁷⁸, значительно расширив его содержание и распространив на нормативное правовое регулирование. Именно в рамках ситуационного праворегулирующего комплекса проявляется функциональный потенциал усмотрения. Поэтому структура практики правового регулирования не может быть представлена без такого компонента как ситуационный праворегулирующий комплекс.

Состав ситуационного праворегулирующего комплекса, как представляется, складывается из совокупности юридических фактов (обстоятельств места, времени, круга субъектов права и их деяний, а именно

¹⁷⁸ См.: Погодин А.В. Ситуационный праворегулирующий комплекс: постановка проблемы // Учен. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманит. науки. 2008.Т.150. Кн. 5. С. 45-50.

правомерного, противоправного и нетипичного юридически значимого поведения и т.п.) и субъективных факторов (личностных характеристик субъекта оцениваемого деяния), а также правовых норм. Элементы ситуационного праворегулирующего комплекса воспринимаются и оцениваются в рамках юридической квалификации субъектами нормативного правового и индивидуального правового регулирования. С этой точки зрения понятие юридической квалификации не ограничивается правоприменением. Она актуальна и для нормативного правового регулирования, в рамках которого его субъекты производят оценку актуальных в контексте проекта нормативного правового акта соответствующих элементов правотворческой ситуации, соизмеряя их с действующим законодательством, общеправовыми принципами, основами нравственности, руководствуясь юридической или политической целесообразностью.

Усмотрение вместе с другими элементами правосознания субъектов правотворчества отражает востребованность правотворческой ситуации реальным потребностям и целям общественного развития, а также правовые последствия правовой регламентации соответствующих социальных отношений. Усмотрением опосредуется правовая актуализация и систематизация как сложившихся норм и отношений, так и разработка новых норм права. Усмотрение, будучи элементом правосознания и нормативно обусловленных дискреционных правомочий (полномочий), задействуется и в процессе правотворческой интерпретации норм права.

Аналогичным образом проявляет себя и усмотрение субъектов индивидуального правового регулирования, которое востребовано при оценке юридических фактов, достаточности и допустимости доказательств по делу, формулировании и толковании индивидуальных правовых предписаний.

Природа регулятивного потенциала усмотрения в практике индивидуального правового регулирования объясняется потребностями, обусловленными необходимостью решения вопросов правореализации, предполагающих дифференцированный подход к конкретной

правореализационной ситуации в процессе юридической квалификации обстоятельств дела.

Усмотрение субъекта правоприменения детерминируется самой природой правоприменения, призванного в субсидиарном порядке дорегулировать на уровне конкретных правоотношений институциональные модели правоотношений, созданные на нормативном правовом уровне правового регулирования. Поэтому, как очевидно, умолчание законодателя, будучи результатом правовой актуализации и дифференциации предмета правового регулирования, не может нарушать императивный метод реализации властных полномочий. Оно лишь свидетельствует о том, что императивный метод не является абсолютным и его нельзя абсолютизировать. С другой стороны, правоприменительное усмотрение позволяет обеспечить императивный метод реализации властных полномочий «линейностью» независимо от условий их реализации.

Природа усмотрения в практике индивидуального правового регулирования детерминируется и потребностями правореализационной интерпретации, обусловленной нормативной правовой неопределенностью и необходимостью выявления действительного смысла подлежащих реализации абстрактно общих и относительно определенных принципов и норм права, а также оценочных юридических конструкций. Результатом усмотрения субъектов официального толкования выступает юридически значимое волеизъявление относительно подлинного смыслового значения нормы права, выраженное в правоинтерпретационном акте.

Субъект правоприменения в отличие от частных субъектов не только имеет право усмотрения, но и обязан реализовать его функциональное назначение при исполнении полномочий. В служебных полномочиях права и обязанности не только дихотомичны, но и обладают императивным характером, исключаящим их абсолютную диспозитивность. Она относительна, т.к. в определенных случаях использование усмотрения обеспечено обязанностью по их исполнению. Это позволяет предотвращать произвольное использование

права усмотрения, т.е. усмотренческий произвол. Представим ситуацию, при которой субъект судебного правоприменения обнаружит отсутствие соответствующей обстоятельствам дела нормы права. В соответствии с императивным методом он не может отказать заявителю в рассмотрении дела на том основании, что отсутствует необходимая норма права. Его властное полномочие по разрешению дела должно быть реализовано даже в условиях отсутствия нормы права, в порядке аналогии закона или аналогии права. И здесь без правоприменительного усмотрения не обойтись, поскольку выявление и правовая оценка обстоятельств дела по аналогии закона или аналогии права предполагают руководствоваться его правосознанием, в котором решающее значение имеют те взгляды, чувства, мировоззренческие установки и оценочные суждения, которые найдут выражение в выводах и доводах, образующих рациональную основу действий по усмотрению. В этой связи следует согласиться, что «усмотрение суда – не только право, но и обязанность суда, а процессуальные права суда – вместе с тем и его обязанности»¹⁷⁹. Поэтому в условиях неопределенности правовой (правотворческой или правореализационной) ситуации правовое регулирование неотделимо от усмотрения. Исходя из изложенного можно заключить, что дискреционная составляющая правового регулирования – это творческая составляющая правовой активности, так как в порядке усмотрения субъект определяет целесообразность своих действий, совершает или воздерживается от соответствующих предметно обусловленных действий.

Таким образом, усмотрение представляет собой ситуационный способ решения субъектом правового регулирования юридически значимых вопросов нормативного правового и индивидуального правового регулирования, основанный на оценочном восприятии соответствующих обстоятельств нормативного правового и индивидуального правового регулирования. Результатом усмотрения субъектов нормативного правового регулирования

¹⁷⁹ См.: Папкина О.А. Усмотрение суда. М., 2005. С. 107.

выступает волеизъявление относительно актуализации и систематизации социальных правил в качестве норм права, основанное на оценке потребностей общественного развития и выраженное в нормативном правовом акте. Результатом усмотрения субъектов индивидуального правового регулирования выступает волеизъявление относительно реализации норм права, основанное на оценке условий и обстоятельств конкретной правореализационной ситуации и выраженное в индивидуальном правовом акте.

Усмотрение существует как средство опосредования социальных интересов. На основе усмотрения оцениваются потребности в том или ином нормативном или индивидуальном правовом акте, выявляются недостатки действующего законодательства, малоэффективные, устаревшие или дефектные нормы права, осуществляется толкование и систематизация норм и принципов права, дается юридическая квалификация правоприменительной и правореализационной ситуации. На рационально-психическом уровне с помощью усмотрения и иных элементов правосознания оцениваются правовая реальность, юридически значимые обстоятельства, принципы и нормы права, юридические конструкции и прочие правовые явления. Усмотрением опосредуется правореализующая деятельность граждан. Здесь имеет место оценочное восприятие обстоятельств правореализационной ситуации, связанных с актуальностью для граждан и их организаций соответствующих социальных потребностей и интересов. Именно социальные интересы обуславливают инициативность субъектов индивидуального правового регулирования в социальном взаимодействии.

Значение усмотрения в практике правового регулирования многогранно. Усмотрение является неотъемлемым структурным элементом юридически значимой активности субъектов права как субъектов правового регулирования и участников правоотношений. От усмотрения зависит реализация полномочий и субъективных правомочий. В силу и на основе усмотрения производится субъективная оценка возможного и необходимого в определении юридически значимого решения с точки зрения баланса частных и публичных интересов.

Усмотрение играет существенную роль в нормативном правовом и индивидуальном правовом регулировании, как в отношении деятельности субъектов правового регулирования, так и его конечных результатов. Однако в целом главное проявление его значения в том, что оно позволяет преодолевать противоречие между абстрактно-общим характером предписаний норм права и конкретностью регулируемой ими социальной практики.

Телеологический анализ правоорганизованной социальной практики показывает, что усмотрение субъектов правового регулирования выступает в качестве важнейшего потенциала, оказывающего позитивное воздействие на развитие правовых процессов – правовой политики, правотворчества, правоинтерпретации, правоприменения и правореализации. В силу усмотрения правовые процессы обладают значительной гибкостью, позволяющей учитывать многообразие социальной практики и осуществлять дифференцированную правовую регламентацию ее развития. Вероятно, именно поэтому В.В. Лазарев рассматривает усмотрение в ряду правовых ценностей¹⁸⁰.

Изложенное позволяет полагать, что дискреционность практики правового регулирования – существенная характеристика, олицетворяющая одну из сторон практики правового регулирования. И если анализ и обобщение опыта правового регулирования обуславливают актуальность концепта практики правового регулирования, то анализ и обобщение практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования обуславливают актуальность концептуализации дискреционной практики правового регулирования.

Усмотрение, в конечном счете, призвано способствовать достижению целей правового регулирования и в этом смысле олицетворяет собой субсидиарное средство механизма правового регулирования, будучи включенным в каждый из его элементов. Актуализация усмотрения как фактора и элемента практики правового регулирования, выступающего в качестве ее системно-

¹⁸⁰ Лазарев В.В. Философия прагматизма и реализма как методология судебного правотворчества и усмотрения // Судебные доктрины в российском праве: теория и практика: монография. Отв. ред. В. В. Лазарев, Х. И. Гаджиев. М., 2020. С.144.

функционального (праворегулирующего) потенциала включает в себя следующие аргументы.

Правосознание является одним из источников права и, следовательно, источником правового регулирования общественных отношений, а усмотрение является элементом правосознания его субъектов. Правосознание же субъектов правового регулирования – это «правовые представления и правовые чувства, направленные на создание и реализацию нормативных и индивидуальных правовых актов»¹⁸¹. В.А Рыбаков рассматривает правосознание как активную часть правового регулирования, как «всепроникающий элемент» правовой системы. <...> мыслительное и чувственное средоточие всех правовых явлений <...>. Именно в правосознании происходит мотивация правового поведения, предопределяющая его регулятивные функции»¹⁸². Будучи рационально-психической основой нормативной правовой регламентации элементы правосознания во многом определяют характер или так называемый «дух» нормативных правовых предписаний. «Правосознание обладает нормативным характером и определяет поведение людей, т. е. имеет собственное, относительно самостоятельное регулятивное значение»¹⁸³. Правосознание обеспечивает волевой характер правового регулирования и правоотношений. В дискреционной практике правового регулирования волеизъявление субъектов правового регулирования неотделимо от их усмотрения.

Как элемент правосознания субъектов правового регулирования, усмотрение присутствует на всех его стадиях и воплощается в деятельности его субъектов и ее результатах. «Правосознание пронизывает весь механизм правового регулирования, предшествует изданию юридических норм и присутствует на всём протяжении их действия»¹⁸⁴. В целом усмотрение

¹⁸¹ Рыбаков В.А. Регулирующая роль правосознания // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2011. № 3 (28). С. 7.

¹⁸² Там же, С. 11

¹⁸³ Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М., 2001. С. 415.

¹⁸⁴ Малько В. А. Теория государства и права в вопросах и ответах. М.: Изд-во «Юрист», 1999. С. 126.

закладывается в некоторые предписания правовых норм и присутствует в них, равно как и правовых актах, в действиях, поведении и деятельности субъектов правового регулирования, их полномочиях (полномочиях) и иных средствах, относящихся к механизму правового регулирования, в единстве с которыми задействуется в правовом регулировании и является его юридически значимым потенциалом.

От усмотрения субъектов правового регулирования зависит оценка обстоятельств дела и принятие юридически значимых решений в правотворческом и правоприменительном процессе. Усмотрение детерминируется самой спецификой праворегулирующей деятельности, связанной с необходимостью оценки вопросов факта (юридические факты) и права (соответствующие нормы права), по результатам которой принимается соответствующее документально оформленное юридически значимое решение – акт правового регулирования.

Нельзя не отметить, что в юридической литературе нет критерия определения средств правового регулирования, как нет и более или менее выверенных теорией их признаков. С учетом отраслевой классификации правовых средств их количество увеличивается настолько, «что трудно найти какой-либо правовой феномен, который не причислялся бы к правовым средствам»¹⁸⁵.

Ю. Г. Арзамасов справедливо подчёркивает, что «применение только одного инструментального подхода в исследовании механизма правового регулирования не способствует выделению всех его элементов, в связи с чем внимание также должно уделяться как психологическому, так и социальному аспектам механизма правового регулирования»¹⁸⁶. Действительно, в составе средств правового регулирования, неоправданно мало внимания уделено правосознанию субъектов правового регулирования. Между тем правосознание

¹⁸⁵ Мильков А.В. К определению понятия «правовые средства» // Бизнес в законе. 2009. № 1. С. 114.

¹⁸⁶ Арзамасов Ю. Г. Теория и практика ведомственного нормотворчества в России. М., 2013. С. 22.

субъектов правового регулирования оказывает регулирующее воздействие на их поведение и деятельность в правотворчестве, толковании права, правореализации и правоприменении, предопределяя соответствующие результаты.

В тех случаях, когда потенциал права реализуется на уровне правотворческой или правореализационной (правоприменительной) деятельности исключительно на основе усмотрения их субъектов, то правотворческая и правореализационная деятельность в единстве с их результатами олицетворяют собой ту сторону практики правового регулирования, которая относится к дискреционной практике правового регулирования. В таких случаях в единстве с соответствующими нормами права усмотрение их субъектов оказывает решающее влияние на принятие правотворческого или правореализационного акта. Тем самым усмотрение субъектов правотворческой и правореализационной деятельности выполняет роль движущей силы правового регулирования, энергия которой превращает потенциал норм права в объективную реальность.

Аргументируя тезис о праворегулирующем потенциале усмотрения субъектов правового регулирования можно руководствоваться и методом исключения усмотрения из механизма правового регулирования. Представить правовое регулирование без усмотрения его субъектов невозможно, как невозможно представить правовое регулирование без правосознания субъектов правового регулирования.

Праворегулирующий потенциал усмотрения субъектов правотворческой, правореализационной (правоприменительной) и правоинтерпретационной деятельности обуславливает практическое основание для актуализации его научно-практического статуса. В силу усмотрения правовое регулирование обладает значительной гибкостью, поскольку позволяет учитывать многообразие практики социального взаимодействия в процессе правового регулирования и осуществлять дифференцированную правовую регламентацию общественных отношений. Как отмечает Ю.А. Тихомиров, «именно оно подчас

в решающей степени определяет содержание законов и актов управления, позиции и действия государственных органов, отношение госслужащих к людям»¹⁸⁷. Преодоление правовой неопределенности, коллизионности и пробелов в праве, толкование правовых принципов и оценочных понятий, юридическая квалификация обстоятельств правотворческой и правореализационной ситуации – вот далеко не полный перечень проявлений значимости усмотрения субъектов нормативного правового регулирования. Так, примером значимости усмотрения субъектов нормативного правового регулирования является толкование правовых принципов справедливости, диспозитивности, добросовестности, разумности и прочих основополагающих правовых идей, смысловое значение которых определяется в зависимости от их оценочного восприятия субъектом толкования.

Таким образом, праворегулирующие возможности усмотрения как фактора практики правового регулирования трудно переоценить. Будучи интегрировано в нормативные и иные правовые средства, усмотрение системно и широко представлено в механизме правового регулирования, функционально проявляя себя на уровне нормативного правового и индивидуального правового регулирования. Оно обеспечивает преодоление противоречия между разнообразием социальной практики и единством правоорганизованной практики, а также противоречия между общим характером права и казуистичностью социальной практики.

Будучи элементом правосознания субъектов правового регулирования, усмотрение олицетворяет собой тот потенциал, который выражается в возможности самоопределяться в вопросе формирования, интерпретации и реализации предписаний нормативных и индивидуальных актов правового регулирования.

Будучи элементом правомочий (полномочий) субъектов правового регулирования оно предопределяет меру возможной и необходимой их

¹⁸⁷ Тихомиров Ю.А. Административное усмотрение и право. С.72.

самостоятельности на уровне нормативного правового и индивидуального правового регулирования.

Усмотрение, будучи элементом правосознания, выступает и самостоятельным субсидиарным средством механизма правового регулирования, используемым во всех случаях толкования норм права для целей преодоления юридических коллизий и достижения правовой определенности как объективного права, так и правового регулирования.

Субсидиарность усмотрения субъектов правового регулирования в том, что, во-первых, в порядке нормативного правового регулирования усмотрением обеспечивается избирательность в вопросе правовой актуализации социальных норм и отношений в качестве правовых норм и правоотношений, т.е. восполняется отсутствующая в социальной практике правовая основа социального регулирования. Усмотрение позволяет восполнять объективно обусловленные лакуны нормативного правового регулирования. Во-вторых, в условиях, при которых «определенность правового регулирования часто не может быть достигнута с помощью юридических механизмов...»¹⁸⁸, она, тем не менее, достигается в рамках индивидуального правового регулирования в порядке использования усмотрения его субъектов.

Субсидиарность усмотрения в том, что оно дополняет правовое регулирование в тех случаях, когда в нем имеется востребованность. Оно олицетворяет собой способ учета конкретного в многообразии социально-правовой практики, которое не может быть охвачено правилами общего характера в рамках нормативного правового регулирования.

Все изложенные аксиологические характеристики позволяют определить научно-практический статус усмотрения как праворегулирующего потенциала правотворческой, правореализационной (правоприменительной) и правоинтерпретационной деятельности. Усмотрение является неотъемлемым

¹⁸⁸ Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М., 2019. С. 103.

структурным элементом юридически значимой активности субъектов права как субъектов правового регулирования и участников общественных отношений.

Значительная зависимость практики правового регулирования от усмотрения ее субъектов, которую мы представляем в качестве ее дискреционности, предопределяет актуализацию дискреционной практики правового регулирования в качестве одной из существенных сторон практики правового регулирования. В первом приближении содержание дискреционной практики правового регулирования олицетворяет собой опосредуемый усмотрением субъектов правового регулирования опыт создания, систематизации, толкования, применения и реализации норм права, выраженный в соответствующих дискреционных нормативных и иных правовых актах. На макроуровне дискреционная практика правового регулирования – это сторона практики правового регулирования, опосредуемая усмотрением ее субъектов. Будучи стороной практики правового регулирования она характеризуется тем, что все ее составляющие, так или иначе опосредуются усмотрением субъектов правового регулирования. Значительная опосредованность правового регулирования усмотрением его субъектов обуславливает дискреционный характер практики правового регулирования.

Дискреционная практика правового регулирования охватывает собой ту сторону практики правового регулирования, которая представлена, во-первых, частью правотворчества, официальным толкованием права, автономной правореализацией и правоприменением, в которых совершаются действия по усмотрению их субъектов; во-вторых, – частью нормативно-правового массива, представленного дискреционными нормами права. Поэтому анализ сущности и содержания дискреционной практики правового регулирования, по сути, предполагает выявление сущности праворегулирующего потенциала усмотрения как фактора и элемента практики правового регулирования в аспекте характеристики эмпирических аспектов его реализации. И здесь нет подмены одного другим, поскольку в действительности вне праворегулирующего потенциала усмотрения, объективированного в деятельности субъектов

правового регулирования, дискреционная практика правового регулирования общественных отношений как концепт и объективная реальность теряет смысл.

Практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования детерминируется условиями общественного развития и характеризуется определенными закономерностями.

Во-первых, практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений детерминируется значительным усложнением общественного развития, которое отражается на правовом регулировании общественных отношений. Разнообразие общественных отношений, развивающихся в контексте многообразия их внутренних и внешних связей, закономерно обуславливает потребность в дифференцированном подходе к их правовой регламентации, требует дифференциации и систематизации формулируемых норм права. С другой стороны, на уровне нормативного правового регулирования общественных отношений невозможно абсолютным образом использовать их детальную регламентацию посредством исключительно казуистичного, конкретно определенного формулирования предписаний правовых норм. В этой связи все операции субъекта нормативного правового регулирования, а именно правовая актуализация объективно сложившихся норм и отношений или создание новых норм и их систематизация осуществляются на основе его усмотрения. В рамках правообразования посредством усмотрения из системы объективно сложившихся социальных норм и отношений вычлняются те из них, которые подлежат правовому оформлению, т.е. правовой актуализации. В рамках же правотворчества посредством усмотрения определяется, какие новые отношения подлежат урегулированию, а какие нет. В результате усмотрение обретает роль существенного фактора правового регулирования в рамках правообразования и правотворческой регламентации.

Изложенное позволяет констатировать закономерности практика реализации усмотрения субъектов нормативного правового регулирования общественных отношений. Разнообразие, усложнение и нестабильность

общественного развития неизбежно повышают востребованность усмотрения субъектов нормативного правового регулирования в правообразовании и правотворчестве, что приводит к усилению дискреционности практики правового регулирования общественных отношений. В условиях же единообразия и стабильности социальной практики востребованность усмотрения субъектов правового регулирования закономерно ограничивается. Эти закономерности позволяют сформулировать закон¹⁸⁹ корреляции степени усложнения (нестабильности) общественного развития и усиления дискреционности практики правового регулирования общественных отношений.

Обозначенные закономерности очевидны в современной практике правового регулирования в области международных отношений Российской Федерации. Так, их осложнение санкциями Евросоюза вызвало усиление дискреционного начала в практике правового регулирования международных отношений Российского государства. Одно из проявлений усиления дискреционного начала нашло отражение в денонсации некоторых международных договоров России. Это убедительно свидетельствует о закономерности усиления дискреционности практики нормативного правового регулирования в условиях значительного усложнения и нестабильности общественного развития в области международных отношений.

О закономерности усиления дискреционности практики нормативного правового регулирования свидетельствуют и законодательские инициативы Государственной Думы Российской Федерации, связанные проведением специальной военной операции в Украине. Поэтому, исходя из сформулированного закона можно полагать, что чем более сложной и нестабильной будет развиваться международная ситуация вокруг Украины, тем

¹⁸⁹ Материалистическая диалектика трактует закон как необходимое, существенное, устойчивое, повторяющееся отношение между явлениями. См.: В.Н.Парахина, Т.М.Федоренко, Е.Ю.Шацкая. Теория организации. Учебник [Электронный ресурс]. URL: <https://litresp.ru/chitat/ru/П/parahina-valentina-nikolaevna/teoriya-organizacii> (дата обращения – 12.09.2022г.)

более дискреционной будет практика нормативного правового регулирования Государственной Думы Российской Федерации.

Во-вторых, практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений детерминируется дискреционным началом объективного права. Именно система норм права, имеющих абстрактно-общий и относительно-определенный характер, предполагает либо непосредственно закрепляет возможность их адресатов действовать по собственному усмотрению при принятии юридически значимых решений. На уровне нормативного правового регулирования усмотрение адресатов права выражено в предписаниях нормативных правовых актов. На уровне индивидуального правового регулирования – на уровне индивидуальных правовых актов (договоров). Такая значительная интегрированность усмотрения в системе права позволяет заключить, что единство правового регулирования и усмотрения его субъектов является характерной закономерностью практики правового регулирования. Усмотрение как элемент правосознания и рационально-психический ресурс юридически значимой активности в той же мере, в какой сама практика правового регулирования общественных отношений опосредована усмотрением, существует в системе права, обусловлено нормами права и связано с иными элементами правовой системы общества.

Усмотрение в объективном праве – это один из факторов его системной неопределенности, который обуславливает потенциальную возможность произвольного толкования и неадекватного применения норм права. Вместе с тем, усмотрение выступает средством преодоления заведомой неопределенности в праве. Неопределенность объективного права преодолевается как усмотрением субъектами правотворчества в порядке официального толкования, так и усмотрением субъектов правоприменения и автономной правореализации в порядке его ситуационной конкретизации абстрактно общих предписаний.

Разнообразие общественных отношений не позволяет регулировать их только посредством абсолютно определенных норм права. Значительная разнородность социальной практики закономерно обуславливает

востребованность таких приемов правотворческой техники и технологии, которые способны преодолеть разнообразие и многообразие общественных отношений. Одним из таких технико-юридических приемов является использование абстрактно-общих и относительно определенных, по сути дискреционных, нормативных правовых предписаний, призванных придать большую гибкость современному праву. Этот технико-юридический прием обусловлен необходимостью дифференциации и учета многообразия условий и обстоятельств правового регулирования общественных отношений на правореализационном уровне. Законодатель, осознанно оставляя решение вопроса на правоприменительном уровне, «ориентируется на конкретизацию употребленных им дефиниций, оценочных понятий»¹⁹⁰. Однако использование абстрактно-общих и относительно определенных предписаний значительно повышает обобщенность нормативных правовых предписаний, повышение обобщенности нормативных правовых предписаний влечет возрастание неопределенности в праве и нормативном правовом регулировании. Неопределенность в праве и нормативном правовом регулировании обуславливает неопределенную природу значительной части практики индивидуального правового регулирования, что обуславливает востребованность в достижении ее определенности.

В ситуации, когда закон обладает всеобщим характером, а правореализационная ситуация конкретна, имеет место некое противоречие. Поэтому когда субъект индивидуального правового регулирования уточняет и соизмеряет норму права с конкретной правореализационной ситуацией на предмет их соответствия, он, по сути, решает вопрос о преодолении противоречия между общим характером права и конкретной практикой.

В силу необходимости перевода абстрактно-общих предписаний норм и принципов права, а также иных нормативных средств правового регулирования в конкретно определенные (с точки зрения обстоятельств дела, времени и круга

¹⁹⁰ Лазарев В.В. Техничко-юридические приемы сокрытия законодательной воли // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 27.

лиц) правомочия их адресатов, существует актуальность правореализационного усмотрения. В рамках индивидуального правового регулирования именно усмотрение правореализаторов становится средством преодоления нормативной правовой неопределенности объективного права. Иными словами, общий, неопределённый характер правовых норм с неизбежностью и необходимостью обуславливает востребованность в усмотрении субъектов правореализации. Поэтому сфера применения усмотрения значительно сужается тогда, когда появляется недвусмысленность и правовая определенность нормативных технико-юридических средств.

Феномен правовой неопределенности, выражающийся на уровне абсолютно неопределенных и относительно неопределенных норм и принципов права, детерминирует актуальность проблемы их определенности, которая решается в порядке их конкретизации. Будучи нормативно обусловленным на уровне абстрактно-общих и относительно определенных правовых предписаний принципов и норм права усмотрение выполняет функцию обеспечения их правовой определенности в порядке правоинтерпретационной конкретизации.

Таким образом, между неопределенностью нормативного правового регулирования и дискреционностью индивидуального правового регулирования имеются устойчивая и необходимая корреляция. И чем менее определёнными являются нормативные правовые предписания, тем более дискреционным оказывается индивидуальное правовое регулирование и, наоборот, чем более определёнными являются нормативные правовые предписания, тем менее дискреционным является индивидуальное правовое регулирование. Обозначенные закономерности образуют содержание закона корреляции степени определенности (неопределенности) нормативного правового регулирования и дискреционности индивидуального правового регулирования.

В системно-структурном аспекте в исследовании дискреционной практики правового регулирования важным является установление взаимосвязи усмотрения с теми элементами структуры правового регулирования, которые,

так или иначе, обуславливают его статус как существенного фактора практики правового регулирования.

Структура практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений в своей основе схожа со структурой практики правового регулирования в основополагающих элементах. Полиструктурное содержание практики правового регулирования в силу связанности усмотрением субъектов правового регулирования обретает дискреционный характер. Поэтому в той мере, в какой усмотрение связано с теми или иными структурными элементами практики правового регулирования, в той же мере усмотрение представлено в каждом из них, что соотносится с принципом системности. На уровне практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений каждая из двух подсистем – деятельностной и результативной подсистемы по формированию и осуществлению норм права и деятельностной и результативной подсистемы по формированию индивидуальных норм права опосредуется усмотрением субъектов нормативного и индивидуального правового регулирования.

На макроуровне структура практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений логично вписывается в содержание дуалистической диалектики и структурно-функционального метода познания. Двойственная структура практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений складывается из дискреционного правового регулирования и его результатов.

Деятельностная и результативная подсистемы, олицетворяют собой динамический и статический аспекты практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений. Динамическим содержанием практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений выступает система деятельностных процессов реализации усмотрения субъектов правотворчества, систематизации, интерпретации и правореализации, взятых в единстве с ее результатами, выраженными в опосредованных им правовых актах. Статическим содержанием

практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений выступает система дискреционных актов правового регулирования.

Правовой акт, принятый в порядке реализации усмотрения субъектов правового регулирования, имеет дискреционный характер. Дискреционный правовой акт как акт правового регулирования отличается двойственной сущностью. Он, с одной стороны, олицетворяет решение вопроса правового регулирования, с другой – является формой реализации усмотрения. Дискреционный правовой акт отличается от актов, принятых на основе и в соответствии с абсолютно определенными нормами права императивного характера. В механизме правового регулирования дискреционный правовой акт имеет нормативной правовой и индивидуальный характер. Нормативный правовой дискреционный акт является публичным. Индивидуальный дискреционный правовой акт может быть, как частным, так и публичным.

Динамический и статический аспекты характеристики практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений имеют два уровня выражения – правотворческий и правореализационный. На правотворческом уровне динамический и статический аспекты практики реализации правотворческого усмотрения выражаются соответственно в дискреционных правотворческих действиях и нормативных правовых актах. На правореализационном уровне динамический и статический аспекты правореализационного усмотрения выражаются соответственно в дискреционных действиях частных и публичных субъектов индивидуального правового регулирования и индивидуальных правовых актах. Правотворческому и правореализационному уровням усмотрения коррелирует правоинтерпретационный уровень, выражающийся в официальном толковании норм права.

Взаимосвязь деятельностной и результативной подсистем, олицетворяющих собой динамический и статический аспекты характеристики

усмотрения субъектов правового регулирования является характерной закономерностью развития дискреционной практики правового регулирования.

Деятельностная подсистема структуры практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений состоит из правосознания, правоотношений, дискреционных действий, юридические фактов, норм права. Результативная подсистема включает в себя дискреционные нормы права, абстрактно общие или относительно определенные нормы и принципы права, акты толкования, дискреционные индивидуальные правовые акты (акты применения и реализации права), опосредованные усмотрением их субъектов.

В аспекте практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений механизм правового регулирования дополняется дискреционными правовыми средствами – дискреционными нормами права, дискреционным правом, дискреционными полномочиями (полномочиями), дискреционными правовыми актами.

Структура практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений во многом predetermined ее нормативным основанием, в качестве которого выступают дискреционные нормы права. Они были рассмотрены ранее в предыдущей главе настоящего исследования. Здесь же заметим, что нормативные правовые средства закрепляют или предполагают лишь саму возможность действий по усмотрению. Регламентировать же порядок реализации усмотрения нормативные и индивидуальные правовые предписания объективно не могут, так как усмотрение вообще является элементом сознания и психики человека, а юридически значимое усмотрение – элементом правосознания.

Усмотрение интегрировано в практику нормативного правового и индивидуального правового регулирования, которые находятся в системной диалектической связи. На уровне нормативного правового регулирования его субъекты действуют дискреционно при формировании и реализации правовой политики, выявлении востребованности и правовой актуализации сложившихся

социальных норм и отношений, формулировании и систематизации нормативных правовых предписаний. Субъекты индивидуального правового регулирования действуют дискреционно, когда формируют и (или) реализуют дискреционные нормативные и основанные на них индивидуальные правовые предписания. На уровне индивидуального правового регулирования его субъекты действуют дискреционно при оценке и юридической квалификации обстоятельств правовой ситуации. Тем самым усмотрение субъекта индивидуального правового регулирования обретает статус субсидиарного средства, развивающего общеправовую модель правового регулирования на основе ее конкретизации, с привязкой к конкретным правореализационным ситуациям. Таким образом, между усмотрением субъектов нормативного правового и индивидуального правового регулирования существует необходимая и устойчивая связь, олицетворяющая собой закономерность дискреционной практики правового регулирования.

Усмотрение субъектов правового регулирования является судьбоносным фактором правового регулирования, так как от него зависят как сама их деятельность, так и результаты их деятельности, начиная с правотворчества и правовой институционализации, заканчивая правореализационными актами-действиями и актами-решениями. От усмотрения субъекта правотворчества зависит реализация правотворческой идеи, её инкорпорация в нормах соответствующих институтов права и воплощение в проекте нормативного правового акта. От усмотрения субъектов индивидуального правового регулирования зависит правореализационная деятельность и ее результаты, выраженные в индивидуальных актах саморегулирования и актах правоприменения.

Усмотрение имеет место и в правообразовании, на уровне правовой актуализации объективно сложившихся норм и отношений субъектами правообразовательного процесса, а также в правотворчестве – при актуализации правотворческой идеи субъектами правотворчества. В этом смысле оно опосредует правотворческую и правореализационную ситуацию, связанную с

созданием норм права и выступает маркером верификации как подлежащих правовой актуализации социальных норм и отношений либо правотворческой идеи. Источником же правообразования, как представляется, выступают потребности общественного развития, которые в рамках правотворческого мониторинга должны оценивать субъекты правотворчества.

Усмотрение правотворческого субъекта охватывая собой только насущные текущие потребности и стоящие за ними социальные интересы, объективно не может охватить собой многие детали общественного развития в их перспективе, поскольку многообразие и разнообразие жизненных ситуаций также необъятно, как необъятно само общественное развитие. Поэтому полнота правового регулирования не может иметь абсолютного значения. Именно поэтому существует индивидуально-правовое регулирование общественных отношений в формах автономной и правоприменительной правореализации, в рамках которых на конкретном, ситуационном уровне осуществляется доурегулирование нормативного правового регулирования в порядке учета и оценки обстоятельств правореализационной ситуации.

Усмотрение входит в структуру практики правового регулирования не непосредственно, а опосредованно, через правосознание. Усмотрение встраивается в правовое регулирование на уровне норм и принципов права, а также иных нормативных предписаний в тех случаях, когда необходимо доурегулировать правовые отношения в порядке саморегулирования адресатов права.

Диспозитивно-дозволительный правовой режим правового регулирования, основанный на абстрактно общих и относительно определенных нормативных правовых предписаниях и правовых принципах значительно усиливают дискреционный характер правового регулирования, выражающийся в усилении значимости усмотрения его субъектов в этом процессе. Дискреционный характер правового регулирования выражает регулятивные возможности права, прежде всего, в той правотворческой ситуации, при которой объективно не может использоваться казуистичный прием формулирования

нормативных правовых предписаний. Тем самым обеспечивается его правореализационная гибкость индивидуального правового регулирования, опосредуемая усмотрением его субъектов при толковании и конкретизации абстрактно общих предписаний с учетом конкретных обстоятельств правореализационной ситуации, которые объективно не могут быть заложены в нормы права.

Усмотрение субъектов правового регулирования всегда связано с социальными интересами. Именно они выступают движущей силой их сознания, воли и решений, воплощаясь в юридически значимых предпочтениях их носителей. Следовательно, усмотрение выступает имманентным свойством механизма правового регулирования, в котором оно проявляет себя его значительным, если не судьбоносным, потенциалом. Поэтому подвергая анализу правовое регулирование невозможно игнорировать такой его существенный пласт, который касается правовой регламентации усмотрения его субъектов. Он представлен дискреционным началом правового регулирования и выступает его существенным фактором. Этот пласт практики правового регулирования в большей мере, за небольшим исключением, анализируется на уровне отраслевых юридических наук, оставаясь за рамками теории правового регулирования. В частности, ни в учении о механизме правового регулирования, ни в доктрине правового регулирования усмотрение как элемент практики нормативного правового и индивидуального правового регулирования специально не рассматривается. Между тем многие юридически значимые проявления субъективной стороны в практике правового регулирования, выраженные в действиях и решениях субъектов правового регулирования, находятся в зависимости от усмотрения или опосредованы усмотрением.

Усмотрение находит свое практическое выражение как на уровне нормативного, так и индивидуального правового (автономного и правоприменительного) регулирования. На уровне нормативного правового регулирования оно находит выражение в деятельности субъектов правотворчества. На уровне индивидуально-правового регулирования оно находит

выражение в правореализационной деятельности частных и публичных субъектов, обретая черты субсидиарного средства правового регулирования. Усмотрение как субсидиарное средство находит выражение в правовом регулировании в тех случаях, когда необходимо доурегулировать правовые отношения действиями адресатов права, например, при обнаружении пробелов в праве, юридических коллизий, реализации гражданских прав и свобод.

На основе усмотрения оцениваются потребности в том или ином законе, выявляются недостатки действующего законодательства, малоэффективные, устаревшие или дефектные нормы права, осуществляется толкование и систематизация норм и принципов права, дается юридическая квалификация правоприменительной ситуации. Поэтому правовое регулирование неотделимо от воздействия усмотрения. Неотделимость проблематики усмотрения от теории правового регулирования объясняется его имманентной связью с деятельностью его субъектов.

Очевидно, что правовое регулирование общественных отношений сопровождается их критической оценкой в качестве предмета правового регулирования со стороны его субъектов. Эта критическая оценка находит выражение в усмотрении субъекта правового регулирования. Предметом усмотрения оказывается, как правовое, так и внеправовое пространство, которые не охватываются казуистичным правовым регулированием и в котором субъектам права в порядке саморегулирования приходится доурегулировать свои отношения или выстраивать поведение с учетом собственного восприятия и оценки обстоятельств в конкретной ситуации нормативного правового (на правотворческом уровне) или поднормативного (на индивидуальном уровне) правового регулирования.

Усмотрение субъектов правового регулирования характеризуется таким важным качеством как творческий потенциал. Усмотрение – это творческая составляющая праворегулирующей деятельности, так как в порядке усмотрения ее субъект определяет целесообразность своих действий, совершает или воздерживается от соответствующих предметно обусловленных действий.

Именно на основе усмотрения возможно творческое применение права, его интерпретация и реализация. В этом творческом потенциале заключается гибкость правового регулирования. Однако у этой «гибкости» есть негативная издержка – неопределенность норм права, которая является потенциалом злоупотребления усмотрением, произвольного толкования и неадекватной реализации (злоупотреблении субъективным правом) или применения норм права.

Усмотрение осуществляет ряд важных для развития правового регулирования функций, таких как информационная (познавательная), правоинтерпретационная, правореализационная, диагностическая, прогностическая, охватывая собой содержание нормативного правового и индивидуального правового регулирования на уровне как правотворчества, толкования норм права и правореализации.

Информационная (познавательная) функция усмотрения имеет познавательное значение для формирования целостного представления о практике правового регулирования в аспекте многогранной роли права и связанных с ним правовых средств. На основе информационной функции усмотрения выявляются сведения о важнейших характеристиках практики правового регулирования, ее закономерностях и тенденциях. Эти параметры правового регулирования является важной предпосылкой для реализации диагностической функции усмотрения.

В рамках диагностической функции усмотрения осуществляется критическое восприятие и оценка адекватности правового регулирования параметрам его идентичности. С помощью оценочного восприятия устанавливается обоснованность, действенность и эффективность правового регулирования, выявляются и устраняются недостатки механизма правового регулирования.

Усмотрение выполняет правоинтерпретационную функцию. На основе оценочного восприятия системы норм права в контексте условий их создания осуществляется толкование смысла нормативных правовых предписаний.

Усмотрением субъектов правового регулирования обеспечивается правореализационная функция, а именно практическая конкретизация нормативных предписаний и отношений в индивидуальном правовом регулировании. Однако тезис о конкретизации как содержательной составляющей правоприменения не является абсолютным. По мнению В.В.Лазарева, «в ходе судебных разбирательств рождается иногда не менее, а даже более абстрактное правило, чем правило, созданное законодателем»¹⁹¹. Очевидно, речь идет о Постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, содержащих общие для всех судов РФ положения, имеющие характер наставлений. Однако не по применению, а толкованию смысла нормативных правовых предписаний, поскольку это противоречило бы самой природе судебного правоприменения, как и применения в целом. Следует отметить, что в литературе конкретизация правовых норм как функция правового регулирования распространяется как на правоприменительную, так и правотворческую деятельность¹⁹².

Усмотрение осуществляет прогностическое значение в развитии правового регулирования. Оценочное восприятие и критическая оценка проектируемых норм права, равно как и определение индивидуальных правил проектируемого индивидуального правового акта (договора) занимают важнейшее место в предвидении результатов правового регулирования и его эффективности.

Обозначенные функции находят выражение в содержании нормативного правового и индивидуального правового регулирования на уровне как правотворчества, толкования норм права и правореализации.

Таким образом, усмотрение оказывает значительное влияние на практику правового регулирования. Если принять во внимание, что право и правовое

¹⁹¹ Лазарев В.В. Новое видение сферы правового регулирования. Публичная Лекция. [Электронный ресурс]. URL: https://www.youtube.com/watch?v=GZuqUqr_k8k&feature=youtu.be (дата обращения – 8.08.2022г.)

¹⁹² См., например: Шмелева Г.Г. Конкретизация социалистического права как фактор совершенствования правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. Львов, 1992. – 149 с.

регулирование имеют своей важнейшей характеристикой волевой признак, а усмотрение является элементом правосознания, то можно презюмировать, что усмотрение глубоко исторически связано с правовым регулированием, выступает его неотъемлемой частью.

Усмотрение субъектов правового регулирования в целом оказывает позитивное воздействие на развитие правовых процессов, относящихся к практике правового регулирования в вопросах правовой политики и правотворчества, толкования права, невластной и властной правореализации. Однако латентность усмотрения субъектов правового регулирования может провоцировать неоднозначные последствия. Процесс реализации усмотрения не лишен негативных издержек, которые могут оказывать значительное влияние как на процесс правового регулирования, так и на реализацию права, умаляя их социальную ценность. Поэтому представление о потенциале усмотрения в развитии практики правового регулирования, не может быть полноценным без учета негативных тенденций, выражающих его атипичные проявления.

Практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений формируется в аспекте обстоятельств юридически значимой ситуации, в которой латентность усмотрения субъектов правового регулирования потенцирует непредсказуемость их юридически значимых действий. В той мере, в какой усмотрение обладает латентностью, в той же мере оно непредсказуемо. Эта закономерность предопределена юридической природой усмотрения. Скрытый характер усмотрения как элемента правосознания субъектов правового регулирования обуславливает актуальность транспарентности практики его реализации.

Проблема в том, что в силу латентности усмотрение обретает потенциал непредсказуемости и не всегда адекватно его назначению в механизме правового регулирования. Оно может граничить с произволом в процессе как публично-правового, так и частноправового регулирования, когда его иррациональные, психологические начала превалируют над рациональными, интеллектуально-волевыми свойствами, детерминируя деструктивные действия и решения.

Представляется важным исходить из гипотезы, что субъект нормативного правового регулирования, допуская формулирование нормативных правовых предписаний, закрепляющих либо предполагающих дискреционные полномочия (полномочия) их адресатов, руководствуется исключительно их позитивным значением в механизме правового регулирования. Но вместе с тем, в усмотрении следует видеть и потенциал произвола, в связи с чем усмотрение можно рассматривать и как негативный фактор практики правового регулирования общественных отношений. Практически в каждом из видов и уровней правового регулирования неопределенность норм и принципов права всегда таит в себе опасность дискреционного произвола, имеющего как открытую, так и латентную форму злоупотребления дискреционными полномочиями.

В контексте выше изложенного, практику реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений целесообразно рассматривать не только в его позитивном, но и негативном аспектах, выражающих позитивный и негативный опыт реализации усмотрения субъектами правового регулирования. В связи с такой постановкой вопроса может возникнуть вопрос о смысле выделения позитивного и негативного аспектов практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений. На наш взгляд, такая постановка вопроса призвана показать не только позитивный характер практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений, но и деструктивные тенденции, выражающиеся в атипичных проявлениях дискреционного правового регулирования. Такое разграничение практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений на основе выделения его позитивного и негативного аспектов позволяет не только углубиться в сущность и содержание каждой из его составляющих, но и сформировать целостное представление.

В практическом аспекте практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений выражает перманентно существующую проблемную ситуацию – использование усмотрения субъектов

правового регулирования в противоречие его назначению и потребностям правового регулирования, вследствие чего оно превращается в свой антипод. В своей совокупности негативные проявления, противоречащие позитивному, социально значимому назначению усмотрения, олицетворяют собой атипичную дискреционную практику правового регулирования.

Двуединая (позитивная и атипичная) практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений в её атипичной части воспроизводит текущую проблемную ситуацию, обусловленную негативными издержками реализации усмотрения в частноправовом и публично-правовом регулировании.

Непредсказуемость усмотрения может ставить его в один ряд с иррациональными проявлениями человеческого поведения, что в принципе противоречит правовому регулированию как логическому процессу. Однако именно логика правового регулирования служит той основой, которая в целом обеспечивает рациональность усмотрения его субъектов. В ином случае усмотрение противоречит его юридически значимой природе в механизме правового регулирования, представленной на уровне дискреционных нор права. Поэтому в контексте правового регулирования природа усмотрения имеет статус рационального средства. И это рациональное средство, обретая юридическую сущность в форме дискреционных правомочий (полномочий) на уровне системы нормативных средств, призвано обеспечивать социально востребованные результаты рациональной деятельности субъектов правового регулирования в виде нормативных и иных правовых актов-документов. Негативные же формы усмотрения, выраженные в праворегулирующем поведении субъектов, исходя из направленности правового регулирования на позитивные цели, юридической доктриной в механизм правового регулирования не включаются. Иными словами, правовое регулирование не защищено от злоупотреблений усмотрением субъектов правового регулирования, которые находят выражение в деструктивных формах их поведения. Все дело в том, что юридическая ответственность как механизм защиты объективного и субъективного права на

деструктивные формы усмотрения субъектов правового регулирования не распространяется. Вместе с тем потребность в противодействии деструктивным проявлениям реализуется посредством технико-юридических и нравственно-психологических механизмов. В таком ключе можно констатировать проблемную ситуацию, связанную с обозначенным пробелом. Его преодоление представляется возможным на основе актуализации негативного аспекта правового регулирования, дихотомически связанного с позитивным аспектом доктрины правового регулирования.

В контексте интегративного подхода изучение практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования, понимаемой в самом широком смысле, для целей всемерного учета сущностных сторон и проявлений юридической дискреции в механизме правового регулирования и полноценного представления должно учитывать не только позитивные, но и негативные аспекты дискреционной практики правового регулирования. В свете негативных тенденций и противоречий практики использования усмотрения субъектами права практику реализации усмотрения субъектов правового регулирования целесообразно рассматривать не только в его позитивном, но и негативном аспекте. С этой точки зрения представляется актуальным выделение соответствующей категории «атипичная практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования», включающей в свое содержание негативный аспект.

Как нормативное правовое, так и индивидуальное правовое регулирование имеют негативные издержки дискреционности, поскольку их субъекты являются носителями разнородных и противоположных интересов. Так, например, принятие экономических законов всегда сопровождается определенными социальными противоречиями, так как влияет на социально-экономическое положение одних в сравнении с другими. Принятие законов нередко обуславливает противоречия в политической и правовой системах общества. Во многом эти противоречия привносятся на правотворческом уровне правового регулирования общественных отношений. При этом последствия

правотворчества могут иметь деструктивный характер. Так, на правотворческом уровне правового регулирования имеется реальная возможность выражения таких скрытых дискреционных тенденций, которые, будучи экономически обусловлены интересами определенных социальных групп, которые создают условия для преодоления конкуренции на рынке, провоцируют коррупционные действия и иные деструктивные последствия. Такого рода дискреционные тенденции обусловили актуальность разработки государственных мер по предупреждению коррупциогенных норм права. Критическая оценка адекватности коррупциогенного статуса правоприменительных дискреционных полномочий нами была ранее дана в специальном исследовании. Здесь же отметим, что этот механизм противодействия коррупции не лишен противоречий и требует своего совершенствования.

Значительное предметное пространство и латентность усмотрения как институционально обусловленного рационально-психического потенциала правового регулирования создают риски его неадекватного использования и потенцируют непредсказуемость деятельности субъектов правового регулирования, что обуславливает актуальность задачи обеспечения ее транспарентности и предсказуемости. В силу деструктивного потенциала усмотрение превращается в антипод его назначению, дисфункциональные проявления которого препятствуют эффективному правовому регулированию.

Усмотрение субъектов правового регулирования при определенных условиях может служить предпосылкой произвола в виде асоциально-иррациональных проявлений, сопровождаемых причинением вреда не только правам и законным интересам граждан или организаций, но и нормальному функционированию государственного аппарата, интересам общества и государства в целом. Более того, на уровне управленческого поведения именно усмотрение может стать причиной многих должностных правонарушений, в том числе коррупции, злоупотребления должностными полномочиями и других. Поэтому обращение к проблеме атипичных форм усмотрения является актуальным как с теоретической, так и с практической точек зрения и требует

соответствующих теоретических разработок, в конечном счете, ориентированных на решение практической задачи противодействия произволу усмотрения в контексте его социально значимой рационализации.

Использование усмотрения нередко сопровождается определенными издержками субъективного характера, которые выражаются в негативных дискреционных актах субъектов правового регулирования. Будучи неотъемлемым элементом их деятельности, усмотрение может превращаться в свой антипод, т.е. происходит трансформация позитивного социального назначения усмотрения в негативное, противоречащее его природе в механизме правового регулирования. В практике широко распространены негативные проявления усмотрения, которые при определенных условиях могут находить выражение в различных формах дискреционного произвола, сопровождаемых не только умалением прав и законных интересов граждан или организаций, но и нормальному функционированию государственного аппарата, интересам общества и государства в целом. На уровне деятельности властных субъектов усмотрение изобилует примерами неадекватных правоприменительных решений и неправосудных судебных актов, а также должностных, в том числе коррупционных, правонарушений.

Нельзя не отметить, что одним из проявлений атипичной дискреционной практики правового регулирования выступают правотворческие дефекты, которые находят выражение в содержании нормативных правовых предписаний. При этом можно выделять общепризнанные и непризнанные дефекты. Так, на сегодняшний день общепризнанным на государственном уровне является такой правотворческий дефект как коррупциогенные нормы права. В целях противодействия коррупциогенным нормам права все субъекты правотворчества обязаны обеспечивать проведение коррупциогенной экспертизы. Вместе с тем, «как это ни парадоксально, дефекты побуждают юридическое сообщество и

конкретного юриста к инновациям, развивают креативное правовое мышление»¹⁹³.

Таким образом, позитивному усмотрению противостоит его антипод – негативное усмотрение. Антипод рационального усмотрения – это иррациональное усмотрение, основанное на чувствах, мотивированное эмоциями, личными интересами субъекта правового регулирования, зависимостью от обстоятельств и событий, а не социально значимого порядка осуществления и процедурно-правовых норм. Рациональное и иррациональное начала усмотрения сосуществуют в реальной правовой ситуации.

Вследствие того, что формы проявления негативного усмотрения выходят за рамки типичного, адекватного его назначению в механизме правового регулирования, считаем целесообразным выделять их в качестве атипичного усмотрения, а практику его негативных проявлений в механизме правового регулирования как атипичную практику реализации усмотрения субъектов правового регулирования. Когда, например, субъект правотворчества или субъект судебного правоприменения руководствуются политической целесообразностью в ущерб принципу справедливости, его усмотрение атипично. Атипичное усмотрение находит выражение как на уровне нормативного правового, так и индивидуального регулирования.

Атипичное усмотрение, поскольку оно олицетворяет собой противоречие его назначению в правовом регулировании, является дисфункцией позитивного усмотрения. Имея латентный характер, проявления дисфункции усмотрения остаются достаточно распространенными в практике правового регулирования. Следовательно, наряду с функциональной значимостью усмотрения для правового регулирования актуальность практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования может обосновываться и негативными проявлениями. В этой связи практика правового регулирования представляет

¹⁹³ Погодин А.В. Дефект права как деструктивный элемент его содержания / Теория государства и права в науке, образовании, практике: монография. М., 2016. С.219.

интерес с точки зрения потенциальных негативных проявлений дисфункции усмотрения.

Будучи институционализировано на уровне дискреционных полномочий и полномочий адресатов норм права, усмотрение оказывает значительное позитивное влияние на практику правового регулирования. Вместе с тем под воздействием усмотрения в практике правового регулирования складываются и негативные тенденции и определенные противоречия. Они имеют системный характер, поскольку обусловлены самой системной организацией правовой практики, которая будучи выражением динамического компонента правовой системы, основана на системе права национального и международного уровней. Системные проблемы практики правового регулирования обуславливают ее атипичные формы. Одной из таких системных проблем практики правового регулирования выступают атипичные формы реализации усмотрения, которые в своей совокупности образуют содержание атипичной практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования.

Атипичная практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования отражает проявления негативных тенденций и противоречия дискреционного правового регулирования. Сюда относятся правовые дефекты, негативные тенденции и противоречия, детерминированные неадекватным использованием дискреционных полномочий (правомочий) субъектами нормативного правового и индивидуального правового регулирования общественных отношений.

Атипичные формы усмотрения субъектов правового регулирования, как впрочем, и позитивные ее проявления, существуют за рамками теории правового регулирования. Поэтому исследование атипичной практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования актуально как с теоретической, так и практической точек зрения. Оно требует соответствующих теоретических разработок, в конечном счете, ориентированных на решение практической задачи противодействия произволу усмотрения в контексте его социально значимой рационализации.

Постановка вопроса об атипичных формах усмотрения призвана показать актуальность деструктивных тенденций, выражающихся в практике дискреционного правового регулирования. На основе выделения позитивного и негативного аспектов представляется возможным значительно расширить представление о практике реализации усмотрения субъектов правового регулирования. Атипичная практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования олицетворяет проблемную ситуацию, обусловленную негативными тенденциями в реализации усмотрения субъектами правового регулирования.

В контексте опосредованности правового регулирования усмотрением его субъектов актуален вопрос о рисках практики правового регулирования, связанных с использованием усмотрения (дискреционные риски правового регулирования). Маркерами атипичной практики реализации усмотрения субъектов нормативного правового регулирования могут служить принятие законов и иных нормативных правовых актов, детерминированных усмотрением популистских или политически целесообразных актов в условиях нестабильной социально-экономической и политической ситуации, принятие экстренных актов в условиях чрезвычайных ситуаций, этнополитических актов и пр.

Маркерами атипичной практики реализации усмотрения субъектов индивидуального правового регулирования могут служить политически целесообразные акты судебного правоприменения и неправосудные судебные акты, ошибки правоприменения правоохранительных и судебных органов, акты злоупотребления правом частными субъектами, обход закона и прочие формы нетипичного юридически значимого поведения. Парадокс в том, что граждане достаточно часто вынуждены защищаться от правоприменительных и, прежде всего, как это ни парадоксально, судебных ошибок. При этом, нередко правоприменительные ошибки имеют деструктивный характер, так как выражая собой некомпетентность и формально-бюрократический подход к делу, по сути разрушают и подрывают основы правоприменения.

Обозначенные деструктивные характеристики судебного правоприменения становятся известными не вследствие или в силу жалоб граждан или юристов. К сожалению, их юридически несостоятельные усилия приводят к тому, что презумпция невиновности, как и другие принципы, не действуют, по определению, так как одна лишь ссылка на них не достаточна и сами по себе они не реализуются. Негативные характеристики судебного правоприменения становятся известны благодаря активной позиции и добросовестной деятельности представителей адвокатского или судейского сообщества, высших судебных инстанций, подвергающих взыскательному аудиту судебное правоприменение и выявляющих юридическую несостоятельность мотивационной части решения, которая выражает характер и логику судейского усмотрения.

Показателем атипичной практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования является негативное воздействие усмотрения на процесс правового регулирования, а его индикатором – степень негативного воздействия усмотрения на процесс правового регулирования. Атипичная практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования – это негативный опыт деятельности субъектов правового регулирования, опосредуемый деструктивными проявлениями усмотрения, с отклонениями от требований его назначения и роли в механизме правового регулирования. Деструктивными следует определять и те нормативные правовые акты, которые, так или иначе, умаляют права и свободы граждан. Например, закон Федеральный закон № 494 от 30.12.2020 года, который называют «Законом о всероссийской реновации» формирует формальные основания для принудительного изъятия объекта собственности (земельного участка или строения), чем умаляется право собственности граждан и организаций. Этот закон еще один пример того, как при ангажированности субъекта правового регулирования интересами, противоречащими социальному назначению правового регулирования, его усмотрение может лежать в основе предвзятого использования процедур правотворчества и правоприменения в политических, корпоративных или

личных целях. В подобной ситуации происходит отчуждение, некая «приватизация» и использование процедур правового регулирования, их подчинение целям, далеко не отвечающим их правовой природе.

Использование усмотрения, не адекватного социально значимым потребностям правового регулирования, манипулирование формой и превращение дискреционных полномочий и правоприменительной процедуры в антипод, в средство реализации личных интересов в ущерб интересам дела, искажение, замещение или подмена социально значимой природы юридической квалификации как инструмента правоприменительной деятельности деформирует правоприменительный процесс и может оказаться, без преувеличения, разрушительным для механизма правового регулирования в целом.

Один из путей решения проблемы оптимизации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования лежит в разработке и применении индикаторов их деструктивных проявлений, маркерами которых выступают соответствующие формы их выражения (судейская или правоприменительная ошибка, злоупотребление правом и пр.) Так, например, в качестве маркеров деструктивности дискреционного поведения судьи являются любые действия, которые нарушают требование ст. 3 Закона «О статусе судей в Российской Федерации» о том, что «судья при исполнении своих полномочий должен избегать всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти, достоинство судьи или вызвать сомнение в его объективности, справедливости и беспристрастности».

В основе применения индикаторов и маркеров деструктивных дискреционных практик правового регулирования лежит комплексный анализ систематизированных данных о проявлениях деструктивности дискреционной деятельности субъектов правового регулирования. Целью такого анализа является получение информации для разработки моделей оптимизации принятия дискреционных юридически значимых решений в рамках действующих дискреционных технологий правового регулирования. Результатом анализа

выступают конкретные технологии оптимизации принятия дискреционных юридически значимых решений.

В качестве маркеров негативных практик реализации усмотрения субъектов правового регулирования выступают негативные проявления дисфункции усмотрения в механизмах нормативного правового и индивидуального правового регулирования на уровне публично-правового и частноправового начал. Так, маркером негативных тенденций дискреционной практики правового регулирования могут выступать технико-юридические дефекты нормативных и иных правовых актов. Одно из проявлений дефектности дискреционной юридической техники находит выражение в избыточности усмотрения субъектов правового регулирования, обусловленного неопределенностью содержания правовых норм. На это обращает внимание Конституционный Суд Российской Федерации, выражая озабоченность по этому поводу в своих постановлениях. «Допуская избыточно широкое усмотрение в процессе правоприменения, законоположения, содержащие такого рода дефекты, – отмечает Конституционный Суд Российской Федерации, – влекут нарушение не только принципов равенства и верховенства закона, но и гарантий государственной, в том числе судебной, защиты прав, свобод и законных интересов»¹⁹⁴. В этом контексте можно констатировать, что правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенные в его постановлениях, имеют значение одного из механизмов оценки избыточно широкого усмотрения как неадекватного его назначению в механизме правового регулирования.

Действительно, в силу неопределенности абстрактно общих норм и принципов права произвол, вытекающий из возможностей усмотрения субъекта

¹⁹⁴ «Конституционно-правовая защита предпринимательства: актуальные аспекты (на основе решений Конституционного Суда Российской Федерации 2018-2020 годов)" / Информация (одобрено решением Конституционного Суда РФ от 17.12.2020) / СПС Консультант Плюс: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_374913/76d6e371c9956235c4b329710ca52f5fdf91f8c9/

правоприменения, будет потенциально неизбежным следствием его неограниченности и избыточности в праве.

Таким образом, с одной стороны, усмотрение необходимое начало правового регулирования, поскольку призвано служить дифференцированному подходу к правовой ситуации в целях обеспечения законности и справедливости, с другой – оно может служить источником произвола и несправедливости. Это рождает проблему разработки системы гарантий защиты усмотрения от его деструктивных проявлений. Иными словами, современное развитие практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования нуждается в механизмах преодоления ее негативных тенденций, требуя своей оптимизации и совершенствования.

Выводы

Многогранная сущность усмотрения субъектов правового регулирования находит выражение в:

- дискреционных нормах материального и процессуального права;
- правосознании субъектов правового регулирования;
- ситуационном праве;
- дискреционных полномочиях частных и полномочиях публичных субъектов;
- дискреционных действиях субъектов правового регулирования;
- дискреционных актах правового регулирования;
- дискреционных тенденциях развития практики правового регулирования.

Актуальность практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования детерминируется следующими факторами:

- эмпирические (дискреционные результаты правотворческой, судебной, правоохранительной и правоинтерпретационной деятельности);
- когнитивно-волевые (результаты анализа и осмысления дискреционных тенденций практики правового регулирования);

– психологические (результаты сопереживания деструктивных дискреционных тенденций);

– идеологические или философско-правовые (осознание необходимости оптимизации в соответствии с идеями об идеальной модели практики юридически значимого усмотрения субъектов правового регулирования).

Практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования в широком значении ее понимания – сформировавшийся в определенном территориальном и временном пространстве интегративный опыт правового регулирования общественных отношений, опосредованный усмотрением субъектов правового регулирования и выраженный в системе дискреционных правовых актов.

Практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования в узком значении – актуальный на данный момент, фрагментированный на уровне конкретной правовой ситуации, опыт правового регулирования, опосредованный усмотрением его субъектов и выраженный в конкретном дискреционном правовом акте.

Развитие практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования характеризуется следующими закономерностями и законами:

– корреляции степени усложнения (нестабильности) общественного развития и усиления дискреционности практики нормативного правового регулирования: усиление разнообразия, усложнения и нестабильности общественного развития, ограничивая возможности казуистичного правового регулирования, увеличивают востребованность усмотрения субъектов нормативного правового регулирования при формировании норм права и, наоборот, усиление единообразия и стабильности социальной практики ограничивает востребованность усмотрения субъектов нормативного правового регулирования;

– корреляции степени определенности (неопределенности) нормативного правового регулирования и дискреционности индивидуального правового регулирования: дискреционность индивидуального правового регулирования

находится в прямой зависимости от степени определенности (неопределенности) нормативного правового регулирования – чем менее определёнными являются нормативные правовые предписания, тем более дискреционным является индивидуальное правовое регулирование и, наоборот, чем более определёнными являются нормативные правовые предписания, тем менее дискреционным является индивидуальное правовое регулирование.

В структурном отношении практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования характеризуется единством усмотрения субъектов правового регулирования, праворегулирующей деятельностью и ее результатами.

Между правовым регулированием и усмотрением его субъектов, объективированном на уровне дискреционных норм права, существуют устойчивые и необходимые системные связи, определяющие дискреционный характер практики правового регулирования. В системе этих связей усмотрение субъектов права в единстве с элементами правосознания, дискреционными правовыми нормами, дискреционными правомочиями (полномочиями) и дискреционным поведением обретает значение системного функционально-значимого потенциала правового регулирования (праворегулирующего потенциала). Этот потенциал находит воплощение в ситуационном способе решения вопросов нормативного правового и индивидуального правового регулирования, обеспечивающем гибкость объективного права и вариативность правового регулирования.

Результатом усмотрения субъектов нормативного правового регулирования выступает волеизъявление относительно актуализации и систематизации социальных правил в качестве норм права, основанное на оценке потребностей общественного развития и выраженное в нормативном правовом акте.

Результатом усмотрения субъектов индивидуального правового регулирования выступает волеизъявление относительно реализации норм права,

основанное на оценке условий и обстоятельств конкретной правореализационной ситуации и выраженное в индивидуальном правовом акте.

Результатом усмотрения субъектов официального толкования выступает юридически значимое волеизъявление относительно подлинного смыслового значения нормы права, выраженное в правоинтерпретационном акте.

Природа праворегулирующего потенциала усмотрения в практике нормативного правового регулирования детерминирована:

- объективной невозможностью учесть все многообразие разнообразных общественных отношений;

- потребностями избирательного, дифференцированного отношения субъектов правотворчества к вопросу правовой актуализации и систематизации социальных норм в качестве норм права в зависимости от оценки степени их востребованности в общественном развитии;

- объективной невозможностью казуистичного изложения нормативных средств правового регулирования как правил общего характера;

- использованием юридической техники диспозитивных, абсолютно неопределенных и относительно определенных предписаний норм, принципов и юридических конструкций, со всей очевидностью предполагающих либо непосредственно закрепляющих соответствующие дискреционные правомочия (полномочия) их адресатов.

Природа праворегулирующего потенциала усмотрения в практике индивидуального правового регулирования детерминирована:

- потребностями, обусловленными необходимостью решения вопросов правореализации, предполагающих дифференцированный подход к конкретной правореализационной ситуации в процессе юридической квалификации обстоятельств дела;

- потребностями правореализационной интерпретации, обусловленной нормативной правовой неопределенностью и необходимостью выявления действительного смысла подлежащих реализации абсолютно неопределенных и

относительно определенных принципов и норм права, а также оценочных и иных юридических конструкций.

Усмотрение в объективном праве – это один из факторов его системной неопределенности, выражающейся на уровне зависящих от него предписаний нормативных правовых средств. Вместе с тем, преодоление заведомой неопределенности объективного права обеспечивается реализацией усмотрения субъектов правоприменительной и автономной правореализации в порядке его конкретизации на ситуационном уровне правового регулирования.

На макроуровне восприятия практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования характеризуется полиструктурным содержанием, которое состоит из двух дуалистических подсистем – деятельностной (рационально-психической) и результативной (документарной) подсистемы по формированию и осуществлению норм права и деятельностной и результативной подсистемы по формированию индивидуальных норм права. Обозначенные подсистемы олицетворяют собой динамический и статический аспекты характеристики усмотрения, выражающихся соответственно в формах дискреционной праворегулирующей деятельности и дискреционных правовых актов.

Динамический и статический аспекты характеристики усмотрения имеют два уровня презентации – правотворческий и правореализационный. На правотворческом уровне динамический и статический аспекты усмотрения выражаются соответственно в дискреционных правотворческих действиях и нормативных правовых актах. На правореализационном уровне динамический и статический аспекты усмотрения выражаются соответственно в дискреционных действиях частных и публичных субъектов индивидуального правового регулирования и индивидуальных правовых актах. Правотворческому и правореализационному уровням усмотрения коррелирует правоинтерпретационный уровень. Обозначенная модель соответствует эмпирическим данным о структуре опыта дискреционного правового регулирования.

Взаимосвязь деятельностной и документальной сторон, олицетворяющих собой динамический и статический аспекты характеристики усмотрения субъектов правового регулирования является характерной закономерностью развития практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования.

2.3. Дискреционные тенденции практики правового регулирования общественных отношений

Общетеоретическая характеристика практики правового регулирования будет неполной без выявления и критической оценки свойственных ей тенденций и противоречий, детерминируемых значительным влиянием усмотрения субъектов правового регулирования на ее развитие. Это влияние находит выражение в так называемых дискреционных тенденциях. Олицетворяя собой тот или иной вектор развития практики правового регулирования, дискреционные тенденции выражают закономерности и противоречия, выявление и познание которых – одно из необходимых условий решения задачи ее оптимизации.

Актуализация дискреционных тенденций в развитии практики правового регулирования имеет теоретическое значение для целей актуализации и концептуализации соответствующей общетеоретической концепции дискреционной практики правового регулирования. Дискреционные тенденции современной практики правового регулирования выступают эмпирическим основанием концептуализации дискреционной практики правового регулирования.

Обусловленные дискреционной юридической техникой абстрактно общих и относительно определенных норм материального и процессуального права дискреционные тенденции практики правового регулирования выражают судьбоносные для правового регулирования и правореализации последствия. Так, например, согласно ч. 1, ст. 97 УПК РФ, следователь вправе избрать обвиняемому одну из мер пресечения. В силу дискреционной юридической

техники реализации альтернативной санкции уголовно-правовой нормы зависит от усмотрения судьи. Суд, согласно п. 4 ст. 38 СК РФ, руководствуясь усмотрением, вправе (но не обязан – Р.В.) признать, а может и не признать имущество, нажитое каждым из супругов в период их раздельного проживания при прекращении семейных отношений, собственностью каждого из них. Согласно смыслу данной нормы, только в случае усмотрения судом факта приобретения имущества одним из супругов в условиях действительно раздельного проживания, свидетельствующего о прекращении брака, описанная в норме ситуация станет юридическим фактом для наступления такого правового последствия как возникновение права собственности у данного супруга.

Вольное распоряжение правом усмотрения или неадекватное использование в противоречие его институциональному назначению чревато негативными для правового регулирования последствиями. В этом контексте рассмотрение практики правового регулирования представляет интерес с точки зрения тех дискреционных тенденций, источником которых выступает право усмотрения субъектов правового регулирования.

Дискреционные тенденции современной практики правового регулирования – это эмпирические проявления динамики позитивного и негативного опыта реализации усмотрения субъектами правового регулирования. Дискреционные тенденции служат одним из важнейших показателей динамики не только практики правового регулирования, но и правоорганизованной социальной практики в целом, поскольку последняя, будучи зависима от правового регулирования, воспроизводит их. Негативные дискреционные тенденции олицетворяют собой эмпирические данные, порождающие проблемную ситуацию, свидетельствующую о противоречии иррациональных, деструктивных проявлений усмотрения его назначению в механизме правового регулирования. В таком контексте дискреционные тенденции имеют статус эмпирических оснований актуализации концепции атипичной дискреционной практики правового регулирования. Поэтому

актуализация дискреционных тенденций в развитии практики правового регулирования имеет онтологическое значение для ее характеристики.

Исследование практики правового регулирования общественных отношений актуально в целях выявления дискреционных тенденций современного развития. Ценность выявления дискреционных тенденций заключается в том, что это необходимый этап исследования, который характеризует уровень развития дискреционной практики правового регулирования в аспекте прогнозирования и актуализации механизмов ее оптимизации. Совершенствование правоорганизованной социальной практики невозможно без оптимизации самой практики правового регулирования, а выполнение этой задачи требует выявления скрытых угроз практики реализации усмотрения, которые находят свое выражение в ее деструктивных тенденциях.

Актуализация дискреционных тенденций позволяет выявить определенные противоречия в деятельности субъектов правового регулирования и ее результатах. Именно их выявление и анализ позволяет сориентироваться в решении задач формирования системы технологически выдержанных новаций, рассчитанных на нейтрализацию, оптимизацию и преодоление ее деструктивных противоречий. Их исследованию в теоретической юриспруденции не уделено должного внимания. В большинстве случаев они остаются за рамками теории правового регулирования. С этой точки зрения актуализация и анализ дискреционных тенденций – необходимый этап настоящего диссертационного исследования, который выступает эмпирическим основанием научного познания практики реализации усмотрения субъектами правового регулирования.

Праворегулирующий потенциал усмотрения в силу своей правовой природы призван восполнять правовые лакуны и обеспечивать гибкий и творческий характер правового регулирования. Будучи фактором правового регулирования, оно привносит в его содержание как позитивные, так и негативные свойства. При этом по вполне понятным причинам позитивные свойства усмотрения как фактора дискреционной практики правового регулирования не вызывают вопросов. Позитивные тенденции выражают

закономерные и необходимые связи правового регулирования и усмотрения, выявление которых важно для оценки его адекватности назначению правового регулирования. Гораздо больший интерес и озабоченность в практике правового регулирования вызывают негативные проявления усмотрения, противоречащие его назначению. В условиях значительного простора предметного поля усмотрения его праворегулирующий потенциал не лишен рисков неадекватного использования, сопровождающегося деструктивными проявлениями и его превращением в свою противоположность – антипод его назначению¹⁹⁵ – деструктивный фактор развития практики правового регулирования.

В деструктивных дискреционных тенденциях практики правового регулирования находит выражение дисфункция усмотрения, олицетворяющая его произвол¹⁹⁶ (произвол при оценке сведений об обстоятельствах дела, произвол в выборе нормы и юридической квалификации обстоятельств правореализационной ситуации). Будучи латентным элементом-свойством правосознания, усмотрение весьма противоречиво отражается на процессах правового регулирования, порождая деструктивные дискреционные тенденции. Именно их выявление позволяет сориентироваться в решении задач формирования системы технологически выдержанных инноваций, рассчитанных на нейтрализацию, оптимизацию и преодоление деструктивных противоречий практики реализации усмотрения. Поэтому исследование практики правового регулирования общественных отношений актуально в контексте дискреционных тенденций ее современного развития.

Деструктивные дискреционные тенденции формируются в силу специфики усмотрения как феномена, имеющего рационально-психическую природу, что усложняет его контроль и регулирование. Нормативно обусловленная свобода усмотрения служит системной предпосылкой

¹⁹⁵ R.G. Valiev, M.R. Gilyazetdinov. Adequacy of enforcement discretion in the aspect of manifestations of its inadequacy and measures of optimization // International journal of innovation, Creativity and Change. 2019. P. 231.

¹⁹⁶ В энциклопедической трактовке произвол трактуется как своеволие, самовластие, необоснованность // См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1972. С. 592

потенциальной возможности его использования в противоречие его институциональному назначению в механизме правового регулирования. Всеобщим проявлением такой противоречивости в развитии современной практики правового регулирования выступает неадекватность усмотрения как элемента правосознания субъектов правового регулирования его социально значимой природе и потребностям правового регулирования. Начиная с лоббирования в законотворческой деятельности и заканчивая правоприменительным уровнем правореализации именно латентный характер усмотрения служит одним из решающих факторов злоупотребления властью, бюрократического произвола и коррупции. С этой точки зрения представляется продуктивным рассмотрение тех тенденций, в которых находит выражение противоречивая природа усмотрения.

В качестве предварительного замечания следует отметить, что противоречивая природа усмотрения, так или иначе, детерминируется противоречиями объективного права. Одно из противоречий, которое обнаруживается в ходе изучения дискреционных тенденций практики правового регулирования, заключается в том, что объективное право имеет общий характер, а социальная практика весьма конкретна, имеет казуальный характер. Это системное противоречие объективного права казуистичной социальной практике преодолевается на уровне нормативного правового и индивидуального правового регулирования на основе усмотрения его субъектов. На уровне нормативного правового регулирования субъект нормативного правотворчества, руководствуясь усмотрением, избирательно подходит к оценке условий и обстоятельств правотворческой ситуации и формулирует абстрактно-общие и относительно определенные предписания нормативных правовых средств для придания гибкости правовому регулированию разнообразных общественных отношений. На уровне индивидуального правового регулирования его субъекты, руководствуясь усмотрением, осуществляют конкретизацию предписаний абстрактно-общего и относительно определенного характера по кругу субъектов, обстоятельствам дела, места, времени и т.п.

Актуальность вопроса о дискреционных тенденциях в практике правового регулирования обусловлена и дефектами объективного права, которые «создают помехи для правореализации, а в конечном итоге понижают регулятивный потенциал права»¹⁹⁷. Реализация усмотрения субъектами правового регулирования как объективированного на уровне институтов права элемента правосознания не лишена негативных дисфункциональных проявлений, превентивное противодействие которым специальными юридическими средствами составляет непростую задачу. Значительное предметное поле и латентность усмотрения, а также неподконтрольность его реализации сопровождаются негативными издержками, умаляющими его позитивное значение, увеличивают риски его неадекватного использования и превращения в его противоположность – антипод его институциональному назначению в механизме правового регулирования.

Исходя из изложенного, очевидным является целесообразность сосредоточения внимания на тех из дискреционных тенденций практики правового регулирования, которые характеризуются деструктивными проявлениями. «В правовом развитии, отмечает Н.А. Власенко, устойчиво складываются разрушительные тенденции..., <...> разрушительная сила набирает силу негативных закономерностей, “вырождает” право “изнутри” и “снаружи”: во-первых, речь идет об утрате правом сущностных моментов и о превращении его в “приказное средство” существующего государственного управления, во-вторых, такое право порождает... негативное отношение к нему, т. е. правовой нигилизм»¹⁹⁸.

Именно на преодоление деструктивных тенденций, как представляется, должны быть направлены усилия юридической науки в целях ее

¹⁹⁷ Погодин А.В. Содержательная характеристика российского права // Основные характеристики российской правовой действительности / под науч. ред. Ю.С. Решетова. Казань, 2018. С. 33.

¹⁹⁸ Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М., 2019. С.37.

совершенствования. Дискреционные тенденции могут рассматриваться как маркеры противоречия усмотрения его сущности и институциональному назначению в механизме правового регулирования и потому требуют критического анализа.

Таким образом, актуализация дискреционных тенденций представляется оправданной в целях выявления внутренних, скрытых тенденций развития дискреционной практики правового регулирования, начиная с правовой политики и заканчивая практически всеми видами правотворчества и правореализации, в которых усмотрение, «опредмечивая» свою субсидиарную праворегулирующую сущность, вместе с тем порождает и определенные негативные, в том числе деструктивные, издержки для нормативного правового и индивидуального правового регулирования.

Дискреционные тенденции весьма многогранны и находят выражение на уровне различных элементов правовой системы общества, что значительно усложняет их исчерпывающее отражение в рамках одной главы настоящего исследования. Тем не менее, не претендуя в рамках данной главы исследования на максимальный учет и исчерпывающий анализ всех тенденций, характерных для современной практики правового регулирования, выделим и рассмотрим наиболее актуальные из них.

Исходя из общности изученных на соответствующих уровнях практики правового регулирования деструктивных дискреционных тенденций, представляется целесообразной их классификационная характеристика в составе следующих групп:

- дискреционные тенденции практики нормативного правового регулирования;
- дискреционные тенденции практики властного индивидуального правового регулирования;
- дискреционные тенденции практики автономного индивидуального правового регулирования.

Применительно к нормативному правовому регулированию речь идет о субъектах, которые в силу особого положения в системе социальных связей обладают ресурсами властной компетенции, позволяющими определять и навязывать обществу порядок и условия его развития. Одним из таких ресурсов выступает усмотрение субъектов нормативного правового регулирования, от которого во многом зависит реализация всех или почти всех других ресурсов властной компетенции. Латентный характер усмотрения значительно осложняет юридическую регламентацию его адекватной реализации субъектами нормативного правового регулирования.

Дискреционные тенденции практики правового регулирования организации и функционирования представительной законодательной власти.

Особую озабоченность в практике нормативного правового регулирования вызывают предпринимаемые с использованием дискреционных полномочий акты злоупотребления целесообразностью, которые нередко противоречат принципам организационного устройства и функционирования институтов представительной законодательной власти. Возьмем, например, упразднение Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации (далее – Государственная Дума РФ) *права отзыва депутатов* избирателями, а также упразднение института депутатского наказа, т.е. права избирателей давать депутатские наказаы, в которых, по сути, заключается смысл представительной демократии.

«Усилиями депутатского корпуса избиратели были лишены важного механизма контроля над деятельностью избираемых ими депутатов. Он выражался в том, что депутаты Государственной Думой РФ должны были ежегодно отчитываться перед избирателями о выполнении данных им депутатских наказов. При этом в случае их невыполнения избиратели имели право отзыва депутата»¹⁹⁹. Такого рода инициативы депутатов противоречат их

¹⁹⁹ Валиев Р.Г. Об отдельных противоречиях и принципах оптимизации правового регулирования организации и функционирования институтов представительной государственной власти // Правовая политика и правовая жизнь. 2022. № 3. С. 218.

статусу и статусу Государственной Думы РФ как представительной законодательной власти, поскольку она изначально и названа представительной, так как должна представлять интересы своих избирателей. Поэтому если субъект представительной законодательной власти в дискреционном порядке под надуманными предложениями сам устраняет существующий в его отношении институт ревизии, то это не может не умалять самой сути представительной демократии.

Упразднение права отзыва депутатов избирателями и института депутатского наказа имело своим результатом устранение подотчетности и подконтрольности и, следовательно, ответственности депутатов перед избирателями, породив проблему их безответственности, которую, как представляется, следует рассматривать как одну из дискреционных тенденций практики нормативного правового регулирования организации и деятельности Государственной Думой РФ. Как справедливо отмечает А.А. Фомин, «безответственность органов государственной власти, местного самоуправления и их должностных лиц относится к числу наиболее существенных факторов, представляющих угрозу конституционной безопасности»²⁰⁰. Она «подрывает принципы надлежащей организации государственного управления, равенства и социальной справедливости, препятствует конкуренции, затрудняет экономическое развитие и угрожает стабильности демократических институтов»²⁰¹.

Инициативы депутатов по аннулированию обозначенных принципов представляются деструктивными по отношению к институту и режиму представительной демократии. Результатом устранения права отзыва депутатов избирателями и института депутатского наказа выступает тенденция социального и политического отчуждения депутатов от избирателей. Аннулирование депутатами института подотчетности перед своими

²⁰⁰ Фомин А.А. Юридическая ответственность государственных органов и должностных лиц как гарантия конституционной безопасности // Правовая культура. 2019. № 2 (37). С.7.

²⁰¹ Там же, С. 10.

избирателями и права своего отзыва ими, равно как и реальное представительство интересов электората, замещено политическим лоббизмом узких кругов, что противоречит самой природе демократической государственной власти, основанной на представительной форме ее организации. В результате лоббизм в законотворчестве нередко сопровождается принятием законов, сориентированных на узкогрупповые интересы в ущерб общесоциальным интересам большинства общества. Что же касается принятия некоторых социальных законов, касающихся социальных интересов простых избирателей, то они легко блокируются голосованием социально обеспеченного большинства, которое в силу материальной обеспеченности не зависит от социального законодательства.

Последний резонансный факт такой парламентской практики – принятие Федерального закона о повышении пенсионного возраста российских граждан при полном игнорировании интересов всех (за исключением лиц со статусом пенсионера) избирателей. Несмотря на очевидное массовое несогласие с правительственной идеей реформы пенсионного возраста (официальная работа инициативных групп по сбору подписей избирателей о предложении вынести вопрос на референдум, активность отдельных депутатов, собрания и митинги граждан) ЦИК РФ отказала в референдуме по «техническим» (процедурным) вопросам, а Государственная Дума РФ поддержала законодательную инициативу правительства. Такого рода практика деятельности депутатов Государственной Думы РФ граничит с забвением коренных интересов избирателей. А это сопряжено с рисками пессимистических настроений среди избирателей и их самоотчуждения от избирательных процессов.

Не вдаваясь в социально-экономический аспект данного кейса, отметим, что эпопея с попытками инициативных групп перенести решение вопроса по реформе пенсионного возраста в русло народовластия обнажила проблему правового регулирования организации референдума. Дело в том, что в контексте требований Федерального конституционного закона от 28.06.2004 №5-ФКЗ «О референдуме Российской Федерации» данная форма народовластия блокируется

сложными бюрократическими процедурами, которые контролируются ЦИК РФ. В этом можно убедиться, обратив внимание на обязательность нотариального удостоверения подписей граждан – участников региональных подгрупп (не менее 100 человек). При этом любая техническая ошибка в оформлении процедурных документов влечет отказ со стороны ЦИК РФ. Это во многом объясняет, почему референдум по инициативе избирателей является дефицитной формой народовластия. В этой связи у избирателей РФ практически актуальной является только представительная форма демократии, изначальная природа которой усилиями депутатов Государственной Думы РФ подверглась негативной деформации.

Между тем следует отметить, что по смыслу статьи 3 Конституции Российской Федерации, граждане со статусом избирателя имеют не только суверенное право делегировать своим представителям властные полномочия, но и на правах суверена контролировать их осуществление. Этот принцип со всей очевидностью актуализируется в свете поведения депутатского корпуса России, ангажированного интересами политической целесообразности, корпоративными и прочими интересами, противоречащими основополагающему принципу основ конституционного строя и статусу депутатов как представителей народа в институтах представительной власти.

Таким образом, тенденция забвения интересов большинства избирателей в правотворческой политике высшего законодательного органа страны оказалась весьма устойчивой, что априори противоречит статусу Государственной Думы РФ как института представительной демократии.

В последние годы получила распространение деструктивная, для института представительной демократии, практика получения мандата кандидата в постороннем для него избирательном округе субъекта федерации, в котором кандидат не работает и не проживает. Очевидно, что такая практика представляется заведомо деструктивной и абсолютно недопустима. Чем может быть полезен такой кандидат округу, в котором кандидат никогда ранее не жил, не живет и не работает. Будет ли он озабочен интересами избирателей или будет

преследовать исключительно личные, корпоративные, карьерные и иные интересы? Этот вопрос не может оставаться на совести депутата.

На основании изложенного представляются актуальными меры, направленные на приближение депутатов Государственной Думы РФ к интересам избирателей, совершенствование взаимодействия депутатов с избирателями, обеспечение баланса социальных интересов в правотворческой деятельности и восстановление демократического режима функционирования Государственной Думы РФ как главного института представительной государственной власти.

Серьезной проблемой в практике нормативного правового регулирования являются дискреционные тенденции и противоречия, обусловленные отсутствием юридической защищенности принципов права.

Дискреционные тенденции, связанные с реализацией принципов права, обнажают проблему юридической незащищенности конституционных принципов права. Проблема незащищенности конституционных принципов права находит выражение в развитии организационно-функционального устройства Государственной Думы РФ. Абсолютизация» власти одной партии в обеих палатах отечественного парламента противоречит принципу разделения государственной власти как основополагающей конституционной идеи правового государства, закрепленной в статье первой Конституции Российской Федерации. Формально разделение государственной власти имеется, но, по сути, разделительный баланс законодательной и исполнительной властей отсутствует, поскольку абсолютным большинством членов фракции правящей партии в обеих палатах парламента обеспечивается подготовка и принятие любых нужных исполнительной власти законопроектов, что сопряжено с превращением законодательной власти в инструмент исполнительной власти. Между тем разделение государственной власти предполагает обеспечение независимости законодательной ветви и, тем самым, обеспечение ее объективности в вопросе достижения баланса интересов личности, общества и государства в законотворческой деятельности.

Единство представителей партии власти в правительстве и парламентской фракции, по определению, обеспечивает синергию правительственной и законодательной воли. Это единство имеет своей негативной издержкой безудержную поддержку любых правительственных законопроектов. В результате подавляющее превосходство одной партии в законодательной власти не только нивелирует многопартийный характер политической системы, но и порождает дисбаланс интересов общества и государства.

Разумеется можно оправдать ситуацию политической целесообразностью и даже тем, что данная ситуация является результатом волеизъявления избирателей. Однако какими бы факторами не объяснялось сложившееся парламентское большинство одной партии, оно не соответствует принципу разделения государственной власти, историческая природа которого детерминирована стремлением обеспечить систему сдержек и противовесов возможному произволу какой-либо одной из ветвей государственной власти. Очевидно, что конституированный многопартийный характер политической системы общества не гарантирует от рисков дисбаланса и монополизации влияния партии власти не только на законодательную власть, но и саму политическую систему. Между тем разделение государственной власти предполагает обеспечение независимости законодательной ветви и тем самым обеспечение ее объективности в вопросе достижения баланса интересов личности, общества и государства в законотворческой деятельности.

Таким образом, «принцип разделения российской государственной власти в своей современной динамике испытывает на себе издержки избирательной системы и требует оптимизации и усовершенствования адекватно ее конституционной модели. Преодоление сложившейся ситуации видится в выработке механизма оптимизации баланса властей, который бы исключал абсолютизм власти проправительственной политической партии власти на уровне парламентского взаимодействия с другими партиями. Необходима оптимизация избирательного законодательства, на основе которой должен быть выстроен справедливый баланс интересов. В изложенном контексте актуальным

представляется совершенствование функционирования законодательной власти в порядке оптимизация состава парламента²⁰².

Противоречивость и технико-юридическое несовершенство нормативных правовых актов. Развитие правотворческого процесса со всей очевидностью демонстрирует то, как новации правовой политики оказывают влияние на динамику практики правового регулирования. Некоторые из этих новаций предопределяют новый смысл юридических конструкций, что обуславливает актуальность их осмысления в контексте деструктивных тенденций, обусловленных несовершенством юридической техники, которое очевидно при анализе используемых технико-юридических средств формулирования нормативных правовых предписаний²⁰³. Так, например, системной проблемой правотворческой юридической техники является умолчание о границах правомочий (полномочий) адресатов норм права. Сказанное в полной мере относится к дискреционной юридической технике, которая отличается абстрактно-общим и относительно определенным характером правовых предписаний и выступает как фактор дискреционных тенденций практики нормативного правового регулирования.

Одним из проявлений технико-юридического несовершенства нормативно-правовых актов можно считать непоследовательность и противоречивость дефинитивных норм. Так, пункт 1 статьи 130 Гражданского кодекса Российской Федерации с одной стороны даёт достаточно логичную дефиницию недвижимого имущества, к которому относится «все, что прочно связано с землёй, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно». С другой стороны, в противоречие предусмотренной дефиниции понятия недвижимого имущества, рассматриваемая норма к недвижимым вещам относит также подлежащие

²⁰² См.: Валиев Р.Г. Об отдельных противоречиях и принципах оптимизации правового регулирования организации и функционирования институтов представительной государственной власти. С.220-221.

²⁰³ Валиев Р.Г. О коррупциогенном статусе правоприменительных дискреционных полномочий // Юридические исследования. 2018. № 12. С. 2.

государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Кроме того, согласно статье 130 Гражданского кодекса Российской Федерации, законом к недвижимым вещам может быть отнесено и иное имущество. Абстрактность такого примечания также противоречит назначению нормативно-правовой дефиниции понятия недвижимого имущества. Поэтому возникает резонный вопрос: для чего формулируется понятие недвижимого имущества с его признаками»²⁰⁴. Дефектность юридической техники негативно влияет на правотворческий и правореализационный процессы, что обуславливает актуальность проблемы оптимизации собственно юридической техники и технологии.

Другим примером технико-юридического несовершенства может служить правило пункта 1, части 1, статьи 24.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. В указанной норме в качестве обстоятельства, исключающего производство по делу об административном правонарушении, указано отсутствие события административного правонарушения. Между тем, событие как вид юридического факта в трактовке общей теории права – это обстоятельство, не зависящее от воли лица. Очевидно, что авторы рассматриваемой статьи проигнорировали теорию юридических фактов. Поэтому в указанной статье закона следовало закрепить отсутствие не события, а факта административного правонарушения. На основании изложенного, с целью исправления дефекта ее юридической техники, представляется целесообразным изменить формулировку пункта 1, части 1, статьи 24.5 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации, изложив ее следующим образом: «1) отсутствия факта административного правонарушения».

Противоречивость и технико-юридическое несовершенство отдельных технологий правотворческого аудита.

²⁰⁴ Валиев Р.Г. О некоторых теоретических и практических аспектах юридической техники и технологии // Уч. зап. Казанского филиала РГУП. 2016. Т. 12. С. 9.

Развитие правотворческого процесса требует осмысления негативных дискреционных тенденций правотворческой практики, обусловленных несовершенством юридической техники. Актуальность осмысления негативных тенденций правотворческой юридической техники очевидна при анализе используемых технико-юридических средств формулирования нормативных правовых предписаний. Так, например, системной проблемой правотворческой юридической техники является умолчание о границах полномочий (полномочий) адресатов норм права. Имеются факты подмены правил юридической техники литературными приемами, что приводит к смешению используемых понятий, а это, в конечном счете, значительно усложняет восприятие текстов предписаний нормативных правовых актов. При всей актуальности технико-технологического аспекта правового регулирования нельзя не учитывать тот факт, что качество любых видов правовых актов, а также деятельности по их созданию и реализации зависят не только от соблюдения правил юридической техники. Оно в немалой степени зависит от качества самой юридической техники и технологии, что, в свою очередь, объясняется их дискреционной природой. Можно в этой связи согласиться, что «определение качества той или иной юридической технологии – архиактуальная и сверхсложная задача»²⁰⁵, необходимость решения которой актуализирует проблему оптимизации и совершенствования дискреционной юридической техники.

Недостатки юридической техники негативно влияют на правотворческий и правореализационный процессы. В этом контексте важным аспектом актуальности юридической техники является ее дефектность, что обуславливает актуальность проблемы оптимизации и совершенствования самой юридической техники. Несвершенство используемой юридической техники олицетворяет собой деструктивный потенциал, негативно влияющий на процессы правового регулирования и правореализации. Сказанное в полной мере относится к

²⁰⁵ Карташов В.Н. Юридическая технология или юридическая техника? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. 2007. № 1. С.22.

дискреционной юридической технике, которая отличается абстрактно общим и относительно определенным характером ее средств.

В качестве наглядного кейса негативных тенденций правотворческой практики, обусловленных несовершенством юридической техники, представляется противоречивость технологии антикоррупционной экспертизы, предусмотренной Методикой проведения антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов и проектов нормативно-правовых актов, утверждённой постановлением Правительства РФ от 26.02.2010 N 96 (далее – Методика). Согласно Методике, коррупциогенными факторами, устанавливающими для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, являются: «определение компетенции по формуле "вправе" – диспозитивное установление возможности совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления действий в отношении граждан и организаций»²⁰⁶. Предусмотренные Методикой маркеры коррупциогенности дискреционных полномочий, порождают проблемную ситуацию, связанную с необходимостью уточнения статуса правоприменительных дискреционных полномочий в контексте их юридической природы, поскольку деятельность эксперта связана с необходимостью для эксперта находить и устранять из нормативных правовых актов нормы, содержащие дискреционные полномочия. Между тем дискреционные полномочия являются имманентным свойством властной компетенции субъекта правоприменения, необходимым для реализации функций правоприменительной деятельности.

Природа дискреционных полномочий и, соответственно, дискреционных норм права, обусловлена невозможностью в рамках законотворчества предусмотреть все многообразие обстоятельств динамично развивающейся

²⁰⁶ См.: Постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. N 96. С изменениями и дополнениями от: 18 декабря 2012 г., 27 марта, 27 ноября 2013 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://base.garant.ru/197633/>

социальной практики. Очевидно, что возможность конкретизации нормативно-правовых предписаний на уровне законотворчества не состоятельна. Она достигается в процессе их реализации посредством использования правоприменительного усмотрения. В таких условиях заменить диспозитивные предписания дискреционных норм права казуистичными, с указанием всей вариативности правореализационных ситуаций, объективно сложно и невозможно. Поэтому в вопросе правовой политики по преодолению коррупциогенной юридической техники дискреционных норм права следует принимать во внимание юридическую природу правоприменения.

Выступая важнейшим средством правоприменения, дискреционные полномочия обуславливают возможность для правоприменителя подвергать юридической квалификации обстоятельства правореализационной ситуации и принимать соответствующие решения, тем самым обеспечивая преодоление неопределённости объективного права и его гибкость с точки зрения обстоятельств места, времени, круга лиц и т.п. На этой основе устраняется объективно существующее противоречие как между общим характером нормативных правовых предписаний и индивидуальностью конкретной социальной ситуации, так и диспозитивным характером дискреционной нормы права и общеобязательностью права.

Иными словами, отсутствие возможности казуистичного правового регулирования объясняет природу общего характера норм и деятельность по их адресной конкретизации в порядке реализации статусных дискреционных норм права. В таких условиях предлагать исключить дискреционную юридическую технику или дискреционные полномочия, равно как и заменить дискреционные нормы права в порядке конкретизации предписаний нормативных правовых актов с указанием всей вариативности правореализационных ситуаций правоприменения объективно невозможно.

Поскольку в практической юриспруденции отсутствуют технико-технологические алгоритмы, исключаящие усмотрение в правовом регулировании и правореализации, постольку правовое регулирование и

правореализация будут подвержены воздействию дискреционной составляющей, порождающей различные дискреционные тенденции в их развитии. В таком аспекте попытка исключить дискреционный характер управомочивающих норм права равнозначна попытке исключить их диспозитивность и подменить правоприменительную конкретизацию нормативным правовым регулированием. Абстрактно-общий характер норм права определяет необходимость существования определённого «люфта» для субъекта правоприменения, без которого эффективно применить правовую норму адекватно правоприменительной ситуации объективно невозможно²⁰⁷.

Изложенное свидетельствует о том, что требование Федерального закона N 172-ФЗ от 17.07.2009 года об изменении положений нормативного правового акта, устанавливающих необоснованно широкие пределы усмотрения для правоприменителя, олицетворяет логическое противоречие и представляется ошибочным.

В контексте изложенного можно заключить, что проблема преодоления или противодействия коррупции должна решаться не в рамках кампании по «борьбе» с коррупциогенными, по сути дискреционными и диспозитивными, нормами права, а в рамках борьбы с преступлениями должностных лиц и граждан. В противном случае основные федеральные законы, посвященные борьбе с преступлениями, прежде всего, Уголовный кодекс РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ, нормы которых содержат определение компетенции по формуле "вправе", т.е. устанавливают для субъектов судебного правоприменения диспозитивные правомочия, следует признать исключительно коррупционноремными.

Кроме того, Методика устанавливает и заведомо несостоятельные принципы проведения антикоррупционной экспертизы. Так, принцип объективности заведомо несостоятелен в силу субъективности самой оценки и оценочных действий субъекта антикоррупционной экспертизы.

²⁰⁷ Валиев Р.Г. О коррупциогенном статусе правоприменительных дискреционных полномочий. С.6.

Рассмотренные тенденции свидетельствуют об актуальности требований как к технико-юридическому качеству формулируемых в текстах нормативно-правовых актов юридических конструкций, так и качеству применяемых в рамках правового регулирования технологий правотворческого аудита.

Дискреционные тенденции в правовой политике. Усмотрение, как дискреционное начало субъектов правовой политики, выступая ее органичным ресурсом, значительно влияет на динамику правотворческой деятельности. Весьма характерными дискреционные тенденции являются для современной правовой политики. Они имеют место практически во всех её областях, включая в себя «процессы по оптимизации права, стратегическое планирование правотворчества и правового развития общества целом, разработку концептуальных основ правового регулирования в разных сферах, выработку приоритетов правового и социального развития»²⁰⁸.

В правовой политике особенно выражен симбиоз правового регулирования и дискреции – независимый свободный выбор и определение стратегии и тактики в области правового регулирования. В ней наиболее очевидна интервенция дискреционной власти субъектов правовой политики в процесс формулирования основных задач и направлений совершенствования законодательства. Об этом, например, наглядно свидетельствует практика определения направлений законодательной политики через ежегодные послания российского Президента Федеральному Собранию РФ.

Правовая природа дискреционного характера правовой политики, в целом, не вызывает вопросов. Дискреционная власть, выступая органичным ресурсом любой правовой деятельности, значительно влияет на динамику правовой политики и различные по своему характеру (позитивные или негативные) последствия. Поэтому справедливым представляется тезис о том, что дискреционное начало выступает существенным фактором противоречивости не только правовой политики, но и правотворческой, правоприменительной,

²⁰⁸ Малько А.В. Гайворонская Я.В. Доктринальные акты как основной инструмент правовой политики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 5.

правоинтерпретационной деятельности²⁰⁹. Дискреционные полномочия нередко обуславливают такие дискреционные тенденции, в которых усмотрение детерминирует дискреционный произвол. С этой точки зрения представляется актуальным изучение отдельных тенденций правовой политики, в которых фокусируются проявления ее дискреционности, позволяющие раскрыть механизм детерминации противоречивых последствий ее воздействия на процесс правового регулирования.

Одним из весьма распространенных проявлений дискреционной тенденциозности правовой политики является ангажированность не критичным заимствованием зарубежных правовых институтов, что до недавнего времени было связано с общей тенденцией модернизации российской правовой системы, обусловленной глобализационными процессами. Весьма показательна в этом контексте уголовно-процессуальная политика, ознаменовавшаяся легализацией института досудебного соглашения о сотрудничестве со следствием и реформированием правовой преюдиции.

Дело в том, что досудебным соглашением создается презумпция вины остальных подсудимых, а также презумпция правомерности приговора в отношении другого подсудимого в случае, если последний будет осужден на основании заведомо ложных показаний обвиняемого. Здесь можно говорить о «двойном стандарте» и противоречиях принципам Конституции России и уголовного судопроизводства «легализованных» соответствующими постановлениями Пленума Верховного Суда РФ правоположений, в соответствии с которыми, например, не подлежит ответственности за ложный донос обвиняемый, если он сообщит о совершении инкриминируемого ему преступления в соучастии с абсолютно непричастным к преступлению лицом. В определении Верховного Суда РФ N 1-Д97-16 по делу Н. указано: «Заведомо ложные показания подозреваемого о совершении преступления другим лицом

²⁰⁹ О понятии и роли дискреционного начала в праворегулирующей деятельности см.: Валиев Р.Г. О статусе диспозитивного начала в механизме публично-правового регулирования / Уч. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманит. науки. 2011. Т. 153, кн. 4. С.22-29.

заведомо ложный донос не образуют, поскольку были даны с целью уклониться от уголовной ответственности и являлись способом защиты от обвинения»²¹⁰. Ценой «нужных» следствию показаний обвиняемый превращается в субъекта доказывания вины остальных обвиняемых, подменяя в этом следственные органы. В этом, как представляется, выражается противоречие уголовного судопроизводства.

Уголовно-правовой политикой создана потенциально опасная предпосылка для пролонгированного злоупотребления институтом досудебного соглашения о сотрудничестве, когда любого, находящегося под стражей обвиняемого органы дознания и следствия могут заинтересовать «делкой с правосудием» в обмен на оговор в причастности к преступлению заведомо невиновного человека, поскольку ответственности за такой оговор обвиняемый не несет.

Приведенный кейс позволяет заключить, что правовая политика, в принципе призвана обеспечивать совершенствование законодательства в порядке избирательного преодоления определенных противоречий в развитии правовой сферы, но она же может их и порождать. Полагаем, что в этом значении учение о правовой политике является методологическим основанием разработки проблематики оптимизации той части исследования дискреционной практики правового регулирования, которая касается институционально-правовых основ или институционально-правовой составляющей практики правового регулирования. Приведенный материал судебной практики позволяет сделать вывод, что право обвиняемого на защиту, будучи диспозитивным, имеет определенные границы. Проблема лишь в том, что юридическая оценка таких действий и их последствия находятся во власти дискреционных полномочий органа следствия и суда.

Нельзя игнорировать того очевидного факта, что за таким процессуальным упрощенчеством стоят драматичные судьбы людей, оказывающихся

²¹⁰ См.: Бюллетень ВС РФ. 1998. № 4. С.15.

заложниками досудебного соглашения о сотрудничестве лица, которое ценой «нужных» следствию показаний превращается в субъекта доказывания вины остальных обвиняемых, подменяя в этом следственные органы. Противоречивость парадоксальной ситуации заключается в том, что, если у органа следствия отсутствуют доказательства вины обвиняемого, то последний не нуждается в досудебном соглашении о сотрудничестве. Заключение же досудебного соглашения о сотрудничестве в обмен лишь на признание вины при наличии доказательств его виновности не представляет интереса для органа следствия. Согласно смыслу части 4, статьи 317.6 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, досудебное соглашение о сотрудничестве не применяется, если содействие подозреваемого или обвиняемого следствию заключалось лишь в сообщении сведений о его собственном участии в преступной деятельности. Следовательно, у органа следствия остается один реальный вариант использования досудебного соглашения – когда он не имеет прямых доказательств вины других лиц или их причастности к событию преступления. При этом в качестве «других лиц» может оказаться любой невиновный, на которого укажет и в отношении которого может дать показания обвиняемый. Гипотетически, в условиях легализованного «иммунитета» от уголовной ответственности за ложный донос таким лицом может оказаться человек, с которым обвиняемый, в бытность свою, находился в конфликтных отношениях.

Имея процессуальную возможность использовать досудебное соглашение о сотрудничестве обвиняемого, вина которого установлена предварительным следствием, для установления нужных органу следствия «других лиц» и получения нужных для следствия показаний, орган следствия обретает «законный» способ возложить на такого обвиняемого бремя доказывания вины «других лиц» без всякого риска уголовной ответственности за фальсификацию доказательств или привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности. Именно таким сценарием может быть ангажирован орган

следствия в силу дискреционного полномочия, предусмотренного частью 2, статьи 317.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

Неопределенность правовой нормы в части перечня действий по содействию следствию подозреваемым или обвиняемым значительно расширяет возможности дискреционного произвола в механизме уголовного судопроизводства. В условиях, когда ложный донос обвиняемого о совершении преступления другими лицами признается средством его защиты от предъявленного обвинения и не влечет за собой уголовной ответственности, оговор заведомо невиновного лица может стать разменной монетой при стремлении заполучить снисхождение суда в порядке заключения досудебного соглашения о сотрудничестве со следствием. Таким образом, сомнительность рассматриваемого уголовно-процессуального института очевидна. Он имеет потенциально коррупциогенный характер. Ее применение всецело находится во власти дискреционных полномочий органов дознания и следствия и может провоцировать уголовно-процессуальные злоупотребления.

Нельзя не сказать и о том, что склонение следователем к даче показаний против другого гражданина и при этом скрывающим от ранее не судимого лица тех драматичных для него последствий, которые его ожидают в случае назначения ему судом реального срока лишения свободы в местах заключения за сотрудничество со следствием следует признать, как минимум, безнравственным и деструктивным.

Рассматриваемый уголовно-процессуальный институт находится в противоречии не только с конституционными принципами состязательности, равноправия сторон уголовного процесса, но и с отдельными принципами уголовного процесса (принцип беспристрастной оценки доказательств и пр.). Данным институтом создана потенциально опасная предпосылка для пролонгированного злоупотребления, как дискреционными полномочиями обвиняемого, так и дискреционными полномочиями следователя, когда любого, находящегося под стражей обвиняемого могут заинтересовать «сделкой с правосудием» в обмен на оговор в причастности к преступлению заведомо

невиновного человека, поскольку ответственности за такой оговор обвиняемый не несет. Чем не «законный», действенный и латентный способ расправы с негодными людьми в эпоху конфликта интересов на почве процветания вымогательства, рейдерства и коррупции. Об этом свидетельствует массовое использование заключения под стражу в качестве средства влияния на представителей сферы бизнеса.

Правовая политика, как известно, отличается своей направленностью на совершенствование, упорядочение либо преобразование правовой сферы жизни общества. Однако стремление оптимизировать судопроизводство не может быть оправдано, если в результате такого реформирования выхолащивается социальная ориентированность приоритетов правовой политики, ограничивается правовое положение человека и гражданина как участника судебного процесса.

Изложенное позволяет заключить, что в вопросе легализации института досудебного соглашения с обвиняемым уголовно-процессуальная политика оказалась недостаточно выверенной на концептуальном уровне ее актуализации, так как обуславливает определенные противоречия на уровне ее реализации, позволяющие в рамках конкретного уголовного дела ставить вопрос о нарушении принципов Конституции РФ и общепризнанных принципов и норм международного права.

Весьма характерны дискреционные тенденции судебной правовой политике высших судов Российской Федерации по вопросам судебной практики. В условиях, когда судебная политика зависит от дискреционных полномочий высших судов России и может быть ангажирована политической целесообразностью, корпоративными и иными интересами, порождающими конфликт интересов, она не застрахована от дискреционной тенденциозности и противоречий в процессе осуществления правосудия. Так, например, можно утверждать, что тенденция легализации пресловутой презумпции правомерности практически всех судебных решений – это результат все той же

дискреционности, проявляемой на уровне политики Верховного Суда Российской Федерации.

В судебной политике Верховного Суда Российской Федерации и доктрине процессуального права небезосновательно стремление оградить осуществление правосудия от такой тенденции, как деструктивная ангажированность судьи, под воздействием которой судья утрачивает объективность. Ангажированность весьма многообразна в силу разнообразия ее причин. Одна из причин – шаблонность или стереотипность мышления, обусловленная отсутствием достаточного профессионализма. Следует согласиться, что «судьи, подчиняющие свои решения требованиям вышестоящих судебных инстанций, фактически обезличивают принимаемые ими решения, отстраняются от формирования и описания своего личного усмотрения обстоятельств дела»²¹¹. Это явление приводит к шаблонности мышления, которая проявляется в том, что судья воспринимает обстоятельства уголовного дела и сложившуюся ситуацию не на основании его независимого анализа обстоятельств дела, а на основе сложившихся стереотипов. Это одно из проявлений профессионально-нравственной деформации судьи, которое можно расценивать как угрозу правосудию.

Одна из распространенных и хорошо известных дискреционных тенденций судебной практики по уголовным делам, заложенная Уголовным кодексом России, находит выражение в злоупотреблении возможностью, далеко не всегда оправданного, снижения наказания ниже низшего предела уголовно-правовых санкций. Гуманность как черта уголовно-правовой политики и правосудия не вызывает никакого сомнения. Однако здесь имеется противоречие – установлением самой возможности проявлений снисхождения к подсудимым по усмотрению судьи уголовно-правовая политика создает

²¹¹ Тихий А.В. Усмотрение как элемент механизма формирования внутреннего убеждения судьи при рассмотрении уголовных дел // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2017. № 2 (115). С. 210

предпосылку для коррупциогенности уголовно-правовых норм и увеличивает возможности коррупции в судебной практике.

Одной из дискреционных тенденций судебной практики выступает ее разнообразие. Разнообразие судебной практики выражает собой непоследовательность, ангажированное усмотрение, правоприменительный произвол и другие недостатки судопроизводства, дискредитирующие правосудие. Причем, например, даже в случае халатного или небрежного судебного правоприменения, действия судьи в случае отмены судебного акта будут заведомо расценены в качестве судебной ошибки, в отношении которой действует так называемая нами «презумпция правомерности судебской ошибки». И это притом, что халатность и небрежность олицетворяют собой самостоятельные формы неосторожности как признака правонарушения. Более того, в отношении должностных лиц халатность, согласно уголовному закону, представляет собой должностное преступление»²¹². Вероятно, поэтому в Постановлении Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 года N 1-П отмечалось, что «при столь большой зависимости результата осуществления правосудия от судебской дискреции разграничение незаконных решений, принятых в результате не связанной с виной ошибки судьи и его неосторожной вины, представляет собой трудновыполнимую задачу»²¹³. А между тем неправосудные судебные акты сопровождаются негативными издержками (организационными, материальными, моральными и пр.).

В процессе осуществления правосудия, о чем свидетельствуют многочисленные факты драматичной практики, судебское усмотрение, если оно не соотнобразуется с его назначением в механизме осуществления правосудия, может выступать в качестве фактора, детерминирующего неправосудные

²¹² Валиев Р.Г. Дискреционная власть как ресурс правовой деятельности (к постановке вопроса) // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. 2010. № 2. С.110-113.

²¹³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 года N 1-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, С.И. Кальянова и Н.В. Труханова» // СЗ РФ. 2001. № 7. Ст. 700.

судебные акты. Усмотрение как средство осуществления дискреционной власти суда, не имеет каких-либо ограничений в виде конкретных, формально определенных пределов. Между тем, отсутствие оптимального порядка осуществления дискреционных правомочий судебной власти значительно усиливает дискреционный характер и коллизийность судебного правоприменения, провоцирует легализованный произвол судейского усмотрения, завуалированный пресловутой презумпцией правомерности судебных ошибок. На зависимость произвола судейского усмотрения от его неограниченности пределами права неоднократно обращается внимание Конституционного Суда РФ. В его решениях отмечается, что «неопределенность содержания правовой нормы допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения, что неизбежно ведет к произволу, а значит – к нарушению принципов равенства, а также верховенства закона»²¹⁴.

В литературе отмечается, что сами постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации не лишены недостатков, детерминирующих разнообразие судебной практики, в частности, их несогласованность и отсутствие преемственности в них»²¹⁵.

Одно из системных противоречий судебной системы, детерминируемых деструктивными дискреционными тенденциями судебной практики заключается в том, что государственный характер деятельности судьи практически отягощен исключительно личным усмотрением судьи, ответственность которого сопряжена с ответственностью государства. Судья обладает независимостью, которая выражается в обладании им государственной властью и имеет

²¹⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 22.07.2002 г. № 14 – П «По делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О реструктуризации кредитных организаций», пунктов 5 и 6 статьи 120 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами граждан, жалоб региональной общественной организации «Ассоциация защиты прав акционеров и вкладчиков» и жалобой ОАО «Воронежское конструкторское бюро антенно-фидерных устройств» // СЗ РФ. 2002. № 31 С. 3161.

²¹⁵ См.: Курц А.В. Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации о назначении уголовного наказания и их недостатки // Материалы круглых столов. Выпуск 1. Сборник статей. Казань, 2011. С.213.

дискреционный характер. Суд – это публичный институт, а деятельность судей имеет субъективный характер. Публичная власть судьи деперсонифицирована, что находит выражение в оглашении им судебных актов от имени государства и обуславливает ответственность государства.

Следует отметить, что опасность неадекватного использования дискреционных полномочий значительно возрастает в силу латентного характера правоприменительной дискреции, осуществляемой на интеллектуально-волевом уровне. Латентный характер правоприменительной дискреции, опосредуемой воздействием объективных и субъективных факторов, создает потенциальную предпосылку к произвольному применению абстрактно-общих и относительно определенных норм права. Разумеется, что, например, дифференцированное судебное применение уголовно-правовых норм, содержащих относительно определенные санкции, призвано обеспечить более справедливое наказание. Однако в этом можно видеть и коррупционную составляющую, когда в рамках закона суду ничто не мешает в условиях конфликта интересов в каждом конкретном случае осуществлять конкретизацию норм права, действуя исходя из соображений, обусловленных конфликтом интересов. В таком контексте в качестве важнейшего фактора противодействия злоупотреблениям в процессе реализации подобных норм в порядке их судебного применения выступает единство судебной практики, обеспечиваемое на уровне постановлений Верховного Суда РФ. Последние, как известно, будучи призваны обеспечить единство судебной практики, выступают одним из реальных механизмов оптимизации судебного правоприменения, противодействия негативным проявлениям своеволия при осуществлении правосудия, выступающих в качестве негативной издержки абсолютной независимости судебной власти на уровне основных звеньев судебной системы. Однако и на этом уровне судебной власти не обходится без дискреционных правомочий Верховного Суда РФ. Что же касается перспектив обжалования и (или) пересмотра, то здесь также многое зависит как от самого дела, относительно которого дискреционно фокусируются относительно

определенные нормы права, так и от ситуации (в том числе политической), в рамках которой данное дело возбуждалось и развивалось.

Дискреционные тенденции практики индивидуального правового регулирования находят выражение в следующем.

Несправедливость судебных приговоров. Одна из негативных дискреционных тенденций в уголовном судопроизводстве выражается в несправедливости судебных приговоров. Она выражается как в назначении слишком сурового, так и слишком мягкого наказания. Проблема несправедливости судебных решений выражается и в том, что суды, реализуя дискреционное полномочие, далеко не всегда оправданно снижают наказание ниже низшего предела, предусмотренного санкцией соответствующей статьи. Пленум Верховного Суда Российской Федерации, уделяя внимание вопросу справедливости при назначении наказания, выразил соответствующую позицию» о недопустимости практики снижения судами наказания ниже низшего предела, установленного для данного вида наказания в общей части Уголовного кодекса РФ»²¹⁶.

Материалы судебной практики свидетельствуют об очевидной тенденции использования судьейского усмотрения, ориентированного на смягчение наказания ниже низшего предела даже в случаях рецидива тяжких преступлений. Гуманность как черта правосудия не вызывает никакого сомнения. Однако очевидно, что такая исключительно радикальная мера создает предпосылку для коррупциогенности Уголовного кодекса РФ, если не превращает его в коррупциогенный нормативный правовой акт, так как увеличивает возможности коррупции в судебной практике.

На наш взгляд, проблема несправедливости судебных приговоров очень тесно связана с проблемой правоприменительного толкования принципов

²¹⁶ См.: Постановление Пленума Верховного суда РФ от 22 февраля 2015 г. № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания». Официальный сайт Верховного суда РФ [Электронный ресурс]. URL: <https://vsrf.ru/documents/own/8470/>

материального и процессуального права, прежде всего, принципа справедливости.

Обвинительный уклон при поддержании государственного обвинения в суде. В соответствии со ст. 6 УПК РФ, назначением уголовного судопроизводства является не только защита прав и законных интересов потерпевших от преступлений, но и защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Поэтому следователь, прокурор и судья обязаны исчерпывающим образом исследовать обстоятельства, как уличающие обвиняемого и отягчающие его вину, так и оправдывающие обвиняемого и смягчающие его ответственность. Однако на практике ст. 6 УПК РФ, в части защиты личности от незаконного и необоснованного обвинения и осуждения, не «работает». Это находит выражение в том, что в некоторых случаях ходатайства адвоката о приобщении следователем к материалам дела доказательств невиновности игнорируются. В судебной стадии уголовное судопроизводство под руководством председательствующего ориентируется на воспроизведении материалов обвинительного заключения. Имеет место пресловутый фактор обвинительного уклона, при котором уголовное судопроизводство может привести к привлечению к уголовной ответственности невиновного, на которого по тем или иным причинам пало подозрение или было предъявлено обвинение.

Деструктивность рассматриваемой дискреционной тенденции заключается в том, что воспроизводя обвинительную версию, суд тем самым может воспроизвести следственную ошибку в окончательном судебном решении.

В практике поддержания государственного обвинения в судах систематически воспроизводится общеизвестная деструктивная дискреционная тенденция – неправомерное расширение гособвинителем закрытого перечня отягчающих уголовную ответственность обстоятельств, предусмотренного статьей 63 УК РФ. Дело в том, что гособвинитель по обыкновению судебной практики на стадии судебных прений, обращаясь к судье, повторяет заученную

фразу, что подсудимый якобы не раскаялся, не признал вину и не сотрудничал со следствием. Этим заявлением гособвинитель пытается выдать за действительное и навязать суду дополнительные отягчающие уголовную ответственность обстоятельства. Между тем данных обстоятельств нет в перечне отягчающих обстоятельств, который является закрытым для его расширительного толкования²¹⁷. И при этом непритязательный адвокат-защитник подсудимого молчит вместо того, чтобы заявить о недопустимости нарушения уголовного закона лицом, призванным обеспечивать своим присутствием высший надзор за законностью в уголовном судопроизводстве. Невозмутимо молчит и судья, который должен заявить о недопустимости нарушения уголовного закона. Чем же можно объяснить такую инерционность?

Во-первых, полагаем, отсутствием навыков критического восприятия происходящего каждый день явного нарушения Конституции России и Уголовного кодекса Российской Федерации.

Во-вторых, пассивностью и инерционностью в осуществлении профессиональных обязанностей. Такая характерная черта поведения превращает адвоката в статиста практики. А между тем, статья 48 Конституции России закрепляет право граждан на оказание квалифицированной юридической помощи, а в соответствии с профессиональной этикой адвоката каждый из них обязан проявлять профессиональную активность в защите прав доверителя.

Можно выразить и соображение о том, что это происходит постольку, поскольку многие адвокаты не входят в положение своих доверителей. Между тем, хорошо известная пословица «никто ни от сумы и от тюрьмы не застрахован» весьма часто находит свое практическое подтверждение и в отношении юристов. Мы видим, что, даже оказавшись под следствием, адвокаты, равно как и бывшие работники прокуратуры и суда, не могут обеспечить действие презумпции невиновности даже в отношении самих себя,

²¹⁷ См.: Уголовный кодекс Российской Федерации от 13. Июня 1996 года № 63-ФЗ. Справочная ГАРАНТ.РУ [Электронный ресурс]. URL: <http://ivo.garant.ru/#/document/10108000/paragraph/491:0>

когда в их отношении вместо подписки о невыезде применяется мера пресечения в виде заключения под стражу. В главном же рассматриваемое тенденциозное поведение указанных юристов происходит именно потому, что указанный уголовно-правовой запрет статьи 63 Уголовного кодекса РФ не обеспечен юридической ответственностью представителей правоохранительной и судебной системы.

Тем не менее, даже при отсутствии легализованной ответственности за нарушение статьи 63 Уголовного кодекса Российской Федерации такому неправомерному поведению вполне успешно можно противостоять.

С обвинительным уклоном связана другая дискреционная тенденция судебной практики – правоприменительные ошибки и так называемая «презумпция» правомерности судебной ошибки, которая часто является воспроизводством следственной ошибки, если судья, исходя из принципа состязательности судебного процесса, доверяет, но не проверяет все доводы и доказательства следствия. Эта одна из дискреционных тенденций судебной практики связана с тем, что в отправлении правосудия неправомерные решения выдаются за судебные ошибки, ответственность за которые, в силу указанной презумпции, исключается. По сути, за неправомерные решения судей в порядке реабилитации отвечает государственная казна в лице Минфина. Получается, что правосудие основано на ответственности государства за судебные ошибки, а не персональной ответственности судей. Это исключительное положение в судебной и правоохранительной системе, когда за действия одного субъекта отвечает другой, т.е. финансовый орган государства.

Придерживаясь объективного подхода к оценке рассматриваемой проблематики, полагаем, что не может быть порицаема судебная ошибка, которая является результатом творческого правосудия. Именно на такую судебную ошибку, как представляется, должна распространяться презумпция ее правомерности. Другое дело, что под этой презумпцией «мимикрируют» ошибки, связанные с недобросовестностью и низкой квалификацией судей. Поэтому вопрос об ответственности за судебную ошибку, как представляется,

должен решаться не тотальной ее элиминацией, поскольку это только расхолаживает недобросовестных судей, а с учетом системных показателей качества судебного правоприменения.

Судебной практика, а также дисциплинарная практика в системе органов прокуратуры и практика работы квалификационных коллегий со всей очевидностью свидетельствует о тенденции распространенности нарушений судейской этики, сопряженных с судебным правоприменением²¹⁸. При этом будь то следственная, прокурорская или судейская ошибка официально не признаются в качестве дисциплинарного проступка. Более того, в судебной и правоохранительной практике существует устойчивая тенденция ограничиваться вынесением судом частного постановления в адрес нарушивших закон сотрудников прокуратуры. Между тем прокурорско-следственные, обвинительные ошибки чреватые незаконным осуждением невиновных. О.В. Качалова, например, описывает факт незаконного осуждения невиновного вследствие формального следования предписаниям, при котором ни сотрудники прокуратуры, ни суд не установили личность обвиняемого. В результате невиновное лицо было необоснованно осуждено, а виновный едва не ушел от ответственности»²¹⁹.

Деструктивной представляется и складывающаяся в последние годы дискреционная тенденция упрощения процедуры изготовления судебного акта, при которой судья может ограничиться описательной и резолютивной частью судебного акта, а мотивационную часть составляет по запросу заинтересованного участника судебного производства. Между тем, в мотивационной части излагаются доводы судьи относительно причин принятия им такого решения, без изложения которых решение может олицетворять собой произвол судейского усмотрения. Латентность судейского усмотрения не позволяла бы оценивать принимаемые судьей решения в качестве

²¹⁸ См. Официальный сайт Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации. [Электронный ресурс]. URL: <http://ta.vkks.ru/publication/1798/>

²¹⁹ Качалова О.В. Как формализм привел к осуждению невиновного // Уголовный процесс. 2022. № 7 (211). С.9.

неправосудных, если бы процессуальным законодательством не предусматривалась в качестве обязательного элемента судебного акта наличие в нем мотивационной части. Именно в этой части судебного акта находит свое выражение сущность и содержание судебского усмотрения. Именно эта часть судебного акта и делает транспарентным качество судебного решения. Наконец, именно посредством мотивационной части судебного акта можно вскрыть содержание и характер, как самих выводов, так и оснований, в силу которых в порядке судебского усмотрения принято данное решение. Последние «высвечивают» мотивы, внутреннее убеждение и совесть судьи, находясь в причинно-следственной зависимости от них. Следовательно, содержание латентной сущности и характера судебского усмотрения раскрывается посредством мотивационной части судебного акта, которая предваряет собой его результаты. В этой связи обязательность мотивации справедливо рассматривать не только в качестве одного из способов достижения транспарентности усмотрения, но и важного фактора противодействия тенденциозности и коррупциогенности при осуществлении судопроизводства. Угроза и риск принятия судебного решения без его мотивации состоит в том, что судья, будучи свободным от мотивации своих решений, может допускать поспешные, непродуманные решения, которые, в случае запроса мотивационной части заинтересованной стороной по делу, уже невозможно будет исправить. А это порождает достаточное основание их квалифицированного обжалования, в силу которого устоять таким решениям в вышестоящей инстанции будет очень сложно.

Транспарентность усмотрения является важнейшим принципом противодействия скрытой форме произвола судебского усмотрения. В контексте изложенного прав В.В. Лазарев, который отмечает, что «правоприменительный акт вступает в законную силу в целом, а не одной лишь резолютивной частью»²²⁰. Представляется, что обозначенный аспект проблемы упрощения процедуры

²²⁰ Лазарев В.В. Применение советского права. С.61.

изготовления мотивационной части судебного решения «по запросу» порождает актуальность принципа единства судебного акта.

В контексте изложенной дискреционной тенденции представляется интересным и ценным опыт правового регулирования процедуры принятия дискреционного правоприменительного решения в ФРГ, которая наряду с мотивацией принимаемого решения предполагает и мотивацию самого усмотрения! Так, в соответствии с § 39 Закона об административных процедурах, «обоснование решения, принятого по собственному усмотрению, должно также содержать исходные положения, мотивирующие осуществление административным органом право собственного усмотрения»²²¹.

Незащищенность правосудия от правоприменительных ошибок. Отмена неправосудного решения не предусматривает какой-либо компенсации за неоправданную потерю личного времени, организационные издержки, отвлечение от профессиональных обязанностей или иной общественно полезной деятельности. Согласно пункту 2, статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации, ответственность судьи предусмотрена только при установлении его вины вступившим в законную силу приговором суда. Возможность же привлечения судей к гражданско-правовой ответственности за неправосудные судебные акты при отсутствии в их действиях признаков состава преступления не нашла своего законодательного оформления, что актуализирует ее актуальность. При этом нередко правоприменительные ошибки имеют деструктивный характер, так как, выражая собой некомпетентность и формально-бюрократический подход к делу, по сути, разрушают и подрывают основы судебного правоприменения.

Негативные характеристики судебного правоприменения становятся известными не только в силу жалоб заявителей. Они становятся известны благодаря активной позиции, добросовестной и высокопрофессиональной

²²¹ См.: Закон об административных процедурах ФРГ 1976г. (ред. от 23.01.2003г.) // Вестник федерального законодательства стр.2745. "Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 11 Absatz 2 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist"

деятельности отдельных представителей адвокатского сообщества, а также прокуратуры и судейского корпуса апелляционной, кассационной и надзорной инстанций, подвергающих взыскательному аудиту акты судебного правоприменения и выявляющие юридическую несостоятельность мотивационной части решения, которая нередко «высвечивает» неадекватность правоприменительного усмотрения. Возьмем, например, выборку статистических данных ВККС РФ за 2021 год: поступило «52115 обращений граждан, из них в отношении судей и руководителей судов общей юрисдикции – 49677 и в отношении судей арбитражных судов – 2438»²²².

Причинами обращений оказались:

«а) грубое или систематическое нарушение процессуальных и иных правовых норм – 23130 (80% от 28916), из них в судах общей юрисдикции – 21848 (79,6% от 27441), в арбитражных судах – 1282 (86,9% от 1475);

б) волокита – 4663 (16,1% от 28916), из них в судах общей юрисдикции – 4530 (16,5% от 27441), в арбитражных судах – 133 (9% от 1475);

в) неэтичное поведение судьи в отношении участников процесса и иных граждан – 916 (3,2% от 28916), из них в судах общей юрисдикции – 874 (3,2% от 27441), в арбитражных судах – 42 (2,9% от 1475);

г) признаки коррупционных правонарушений – 134 (0,5% от 28916), из них в судах общей юрисдикции – 122 (0,5% от 27441), в арбитражных судах – 12 (0,8% от 1475);

д) недостойное поведение судьи в быту – 73 (0,2% от 28916), из них в судах общей юрисдикции – 67 (0,2% от 27441), в арбитражных судах – 6 (0,4% от 1475).

2) не содержащие сведений о совершении судьей дисциплинарного проступка – 22128 (42,5% от 52115), из них в судах общей юрисдикции – 21179 (42,6% от 49677), в арбитражных судах – 949 (38,9% от 2438);

3) анонимные – 568 (1,1% от 52115), из них в судах общей юрисдикции – 554 (1,1% от 49677), в арбитражных судах – 14 (0,6% от 2438);

²²² Обзор результатов деятельности ВККС РФ за 2021 год / Официальный сайт ВККС РФ. <http://vkks.ru/publication/84927/>

4) жалобы, содержащие сведения о наличии в действиях судьи признаков преступления, – 503 (0,9% от 52115)»²²³. В том, что все эти причины имеют деструктивный характер, сомневаться не приходится. Из представленного обзора следует, что деструктивными проявлениями деятельности судьи выступают грубое или систематическое нарушение процессуальных и иных правовых норм, волокита, неэтичное поведение судьи в отношении участников процесса и иных граждан, недостойное поведение судьи в быту²²⁴.

В своем докладе «О работе судов общей юрисдикции Республики Татарстан в 2021 году» Председатель Верховного Суда Республики Татарстан И.И. Гилязов заявил: «Важно отметить негативную тенденцию – в 2 раза увеличилось количество жалоб на процессуальные нарушения, на четверть – на необъективность судей»²²⁵. Необъективность судей – это тот случай, который свидетельствует о деструктивности судейского усмотрения! Как отметил в своем докладе заместитель Председателя Верховного Суда Республики Татарстан М.В. Беляев, «помимо массы иных нарушений, апелляцией установлено, что приговор в части описания деяния и доказательств вины подсудимого является копией обвинительного заключения»²²⁶. «Отмена и изменение 61 % приговоров из-за неправильного применения уголовного закона дискредитирует всю нашу деятельность. Пример грубейшей ошибки – изменение приговора председателя Буинского суда Шамионова в отношении Арлановой, осужденной по части 1 статьи 157 УК РФ в недействующей уже более 5 лет редакции!»²²⁷.

Наглядной является и ежегодная статистика Верховного суда РФ о количестве обжалования в апелляционной и кассационной инстанциях. Как отмечает А.А. Фомин, «к сожалению, немало судебных актов страдают дефектностью в виде излишней краткости, неполноты описания как доводов

²²³ Там же.

²²⁴ См., например: <https://yandex.ru/video/preview/9711702870204983036>

²²⁵ Гилязов И.И. О работе судов общей юрисдикции Республики Татарстан в 2021 году / Правосудие В Татарстане / 2022. № 1 (71). С.9

²²⁶ Беляев М.В. Об итогах работы судов общей юрисдикции Республики Татарстан в 2021 году и задачах на 2022 год / Правосудие В Татарстане / 2022. № 1 (71). С.16.

²²⁷ Там же, С.17.

сторон, заявленных в подтверждение своих требований или возражений, так и аргументов суда в обоснование сделанных выводов. Как результат, необоснованность (отсутствие должной мотивации) становится юридическим основанием к отмене судебных решений вышестоящей судебной инстанцией»²²⁸. Очевидно, что значительное количество отмен и направление дел на новое рассмотрение является свидетельством непрофессионализма или недобросовестности субъектов судебного правоприменения. Они возможны во многом вследствие отсутствия ответственного и творческого подхода к принятию правоприменительных решений, которые будучи основаны на усмотрении, чреватые произволом в принятии решений.

Люди, которым доверено в соответствии с законом разрешение социальных и межличностных конфликтов, находятся в системе юридических и нравственных координат и, следовательно, должны нести не только нравственную, но и юридическую ответственность за свои действия и решения. Иначе имеет место замкнутый порочный круг: позитивная ответственность судей не реализуется, поскольку отсутствует ретроспективная ответственность, а ретроспективная ответственность не реализуется в силу презумпции правомерности судебных ошибок, которые во многом и появляются вследствие отсутствия ретроспективной ответственности.

При осуществлении правосудия недопустимы не только «явно незаконные», уголовно наказуемые действия, но и «не явно незаконные» или ошибочные судебные акты. Если отсутствие ответственности за судебные ошибки есть повод для халатного отношения к делу, то отношение к судебной ошибке как к допустимой издержке правосудия, вряд ли оправданно.

Ситуация, при которой количественные показатели негативных издержек либерализации статуса судебного сообщества перерастают в негативное

²²⁸ Фомин А.А. Право на судебную защиту как конституционный принцип правосудия и основа обеспечения юридической безопасности граждан // Принципы гражданского процессуального права: проблемы правового закрепления, толкования и правоприменения. Сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции. Сост. и редактор З.Ш. Матчанова. 2020. С.179-180.

качественное состояние в динамике правосудия, требует оценки реформ, ориентированных на обобщение и учет как позитивных, так и негативных достижений судебной реформы. Тем более что масштабы негативных издержек судебной реформы противоречат ее главной цели – повышению качества правосудия. Поэтому, если «если правовая политика не отвечает на вызовы динамики правовой практики, не реагирует на ее количественные изменения, отражающиеся на общественном развитии, правах, свободах и законных интересах граждан, такая правовая политика лишается логики и социального смысла²²⁹.

Как одна из деструктивных дискреционных тенденций судебной практики, на наш взгляд, проявляет себя отсутствие гражданско-правовой ответственности судьи за вред, причиненный при осуществлении правосудия. Возможность привлечения судей к гражданско-правовой ответственности за неправомерные судебные акты при отсутствии в их действиях признаков состава преступления не нашла своего законодательного оформления. Данный вопрос касается не только судейского корпуса, но и органов дознания, предварительного следствия и прокуратуры. Гражданско-правовая ответственность всех этих органов поставлена в зависимость от привлечения к уголовной ответственности, т.е. может рассматриваться в качестве субсидиарной в дополнение к уголовной ответственности. Она предусмотрена за вред, причиненный гражданину в результате незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного применения в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде, незаконного наложения административного взыскания в виде ареста или исправительных работ. При этом, будучи объективированной в лице государства, ограничивается ответственностью за счет государственной казны независимо от вины должностных лиц органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда. Однако за правоприменительные ошибки

²²⁹ Валиев Р.Г. Политическая и правовая социализация // Взаимодействие политики и права. Науч. ред. и сост. Ю.С. Решетов. – Казань, 2009. С. 125.

представителей судебной и правоохранительной системы ответственность не предусмотрена.

Одна из деструктивных тенденций, преисполненной драматизмом, находит выражение в широко распространенной дискреционной практики правового регулирования необоснованного заключения обвиняемых под стражу на досудебной стадии уголовного судопроизводства. Судья, руководствуясь частью 1, статьи 97 УПК РФ удовлетворяет ходатайство следователя о заключении под стражу, как показывает статистика в процентном соотношении в 90 случаях из 100 запрошенных ходатайств»²³⁰. При этом весьма часто действует формально, в обход предусмотренного статьей 49 Конституции РФ, принципа презумпции невиновности. Подозреваемый в совершении преступления заключаются под стражу под пресловутым и заведомо бездоказательным предлогом, что «он может скрыться или оказывать давление на свидетелей по делу» несмотря на отсутствие таких попыток с его стороны до момента задержания. При этом в целях обоснования избрания меры пресечения в виде заключения под стражу тенденциозно используется далеко не всегда достаточно аргументированная квалификация действий подозреваемых с так называемым "запасом" именно по признакам состава тяжкого преступления. Причина такой дискреционной практики хорошо известна – заключение под стражу используется как средство психического воздействия на личность подозреваемого и обвиняемого, не согласных с предъявленным обвинением и отказывающихся сотрудничать со следствием. Проблема в том, что такой подход применяется даже при отсутствии прямых доказательств причастности подозреваемого к вменяемому ему преступлению.

В результате, если на стадии судебного производства обнаружится несостоятельность обвинения, то суд, равно как и прокурор, назначенный для поддержания гособвинения в суде, оказываются в сложной противоречивой

²³⁰ Верховный Суд о заключении под стражу. Адвокатская газета [Электронный ресурс]. URL:<https://www.advgazeta.ru/diskussii/verkhovnyy-sud-o-zaklyuchenii-pod-strazhu/> (дата обращения – 25.02.22 г.)

ситуации, не позволяющей им признать следственную ошибку. В условиях, когда обвиняемый в результате продления сроков предварительного расследования нередко содержится в следственном изоляторе в пределах сроков, достигающих до одного года и свыше, признание следственной ошибки сопряжено с констатацией факта незаконного лишения свободы.

Существующая практика заключения под стражу на стадии предварительного следствия, как представляется, фактически противоречит презумпции невиновности, если подозреваемый не застигнут на месте преступления. Драматизм данной меры пресечения состоит в том, что заключение под стражу представляет собой лишение свободы. Более того, в силу весьма сложных социальных условий пребывания в СИЗО, один год содержания в нем засчитывается за полтора года. И это при том, что заключение под стражу в виде лишения свободы фактически противоречит презумпции невиновности и потому не может быть применимо в отношении лиц, вина которых не установлена вступившим в законную силу приговором суда. Возникает вопрос, как такое возможно? Полагаем, что несоблюдение конституционного принципа происходит вследствие того, что в законодательстве отсутствует юридическая ответственность.

Проблема в том, что действующая юридическая конструкция презумпции невиновности не защищает личность от необоснованного лишения свободы до вынесения обвинительного приговора. А положения, сформированные в юридической доктрине, далеки от практики ее игнорирования следователями и прокурорами. На практике ни один из них, как правило, не задумывается о том, что ходатайство об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу подозреваемого и обвиняемого до суда противоречит презумпции невиновности в его конституционно-правовом смысле. Между тем, если лишение свободы это мера наказания, а заключение под стражу связано с лишением свободы, то применение меры пресечения в виде заключения под стражу до постановления приговора полностью противоречит принципу презумпции невиновности.

Данный факт тенденциозной дискреционной правоприменительной практики свидетельствует о противоречии части 1 статьи 97 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации конституционному принципу. В силу зависимости от тенденциозного усмотрения его адресатов – следователей, прокуроров и судей – принцип презумпции невиновности оказывается банальной фикцией. Данная деструктивная тенденция практики требует своей критической переоценки и принятия соответствующих мер ее оптимизации.

Существующая дискреционная правоприменительная практика забвения идеи презумпции невиновности как принципа конституционного права и уголовного процесса может оцениваться как деструктивная, подрывающая его конституционно-правовой смысл, что обуславливает актуальность его критической оценки и оптимизации. Очевидна несостоятельность его нормативно-правовой конструкции и необходимость его оптимальной формулы, которая бы служила реальной гарантией защищенности личности от произвола следственно-прокурорской деятельности в процессе применения меры пресечения в виде заключения под стражу. С другой стороны, если действовать буквально в соответствии с данным принципом, то применение меры заключения под стражу окажется невозможным. Решение проблемы по устранению противоречия видится в оптимизации применения меры пресечения в виде заключения под стражу.

Атипичные формы дискреционного поведения, сопровождающиеся нарушением тех или иных принципов права имеют значительное распространение и могут расцениваться исходя из характера и направленности мотивации и интересов уполномоченного субъекта. Если в поведении гражданина обнаруживаются явные признаки шиканы, т.е. употребления правомочия во зло частным или публичным интересам, то такое дискреционное поведение уполномоченного лица расценивается судом как злоупотребление субъективным правом. В случае использования дискреционной власти в рамках (пределах) публичных интересов такое дискреционное поведение является атипичной формой дискреционного служебного поведения, результат которого

в виде акта-документа подлежит отмене. Если в поведении властного субъекта обнаруживаются признаки использования дискреционной власти в личных интересах, то его дискреционное поведение в зависимости от характера личных интересов квалифицируется как уголовно наказуемое (например, коррупционное) деяние. В противном случае отмена решения не влечет для его автора каких-либо правовых последствий в виде мер ответственности.

Таким образом, атипичные формы дискреционного поведения субъектов правоприменения могут выступать источниками безвиновного нарушения гражданских прав, поскольку остаются безнаказанными. Даже в случае, когда гражданин ценой значительных организационных усилий и процедур добился отмены незаконного управленческого или неправосудного правоприменительного акта, но чиновник – автор отмененного акта не рискует быть привлеченным к ответственности. Обозначенные дискреционные тенденции свидетельствуют об актуальности проблемы ответственности должностных лиц. Так, в юридической науке поднимается проблема безответственности должностных лиц и ее формах в сфере национальной безопасности, которая находит выражение в «состоянии, исключающем возможность привлечения к уголовной ответственности за преступления против интересов личной, общественной и государственной безопасности»²³¹.

Знаменующим фактором-итогом всего комплекса оснований произвола усмотрения субъектов практики правового регулирования выступает конформизм и имитация деятельности на основе использования системных недостатков в организации того или иного вида правового института. Так, например, «использование системных недостатков института адвокатуры позволяет подчинять оказание адвокатских услуг исключительно корыстным целям»²³². Имитация оказания адвокатских услуг становится возможной в

²³¹ Фомин А.А. Формы проявления уголовно-правовой безответственности в сфере национальной безопасности // Современное право. 2020. № 12. С. 64-69.

²³² Обзор дисциплинарной практики исполнения финансовых и иных обязанностей [Электронный ресурс]. URL: <https://www.advokatymoscow.ru/upload/disciplinary-practice/Обзор%20ДП-2021,%20испол.фин.%20и%20иных%20обяз-в.pdf> (дата обращения – 25.02.22 г.)

условиях действия системных, организационно-правовых факторов развития адвокатуры, которые провоцируют деструктивные проявления субъективных свойств личности адвоката, такие как формализм, недобросовестность, пассивность и безответственность по отношению к гражданам-доверителям»²³³. Когда интересуешься у адвоката, какое количество дел одновременно у него находится, часто можно услышать цифры, явно неадекватные с точки зрения здравого смысла. Ничем иным не объяснить то неадекватное силам и времени адвокатов количество заключаемых договоров с доверителями, число которых, согласно статистике, исчисляется десятками и, в среднем по России, варьирует от 40 до 60 единиц²³⁴. Если представить, что в одном томе уголовного дела насчитывается 250 страниц машинописного текста, а количество томов исчисляется десятками, то очевидность имитации адвокатских услуг не вызывает сомнений. Как можно качественно осваивать и перерабатывать информацию материалов дела при сорока томах с количеством 10000 страниц только одного уголовного дела, если этих дел, единовременно в производстве адвоката несколько десятков?

Предпосылкой деструктивных дискреционных тенденций в поведении недобросовестного юриста, по нашему убеждению, выступает недостаточный уровень или даже фиктивный характер профессионального образования, когда человек приобретает статус на основе лишь диплома, не имея при этом достаточных профессиональных знаний, что и становится детерминантой недобросовестного, формального отношения к делу. Так, например, пробелы в профессиональной компетентности адвокатов замещаются типовыми формами составления неэффективных адвокатских актов, обязанности исполняются лишь для вида, т.е. чтобы внешне очевидные стандартные процедуры не могли стать

²³³ Pogodin A.V. Imittion of lawyer activity as moral problem of destructiv lawyer practic / A.V. Pogodin, E.V. Krasnov, R.G. Valiev, R. V. Shagieva // National academy of managerial staff of culture and arts herald. 2017. Vol., Is.4. P.165.

²³⁴ Вадим Лютенков. Адвокатская монополия // Цифры – вещь упрямая. Судебная статистика и судебное представительство. [Электронный ресурс]. URL: //zakon.ru/discussion/2016/2/17/statistika?AspxAutoDetectCookieSupport=1 (дата обращения – 25.02.2017 г.)

свидетельством бездействия в глазах доверителя²³⁵. Имеются случаи, при которых в результате оказания «юридической помощи» действиями адвоката не улучшается, а, напротив, ухудшается процессуальное положение доверителя²³⁶. Примечательно, что деструктивные проявления недобросовестного поведения адвокатов становятся известны благодаря обращениям судей в адвокатские палаты²³⁷.

Многие адвокаты не только игнорируют требование о согласовании позиции с доверителем, но и вообще умалчивают о ней за ее отсутствием. Крайне возмутительной представляется получившая в последнее время инициатива принуждения граждан к подписанию Акта исполнения поручения в день подписания договора на оказание адвокатских услуг. Все это становится возможным вследствие невозможности граждан дать экспертную оценку поведению адвоката на предмет качества оказанных или оказываемых им услуг. Однако стандартные процедуры и стереотипы поведения адвоката, а также низведенные до уровня клише адвокатские документальные акты, несложно подвергнуть экспертной оценке на предмет их адекватности, качества и эффективности с точки зрения требований Закона об адвокатуре и адвокатской деятельности, присяги и Кодекса адвокатской этики. При наличии воли это под силу как отдельным сведущим и независимым от адвокатуры юристам-экспертам или честным адвокатам, так и самим адвокатским палатам. Так, Совет Адвокатской Палаты г. Москвы прекратил статус адвоката, не вернувшей доверителю неотработанное вознаграждение²³⁸.

Одно из наиболее ярко выраженных противоречивых тенденций, на наш взгляд, находит выражение в том, что юридически значимая активность

²³⁵ Обзор дисциплинарной практики недобросовестного отношения адвоката к профессиональным обязанностям. Адвокатская палата Санкт-Петербурга [Электронный ресурс]. URL: <https://www.apspb.ru/upload/iblock/42b/42b005a2d526042ccf32eb0eaf04f8f6.pdf> (дата обращения – 25.02.23г.)

²³⁶ Там же.

²³⁷ Там же.

²³⁸ Адвокатская газета [Электронный ресурс]. URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/sovet-ap-g-moskvu-prekratil-status-advokata-ne-vernuvshey-doveritelyu-neotrabotannoe-voznagrazhdenie/> (дата обращения – 25.02.22 г.)

возрастает в то время, когда правовая социализированность субъектов правового регулирования существенно отстает от требуемого уровня и оставляет желать много лучшего по сравнению с существующим.

Нельзя не отметить, что актуализация дискреционных тенденций правоорганизованной практики происходит в условиях воспроизводства такой негативной тенденции, как относительно невысокий уровень правовой социализированности российских граждан. Современная практика правового регулирования неотделима от правовой социализированности российских граждан, так как правосоциализированный индивид – это, прежде всего, субъект, способный к юридически значимой активности. Это особая идентичность человека, которая определяется нами как «правовая личность»²³⁹. Между тем, сегодня достаточно острой остается проблема правовой социализированности государственных гражданских служащих. Об этом свидетельствуют череда оскорбительных публичных высказываний в адрес граждан со стороны государственных чиновников, имевших место в первом полугодии 2021 года. Такие недостатки публичной праворегулирующей деятельности, как просчеты в законотворчестве, дисбаланс в нормативном выражении социальных интересов, противопоставление буквы и «духа» закона в рамках правоприменительной деятельности свидетельствуют о серьезных проблемах правовой социализации государственных гражданских служащих.

Действительно, современный уровень политической и правовой социализированности субъектов правового регулирования далек от адекватного реальным условиям общественного развития. Не обладая адекватным уровнем правовой социализированности сложно без издержек реализовать не только должностные полномочия, но и общегражданские правомочия. Наконец, соответствующего уровня социализированности требуют динамично развивающиеся политическая и правовая системы. При таких обстоятельствах правовая политика должна ориентироваться на формирование и поддержание

²³⁹ См.: Валиев Р.Г. Политическая и правовая социализация. С.130.

такой социализационной системы, которая обеспечивает формирование не только юридически просвещенных и законопослушных граждан как субъектов права и правоотношений, но и, в особенности, государственных гражданских служащих. Именно в таком аспекте представляется востребованным осмысление проблемы политической и правовой социализации как существенного элемента и фактора развития практики правового регулирования.

Наряду с недостатками в уровне правосознания отмечается и другая крайность – злоупотребление усмотрением в процессе реализации субъектами права своих правомочий. Современный уровень либерализации российской экономической и политико-правовой систем существенно расширяет социальную базу для злоупотребления правом усмотрения, прежде всего субъектов экономической деятельности. Так, весьма заметно преуспели в этом кредитные учреждения, страховые компании и другие субъекты экономической деятельности, используя предусмотренные дискреционные юридические возможности для создания далеко неадекватных условий кредитования и страхования населения.

Таким образом, многочисленные факты правоорганизованной социальной практики свидетельствуют о том, что неограниченный характер дискреционной власти одних субъектов ставит в абсолютно незащищенное от ее произвола положение других участников правоотношений. Такова цена дискреционных тенденций, выражающих различные формы дискреционного произвола при осуществлении праворегулирующей деятельности.

Дискреционные тенденции характерны не только практике собственно праворегулирующей деятельности, но и ее доктринальным основаниям, ориентированным на политическую целесообразность и огосударствление правовой науки. В цивилизованных условиях общественного развития исключительно этатистский подход к исследованию правовых объектов чреват определенными рисками и угрозами, прежде всего угрозой монополизации права и правового регулирования. Этатистский подход к праву и правовому

регулированию опасен и для институтов гражданского общества, на уровне которых осуществляется его самоуправление.

Дискреционные тенденции практики правового регулирования имеют в своей основе определенные причины и факторы. Реализация усмотрения опосредуется воздействием целого ряда факторов, что обуславливает актуализацию вопроса о необходимости их учета. В целях комплексного и всестороннего рассмотрения вопроса об эмпирических основаниях концептуализации представляется важным обратиться к анализу факторов, тем или иным образом оказывающих влияние на реализацию усмотрения субъектов правового регулирования.

К факторам дискреционных тенденций можно относить и сами правовые принципы, содержание которых в отличие от принципов права не отражено в законодательстве. Их интерпретация вследствие их смысловой неопределенности зависит от усмотрения субъектов правового регулирования. В силу зависимости от обстоятельств правовой (собственно правовой, политической или экономической) ситуации усмотрение субъектов правового регулирования соответственно может иметь и деструктивный характер. Это в равной мере относится к субъектам нормативного правового и индивидуального правового регулирования, в том числе к субъектам официального толкования права. От деструктивных проявлений политически целесообразного решения не свободны институты законодательной и судебной власти, выступающие в качестве субъектов правотворчества, толкования и правоприменения.

Недобросовестность как субъективное свойство личности субъекта правового регулирования имеет различные формы проявления в практике правового регулирования. В их числе и такие формы нетипичного юридически значимого поведения²⁴⁰, как правотворческая или правоприменительная ошибка, злоупотребление дискреционными полномочиями (полномочиями).

²⁴⁰ О формах юридически значимого нетипичного поведения см. Валиев Р.Г. Нетипичное юридически значимое поведение: к вопросу идентичности и соотношении со смежными категориями // Юридическая наука. 2018. № 5. С.3-8.

Неограниченная свобода усмотрения может под воздействием различных факторов превратиться в свой антипод – фактор дискреционного правотворческого и правоприменительного произвола, если она осуществляется с очевидным отступлением от начал законности, разумности и справедливости. Правотворческим дискреционным произволом является принятие нормативно-правового акта в противоречие социальному назначению и принципам правотворчества. Проявлением правотворческого дискреционного произвола является принятие несправедливого, противоречащего интересам большинства общества, закона. Дискреционным правоприменительным произволом, например, на наш взгляд, может признаваться случай несоразмерного возмещения морального вреда²⁴¹. Это обусловлено тем, что в законодательстве нет ни приблизительных тарифов возмещения морального вреда, ни процедурных правил, обеспечивающих более или менее справедливое решение суда по данным делам.

Усмотрение – важный элемент правосознания судьи. «Суды, – отмечает В.В. Лазарев, – используя возможности усмотрения, могут дать более полноценное право»²⁴². С его помощью судья оценивает доказательства, руководствуясь не только законом, но и совестью. Поэтому реализация судейского усмотрения не должна быть отделима от нравственных начал. В них выражаются моральные устои общества, определяющие вектор правового регулирования. Они же служат критериями нравственности права или «духа» закона, в соответствии с которыми и следует трактовать и применять его «букву». Выступая в качестве «маркеров» справедливого «духа» права, они задают нравственные стандарты профессионального поведения, ориентирующие

²⁴¹ В юридической науке выделяется понятие судебного произвола, под которым отдельные авторы понимают «совершенное судом процессуальное действие, которое, находясь в формальных рамках закона, по сути, вступает в противоречие его смыслом». См.: Абушенко Б.Д. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002. С. 42.

²⁴² Лазарев В.В. Новое видение сферы правового регулирования. Публичная Лекция. [Электронный ресурс]. URL: https://www.youtube.com/watch?v=GZuqUqr_k8k&feature=youtu.be

профессиональную деятельность судьи на соответствие не только ее юридическим, но и нравственным основаниям.

Особую озабоченность вызывает недобросовестное поведение субъектов профессиональной юридической деятельности. В решении задачи обеспечения добросовестности субъектов профессиональной юридической деятельности недооцененной является профессиональная этика юристов. Так, например, современное академическое и практическое восприятие судейской этики ассоциируется исключительно с тем её значением, которое ограничивается требованиями относительно нравственного содержания поведения судейского корпуса и работников судебной системы. При отправлении правосудия «суд оказывается в системе не только нормативно-правовых, но и нравственных координат. Судьбоносные судебные решения, так или иначе, принимаются в системе таких нравственно-правовых начал, как разумность, справедливость, гуманность, добросовестность и т.п. Проблема в том, что эти начала законодателем провозглашаются, но не раскрываются. Интерпретация данных начал, имеющих оценочный характер, оставлена законодателем на усмотрение судьи, которое в значительной мере зависит от его субъективных качеств. В возможности их произвольной интерпретации заключена потенциальная опасность дискреционного произвола.

Процессуальное законодательство, будучи опосредуемо субъективными началами (совестью, внутренним убеждением, усмотрением судьи), само по себе не может обеспечить беспристрастность и справедливость судьи как субъекта правоприменения». Нет в процессуальном законодательстве и оснований признания неправосудным судебного решения по признаку нарушения присяги судьи и принципов судейской этики, призванных обеспечить справедливость правосудия. Между тем в современных условиях в вопросе превенции субъективизма, сопряженного с произволом усмотрения судьи трудно переоценить значение норм и принципов судейской этики в судебном правоприменении. Аналогичное значение для правоприменения имеют нормы

прокурорской и следственной этики, обладающие статусом норм права и института права²⁴³.

В преамбуле Кодекса судейской этики записано, что судебная защита прав и свобод человека может быть обеспечена только компетентным и независимым правосудием, осуществляемым на началах справедливости и беспристрастности». Кодекс судейской этики устанавливает обязательные для каждого судьи правила поведения при осуществлении профессиональной деятельности по отправлению правосудия и во внесудебной деятельности. Согласно положению пункта 2, статьи 1 Кодекса судейской этики, необходимость его соблюдения определяется самим фактом наделяния конкретного лица судейскими полномочиями принимать окончательное решение по вопросам, затрагивающим права, свободы и обязанности лиц, обращающихся за судебной защитой. Судьбоносными для судебного правоприменения выступают предусмотренные главой 3 Кодекса принципы объективности, беспристрастности, а также равного отношения судьи к лицам, участвующим в деле. Репрезентация требований Кодекса судейской этики со всей очевидностью демонстрирует, что они коррелируют с профессиональным поведением судьи при отправлении им правосудия и лежат в основе принимаемых им решений. Принципы объективности и беспристрастности (статья 9), принцип равного отношения к лицам, участвующим в деле (статья 10) самым непосредственным образом направлены на защиту судебных решений. Они призваны обеспечить правосудность принимаемых судьей актов судебного правоприменения. С этой точки зрения они выступают неотъемлемым компонентом механизма судопроизводства, соблюдение которых – важное и необходимое условие для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела судом. Соответствие судебного правоприменения нормам и принципам судейской этики является маркером его законного и справедливого

²⁴³ Валиев Р.Г. Судейская этика и судебное правоприменение: о нравственной оценке правосудности судебного акта // Вопросы российского и международного права. 2019. Т.9. № 10А. С. 16.

характера. Таким образом, в одном из своих значений Кодекс судейской этики выступает механизмом обеспечения правосудности решений суда²⁴⁴.

Существенным фактором формирования недобросовестного отношения к выполняемым профессиональным функциям и деструктивного поведения выступает феномен профессионально-нравственной деформации правосознания личности практикующих юристов. Этот феномен принято рассматривать в негативном аспекте. Мы же склонны рассматривать профессиональную деформацию и в позитивном аспекте. Так, например, прокурорская служба и профессия судьи не могут не оказывать на сотрудников прокуратуры и судейских работников позитивное значение. Профессиональный статус и характер профессиональной деятельности дисциплинируют судей и прокурорских работников и в целом оказывают позитивное влияние на личность представителей указанных юридических профессий.

Однако особое положение профессии юристов в целом и отдельные ее специальности, могут иметь и негативные последствия на следователя, прокурора, судью. Они обладают публичной властью и независимостью от граждан, особым статусом, в их распоряжении правовые знания, которые делают зависимыми от этих знаний обычных граждан. В этом смысле не является исключением и профессия адвоката и нотариуса. «Режим свободной профессии и саморегулирования, закрытость и отсутствие контроля качества оказываемой услуги адвокатом имеет определенные риски и негативные издержки в виде проявлений безнравственного, неэтичного поведения»²⁴⁵.

Многие проблемы, порождаемые профессиональной деформацией правосознания и негативной перестройкой личности, т.е. замещением нравственных ценностей, ориентиров и поведенческих установок личности деструктивными происходит под воздействием негативных условий

²⁴⁴ Об этом более подробно см. Валиев Р.Г. Судейская этика и судебное правоприменение: о нравственной оценке правосудности судебного акта // Вопросы российского и международного права. 2019. Т.9. № 10А. С. 15-21.

²⁴⁵ См., например: Pogodin A V., Krasnov E.V, Valiev R.G', Shagiieva R.V. Imittion of lawyer activity as moral problem of destructiv lawyer practic // National academy of managerial staff of culture and arts herald. 2017. Vol.1, Is.4. P.165.

профессиональной среды. В конечном счете, происходит трансформация позитивных качеств личности в негативные, что проявляется в недобросовестном и безответственном отношении к профессиональному статусу, дискредитирующем моральный облик юриста.

Факты безответственного, недобросовестного усмотрения во многом обуславливаются условиями профессиональной среды, под которой мы понимаем комплекс обстоятельств осуществления функций профессиональной деятельности, вызывающих формальное, явно недобросовестное поведение (обладание исключительными властными полномочиями, использование государственного принуждения и пр.). Недобросовестное поведение юристов-практиков детерминируется системными и личностными факторами, зависящими от их усмотрения. На реализации усмотрения сказываются возраст, особенности психического склада, уровень правосознания и правовой культуры, профессиональный опыт, профессиональные знания, компетентность и прочие факторы объективного и субъективного характера.

Далеко не чуждыми для субъектов правового регулирования являются такие деструктивные формы усмотрения, как предвзятое, избирательное или формальное отношение к рассмотрению дела, политическая целесообразность, шаблонное, «трафаретное» мышление как антипод творческому, аналитическому мышлению, синдром (ложное чувство) собственной непогрешимости и превосходства, правоприменительная ошибка, обвинительный уклон в уголовном судопроизводстве и производстве по делам об административных правонарушениях и пр. Таков далеко не полный перечень деструктивных дискреционных проявлений в деятельности субъектов правового регулирования.

Атипичные формы дискреционного поведения, сопровождающиеся нарушением тех или иных принципов права имеют значительное распространение и могут расцениваться исходя из характера и направленности мотивации и интересов уполномоченного субъекта. Если в поведении гражданина обнаруживаются явные признаки шиканы, т.е. употребления

правомочия во зло частным или публичным интересам, то такое дискреционное поведение управомоченного лица расценивается судом как злоупотребление субъективным правом. В случае использования дискреционной власти в рамках (пределах) публичных интересов такое дискреционное поведение является атипичной формой дискреционного служебного поведения, результат которого в виде акта-документа подлежит отмене. Если в поведении властного субъекта обнаруживаются признаки использования дискреционной власти в личных интересах, то его дискреционное поведение в зависимости от характера личных интересов квалифицируется как уголовно наказуемое (например, коррупционное) правонарушение. В противном случае отмена решения не влечет для его автора каких-либо правовых последствий в виде мер ответственности. Можно приводить бесконечное число примеров, когда гражданин ценой значительных организационных усилий и процедур добился отмены незаконного управленческого или неправосудного правоприменительного акта, но чиновник – автор отмененного незаконного акта не рискует быть привлеченным к ответственности.

Комплексное изучение практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования на основе материалов дисциплинарной практики в системе прокуратуры, Квалификационных коллегий судей и адвокатских палат субъектов Российской Федерации свидетельствует о массовом распространении атипичных дискреционных тенденций, сопряженных с нарушением юридической этики. Руководствуясь обобщающей функцией общей теории права далее приводим обобщенную классификацию известного многообразия и разнообразия деструктивных форм безнравственного поведения представителей судейского, прокурорского и адвокатского сообщества.

К деструктивным проявлениям атипичной дискреционной практики судопроизводства следует отнести:

- шаблонное «трафаретное» мышление как антипод творческому, аналитическому мышлению;
- беспринципность как антипод принципиальности;

– недобросовестность как антипод добросовестному отношению к своим профессиональным обязанностям;

– стереотипное поведение при рассмотрении дел и принятие решений с учетом судебной политики, сложившейся местной практики рассмотрения дел, а в некоторых случаях и согласования с вышестоящими судебными инстанциями;

– забвение Присяги судьи (автором установлено, что в практике Квалификационных коллегий судей отсутствует применение ответственности за ее нарушение);

– формальное отношение к рассмотрению дела;

– презумпция правомерности судебных ошибок;

– принятие тенденциозных решений под воздействием опасения прокурорского надзора;

– политическая целесообразность;

– предвзятое отношение и избирательный подход к делу;

– злоупотребление судебским усмотрением;

– обвинительный уклон в уголовном судопроизводстве и производстве по делам об административных правонарушениях.

В прокурорской практике распространенными деструктивными дискреционными тенденциями являются:

– безнравственное поведение при рассмотрении обращений граждан (бюрократическое отношение к заявлениям и жалобам, формальные отписки);

– безнравственное поведение при исполнении обязанностей по осуществлению общего надзора (предвзятое отношение к выявлению нарушений законодательства, формальное отношение к заявлениям и жалобам, протектирование или покровительство, игнорирование принципа презумпции невиновности, конфликт интересов);

– безнравственное поведение при поддержании гособвинения в суде (использование сомнительных доказательств, обвинительная ошибка, тенденциозное, предвзятое отношение к обвинению и личности подсудимых, противоправное (в нарушение закрытого Перечня отягчающих обстоятельств ст.

63 УК РФ) «вменение в вину» подсудимому то, что он не раскаялся, не сотрудничал со следствием или не признал себя виновным, оскорбительные насмешки над подсудимым, унижение его достоинства в обвинительной речи, игнорирование безнравственного поведения судьи);

– обман при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве с обвиняемым, использование ложного оговора, несообщение о последствиях заключения «сделки с правосудием»);

– прочие (самоуверенность о собственной непогрешимости, малодушие, доносы на коллег, политическая целесообразность действий, игнорирование статьи 2 Конституции РФ и др.).

В адвокатской практике достаточно распространенными деструктивными дискреционными тенденциями являются:

– пассивность в защите прав, свобод и интересов доверителей;

– использование формально составленных жалоб и ходатайств;

– нарушение конфиденциальности;

– беспринципность поведения при оказании адвокатских услуг;

– обман доверителей;

– недобросовестность;

– поверхностное, формальное отношение к изучению материалов дела, к осуществлению защиты в суде;

– принятие заведомо значительно большего количества поручений доверителей, чем в состоянии их качественно, с пользой для доверителя выполнить и превращение адвокатской деятельности в бизнес;

– защита «любой ценой», безнравственными способами;

– склонение доверителя по уголовному делу к признанию вины в целях получения снисхождения суда.

Отдельно следует выделить и дискреционные тенденции, обусловленные неопределенностью права, выступающие факторами детерминации нарушений юридической этики:

– абстрактно-общий и относительно определенный характер правовых принципов и норм права, в том числе принципов и норм судейской этики;

– неопределенность оценочных юридических конструкций, порождающих произвол судейского усмотрения (так, право свободной оценки доказательств становится нравственной проблемой, т.к. свободная оценка основывается на внутреннем убеждении, опирающемся на принципах объективности, разумности, беспристрастности, справедливости, добросовестности, а это латентные элементы механизма принятия дискреционного решения, зависящие от интеллектуальных качеств и морального облика судьи).

Выводы

Анализ дискреционных тенденций практики правового регулирования позволяет заключить, что процесс реализации усмотрения субъектами правового регулирования не лишен издержек субъективного характера и может противоречить его назначению и цели правового регулирования – обеспечить социально значимое и справедливое упорядочение общественных отношений.

Изучение дискреционных тенденций практики правового регулирования позволяет сформулировать вывод о недооценке юридической наукой негативного потенциала усмотрения. Между тем неограниченный характер дискреционной власти субъектов правового регулирования служит детерминантой дискреционного произвола, который отражается на правовом регулировании. Просчеты в законодательной деятельности, неадекватность правотворческих инициатив социальным интересам, противоречия буквы и «духа» законов и другие тенденции, негативно отражаются на правоприменении и правореализации. За пределами правового регулирования как объекта изучения остается произвол усмотрения. Латентность усмотрения и правовая незащищенность граждан и организаций от актов дискреционного произвола способствуют злоупотреблению усмотрением субъектами правового регулирования, что свидетельствует о наличии проблемной ситуации, овладение которой может расцениваться в качестве важнейшего условия решения проблемы противодействия произволу усмотрения.

Характеристика дискреционных тенденций практики правового регулирования позволяет сформулировать следующие выводы.

Во-первых, усмотрение может выступать как источником позитивного развития практики регулирования, так и противоречий, препятствующих ее эффективности. Усмотрение выступает существенным фактором деятельности субъектов правового регулирования, обуславливающим дискреционность практики правового регулирования в той части системы нормативных правовых средств, которая представлена абстрактно-общими, относительно определенными принципами и нормами, предопределяющими их правовую неопределенность, а также дискреционными статусными нормами права.

Во-вторых, субъективный характер и латентность усмотрения весьма негативно отражаются на различных стадиях и процессах правового регулирования, обуславливая деструктивные дискреционные тенденции его развития. Всеобщим проявлением противоречивости в развитии современной практики правового регулирования выступает неадекватность усмотрения потребностям правового регулирования.

В-третьих, усмотрение субъектов правового регулирования отражается на характере и результатах их деятельности – нормативных и иных правовых актах-документах. С одной стороны, усмотрение обладает позитивным потенциалом и обеспечивает гибкость и правовую определенность правового регулирования, а с другой – обладает негативным потенциалом, детерминируя его деструктивные, атипичные тенденции.

Деструктивные проявления атипичной дискреционной практики правового регулирования сопряжены с произволом усмотрения ее субъектов и находят выражение в трех группах:

Деструктивные проявления атипичной дискреционной практики регулирования дифференцируются в трех группах:

– на уровне нормативного правового регулирования – в дискреционном поведении его субъектов, противоречащем принципам правового регулирования и назначению усмотрения;

– на уровне индивидуального правового регулирования субъектов правоприменения – в деструктивном поведении и необоснованных актах правоприменения, отсутствии в них юридической аргументации, формальных отписках, правоприменительных ошибках, злоупотреблениях дискреционными полномочиями и профессиональным статусом, противоречащих принципам и нормам права;

– на уровне автономного индивидуального правового регулирования – в различных формах злоупотребления усмотрением при реализации субъективного права.

Предпринятый анализ практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования отражает суть проблемной ситуации, источником которой выступает противоречие между социально значимыми целями правового регулирования и неадекватностью используемой в качестве средства их достижения усмотрения. В этой связи изучение сущности и содержания усмотрения как функционально значимого потенциала правового регулирования позволяет ставить вопрос о его адекватности и оптимизации в контексте различных аспектов, в том числе в контексте перспективной или ретроспективной ответственности за ее осуществление.

2.4. Институционально-правовая природа праворегулирующего потенциала усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений

Нормативная обусловленность правовой природы усмотрения на уровне системы права требует обращения к его институционально-правовому анализу, в рамках которого его юридическая форма представлена дискреционными полномочиями (полномочиями). Именно нормы права являются институциональной основой праворегулирующего усмотрения.

В контексте замысла исследования познание усмотрения как элемента дискреционной практики правового регулирования предполагает выявление его двойственной природы. Для этого существует пара диалектически

взаимосвязанных онтологических оснований, выражающих дуализм его природы. Это его обусловленность системой права и правосознанием субъектов права. Между нормами права и правосознанием существует взаимная связь. Нормы права оказывают регулятивное воздействие на сознание субъектов права, а правосознание оказывает воздействие на их формирование и реализацию.

Усмотрение, будучи элементом правосознания субъектов права, в той же мере выступает объектом правового регулирования, в какой правосознание субъектов права является объектом воздействия правовых норм. А поведение адресатов норм права выступает объектом правового регулирования только в единстве с правосознанием. Вместе с тем правосознание, как известно, выступает средством механизма правового регулирования, а усмотрение является элементом правосознания субъектов правового регулирования. В той мере, в какой правосознание участвует в процессе саморегуляции и правового регулирования, в той же мере усмотрение как элемент правосознания субъектов права в единстве с нормами права обретает регулятивное свойство, которое позволяет определять его в качестве праворегулирующего потенциала правового регулирования и практики правового регулирования. В этой связи усмотрение как элемент дискреционной практики правового регулирования имеет двойственную природу.

Будучи элементом правосознания, усмотрение на уровне дискреционной практики правового регулирования объективируется посредством правовой институционализации на уровне норм различных институтов права и иных формах его системной организации (правовых актах), на уровне которых оно в синергичном единстве с правовыми нормами права приобретает характер праворегулирующего потенциала практики правового регулирования. Исходя из значимости обозначенной двуединой сущности усмотрения, в исследовании дискреционной практики правового регулирования представляются актуальными институционально-правовой и психологический аспекты усмотрения.

В проблематике усмотрения его научно-практический статус как элемента правосознания, «вкрапленного» в систему права посредством правовой институционализации, остается неизученным. Между тем усмотрение проявляет себя на стыке формальных и неформальных источников права, прежде всего, как институционально-правовой элемент системы права и элемент правосознания. Институционально-правовая природа усмотрения неотделима от его психологической сущности, выражающейся в правосознании личности субъекта правового регулирования. С этой точки зрения в основе логики настоящего исследования лежит гипотеза, что развитие практики правового регулирования в значительной мере определяется институционально-правовым и рационально-психическим потенциалом усмотрения субъектов праворегулирующей деятельности. Институционально-правовой потенциал усмотрения обусловлен системной общностью статусных, абстрактно общих и относительно определенных принципов и норм права, а также дискреционными технико-юридическими конструкциями. Рационально-психический потенциал усмотрения обусловлен правосознанием субъектов правового регулирования. Единство институционально-правовой и психологической характеристик усмотрения находит выражение в корреляции его сущности как элемента правосознания, объективированного в институтах права. Соответственно обозначенным формам выражения усмотрения в практике правового регулирования логично уделить специальное внимание каждой из них в рамках соответствующих параграфов данной главы диссертационного исследования.

В процессе актуализации социальных явлений и процессов в качестве правовых исключительное значение имеет процесс их правовой институционализации. Это в полной мере относится к феномену усмотрения, которое, будучи инкорпорировано в систему права в рамках процесса правовой институционализации приобретает институционально-правовой статус. Для формирования представления об этом процессе как одном из оснований концептуализации дискреционной практики правового регулирования

представляется целесообразным обратиться к анализу сущности и содержания правовой институционализации.

Вопрос о правовой институционализации в целом значим тем, что позволяет формировать представление об институциональных основаниях юридической природы исследуемых объектов. Анализ правовой институционализации актуален в силу ее интегративного характера, позволяющего выражать параллельные процессы образования и трансформации социальных отношений и явлений из статуса неформализованных в статус юридически формализованных объектов на уровне институтов права. Судьбоносное социальное значение институционализации вообще в том и состоит, что в её рамках «происходит замена спонтанного, хаотического поведения на предсказуемое, которое ожидается и регулируется»²⁴⁶.

Предсказуемость юридически значимого поведения достигается посредством его нормирования, в порядке юридической формализации лежащих в его основе социальных правил. Тем не менее, содержание правовой институционализации не ограничивается юридической формализацией правил, составляющих содержание объективного права. В таком восприятии правовая институционализация конкурирует с понятием правотворчества и не исчерпывает всех свойств данного феномена. Понятие же института права как системы норм права дается без привязки к правовой институционализации. Между тем, институт права олицетворяет собой систему норм права и, следовательно, в исследовании проблематики правовой институционализации должен учитываться потенциал системного аспекта, который применительно к содержанию её понятия юридической доктриной не отражается. Обозначенная проблемная ситуация обуславливает задачу определения сущности правовой институционализации в системном аспекте взаимосвязи с институтами права.

Теоретический статус правовой институционализации детерминирован одноименным методом практики правового регулирования – методом

²⁴⁶ Мухаев Р. Т. Социология: конспект лекций. М., 2009. С. 89.

систематизации норм права, природа которого связана с системным характером социальной практики. Выявление и отражение его сущности и содержания в понятийном аппарате общей теории права представляется аксиологически важным, так как в объективной реальности правовое регулирование осуществляется не отдельно взятой нормой, а их системой. Поэтому важным представляется метод систематизации норм права. Он одинаково востребован теорией и практикой правовой институционализации, которая обуславливает актуальность системного подхода к правовым объектам.

В институциональном плане можно различать, как минимум, два аспекта восприятия изучаемого объекта, выражающие его практический и теоретический уровни. Практический уровень институционализации находит выражение на уровне нормативных правовых актов при их подготовке субъектом законодательства или нормативного правотворчества. В практической плоскости институт права олицетворяет собой реальную системную общность, объединяющую в единую систему моделируемые нормативные правовые предписания материального или процессуального законодательства. Институты права, как и любые социальные институты – системные образования, обладающие соответствующей структурой. В этом аспекте институт права служит отражением социальной практики и «структурирован в соответствии со структурой практики»²⁴⁷.

На теоретическом уровне правовая институционализация представляется как целенаправленная рефлексия, мыслительная операция субъекта актуализации института, заключающаяся в правовой актуализации социальных правил и предметной дифференциации и группировке норм права в единую общность по признаку их тематического единства. Институт же права воспринимается как абстрактный образ, теоретическая модель, олицетворяющая результат дифференциации норм права на уровне соответствующих структурных частей нормативного правового акта, их совокупности или системы

²⁴⁷ Pogodin A.V., Krasnov E.V., Valiev R.G. The Structure of Practice and Quality of the Objective Law. P. 2448

права. В этом контексте институты права могут находить свое выражение в различных формах нормативной интеграции и на различных уровнях массива норм права. В зарубежной литературе в контексте институциональной теории право рассматривается как институциональный нормативный порядок²⁴⁸, а закон и норма права – как элементы институционального порядка²⁴⁹. Практический и теоретический уровни правовой институционализации имеют в своей основе общее – целенаправленную рефлексию, мыслительную операцию субъекта актуализации института права по объединению нормативно-правовых предписаний в единую общность.

В правовой институционализации доминируют такие существенные черты как правовая актуализация социальных правил в качестве норм права и приведение этих норм в систему. С этой точки зрения можно выделять два начала, две ступени-стадии процесса правовой институционализации, которые обуславливают его двойственное содержание – правовую актуализацию социальных правил в порядке их формально-юридической легализации на уровне норм права и систематизацию, приведение этих норм права в определённую систему на уровне институтов права. Переход из одной ступени-стадии в другую в порядке создания и систематизации соответствующих правовых норм образует, на наш взгляд, суть и смысл содержания правовой институционализации. Следует заметить, что изложенное содержание правовой институционализации коррелирует энциклопедической трактовке содержания понятия институционализации как родовой категории, которая выражается в процессе «формализации социальных отношений, переходе от неформальных отношений и неорганизованной деятельности <...>, регламентацией

²⁴⁸ Law as institutional normative order / ed. by M. Del Mar and Z Bankowski. – Edinburgh : Centre for law and society, 2009. P. 1-13.

²⁴⁹ MacCormik N. Institutions of law: An essay in legal theory. – Oxford: Oxford University Press, 2007. – 317 p. ; Morton P. An institutional theory of law: Keeping law in its place. – Oxford: Clarendon Press, 1998. – 416 p. ; MacCormik N. Weinberger O. An institutional theory of law: New approaches to legal positivism. Dordrecht [etc.]: – Reidel, cop. 1986. P. 49-58.

соответствующей деятельности, тех или иных отношений, их юридической легализацией»²⁵⁰.

В отличие от объективно складывающихся социальных институтов, институты права представляют собой результат действия не только объективного, но и субъективного начала, поскольку этот процесс представлен деятельностью субъектов нормативного правового регулирования. В этой связи в правовой институционализации следует выделять субъективную сторону. К основным элементам субъективной стороны правовой институционализации относятся правовая просвещенность и компетентность, правосознание и профессиональная правовая культура, внутреннее убеждение и личностные установки. Решающим фактором правовой институционализации выступает усмотрение субъектов правового регулирования, от которого зависит оценка социальных отношений и явлений в качестве объекта правовой институционализации. Следует сказать, что идея усмотрения сама является одним из объектов правовой институционализации.

Правовая актуализация социальных норм и отношений, их систематизация в рамках правовой институционализации осуществляется с использованием элементов правосознания субъектов права, среди которых решающую роль играет его усмотрение. Процесс правовой институционализации охватывает формально-юридический и интеллектуально-волевой уровни, т.е. нормы права и правосознание его субъектов. Формирование и систематизация норм права – это волевой процесс, в котором усмотрение как элемент правосознания предшествует волеизъявлению. В этом смысле правовая институционализация – процедура стадии правовой регламентации, содержанием которой является систематизация норм в порядке их дифференциации и интеграции, исходя из их назначения в механизме правового регулирования²⁵¹.

²⁵⁰ Новая философская энциклопедия: в 4 т. / Институт философии РАН; Национальный общественно-научный фонд; Председатель научно-редакционного совета В. С. Стёпин. Москва: Мысль, 2000-2001. [Электронный документ]. URL: <https://iphlib.ru/library/collection/newphilenc/page/about> (дата обращения – 1.03.2020 г.)

²⁵¹Валиев Р.Г. Правовая институционализация и институты права: концептуальная модель. *Lex russica*. 2020;73(4) С.110

Значение изложенного аспекта правовой институционализации выражается в том, что те или иные социальные нормы могут реализовать свою регулятивную роль лишь в системной взаимосвязи с другими нормами. Как отмечает Г.В. Мальцев, «нормы права действуют не поодиночке, не выборочно, не в случайном сочетании, а вместе и совокупно в составе правового института»²⁵². Правоприменитель «имеет дело не с отдельными нормами, а с их совокупностями»²⁵³. Этот тезис характеризует системность как важнейшую черту права и в значительной мере коррелирует трактовке института в юридической науке. При таком подходе к трактовке институционализации институт и система соотносятся как форма и содержание.

Актуализация систематизации нормативных и индивидуальных правовых предписаний выступает теоретической основой концептуального представления о формах нормативной и индивидуальной правовой интеграции на уровне нормативных и индивидуальных правовых актов в пределах общенациональной и международной систем права²⁵⁴. Систематизация на уровне нормативных и индивидуальных правовых актов выступает неотъемлемой частью процесса создания правовых норм. Поэтому в содержании понятия правового регулирования следует выделять систематизацию правовых норм.

В общей теории права категория «систематизация», как хорошо известно, используется применительно к упорядочению нормативных правовых актов, простая форма которой находит выражение в инкорпорации. Систематизация нормативных правовых актов имеет своим результатом сборники нормативных правовых актов и кодексы. Результатом систематизации норм права выступает их системная общность. Создание и приведение в систему норм права как единовременный процесс отличается от систематизации нормативных правовых актов. Систематизация на уровне норм права находит выражение в институтах права как внутрисистемных образований права.

²⁵² Мальцев Г.В Социальные основания права. Москва: Норма: ИНФРА-М, 2011.С. 396.

²⁵³ Там же.

²⁵⁴ Об этом см.: Валиев Р.Г. Правотворческая систематизация норм права // Журнал российского права. 2020. № 7. С. 27-39.

Правовая институционализация как логический процесс связана с обобщением и объединением норм права, предполагающим установление их единства на основе выявления общих свойств, которое имеет своим результатом системное нормативно-правовое образование. Нормы права могут выполнять свои функции только в их системной взаимосвязи и взаимодействии, что собственно и определяет аксиологическую сущность и теоретическую актуальность правовой институционализации. Иными словами, между нормами права изначально существуют институциональные, внутриотраслевые и межотраслевые связи²⁵⁵. Институциональные связи норм права (нормативные связи), будучи одной из форм социальной связи, являются той скрепой, которая скрепляет их в единой общности. Институциональное единство обеспечивает единство в правовом регулировании отношений, поведении или деятельности. Здесь возникает вопрос о той основе, которая является критерием их институционального (т.е. на уровне института) единства.

Коль скоро правовая институционализация характеризуется системностью и динамизмом, то она технологична, так как технологичность отражает динамику системности. Как функциональная характеристика правовых процессов и объективный признак правового регулирования технологичность объединяет собой относящиеся к их содержанию и результатам требования юридической техники и технологии. Формулирование правовых норм осуществляется посредством средств нормотворческой юридической техники, которая выступает институциональной составляющей на уровне подсистем материального и процессуального национального, а также международного права. Поэтому правовая институционализация находится в системной связи с технико-юридической организацией нормативно-правовых предписаний. Средства нормотворческой юридической техники являются технико-юридическим основанием единства правовых норм. Таким образом, средствами

²⁵⁵ О теории межотраслевых связей более подробно см.: Чельшев М.Ю. Основы учения о межотраслевых связях гражданского права / М.Ю. Чельшев. – Казань: Изд-во Казан. гос. ун-та, 2008. С.19.

институциональной связи правовых норм выступают не только предмет и метод правового регулирования, но и нормотворческая юридическая техника.

Технико-юридические средства правовой институционализации дискреционных полномочий, тесно связаны с приемами нормотворческой юридической технологии. Так, например, одним из таких приемов выступает «молчание» законодателя или «квалифицированное молчание права»²⁵⁶. В.В. Лазарев выделяет такие формы молчания законодателя, как пробел в законе, недоразумение, а также мнимое молчание, умышленное молчание и недоговоренность²⁵⁷. В.М. Баранов, различая квалифицированное и неквалифицированное молчание законодателя, выступает против признания квалифицированного молчания законодателя пробелом²⁵⁸.

На наш взгляд, молчание законодателя может быть объяснено тем, что он вполне адекватно оценивает невозможность урегулировать все многообразие обстоятельств социальной практики и потому оставляет их на оперативное урегулирование субъектам правоприменения. В этой связи в законодательстве доминируют такие средства юридической техники правовых норм, как абстрактно-общие и относительно определённые правила-предписания структурных элементов правовых норм. Все они, на наш взгляд, относятся к дискреционным технико-юридическим средствам оформления и выражения осознанного молчания законодателя, предполагающего решение дел на основе правоприменительного усмотрения. В этой связи в законодательстве доминируют такие средства юридической техники правовых норм, как абстрактно-общие и относительно определённые правила-предписания структурных элементов правовых норм. Как видим, между технологией и юридической техникой правовой институционализации дискреционных полномочий существует взаимообусловленность. В своей совокупности они

²⁵⁶ Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах. Т. 2. / Отв. ред. М.Н. Марченко. М.: Норма, 2007. С. 505.

²⁵⁷ Лазарев В.В. Технико-юридические приемы сокрытия законодательной воли. С. 27.

²⁵⁸ Баранов В.М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С.76.

обеспечивают технологичность правовой институционализации дискреционных полномочий субъектов юридической деятельности, отражающей её поступательный закономерный характер. На основании изложенного, юридическая техника и технология могут быть представлены как неотъемлемые компоненты процесса правовой институционализации.

Учение о правовой институционализации позволяет выделять ее связь с правовым регулированием. Правовая институционализация может рассматриваться как правотворческая процедура, которая связана с систематизацией норм права и, которую, так или иначе, осуществляют все субъекты нормотворчества в порядке подготовки нормативных правовых актов. Систематизация присутствует и в индивидуальном правовом регулировании, когда его субъекты дифференцируют и распределяют положения правоприменительных актов или договоров в процессе структурной организации их внутреннего содержания. Однако базовая роль в правовом регулировании принадлежит правотворческой систематизации норм права.

Правовая институционализация как системообразующая составляющая правотворческого процесса выражает закономерности дифференциации и интеграции в структурной организации нормативно-правового массива. Правовая институционализация выражает процессы юридической легализации системных социальных объектов в порядке и на основе актуализации юридической формы социальных отношений и норм.

Правовая институционализация имеет национальный и международный уровни. Правовая институционализация на уровне национальной правовой системы имеет своим результатом национально-правовые институты, а в инкорпорации норм международного права в национальное право имеет своим результатом национальные нормативные правовые акты ратификации международного договора.

Правовая институционализация на уровне международной правовой системы может выражаться в систематизации международных правовых норм и иметь своим результатом международно-правовые институты (институт

международно-правовой ответственности, институт территорий в международном праве, институт мирных средств разрешения международных споров и др.) и отрасли международного права (право международных договоров, дипломатическое и консульское право, международное гуманитарное право, международное воздушное право, международное экологическое право, международное уголовное право и процесс и др.).

Юридическая природа правовых институтов определяется не только предписаниями нормативных правовых актов. Она обуславливается предписаниями нормативных правовых договоров, а также иных форм права, например, судебных прецедентов, имеющих общий характер. Так институт федеральных органов государственной власти предусмотрен не только нормами Конституции Российской Федерации и иных нормативных правовых актов, но и нормами договоров о разграничении полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации.

В изложенном контексте концепция правовой институционализации, как представляется, может служить теоретической основой институционального анализа в правовых исследованиях.

Правовая институционализация охватывает собой не только сложившиеся в практике нормы и отношения, но и юридически значимые социальные идеи, которые выступают её идеологическим основанием. Так, идеей институциональной общности норм материального права выступает идея единого и всеобщего порядка развития социально-экономических отношений общества. Идеей институциональной общности процессуальных правовых норм выступает идея единого порядка урегулирования спора о праве или нарушении права. Правовая институционализация юридически значимых идей основана на таких способах интеграции правовых норм, как их инкорпорация и консолидация.

Правовая институционализация охватывает собой и те социальные явления, которые находятся в имманентной связи или опосредуют развитие

социальных отношений. В этом аспекте важной составляющей правовой институционализации выступает формально-юридическая инкорпорация в системы норм права тех юридически значимых элементов, которые обладают потенциальной способностью выступать драйверами правового поведения (деятельности) либо в той или иной мере способны оказывать влияние на их правовое регулирование. Тем самым, они могут приобретать статус функциональных элементов механизма их правового регулирования. В качестве одного из таких социальных явлений – спутников социального взаимодействия, опосредующих развитие общественных отношений, выступает усмотрение их участников. Оно оказывает судьбоносное влияние на развитие общественных отношений в независимости от их социального типа, т.е. имеет общий сквозной характер их опосредования. Соответственно, правовая институционализация и появление институтов права не обходится без юридически оформленного, на уровне содержания правовых норм, усмотрения их адресатов. В этой связи усмотрение, будучи вкраплено в нормы права, представлено и в качестве элемента институтов права.

Правовая институционализация имеет теоретическое и методологическое значение для интерпретации динамики инкорпорации юридически значимых идей в систему права, что в полной мере относится к идее усмотрения как фактора практики правового регулирования. Именно на уровне системы норм права опредмечиваются его институционально-правовые формы выражения и характерные особенности как институционально-правовой составляющей практики правового регулирования. С этой точки зрения нормативная юридическая природа усмотрения требует обращения к его институционально-правовому анализу.

Предметное изучение феномена правовой институционализации показало ее теоретико-методологическое значение для анализа системной организации развития юридически значимых идей и социальных явлений, обладающих институциональным потенциалом на уровне системы права и правовой

системы²⁵⁹. Одной из таких идей, юридическая природа которой характеризуется системной, формально-юридической и технико-юридической характеристиками, предопределяющими статус институционального потенциала, является идея юридически значимого усмотрения. Необходимость учета системных связей дискреционных норм в процессе их правовой регламентации обуславливает правовую институционализацию усмотрения на уровне институтов права, в своей совокупности определяющих его институционально-правовой статус.

Усмотрение обретает институциональный статус посредством инкорпорации в систему предписаний норм права, закрепляющих или предполагающих действия по усмотрению их адресатов, что предопределяет целесообразность институционально-правового анализа нормативно обусловленной юридической природы усмотрения на уровне системы права, в рамках которой оно обретает институционализированную форму выражения.

Предметное изучение усмотрения адресатов норм права в контексте учения о правовой институционализации приводит к выводу, что юридическая природа правового объекта имеет двойственную, нормативную и институциональную природу. Сказанное в полной мере относится к юридической природе усмотрения. Усмотрение представлено в системе права значительным массивом норм права, на уровне которого происходит его правовая институционализация. Будучи включенным в систему институциональных связей норм права, усмотрение обретает институционально-правовой статус.

Правовая институционализация усмотрения находит выражение в группировке правовых норм, в которых инкорпорированы нормативно-правовые модели правовых отношений, прав, свобод и юридических обязанностей, полномочий, а также поведения или деятельности их адресатов. В основе этих институциональных моделей лежат соответствующие юридически значимые

²⁵⁹ См.: Валиев Р.Г. Правовая институционализация и институты права. С.103-116; Валиев Р.Г. Институционально-правовые основания общеправовой модели дискреционных полномочий // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 5. С. 11-18.

идеи. Одной из таких моделей, инкорпорированной в единую общность правовых норм, закрепляющих идею усмотрения в правовой сфере, является конструкция дискреционных полномочий (полномочий).

Правовая институционализация усмотрения неотделима от нормативных средств материального и процессуального права, непосредственно закрепляющих либо предполагающих дискреционные полномочия (полномочия) субъектов правового регулирования. Будучи оформлено нормативными правовыми средствами, усмотрение в системе права представлено дискреционными полномочиями (полномочиями), которые олицетворяют юридическую форму институционализации усмотрения как элемента правосознания субъектов права. Дискреционное полномочие (полномочие) представляет собой разновидность соответствующих полномочий частных и публичных субъектов. Детерминированные потребностями правового регулирования дискреционные полномочия (полномочия) субъектов правового регулирования олицетворяют собой институционально-правовую форму выражения праворегулирующего потенциала усмотрения в процессах правотворчества, толкования и систематизации норм права, их применения и реализации.

Правовая институционализация усмотрения имеет двойственную природу.

Во-первых, правовая институционализация выражает инкорпорацию усмотрения в систему норм права, непосредственно закрепляющих либо предполагающих соответствующие дискреционные полномочия (полномочия) их адресатов в диалектическом единстве с правовым статусом.

Во-вторых, правовая институционализация выражает институциональную модель усмотрения, его системный характер.

В процессе правовой институционализации идея усмотрения на уровне системы права оформляется в качестве юридически значимого рационально-психического потенциала правового регулирования. Этот потенциал выражен в системе права в статусе соответственно института дискреционных полномочий (полномочий) субъектов правового регулирования. Институт дискреционных

правомочий (полномочий) субъектов правового регулирования – система норм, непосредственно закрепляющих или предполагающих право усмотрения их адресатов, на основе которого возникает субъективное право усмотрения. В теории права, как хорошо известно, субъективное право определяется как мера возможного поведения, юридическая возможность лица действовать определенным образом, предписанным правовыми нормами. Исходя из доктринального смысла субъективного права, право усмотрения в субъективном смысле можно дефинировать как юридическую возможность адресатов права действовать по своему усмотрению, исходя из назначения и смысла соответствующего статусного правомочия (полномочия) субъекта права. Применительно к субъектам правового регулирования усмотрение в субъективном смысле, на наш взгляд, представляет собой нормативно обусловленную возможность оценочного восприятия обстоятельств и юридической квалификации обстоятельств правотворческой, правоинтерпретационной и правореализационной (прежде всего правоприменительной) ситуации, связанной с процессом разработки и принятия, интерпретации и реализации законного и обоснованного нормативного и иного правового акта в целях обеспечения наибольшей эффективности правового регулирования. В таком аспекте, как представляется, право на усмотрение в единстве с элементами правового статуса представляет собой субсидиарное средство механизма правового регулирования, способствующее реализации статусных правомочий (полномочий) правовой регламентации на уровне нормативного правового и индивидуального правового регулирования.

Таким образом, правовая институционализация усмотрения обуславливает институционально-правовую форму (институт) усмотрения – систему дискреционных правомочий (полномочий) адресатов права как субъектов права и правового регулирования.

Усмотрение как системное правовое явление отличается высоким уровнем интеграции, выходящим за рамки отдельных отраслей права, приобретая межотраслевой и общеправовой статус. Институционально-правовой статус

усмотрения имеет общеправовой характер постольку, поскольку его проявления находят выражение на уровне межсистемных и межотраслевых связей различных институтов материального и процессуального права. Общеправовой статус института дискреционных полномочий находит выражение в корреляции межинституциональных и межотраслевых связей.

Включенность усмотрения в систему норм права имеет сквозной характер, поскольку интегрировано в различные элементы норм материального и процессуального национального и международного права. Таким образом, усмотрение, будучи интегрировано в нормативную модель правового статуса, прав, свобод, обязанностей и соответствующих им интересов, полномочий властных субъектов, а также поведения или деятельности как объектов правового регулирования, выступает в качестве общеправового института.

Институциональным основанием общеправового характера дискреционных полномочий (полномочий) выступает единство юридической техники абстрактно общих, относительно определённых нормативных правовых предписаний и принципов права, а также статусных норм материального и процессуального права. Институционализация дискреционных полномочий (полномочий) как общеправового института находит выражение на уровне межотраслевых связей логических, лингвистических, формально-юридических средств технико-юридической организации соответствующих правовых норм. Межотраслевые связи выступают показателем органичного единства правовых норм, технико-юридическая организация которых выражает востребованность усмотрения, ориентированного на удовлетворение потребностей правового регулирования. Это единство логически синтезируется методом индукции на уровне тех норм подсистем материального и процессуального права, которые предполагают дискреционные полномочия (полномочия).

Проблематика дискреционного права в различных аспектах и в разное время рассматривалась зарубежными исследователями²⁶⁰. Однако в аспекте

²⁶⁰ Bouveresse A. Pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, – Bruxelles: Bruylant. 2010. – 684 p.; Davis K. Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry. Baton Rouge, La.:

правовой институционализации исследований усмотрения не предпринималось. Между тем системная презентация усмотрения на уровне норм подсистем материального и процессуального права свидетельствует о его институциональной природе. При этом специфика дискреционного права как института не ограничивается рамками отраслевого аспекта его восприятия. Усмотрение субъектов права представлено в каждом из институтов права на уровне отраслей материального и процессуального права и обретает статус общеправового института. Институционально-правовые основания дискреционного права находят свое выражение не только в подсистемах национальных правовых систем, но и международного права, что обуславливает общеправовую основу восприятия исследуемого объекта. Обозначенная особенность институциональной природы усмотрения обуславливает его общеправовой характер.

Дискреционные полномочия (полномочия) выступают субсидиарным ресурсом правового регулирования, обеспечивающим гибкость права, поскольку имеют диспозитивную природу. Диспозитивность применительно к полномочиям означает право свободного распоряжения ими их носителями. Реализация дискреционных полномочий частных субъектов имеют большую степень свободы распоряжения ими в сравнении с реализацией дискреционных полномочий публичных субъектов. Дискреционные полномочия публичных субъектов имеют решающее значение для правового регулирования. От них в решающей степени зависят не только процессы правотворчества и реализации права, но и реализация усмотрения иных адресатов норм права, прежде всего, граждан. Однако должностные полномочия, как известно, имеют своим

Lousiana State University Press, 1969. 233 p.; Ford, Ch. A. Judicial discretion in international jurisprudence: article 38 (1) (c) and «general principles of law» // Duke journal of comparative & international law. Durham, 1995. Vol. 5. P. 35-86; Michoud L. Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Université de Grenoble: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1913. 118 p.; Waline M. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, Paris: M. Giard, 1930, 31 p.; Galligan D.J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Clarendon Press, 1990. 432 p.; Капицын В.М. Государственная дискреция как проблема конституционного права // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 3. С. 2-7.

содержанием не только право, но и обязанность по их совершению. Как отмечает М.Н. Марченко, «для достижения поставленной перед ними цели они обязаны использовать предоставленные им права²⁶¹. Это в большей мере касается субъектов правоприменения, в меньшей степени – субъектов правотворчества.

Прямое предоставление правоприменителю дискреционных полномочий связано с неустранимостью усмотрения, обусловленного неизбежной неопределенностью права и необходимостью принятия индивидуальных решений²⁶². Иными словами, дискреционные полномочия распространяются на ту часть поведения или деятельности субъекта юридической деятельности, которая конкретно не урегулирована нормами права и предполагает его усмотрение. Будучи «вкрапленными» в институциональные связи норм права, дискреционные полномочия существенным образом отражаются на поведении публичных субъектов.

Нормативная обусловленность дискреционных полномочий на уровне подсистем материального и процессуального права свидетельствует об их институциональной связи. Предусмотренные нормами процессуального права дискреционные полномочия могут присутствовать в материальном праве. Так, например, в пункте 4 статьи 38 Семейного кодекса Российской Федерации закреплено предписание о процессуальном дискреционном полномочии суда, в соответствии с которым он может признать (или не признать) право собственности на имущество, нажитое в браке в период раздельного проживания, за одним из супругов.

Специфика дискреционных полномочий как института права не ограничивается рамками отраслевого аспекта его восприятия. Более того, институционально-правовые основания дискреционных полномочий находят свое выражение не только в подсистемах национальных правовых систем, но и в подсистемах международного права, что позволяет ставить вопрос об

²⁶¹ Теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М.: Зерцало, 2004. С. 731.

²⁶² См.: Кашанин А.В. Неопределенность права и усмотрение правоприменителя как ограничители использования централизованных методов регулирования // Вопросы государственного и муниципального управления. 2013. № 4. С. 21.

общеправовом статусе их восприятия. Обозначенное обстоятельство обуславливает актуальность институционально-правовых оснований концептуализации общеправовой модели дискреционных полномочий.

Правовая институционализация дискреционных полномочий находит выражение и на уровне ведомственных актов. Так, в одном из таких документов дискреционные полномочия определяются как «совокупность прав и обязанностей органа государственной власти, должностных лиц, предоставляющие возможность органу государственной власти или должностному лицу по своему усмотрению определить вид и содержание (полностью или частично) принимаемого управленческого решения, либо предоставляющие возможность выбора по своему усмотрению одного из нескольких предусмотренных ведомственным актом вариантов управленческих решений»²⁶³.

Юридическая конструкция дискреционных правомочий (полномочий) используется в законодательстве и практике Конституционного Суда Российской Федерации. На уровне дискреционных полномочий юридическая природа усмотрения выражена также и в Методике проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной Постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»²⁶⁴.

Значительное место в процессе правовой институционализации дискреционных правомочий (полномочий) занимают правовые принципы. Инкорпорация усмотрения на уровне правовых принципов опосредуется абстрактно-общими технико-юридическими конструкциями. Особенность институционализации правовых принципов, в отличие от норм-принципов,

²⁶³ Приказ ФМС РФ от 22 января 2009 года № 3 «Об утверждении Методических рекомендаций по проведению экспертизы проектов нормативных правовых актов в Федеральной миграционной службе на коррупциогенность» [Электронный ресурс]. URL: <https://base.garant.ru/55171514/> (дата обращения 1.02.2020).

²⁶⁴ См.: Постановление Правительства РФ от 26.02.2010 № 96 // СЗ РФ. 2010. № 10. Ст.1084.

заключается в том, что правовые принципы не закрепляются в конкретной правовой норме и могут быть институционализированы в порядке инкорпорации соответствующей идеи на межсистемном уровне взаимодействия материального и процессуального права, частного и публичного права, национального и международного права, т.е. иметь общеправовой статус. В силу абстрактно-общего характера технико-юридической конструкции правовых принципов их реализация предполагает востребованность усмотрения. К таким правовым принципам следует отнести справедливость, гуманность, целесообразность, добросовестность, разумность, презумпция невиновности, добросовестного осуществления гражданских прав и т.п. В отличие от норм-принципов, обладающих правовой определённой выраженной в них идеи, правовые принципы не имеют легальной дефиниции в нормативно-правовых актах, что обуславливает их правовую неопределённость. Отсутствие легальной дефиниции правовых принципов обуславливает необходимость их официального толкования в порядке использования усмотрения, которые в этой связи оказываются важнейшим ресурсом обеспечения правовой определённости правовых принципов. Наглядным подтверждением обозначенного тезиса является общий для системы национального и международного права правовой принцип справедливости. Отсутствие его легальной дефиниции обуславливает актуальность усмотрения соответствующих субъектов права на уровне национального и международного права.

Системным основанием правовой институционализации дискреционных правомочий (полномочий), раскрывающим особенности юридической формализации усмотрения выступают средства нормотворческой юридической техники. Правовая институционализация дискреционных полномочий (правомочий) находится в системной связи с технико-юридической организацией нормативно-правовых предписаний. Институционализация усмотрения как общеправового института находит выражение на уровне межотраслевых связей логических, лингвистических, формально-юридических средств технико-юридической организации соответствующих правовых норм,

которые закрепляют или предполагают дискреционные полномочия невластных и полномочия властных субъектов. Средства нормотворческой юридической техники выступают инструментом не только формально-юридического выражения, но и систематизации предписаний норм права. Средства нормотворческой юридической техники являются институциональным основанием концептуализации общеправового статуса дискреционных полномочий (правомочий).

Как представляется, общеправовым является институт, нормы которого представлены в различных отраслях материального и процессуального права. Общеправовой характер института дискреционных полномочий (полномочий) обуславливается единством используемых средств нормотворческой юридической техники – технико-юридических конструкций. Такими средствами нормотворческой юридической техники выступают обладающие абстрактно-общим и относительно определённым характером нормативные правовые предписания. Правовая институционализация усмотрения на уровне дискреционных (полномочий) полномочий выражает системную связь абстрактно общих и относительно определенных нормативно-правовых предписаний, единство технико-юридической организации которых служит основанием их интерпретации в качестве общеправового института.

Технико-юридическими основаниями общеправового статуса дискреционного права выступают единство и типичность используемых технико-юридических средств и их распространенность в структуре систем права. Речь идет о таких средствах технико-юридической организации нормативных правовых предписаний как юридические конструкции. Именно единство технико-юридической конструкции нормативных правовых предписаний выступают интегрирующим фактором правовой институционализации общеправовой модели дискреционных полномочий. Институциональная типичность и единство абстрактно общих и относительно определенных нормативных правовых предписаний проявляются как на уровне структуры системы права, так и правовой системы в целом. Таковыми являются

абстрактно-общие и относительно определенные конструкции технико-юридической организации предписаний норм и принципов права, предполагающие возможность действий по усмотрению властных субъектов юридической деятельности. Именно в силу таких конструкций дискреционные полномочия инкорпорированы в системные образования правовых норм как элементы властной компетенции и выступают в качестве решающего фактора юридической деятельности. Такие, обладающие единством, абстрактно-общие и относительно определенные конструкции технико-юридической организации предписаний норм и принципов права характерны как для норм материального, так и процессуального права и находят свое выражение на уровне систем национального и международного права. Единство технико-юридической организации нормативно-правовых предписаний, предполагающих либо непосредственно закрепляющих дискреционные правомочия (полномочия) в контексте их системных связей, свидетельствует об их институциональной природе, т.е. выступает основанием их интерпретации в качестве институционально-правовой составляющей дискреционной практики правового регулирования.

Абстрактно-общие и относительно определённые предписания правовых принципов и норм права обусловлены объективной невозможностью на общеправовом уровне сформулировать их конкретные модели. Так, например, альтернативный и относительно-определённый характер санкций охранительных правовых норм объективно обуславливает востребованность дискреционных полномочий субъектов правоприменения в тех пределах, в которых задачи реализации охранительной функции не могут быть заведомо решены исключительно в рамках законотворчества. Поэтому законодатель, ограничиваясь установлением общих правил, руководствуется целесообразностью предоставления субъекту правоприменения возможности выбирать из предусмотренных санкциями охранительных норм соответствующих мер наказания. Представляется, что дискреционные полномочия и отражают эту предпосылку. Абстрактно-общий и относительно-

определенный характер правовых принципов и норм права юридически обуславливает востребованность дискреционных полномочий субъектов правоприменения в тех пределах, в которых задачи правореализации не могут быть изначально решены в рамках законотворчества. Они находят свое выражение на уровне структурных элементов правовой нормы, т.е. гипотезы, диспозиции и санкции. Такие нормы предоставляют возможность индивидуализации прав и свобод субъектов в ходе правоприменительной деятельности, так как законодатель, декларируя те или иные правомочия субъектов права, оставляет правоприменителю возможность для «уточнения» на практике (в каждом конкретном случае) предусмотренные законом права и свободы в зависимости от условий и обстоятельств применения данных правовых норм. Это те правила общего, относительно-определённого характера, реализация которых предполагает оценочные суждения и усмотрение субъекта правоприменения относительно как выявления сущности самих правил, так и опосредуемых юридической квалификацией фактов и условий правоприменения. Изложенное относительно природы дискреционных полномочий субъектов правоприменения в полной мере относится и к дискреционным полномочиям субъектов нормотворчества, правовая институционализация которых основана на единстве юридической техники предписаний абстрактно общих, относительно определённых правовых норм и принципов права, а также статусных норм материального и процессуального права.

Таким образом, средствами институциональной связи правовых норм выступают не только предмет и метод правового регулирования, но и нормотворческая юридическая техника. Общеправовой характер института дискреционных полномочий субъектов правового регулирования обуславливается единством используемых средств нормотворческой юридической техники. Такими средствами нормотворческой юридической техники выступают обладающие абстрактно-общим и относительно-определённым характером нормативные правовые предписания. Единство

технико-юридической организации нормативно-правовых предписаний, предполагающих либо непосредственно закрепляющих дискреционные полномочия субъектов юридической деятельности в контексте их системных связей, свидетельствует об их институциональной природе, т.е. выступает основанием их интерпретации в качестве правового института.

Таким образом, правовая институционализация усмотрения на уровне дискреционных полномочий и правомочий обуславливает его институционализированную форму. В таком аспекте усмотрение находит выражение на уровне межотраслевых связей логических, лингвистических, формально-юридических средств технико-юридической организации соответствующих правовых норм. Межотраслевые связи выступают показателем органичного единства правовых норм, технико-юридическая организация которых выражает праворегулирующую востребованность дискреционных полномочий, ориентированных на удовлетворение потребностей правового регулирования. Это единство логически синтезируется методом индукции на уровне тех норм подсистем материального и процессуального права, которые предполагают дискреционные полномочия. Межотраслевые связи института дискреционных полномочий проявляют себя как на уровне различных материальных и процессуальных отраслей, так и на уровне частноправового и публично-правового комплексов системы национального и международного права. При этом средством выражения их нормативных связей выступает юридическая техника абстрактно общих и относительно определенных норм права, выступающая технико-юридическим потенциалом правовой институционализации дискреционных правомочий (полномочий).

Институт дискреционных полномочий не связан рамками исключительно публичного права или метода публично-правового регулирования. Он находит свое выражение и на уровне отраслей частного права. Нормы права, закрепляющие либо предполагающие дискреционные полномочия связаны едиными методами правового регулирования, в качестве которых выступают диспозитивный и императивный методы. Единство последних находит

выражение на уровне сочетания таких способов диспозитивного и императивного правового регулирования, как дозволение и обязывание. В контексте этих способов дискреционные полномочия это не только возможное, но и одновременно должное поведение властных субъектов, так как предоставленные им полномочия предоставляются для решения задач правового регулирования и реализации правовых норм. Дискреционное полномочие – это право и обязанность властного субъекта усматривать соответствующие условия и обстоятельства социальной практики в качестве юридически значимых факторов нормативного правового или индивидуального правового регулирования. Иными словами, дискреционные полномочия выражают меру возможно-должного поведения субъектов юридической деятельности. Соответственно, правовые нормы, содержащие меру возможно-должного поведения властных субъектов, олицетворяют собой единство диспозитивного и императивного методов правового регулирования. В отличие от полномочий частных субъектов, реализация которых в силу диспозитивности зависит от их усмотрения, т.е. имеет диспозитивный характер, полномочия властного субъекта олицетворяют собой единство прав и обязанностей. Поэтому уполномоченный субъект не может отказаться от реализации полномочий.

На уровне системы права правовая институционализация дискреционных полномочий находит выражение в отраслях материального и процессуального права. На уровне процессуального права институт дискреционных полномочий включает в себя институт дискреционных полномочий гражданско-процессуального права и институт дискреционных полномочий уголовно-процессуального права. Институт дискреционных полномочий в материальном праве включает в себя институт дискреционных полномочий конституционного, административного, гражданского, налогового и других отраслей права. В свою очередь, например, институт дискреционных полномочий субъектов правоприменения в качестве субинститутов имеет институт дискреционных полномочий субъектов юрисдикционной правоприменительной деятельности и неюрисдикционной правоприменительной деятельности. На уровне

процессуального права дискреционные полномочия включает в себя институт дискреционных полномочий гражданско-процессуального права, институт дискреционных полномочий уголовно-процессуального права. Институт дискреционных полномочий в материальном праве включает в себя институт дискреционных полномочий административного, гражданского, семейного и других отраслей права²⁶⁵. Вместе с тем правовая институционализация дискреционных полномочий находит выражение на уровне взаимодействия материального и процессуального права. Так, будучи институционализированными в рамках отрасли процессуального права дискреционные полномочия могут коррелировать с их институционализацией на уровне как норм материального, так и процессуального права. Примером такой корреляции может служить норма о дискреционных полномочиях суда, в части учета вины потерпевшего, предусмотренная статьей 83 ГК РФ с нормой ч. 2, ст. 309 УПК РФ о дискреционных полномочиях суда в уголовном процессе.

Институт дискреционных полномочий охватывает собой нормы отраслей подсистем, как публичного и частного права, так и материального и процессуального права. При этом на уровне отраслей подсистемы частного права институт дискреционных полномочий может присутствовать в материальном праве на уровне норм процессуального права. Так, например, в пункте 4, статьи 38 Семейного кодекса Российской Федерации закреплено предписание о процессуальном дискреционном полномочии суда, в соответствии с которым он может признать (или не признать) право собственности на имущество, нажитое в браке в период раздельного проживания, за одним из супругов.

Идея усмотрения институционализирована на уровне источников не только национального, но и международного права, включая положения нормативно-правовых договоров. Нормативные правовые предписания, предполагающие дискреционные полномочия властных субъектов, содержатся в договорах о разграничении предметов ведения и полномочий между органами

²⁶⁵ См.: Валиев Р.Г.К вопросу о дискреционных нормах права // Уч. зап. Казан. ун-та. Т. 154. Кн.4. 2012. С.10.

государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации. На основе дискреционных полномочий федеральных органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации действует институт российского федерализма.

Таким образом, усмотрение как элемент правосознания, институционализированный на уровне системы права, характеризуется институционально-правовой природой, предопределяющей его особенности как фактора практики правового регулирования.

Во-первых, в силу правовой институционализации в системе права на уровне дискреционных правомочий частных и дискреционных полномочий публичных субъектов усмотрение выступает элементом институтов права и институционально-правовой составляющей дискреционной практики правового регулирования.

Во-вторых, в силу инкорпорации в нормы институтов материального и процессуального национального и международного права общими технико-юридическими конструкциями, усмотрение обретает общеправовой характер.

Выводы

В дискреционной практике нормативного правового регулирования значительна роль правовой институционализации, природа которой обусловлена неоднородностью социальной практики и сводится к следующим функциям:

- правовой актуализации объективно сложившихся социальных правил и юридически значимых идей в качестве правовых норм и принципов;
- систематизации норм права, которую следует отличать (по форме и содержанию) от систематизации нормативных правовых актов, осуществляемую за пределами правотворчества;
- исключения дублирования норм права по одному и тому же предмету правового регулирования;
- обеспечения целостности институтов права как системных нормативно-правовых общностей на различных уровнях систематизации норм права;

– обеспечения внутренней согласованности нормативно-правового массива на уровне взаимосвязи отдельных институтов, отраслей, подсистем и систем права.

Правовая институционализация – юридически значимая активность субъектов нормативного правового регулирования, выражающаяся в правовой актуализации и систематизации на уровне институтов права объективно сложившихся социальных правил и идей в качестве правовых норм и принципов, в которых закрепляется общеправовая модель правового статуса, прав, свобод и юридических обязанностей, поведения и деятельности их адресатов как субъектов права и участников правоотношений.

Правотворческую систематизацию норм права следует отличать от систематизации нормативных правовых актов, которая осуществляется за пределами нормативного правотворчества – они олицетворяют собой разнопорядковые формы правовой систематизации.

Общеправовым является институт, нормы которого представлены в различных отраслях подсистем материального и процессуального, а также частного и публичного национального и международного права.

Институционально-правовая природа усмотрения субъектов правового регулирования детерминируется его правовой институционализацией на уровне институтов права, в своей совокупности образующих его институциональную матрицу.

Институционально-правовой формой выражения усмотрения в системе права выступают дискреционные полномочия и дискреционные правомочия субъектов правового регулирования. Дискреционное правомочие (полномочие) как институционально-правовая форма усмотрения – это нормативно обусловленная возможность усмотрения субъектов правового регулирования.

Дискреционные полномочия (правомочия) имеют статус общеправового института, детерминируемый их системной организацией на уровне абсолютно неопределенных и относительно определенных предписаний диспозитивных, управомочивающих, а также, диспозитивных, оценочных и иных

дискреционных технико-юридических конструкций норм и принципов материального и процессуального права.

Следует различать носителей дискреционных правомочий и полномочий с точки зрения их правового статуса. Субъектами дискреционных правомочий являются граждане, для которых они является мерой возможного усмотрения. Субъектами дискреционных полномочий как системы правомочий и обязанностей, т.е. правообязанности, выступают властные субъекты правового регулирования. Для них дискреционные полномочия являются одновременно как мерой возможного, так и необходимого усмотрения, поскольку иное означало бы возможность произвола в форме бездействия или уклонения от их исполнения.

В правовой институционализации усмотрения субъектов правового регулирования значительна роль дискреционной юридической техники, посредством которой осуществляется инкорпорация идеи усмотрения в нормативные правовые средства.

2.5. Рационально-психическая природа праворегулирующего потенциала усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений

Исследование дискреционной практики правового регулирования, в конечном счете, актуально в целях выявления, обобщения и системного анализа внутренних, скрытых алгоритмов реализации усмотрения субъектами правового регулирования. Усмотрение как диалектическое понятие опосредует собой динамическую взаимосвязь материального (объективного), в качестве которого выступают юридически значимые обстоятельства (факты) правовой ситуации и идеального (субъективного), олицетворяемого правосознанием субъектов правового регулирования в их единстве и противоположности друг другу как факторов правового регулирования.

Правовое регулирование общественных отношений, будучи основано на целенаправленном воздействии специальных ресурсов на поведение людей через

их сознание и волю, обуславливает актуальность его субъективного начала, содержанием которого являются элементы интеллектуально-волевой, психофизической системы. Одним из таких элементов является усмотрение субъектов правового регулирования.

Хорошо известно, что право существует не только в его институтах, но и в психике людей, на уровне правосознания. Этот тезис находит свое подтверждение в теории права и правовой психологии. На стыке этих отраслей научного знания предпринимались специальные исследования²⁶⁶. Давая психологическую характеристику правоприменения, В. В. Лазарев отмечает, что «усмотрение предполагает решение дела, исходя из оснований, корнящихся в самом субъекте применения права», что «оно опирается на внутренние источники (а не внешние – типа нормативного акта) формирования воли относительно окончательного решения вопроса»²⁶⁷. В юридической доктрине отмечается связь права и правового регулирования с правосознанием. «Право, отмечает В.В. Сорокин, – способно выполнять регулятивную роль лишь тогда, когда оно воплощается в психологических структурах субъекта права»²⁶⁸. «Правовое регулирование проявляется в воздействии мысли, подкрепленной волей, на сознание мыслящих и обладающих волей субъектов»²⁶⁹. «Сознание и подсознание, которые опосредуют любые практические действия, служат внутренней детерминантой практики»²⁷⁰. Экстраполируя приведенный методологически значимый тезис на предмет настоящего диссертационного исследования можно исходить из гипотезы, что правосознание субъектов

²⁶⁶ См.: Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права // Лазарев В. В. Избранные труды. Т. 1. М., 2015. С. 27-177; Тарасов Н.Н. Роль социально-психологических факторов в правовом регулировании: дисс ... канд. юрид. наук: Свердловск, 1979. 176 с.; Серков В.А. Социально-психологический механизм правового воздействия на поведение личности: дис ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1983. 158 с.

²⁶⁷ Лазарев В.В. Применение советского права. С. 144.

²⁶⁸ Сорокин В.В. Правовая психология в системе действия права // Психология и право. 2019. Т. 9. № 1. С. 112.

²⁶⁹ Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции: монография. М., 2012. С. 9.

²⁷⁰ Карташов В.Н. Юридическая практика как объект (предмет) правовой науки // Юридическая наука и практика: Вестник нижегородской академии МВД России. 2010. № 1 (12). С.14.

правового регулирования, будучи элементом структуры практики правового регулирования, служит ее детерминантой. В контексте этой гипотезы, поведение субъектов правового регулирования детерминировано их правосознанием, в котором усмотрение в синергичном единстве с его иными элементами выступает в качестве функционально значимого потенциала практики правового регулирования. Иными словами, усмотрение, будучи элементом правосознания, зависит от субъективных качеств субъекта правового регулирования.

Одно из условий юридической состоятельности действий и решений в правовой сфере, как хорошо известно, это свобода выражения воли субъекта правового поведения относительно выбора решения о совершении или воздержании от совершения соответствующих юридически значимых действий. Однако волеизъявлению субъекта юридически значимой активности предшествует внутреннее, рационально-психическое восприятие и оценка ситуации и обстоятельств данного поведения. Это восприятие и оценка находят выражение во взглядах и ощущениях субъекта юридически значимого поведения, имеющих решающее значение для восприятия юридически значимых обстоятельств социальной практики. Взгляды и ощущения человека как субъекта права являются элементами структуры его правосознания, т.е. правовой идеологии и психологии личности. В контексте правосознания взгляды и ощущения в своем единстве образуют содержание юридически значимого усмотрения субъектов права. Иными словами, усмотрение как элемент правосознания присутствует в психической активности, имеющей своим внешним выражением реальные юридически значимые действия ее субъектов.

Рассмотрение усмотрения в психологическом аспекте дает возможность вскрыть глубинные факторы механизма принятия решения субъектами правового регулирования. Данный аспект продуктивен тем, что выражает значение автономии воли субъектов правового регулирования. Поскольку усмотрение субъектов правового регулирования это акт интеллектуально-волевой активности, то его анализ логично предполагает обращение к

психологическому аспекту его познания, в рамках которого оно выступает психической составляющей правового регулирования.

Актуализация психологического аспекта познания усмотрения, как представляется, важна тем, что он позволяет решать вопрос о рационально-психической детерминированности дискреционных тенденций, противоречащих правовой природе и назначению усмотрения в механизме правового регулирования. Очевидно, не случайно, Л.И. Петражицкий, подвергая критике односторонность исследований правового регулирования, акцентировавших внимание только на внешнем поведении, отмечал, что управомоченные субъекты «обязаны в тех случаях, где решение какого-либо вопроса зависит от их усмотрения, применять внимательное и добросовестное усмотрение...»²⁷¹.

Следует отметить, что методологически важной установкой в исследовании усмотрения как психической составляющей правосознания субъектов дискреционной практики правового регулирования выступает тезис о том, что психика «скрыта от прямого внешнего наблюдения, и доступ к ней невозможен, если человек не выразил своих переживаний и представлений в каких-либо материализованных формах»²⁷². Поэтому объективно существующее право, как система норм, поскольку оно объективно, не может урегулировать порядок осуществления усмотрения. Однако усмотрение возможно оценивать по тем его результатам, которые находятся в неразрывной связи с его осуществлением и представлены в документально оформленных правовых актах.

Право действует на сознание человека, у которого в этой связи вырабатывается соответствующее отношение к нему и возникает правосознание. Поскольку усмотрение выступает элементом правосознания, а правосознание обуславливается действием норм права, то и усмотрение приобретает правовой характер, становится правовым. Усмотрение является элементом правосознания

²⁷¹ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности: в 2-х т. Т. 1, 2-е изд., СПб. 1909. С. 160.

²⁷² Панферов В.Н. Объективация психических явлений // Вестник Герценовского университета. 2014. № 2. С.76.

субъекта права. Оно является юридически значимым, поскольку влияет на совершение действий, порождающих юридические последствия. От него зависят как процессы создания правовых норм и их толкование, так и их реализация.

Рационально-психическое воздействие нормативных правовых средств осуществляется через посредство правосознания их адресатов. Рациональное в правосознании это его когнитивная, интеллектуально-волевая сторона, определяющая правовые идеи и воззрения адресатов права, их установки поступать соответствующим образом, предписанном правом. Психическое в правосознании это его психологическая сторона, выраженная в чувствах, ощущениях, эмоциях адресатов права.

Усмотрение в той же мере представлено в правовой системе через правосознание, в какой правовое регулирование представлено в ней посредством практики правового регулирования, что коррелирует методу исключенного признака, т.е. того элемента, без которого рассматриваемый предмет немислим в том проекте, в котором оно проявляет себя в качестве его существенного. Если управомоченные субъекты нормативного правового регулирования должны дифференцировать актуальные для правовой легализации социальные отношения и нормы в качестве правовых, а субъекты индивидуального правового регулирования руководствоваться обстоятельствами, указанными в нормах права, то и в первом и во втором случаях они должны оценить как сами нормы (правовую основу), так и юридически значимые обстоятельства (фактическую основу) соответствующих институциональных или конкретно-ситуационных отношений. Оценка этих оснований осуществляется на рационально-психологическом уровне, посредством такого элемента правосознания субъектов правового регулирования, которое находит выражение в их усмотрении. Следовательно, усмотрение в той же мере выступает имманентным свойством интеллектуально-волевой деятельности субъектов правового регулирования, в какой таковым выступает правосознание, в котором оно проявляет себя его значительным ресурсом. «Усмотрение – это своего рода юридико-психологическая пружина всего правового механизма, приводящая в

движение все его составные части»²⁷³. Иными словами, усмотрение олицетворяет собой функционально значимый потенциал юридически значимой активности субъектов и участников правового регулирования.

Двойственная природа права в аспекте связи с психикой субъектов права проявляет себя на уровне объективного и ситуационного права. Объективное право, как система норм, выражает собой объективированную совокупную волю субъектов нормативного правового регулирования. Эта воля опредмечена в нормативных правовых средствах, выступающих формой внешнего выражения коллективного осознания потребностей общественного развития в порядке правового регулирования социальных отношений. Ситуационное право, как система казуистичных, индивидуально определенных правил выражает волю конкретных субъектов индивидуального правового регулирования.

В едином контексте объективного и ситуационного права правовое регулирование выступает как процесс сознательной деятельности, т.е. основанной на свойствах человеческого сознания воспринимать и отражать социальную действительность на уровне определенных образов. Нормы права воздействуют на соответствующие общественные отношения с целью их упорядочения на уровне правосознания их участников. В предписаниях норм объективного и ситуационного права в той или иной мере присутствуют элементы правосознания их адресатов. В той мере, в какой правосознание связано с правом и правовым регулированием, в той же мере усмотрение связано с нормами права и правосознанием, так как обусловлено ими и является элементом системы права и правосознания. Руководствуясь дуалистической диалектикой и методом парности научных категорий, правовое регулирование можно рассматривать в контексте взаимодействия его внутренней, рационально-психической и внешней, нормативно-поведенческой регуляции как его неотъемлемых сторон.

²⁷³ Тихомиров Ю.А. Усмотрение в фокусе права // Законы России. 2011. № 4. С. 72

В механизме правового регулирования на уровне его элементов «наряду с юридическими нормами, нормативными правовыми актами, правоотношениями, актами реализации права, правоприменительными актами выделяют и правосознание»²⁷⁴. В таком аспекте наряду с институционально-правовыми средствами в механизме правового регулирования логично выделять рационально-психические средства, поскольку деятельность субъектов правового регулирования находит выражение в элементах правосознания, включающего в себя рациональный и психический компоненты. Одним из таких рационально-психических средств, имеющих праворегулирующее значение, как представляется, является усмотрение субъектов правового регулирования.

Действительно, если механизм правового регулирования представляется как система средств правового воздействия на общественные отношения, а правосознание так или иначе присутствует в них или опосредует их, то усмотрение как элемент правосознания субъектов права выступает одним из ресурсов этой системы. Если правосознание является одной из форм существования права, то усмотрение выступает неким ретранслятором правовой реальности в реальность правосознания и наоборот. Усмотрение олицетворяет ту часть деятельности субъектов правового регулирования, которая относится к их внутреннему миру. С этой точки зрения можно выделять закономерность, характеризующую двойственную природу права, так как оно существует на уровне правовой реальности и правосознания субъектов права. Иными словами, между правовой реальностью и психикой субъектов права существует взаимная связь: правовая реальность является материальным источником правосознания, а правосознание – духовным источником правовой реальности. В этом контексте усмотрение может быть рассмотрено в качестве рационально-психической детерминанты практики правового регулирования, в силу которой последняя трансформируется в дискреционную практику правового регулирования. Указанное обстоятельство служит основанием актуализации психологического

²⁷⁴ Теория государства и права: учебник для вузов / Под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. 2-е изд., изм. и доп. М. 2000. С. 277

аспекта восприятия усмотрения как фактора рационально-психического механизма принятия дискреционного решения субъектами правового регулирования.

Рассматривая усмотрение следует исходить из того факта, что это феномен объективно-субъективного характера. В механизме правового регулирования объективное начало усмотрения позиционирует себя в системе предписаний нормативных правовых и индивидуальных правовых актов, которые воздействуют на общественные отношения с целью их упорядочения не непосредственно, а через правосознание их участников. В объективном и субъективном праве, в той или иной мере, присутствуют элементы правосознания субъектов нормативного правового и индивидуального правового регулирования. Правовые нормы выражают волю субъектов правового регулирования, опредмеченную в предписаниях правовых актов, выступающих формой внешнего выражения осознанных потребностей развития социальной практики. Поэтому правовое регулирование – это процесс сознательной деятельности, т.е. основанной на свойствах человеческого сознания интеллектуально-волевой активности по восприятию и отражению практики социального взаимодействия в объективном и ситуационном праве.

Право, как система правил формируется и отражается не только в текстах документов и социальных поведенческих актах, но и в помыслах, чувствах, представлениях, взглядах и волеизъявлении субъектов правового регулирования. В теории права не без оснований утверждается, что «нормы права, выступая средством юридического воздействия на людей, реализуются через внешние и внутренние формы регуляции поведения»²⁷⁵. Иными словами, юридически значимая активность характеризуется свойствами внутренней и внешней сторон. Это методологически важное обстоятельство ориентирует на характеристику внутренней и внешней сторон юридически значимой активности, которая составляет содержание деятельности субъектов правового

²⁷⁵ Решетов Ю.С. Правовая система российского общества //Основные характеристики российской правовой действительности. / под науч. ред. Ю.С. Решетова. Казань, 2018. С. 80.

регулирования. В психологии различают два рода – две стороны (внешнюю и внутреннюю) деятельности, которым коррелируют сознание и психика²⁷⁶. В деятельности субъектов правового регулирования как юридически значимой рационально-психической активности существует органичное единство между ее внешними и внутренними юридически значимыми характеристиками. В своем единстве внутренняя и внешняя стороны юридически значимой активности обуславливают ее двойственную, двуединую сущность. Внешняя регуляция находит выражение в воздействии норм на сознание, а внутренняя – в воздействии сознания на поведение субъекта правового регулирования. Поэтому «правосознание есть синтез интеллектуально-эмоционально-волевой и материально-физиологической составляющих»²⁷⁷. С этой точки зрения правосознание субъектов правового регулирования выступает в качестве регулятивной системы, в которой задействованы его рационально-психические и поведенческие элементы. Эта регулятивная система, будучи сосредоточена на уровне координат рационального мышления и психики, ориентирована на саморегулирование любым социальным субъектом собственного поведения.

Внешняя сторона деятельности субъектов правового регулирования выражается в их поведении, которое опредмечивается в правовых актах-документах. В психологии под поведением принято понимать выраженные в физических актах внешние проявления психической деятельности человека. «С психологической точки зрения деятельность человека рассматривается как саморегулирующаяся система, личностный способ саморегуляции, первичное и фундаментальное звено в организации социального регулирования»²⁷⁸. Физической стороне социального поведения коррелирует психическая сторона активности человека. Хорошо известно, что нормы права воздействуют на поведение через сознание и психику человека. Сознание и психика связаны как часть и целое. Связь сознания с психикой проявляется в том, что сознание

²⁷⁶ См., например: Леонтьев А. Н. Деятельность. Сознание. Личность. – М., 1975. 48-52 с.

²⁷⁷ Погодин А.В. Правосознание субъекта как системообразующий фактор правореализации // История государства и права. 2013. № 21. С.42-46.

²⁷⁸ Мальцев Г.В. Социальные основания права. М.,2011. С. 136.

выражается в психике. Вне сознания и психики человек не может быть самостоятельным участником правоотношения. Эта аксиома находит выражение в требовании к дееспособности физического лица как субъекта правоотношений. Нет сомнения, что она в равной мере относится к субъектам правового регулирования, которые являются участниками соответствующих правоотношений.

Акцентирование внимания на внешней стороне юридически значимой активности важно тем, что юридической оценке, как известно, подлежат внешние действия субъектов права и правоотношений. Однако любые внешние юридически значимые действия связаны с внутренними характеристиками, продолжением которых и служат внешние акты-действия субъектов права. Характеризуя деятельность на уровне единства внешних и внутренних актов, Б.Ф. Ломов отмечал детерминированность внешне наблюдаемых актов системой внутренних, психических свойств²⁷⁹.

В рамках внутренней стороны деятельность субъектов правового регулирования неотделима от ее понимания как рационально-психической активности. Поскольку правовое регулирование предполагает юридически значимое поведение человека как субъекта и участника правовых отношений и отличается волевым характером, то в центре научного познания правового регулирования должны находиться его рациональная и психическая составляющие. Именно они, так или иначе, определяют его поведенческую характеристику как субъекта и участника процесса правового регулирования.

В характеристике внутренней стороны деятельности субъектов правового регулирования важным представляется актуализация субъективных свойств, поскольку в отличие от деятельности по производству материальных благ, правовое регулирование представляет собой духовно-практическую активность, связанную с процессом производства таких нематериальных благ, как нормы права, правовые акты, субъективные права и свободы, олицетворяющих

²⁷⁹ Ломов Б.Ф. Методологические и теоретические проблемы психологии. М., 1984. С. 226.

духовные социально-правовых ценности. В этой связи в правовом регулировании важно выделять субъективную сторону, основными элементами которой выступают личностные качества субъекта, такие как правовая просвещенность и компетентность, правовая культура, поведенческие установки. Внутренняя, субъективная сторона юридически значимой активности, будучи выражена в психических свойствах личности, опосредуется правосознанием, которое выступает общим для всех личностных качеств, знаменателем субъективных свойств субъектов правового регулирования.

Социальная деятельность всегда субъективна по своей природе именно потому, что она осуществляется в системе социального взаимодействия, участники которого обладают субъективными качествами и опосредуется определенными потребностями и интересами, накладывающими свой отпечаток на ее осуществление. Ее идентичность обуславливается отношениями людей, формальным и реальным социальным статусом, условиями и обстоятельствами ее развития, которые отражаются на субъективности восприятия индивидом социальной действительности.

Субъективные свойства индивида как социального субъекта лежат в основе правовой характеристики социального индивида как личности, обладающей правосознанием и способной к волеизъявлению относительно своего поведения и деятельности в системе социального взаимодействия в рамках установленного порядка развития правовых отношений.

В контексте правосознания субъективная сторона включает в себя рациональные (когнитивные, познавательные) и эмоционально-чувственные свойства, которые в теории правосознания находят выражение в его идейно-теоретическом (идеологическом) и психическом компонентах. На их основе формируется установка усмотрения субъектов правового регулирования действовать соответствующим образом исходя из оценки обстоятельств соответствующей правотворческой или правореализационной ситуации. Субъективным выражением усмотрения является оценочное восприятие обстоятельств правового регулирования. При этом термин «восприятие», как

представляется, не ограничивается его психологическим аспектом как чувственного познания, поскольку познание связано с рациональным началом. Поэтому восприятие как единство рационального и психического образует рационально-психическую характеристику личности познающего субъекта. Объективным же выражением усмотрения являются выраженные в актах социального действия юридически значимые решения субъекта правового регулирования.

С точки зрения структуры правосознания усмотрение может рассматриваться в качестве аналога взглядов как элемента правосознания, поскольку в первом приближении взгляд есть одна из форм усмотрения. Другой формой усмотрения выступает оценка. В юридическом смысле взгляд всегда связан с оценкой юридически значимых обстоятельств. Так, взгляд судьи на обстоятельства дела и нормы, их регулирующие сопровождается их оценкой. Иными словами, речь идет об оценочном восприятии субъектом юридических фактов и норм права на предмет их корреляции в конкретной правотворческой, правоинтерпретационной, правосистематизационной и правореализационной ситуации.

Усмотрение как элемент структуры правосознания имеет характер системообразующего начала, поскольку универсальным образом коррелирует как с элементами структуры правосознания, так и с элементами системы права и правовой системы. Усмотрение в той же мере связано с элементами структуры правосознания, в какой правосознание связано с элементами системы права и правовой системы общества. Эти связи коррелируют на уровне усмотрения субъектов права, которое присутствует в каждом из них и опосредует каждое из них.

Аксиологическая сущность связи усмотрения с элементами правосознания выражается в том, что оно включает их в себя как основу, во-вторых, опосредует их в качестве средства их восприятия и меры. Применительно к обозначенным элементам правосознания мера усмотрения есть критерий их актуальности, допустимости, востребованности, необходимости и адекватности. Вместе с тем

категория меры актуальна и для самого усмотрения, поскольку от объема, адекватности своему назначению зависит его качество и, соответственно, деятельность субъекта усмотрения и ее результаты.

Будучи «вкраплено» в праворегулирующую деятельность, усмотрение олицетворяет собой элемент ее содержания. А поскольку деятельность человека имеет своим содержанием интеллектуально-волевой процесс, то усмотрение является элементом содержания этого процесса, выражающего свой потенциал на уровне правосознания, как рационально-психической формы отражения правовой реальности.

Психолого-правовой анализ усмотрения как элемента правосознания неотделим от его социологической и философско-правовой основы, поскольку связан с его диалектической сущностью как социально значимого феномена в контексте связей с правовой реальностью. Как и в материальной деятельности, в практике правового регулирования та или иная модель деятельности его субъектов формируется в их правосознании в виде алгоритма действий, который впоследствии находит выражение в реальных актах-действиях и актах-документах. В нашем случае это связи элементов структуры правосознания с практической реальностью правового регулирования. С этой точки зрения не будет ошибкой признать, что социологический контекст характеристики усмотрения, так или иначе, охватывает собой и психологический аспект.

Право является продуктом человеческой деятельности, а человеческая деятельность неотделима от интеллектуально-волевой и психофизической составляющей, в которой существенное значение имеет способность и возможность смотреть на все через призму юридически значимых социальных интересов. Способность и возможность смотреть на все через призму юридически значимых социальных (личных, частных, групповых, общественных, государственных) интересов, порождающих потребности социального взаимодействия в рамках соответствующих правоотношений, на наш взгляд, образует социолого-психологическое содержание понятия усмотрения. В социологическом плане усмотрение по определению связано с

социальными потребностями и интересами, поскольку субъект усмотрения является их носителем и выразителем на уровне социальных отношений. Усмотрение олицетворяет собой форму выражения социальных интересов, которые приносят в содержание правового регулирования как позитивные, так и негативные свойства. В таком контексте понятие усмотрения является родовым по отношению к различным видам юридически значимого усмотрения: в экономике, политике, праве и т.д. Так, можно выделять экономически и политически целесообразное юридически значимое усмотрение. Можно выделять судебское, врачебное, научное и прочее юридически значимое усмотрение, которое связано с соответствующими видами социальной деятельности, затрагивающим права, законные интересы и юридические обязанности граждан. Усмотрение может рассматриваться как элемент обыденного, теоретического (научного) и профессионального правосознания.

В социологическом аспекте усмотрение как элемент правосознания находит свое выражение в актах социального взаимодействия личности, которые зависят от внешних социальных обстоятельств, так или иначе оказывающих влияние на его социальное поведение. В правовом регулировании эти обстоятельства являются предметом усмотрения его субъектов, в рамках которого осуществляется их юридическая квалификация. Восприятие социальных обстоятельств как предмета усмотрения органично связано с рационально-психической природой правового регулирования и всегда выражается в когнитивной активности его субъекта. Каждый этап правового регулирования сопровождается определенным видом рационально-психической активности, связанной с познанием и оценкой обстоятельств правовой ситуации, а именно правотворческой, правосистематизационной, правоинтерпретационной и правореализационной ситуации, опосредующей использование правовых средств в целях достижения определенных социальных результатов. Поэтому юридически значимая активность субъектов правового регулирования немислима без рационально-психической составляющей, которая представлена усмотрением.

В психологическом аспекте право, как впрочем, и иные правовые явления, является формализованным результатом правосознания, поскольку формируется, интерпретируется, оценивается и реализуется посредством его осмысления на уровне правосознания.

Усмотрение как элемент правосознания личности субъектов правового регулирования отличается своей динамичностью постольку, поскольку динамична практика социального взаимодействия. Усмотрение позволяет обеспечить гибкость правового регулирования в порядке учёта условий и перспектив общественного развития, не исключая и компромиссных вариантов согласования публичных и частных интересов личности, общества и государства.

Усмотрение как социальное явление характерно позитивному и негативному правосознанию. Правосознание в идеальном смысле это не только и не просто система взглядов, представлений, чувств, но и производных от них требований, без которых оно не может выступать фактором развития правоорганизованной практики. Этот тезис верифицируется выделением и сравнительной оценкой позитивного и негативного правосознания. Негативное правосознание ограничено всего лишь взглядами, представлениями и чувствами. В нем отсутствуют обращенные к самому индивиду требования правосознания. Их несформированность приводит к дисфункции правосознания и напрочь исключает правовую культуру поведения индивида. Так, например, преступники-рецидивисты неплохо ориентируются в уголовном законодательстве и сознательно нарушают его, понимая криминальный характер своего поведения, противоречащий действующему правопорядку и законности. Поэтому они обладают негативным правосознанием, но не обладают правовой культурой. Без позитивного правосознания нет правовой культуры. Она формируется при позитивном правосознании. Лишь в симбиозе с позитивным правосознанием правовая культура может служить основой правопослушного поведения.

В отличие от правосознания, имеющего устойчиво позитивный или негативный характер, правовая культура как динамическая характеристика личности, как представляется, не абсолютна в своей устойчивости и имеет преходящий характер. Об этом свидетельствует тот факт, что совершение правонарушения по неосторожности носителем позитивного правосознания не исключает воспроизводство его правовой культуры после реализации юридической ответственности. И если субъект права, независимо от социального статуса, не застрахован от деформации позитивного правосознания и его трансформации в негативное правосознание, то властные субъекты нормативного правового и индивидуального правового регулирования по определению, в силу официального статуса и делегированных им правотворческих и правоприменительных полномочий, должны обладать исключительно позитивным правосознанием.

Непростая ситуация с оценкой правовой культуры властных субъектов правового регулирования, которым свойственно допускать правотворческие или правоприменительные ошибки. В соответствии со сложившейся теорией и практикой такие ошибки не являются правонарушением и могут квалифицироваться как формы нетипичного поведения. Так, например, в законодательстве отсутствует юридическая ответственность за следственную и судебную правоприменительную ошибку. Вместе с тем ошибочное решение не позволяет квалифицировать акт судебного правоприменения в качестве правосудного и влечет его отмену. Такая ситуация в теоретической и практической юриспруденции обуславливает существование проблемной ситуации, обуславливающей неоднозначный статус не только правотворческой и правоприменительной ошибки, но и правовой культуры. Отказаться в правовой культуре допускающим правовые ошибки властным субъектам невозможно, поскольку она является неотъемлемым элементом их публичного правового статуса.

Для невластных же субъектов, как хорошо известно, правовая ошибка не признается извинительной и влечет правовые последствия в виде юридической

ответственности. Иными словами, совершение правовой ошибки имеет двойственное значение и юридические последствия. В отличие от властных субъектов, невластные субъекты нормативного правового (граждане в статусе участников референдума) и индивидуального правового регулирования, независимо от характера правосознания (позитивного или негативного), могут принимать участие в правовом регулировании.

Через усмотрение осуществляется связь правосознания с правовым регулированием. В этом контексте задача состоит в том, чтобы определить место и роль усмотрения в правовом регулировании в контексте правосознания его субъектов, в порядке установления связей усмотрения как элемента правосознания субъектов правового регулирования с внешними проявлениями их действий. Эта связь усмотрения с правовым регулированием выражается в его воздействии на правовое регулирование.

Соответственно, структура усмотрения как элемента правосознания неотделима от психологического ракурса его характеристики. Иными словами, анализ практики правового регулирования неотделим от психологического аспекта, поскольку праворегулирующая деятельность в единстве с ее результатами в значительной мере опосредуются психикой и правосознанием ее субъектов. Обозначенный тезис обуславливает востребованность обращения к теоретическим основам сущности правосознания.

В философии и общей теории права правосознание определяется как процесс отражения сознанием правовой реальности. Правовое сознание как сознание, опосредуемое правом, не только и не просто отражает правовую действительность. Оно является некой рационально-психической матрицей, на основе которой совершаются юридически значимые интеллектуально-волевые акты.

Рассматривая правосознание в аспекте правового регулирования логично исходить из парадигмы восприятия правосознания как системы представлений и чувств, выражающих отношение людей, социальных общностей к действующему или желаемому (идеальному) праву и практике его реализации.

Однако правосознание проявляет себя в постоянном развитии процессов восприятия и отражения правовой действительности, что обуславливает его статус как динамической характеристики личности. Это рационально-психический процесс восприятия и отражения объективной правовой реальности, который в общей теории права представлен правосознанием.

Правосознание, будучи неотделимо от сознания и психики, выступает стороной или моментом сознания и психики²⁸⁰. Психика людей выступает фактором опосредованности правовой реальности на уровне их правосознания. В этой реальности значительное место занимает практика правового регулирования, в которой выделяется психическая составляющая. В психической составляющей практики правового регулирования выделяются рациональные и эмоциональные элементы правосознания. В таком аспекте механизм правового регулирования как система средств упорядочения общественных отношений отнюдь не однороден. В нем логично выделять не только институционально-правовые средства, но и рационально-психические средства, поскольку деятельность субъектов правового регулирования находит выражение в имеющих регулируемую природу элементах правосознания. Таким рационально-психическим средством – системообразующим элементом структуры правосознания, имеющим праворегулирующее значение, выступает усмотрение субъектов правового регулирования. Оно может интерпретироваться как рационально-психическая функция и имеет характер юридически значимой рефлексии, оказывающей значительное влияние на процессы правового регулирования.

Структура правосознания в динамике, как известно, характеризуется познавательным, оценочным и регулятивным функциональными элементами. Усмотрение же как элемент правосознания выражает себя в познавательном, оценочном и регулятивном аспектах. Логика этой триады аспектов правосознания коррелирует с процессом усмотрения как познавательно-

²⁸⁰ Погодин А.В. Общетеоретическая характеристика правосознания // Проблемы теории права и правореализации: Учебник / Отв. ред. Л.Т. Бакулина. М., 2017. С. 349.

мыслительной, оценочной и регулятивной активности. Как системообразующий элемент правосознания усмотрение субъекта правового регулирования тесно связано с взглядами и представлениями, но не охватывается и не подменяется ими.

В психической составляющей практики правового регулирования выделяются рациональные и эмоциональные элементы правосознания. В содержании понятия правосознания, как правило, перечисляются такие его элементы, как идеи (равенства, справедливости, гуманизма, судебной защиты прав и пр.), взгляды, представления, знания, чувства (уважения к закону и правопорядку, правам других лиц, ответственности и вины и пр.), эмоции, убеждения, мотивы, интуиция. Усмотрение не только элемент идейно-теоретического (идеологического) компонента, но и эмоционального, собственно психологического компонента, поскольку усмотрение как оценочное восприятие неотделимо от воображения, ощущения и прочих психологических элементов, с помощью которых субъект праворегулирующей деятельности формирует в своем сознании модели актуальных решений, сообразующихся или адекватных обстоятельствам дела, т.е. праворегулирующей ситуации. Усмотрение как элемент правосознания связано с правовой психологией личности, с правовыми чувствами, эмоциями, переживаниями личности как субъекта права и участника социального взаимодействия. Это в равной мере характерно как для субъектов субъективного, так и объективного права. Объективное право, как система норм, прежде чем стать таковым, формируется в сознании субъектов нормативного правового регулирования в форме актуальных абстрактных образов и моделей, выражающих потребности общества в упорядочении общественного развития. Элементы правосознания в системной целостности образуют основу саморегулирования как на рационально-психическом, так и внешнем, поведенческом уровнях.

Для целостного представления структуры правосознания целесообразно выделять его диалектическую сущность. В контексте диалектики, поскольку правосознание является диалектически развивающимся явлением, структуру

правосознания актуально рассматривать в динамическом аспекте. Структура правосознания в динамическом аспекте состоит из системы взаимосвязанных психических процессов, таких как восприятие, убеждение, волеизъявление, принятие решений. В динамической структуре правосознания как представляется, следует выделять и усмотрение субъектов правового регулирования. В обозначенной последовательности оно олицетворяет собой первичный элемент правосознания, предшествующий убеждению субъектов правового регулирования. Как элемент правосознания субъектов правового регулирования усмотрение выражается в восприятии и дифференциации обстоятельств социальной практики в качестве юридически значимых для правового регулирования.

Деятельность субъектов правового регулирования как юридически значимая активность немислима без интеллектуально-волевой составляющей. Как было ранее установлено, усмотрение как категория субъективного порядка олицетворяет собой интеллектуально-волевой процесс оценочного восприятия социально значимой ситуации. Субъект правового регулирования как участник правоотношений является таковым в силу его способности к волеизъявлению, т.е. возможности подчинять свои действия воле, способности отдавать им отчет, контролировать их своим сознанием и руководить ими с учетом внешних обстоятельств, опосредующих его положение в конкретной ситуации, предполагающей выбор соответствующего варианта поведения. Однако усмотрение нельзя сводить к выражению воли. Оно предшествует волеизъявлению. Более того, волеизъявление невозможно без усмотрения. Волеизъявление является результатом усмотрения.

Деятельность субъектов правового регулирования неотделима от рационально-психической активности и имеет волевой характер. Воля же, согласно энциклопедической трактовке, представляет собой «способность к выбору цели деятельности и внутренним усилиям, необходимым для ее

осуществления»²⁸¹. Поскольку правовое регулирование имеет объектом юридически значимое поведение человека как субъекта и участника правовых отношений и отличается волевым характером, то в центре научного познания правового регулирования должны находиться его рациональная и психическая составляющие. Именно они, так или иначе, определяют его поведенческую характеристику как субъекта и участника процесса правового регулирования.

Гипотеза исследования усмотрения как элемента правосознания субъектов правового регулирования ориентирует на выявление взаимосвязей усмотрения с правосознанием субъектов правового регулирования, определение места и роли усмотрения в правовом регулировании в порядке установления его связей с иными элементами правосознания, которые находятся в системном взаимодействии как между собой, так и с внешними поведенческими действиями, воплощаясь в правовых актах-документах. Эти связи усмотрения с правовым регулированием выражаются в динамике его воздействия на правовое регулирование и зависят от обстоятельств правового регулирования. Важность описания связей усмотрения с ситуационными обстоятельствами в том, что усмотрение зависит от правовой ситуации. Руководствуясь принципами диалектики, рассмотрим их в зависимости от таких процессов психологического механизма принятия дискреционного (то есть основанного на усмотрении) решения субъектами правового регулирования, как познание, мышление, усвоение, оценка, убеждение и волеизъявление.

Усмотрение как элемент правосознания оказывает значительное воздействие на механизм принятия решений субъектами правового регулирования. В силу этого воздействия соответствующие решения субъектов правового регулирования обретают дискреционный, т.е. опосредуемый усмотрением, характер. В механизме принятия дискреционных решений субъектов нормативного и индивидуального (автономного и властного) правового регулирования важное место занимает правовая (правотворческая,

²⁸¹ Философский энциклопедический словарь М., 1983. С. 90.

правоинтерпретационная, правореализационная) ситуация. В юридической доктрине под юридической ситуацией понимают «относительно стабильную совокупность обстоятельств, которая подлежит определенному правовому разрешению»²⁸². Это некое состояние в процессе правового регулирования, которое имеет своим содержанием систему факторов, условий и обстоятельств, определяющих ход развития и результаты правового регулирования. Значимость указанного элемента правового регулирования в том, что «право становится реально действующим регулятором только тогда, когда оно востребовано в конкретной ситуации, на уровне правосознания»²⁸³.

В связи с рассмотрением усмотрения в контексте правовой ситуации следует уделить внимание характеристике ее содержания. Соответствующая ей юридическая конструкция «правовая ситуация» представляется актуальной как категория общей теории правового регулирования, которая позволяет объединить в себе правотворческую, правореализационную (правоприменительную) и правоинтерпретационную ситуации. Моделирование и принятие нормативных предписаний субъектами правотворчества осуществляется с учетом обстоятельств правотворческой ситуации, которые их обуславливают. Подготовка и принятие правоприменительного акта также осуществляется с учетом обстоятельств правоприменительной ситуации, характеризующих квалифицируемое социальное поведение. Квалифицирующее значение обстоятельства имеют и для формирования правовой позиции субъекта официального толкования. Таким образом, обстоятельства правовой ситуации имеют значение решающего фактора правового регулирования в той его части, которая касается подготовки и принятия акта правового регулирования.

Правовая ситуация олицетворяет собой комплекс обстоятельств объективного и субъективного характера, образующих собой состав объективной и субъективной сторон правового регулирования. Субъект

²⁸² Шипунов И.В. Юридическая ситуация как общетеоретическая категория: дис. канд. юрид. наук. Омск, 2009. С.7.

²⁸³ Погодин А.В. Содержательная характеристика российского права. С. 24.

усмотрения характеризуется такими субъективными свойствами, как мышление, воля, чувства, представления, правосознание, которые коррелируют с социальными потребностями и интересами, условиями и фактами социальной жизнедеятельности. Последние воспринимаются и оцениваются при помощи мышления, чувств, воли, правосознания субъекта права и правового регулирования. Субъект правового регулирования противостоит обстоятельствам в том смысле, что они определяют цели усмотрения и его смысл, от которых зависит волеизъявление относительно вариантов поведения, которое объективирует принятие юридически значимого решения.

В общетеоретическом плане правовая ситуация является частью ситуационного праворегулирующего комплекса, представляющего собой «синтез общерегулятивного правового отношения и акта индивидуального правового регулирования»²⁸⁴ в системной взаимосвязи с нормативными средствами правового регулирования. Многообразие правореализационных ситуаций требует гибкости в применении норм права и обуславливает востребованность усмотрения, что исключает монополизм императивности правового регулирования, придает ему динамичность. Так, например, решение вопроса о допустимости конституционной жалобы или поддержание государственного обвинения в равной мере имеют дискреционную природу.

В процессе юридически значимого познания субъект правовой деятельности осуществляет рационально-психическое восприятие²⁸⁵ явлений, фактов-событий и фактов-действий, оказывающихся в пределах правовой ситуации. Это восприятие, как нам представляется, и есть усмотрение. Неоднородность и многообразие условий и обстоятельств правового регулирования отражается на правовой ситуации, обуславливая ее неопределенность, а это предопределяет вариативность и избирательность

²⁸⁴ Погодин А.В. Ситуационный праворегулирующий комплекс: постановка проблемы // Учен. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманит. науки. 2008. Т.150. Кн. 5. С. 45-50.

²⁸⁵ Восприятие принято определять в качестве психического процесса отражения в сознании человека предметов и явлений в совокупности их различных свойств, связанный с пониманием целостности отраженного.

усмотрения. С этой точки зрения усмотрение субъектов правового регулирования находит выражение в дифференцированном восприятии и оценке социальных обстоятельств в качестве юридически значимых фактов правового регулирования. Следовательно, усмотрение как элемент правосознания является частью процесса познания, ориентированного на формирование знаний об основных обстоятельствах юридически значимой ситуации.

Дискреционный потенциал практики правового регулирования находит выражение на уровне правотворческой и правореализационной ситуации. Усмотрение как элемент правосознания неотделимо от познания и усвоения обстоятельств правовой ситуации как объекта познания. На основе познания и усвоения производится субъективная оценка обстоятельств правовой ситуации. Усмотрение как элемент правосознания неотделимо от способности и возможности его субъекта осуществлять оценку обстоятельств правовой ситуации. Оценка условий и обстоятельств правовой ситуации требует усвоения обстоятельств правовой ситуации, в рамках которого воспринимаются и оцениваются те социальные обстоятельства, которые являются юридически значимыми для упорядочения общественных отношений. Поэтому процесс принятия дискреционного решения начинается с познания и усвоения объекта усмотрения, в качестве которого выступают обстоятельства правовой ситуации.

Познание и усвоение обстоятельств правовой ситуации образует начальную стадию механизма принятия дискреционного юридически значимого решения субъектами правового регулирования. Неоднородность и многообразие условий и обстоятельств правовой ситуации обуславливают ее неопределенность, а это предопределяет вариативность и избирательность усмотрения. В рамках познания и усвоения обстоятельств правовой ситуации осуществляется их идентификация и верификация с точки зрения их актуальности и адекватности потребностям правового регулирования. В процессе познания субъект правового регулирования осуществляет оценку социальных обстоятельств, оказывающихся в пределах правовой (правотворческой и правореализационной) ситуации. В рамках этой стадии

устанавливаются те социальные факты-события и факты-действия, которые являются юридически значимыми для правового регулирования²⁸⁶.

Решающей стадией механизма принятия дискреционного юридически значимого решения субъектов правового регулирования выступает юридическая квалификация социальных норм и отношений в качестве объекта правового регулирования. Поскольку усмотрение является элементом правовой ситуации, а правовая ситуация имеет своим содержанием юридическую квалификацию, то усмотрение онтологически связано с феноменом юридической квалификации. Восприятие социальных обстоятельств как предмета усмотрения всегда выражается в когнитивной активности субъекта субъектов правового регулирования, связанной с оценкой обстоятельств правовой ситуации. Для оценки юридической значимости обстоятельств правовой ситуации используются нормативные средства. Здесь следует констатировать, что методологически значимым для анализа оценки обстоятельств правовой ситуации является учение о юридической квалификации. «Установление подлинной правовой природы объекта познания и следующий за этим вывод о его юридической принадлежности к некоему множеству в праве, – отмечает И.А.Тарханов, – нередко именуется квалификацией»²⁸⁷. По мнению В.В. Лазарева, «правовая квалификация представляет собой оценку соответствующих фактов с точки зрения их значения для права, с точки зрения тех последствий, которые наступают в силу имеющихся правовых требований»²⁸⁸. В порядке развития учения о юридической квалификации отметим, что мы склонны воспринимать правовую квалификацию в более широком контексте – контексте правового регулирования, рассматривая ее как элемент правовой ситуации нормативного правового и индивидуального правового регулирования. Усмотрение субъекта правового регулирования имеет в ней решающее значение,

²⁸⁶ Более подробно см.: Валиев Р.Г. Усмотрение как фактор практики правового регулирования // Власть закона. 2022. № 3 (51). С. 72-81

²⁸⁷ Тарханов И.А. Юридическая квалификация: понятие и место в правоприменительном процессе // Российский юридический журнал. 2012. № 3. С.131.

²⁸⁸ Лазарев В.В. Применение советского права. Казань, 1972. С. 48.

так как оно предполагает оценку юридической значимости как обстоятельств правовой ситуации, так и соответствующей модели нормативного правового или индивидуального средства правового регулирования.

Дело в том, что не только субъект правоприменительной реализации, но и любой субъект правотворчества имеет дело с правотворческой ситуацией, в рамках которой решается задача оценки обстоятельств, от которых зависит правотворческая инициатива и ее реализация. Иными словами, субъект правотворчества квалифицирует сложившиеся, складывающиеся либо формируемые по его инициативе социальные нормы и отношения с точки зрения их актуальности, зрелости, необходимости и допустимости.

Определяющее значение в юридической квалификации имеет усмотрение субъекта правотворчества и правоприменения, предполагающее аргументацию обоснованности соответствующего акта правового регулирования.

Юридическая квалификация как метод познания правовой ситуации осуществляется на основе субъективного восприятия и оценки субъектом правового регулирования не только обстоятельств правовой ситуации, но и правовых норм, которые являются предметом соответственно правотворческой или правореализационной (правоприменительной) деятельности.

На стадии оценки обстоятельств правовой ситуации с точки зрения соответствующих правовых норм, формируется убежденность субъектов правового регулирования о соответствии, относимости и достаточности условий и обстоятельств правовой ситуации для формирования общеправовой и (или) конкретно-ситуационной модели, заключенной соответственно в предписаниях нормативного или индивидуального правового акта. Убеждение предшествует стадии волеизъявления и принятия решения. Поэтому внутреннее убеждение вряд ли можно сводить к усмотрению, как это делают отдельные исследователи». Внутренне убеждение предшествует усмотрению. Следовательно, усмотрение как потенциал рационально-психической деятельности является детерминантой волеизъявления субъекта правового регулирования.

Убеждение субъекта правового регулирования – это занимающее соответствующее место в механизме принятия дискреционного решения, опосредуемое усмотрением в его формировании и само оказывающее определяющее воздействие на усмотрение динамический элемент – свойство правосознания. Усмотрение зависит от внутреннего убеждения даже в случае применения абсолютно определенных санкций. Так, применение нормы о конкретно установленном размере административного штрафа за незаконное предпринимательство не исключает внутреннее убеждение, опосредуемое правоприменительным усмотрением, и имеет решающее значение как в процессе установления обстоятельств правоприменительной ситуации, так и при квалификации самого деяния в качестве административного правонарушения и основания административной ответственности.

Вследствие сформированного убеждения субъектов правового регулирования формируется основание для волеизъявления субъекта правового регулирования относительно возможного и необходимого решения. Усмотрение как оценочное восприятие обстоятельств правовой ситуации выражается и объективируется вместе с волеизъявлением. Усмотрение «вкраплено» в результаты правосознания как рационально-психического процесса и находит выражение в акте волеизъявления относительно целесообразности или нецелесообразности соответствующего решения. Первичным результатом усмотрения являются сведения о фактических данных, имеющих или не имеющих значение для правового регулирования. На основе этих сведений формируется промежуточный результат – внутреннее убеждение и самоопределение субъекта правового регулирования в вопросе о достаточности оснований для принятия решения. Конечные результаты усмотрения находят выражение во внешних актуализированных действиях, текстуально оформленных в правовых актах-документах.

Итак, основные стадии интеллектуально-волевого механизма принятия дискреционного юридически значимого решения можно представить следующим образом.

На первой стадии – стадии познания, выявления и усвоения обстоятельств правовой ситуации осуществляется их интерпретация, дифференциация и вычленение из их совокупности тех из них, которые имеют отношение к сути правовой ситуации.

На второй стадии осуществляется идентификация и верификация на предмет актуальности и состоятельности обстоятельств правовой ситуации с точки зрения их актуальности и адекватности потребностям правового регулирования.

На третьей стадии имеет место выявление соответствующих обстоятельств правовой ситуации и их правовая оценка в качестве юридически значимых обстоятельств для принятия по ним волевого решения, т.е. их юридическая квалификация. Оценка как акт мышления имеет значение для выявления относимости обстоятельства правовой ситуации к решению соответствующего вопроса.

На четвертой стадии формируется убеждение об идентичности обстоятельств правовой ситуации и их достаточности для выражения воли относительно принятия решения в форме правового акта-документа.

Таким образом, можно заключить, что в развитии процесса принятия дискреционного юридически значимого решения присутствует некий кумулятивный эффект, поскольку каждая из стадий, находясь в логической корреляции друг с другом, формируется на основе предыдущей и включает ее в себя.

В контексте изложенного усмотрение выступает одним из существенных системообразующих элементов структуры правосознания субъектов правового регулирования и имеет характер юридически значимой рефлексии, оказывающей значительное влияние на процессы правового регулирования. Будучи органично взаимосвязанным с правосознанием, оно олицетворяет собой потенциал правового регулирования, который позволяет самоопределяться в вопросе формирования, интерпретации и реализации нормативных и индивидуальных средств правового регулирования. Этот потенциал –

существенное, юридически значимое свойство деятельности субъектов правового регулирования. Усмотрение как элемент правосознания личности в преобладающем большинстве случаев опосредует юридически значимые действия адресатов норм права как субъектов правового регулирования общественных отношений²⁸⁹.

Усмотрение как элемент правосознания личности опосредует юридически значимые действия адресатов норм права как субъектов правового регулирования общественных отношений. Усмотрение выступает одним из существенных системообразующих элементов структуры правосознания субъектов правового регулирования и имеет характер юридически значимой рефлексии, оказывающей значительное влияние на процессы правового регулирования. Будучи органично взаимосвязанным с правосознанием, оно олицетворяет собой тот его потенциал, который позволяет самоопределяться в вопросе формирования, интерпретации и реализации нормативных и индивидуальных средств правового регулирования.

Выводы

Анализ усмотрения в аспекте правосознания дает возможность представить психологический механизм принятия дискреционных решений субъектами правового регулирования.

Усмотрение как элемент правосознания субъектов правового регулирования, будучи интегрировано в систему норм права на уровне институтов права, имеет своим содержанием нормативно обусловленное оценочное восприятие юридически значимых условий и обстоятельств правовой ситуации с точки зрения соответствующих правовых норм, определяющее состоятельность оснований для формирования общеправовой и (или) конкретно-ситуационной модели, заключенной в соответствующем акте правового

²⁸⁹ Более подробно см: Валиев Р.Г. Усмотрение как элемент правосознания и диалектика его развития в механизме принятия дискреционного решения субъектами правового регулирования //Учен. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманит. науки. 2021. Т. 161. Кн. 2. С. 27-34.

регулирования в контексте актуальных социальных потребностей и интересов развития личности, общества и государства.

Между правовым регулированием и усмотрением как элементом правосознания, объективированном на уровне институтов права, существуют устойчивые и необходимые связи, обуславливающие дискреционный характер практики правового регулирования. В контексте этих связей усмотрение олицетворяет собой рационально-психический ресурс, опосредующий правовую ситуацию, связанную с разработкой и систематизацией норм права, а также их толкованием и реализацией (применением).

Усмотрение как элемент правосознания имеет значение функционально значимого потенциала практики правового регулирования, оказывающего значительное влияние как на праворегулирующую деятельность, так и ее результаты, в качестве которых выступают нормативные, правоинтерпретационные и правореализационные правовые акты.

Усмотрение субъектов правового регулирования – это, предусмотренное и верифицируемое правовыми нормами, оценочное восприятие юридически значимых обстоятельств нормативного правового и индивидуального правового регулирования в качестве необходимых и достаточных оснований принятия соответствующего акта правового регулирования.

Глава 3. Технологические основы оптимизации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений

3.1. Теоретические основы юридической техники и технологии оптимизации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений

Любое фундаментальное исследование, будучи связано с практикой, в той или иной мере сопряжено с эмпирическим контекстом и имеет своим итогом практикоориентированные результаты. В нашем случае такими результатами являются технологии оптимизации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования. Их разработка предполагает обращение к анализу основных положений теоретических основ юридической технологии, которые олицетворяют научное знание о ее сущности и содержании как важнейшего механизма оптимизации практики правового регулирования.

Актуальным и ключевым аспектом технологической проблематики в приложении к правовым процессам являются технологии оптимизации правового регулирования, охватывающего собой исключительно все виды и формы социального взаимодействия. Технологии оптимизации правового регулирования – неотъемлемая часть правовой политики. Они тесно связаны когнитивным и инновационным началом, лежащим в основе разработки инноваций по оптимизации дискреционной практики нормативного правового и индивидуального правового регулирования.

Технологии оптимизации практики правового регулирования имеют в своей основе единство юридической науки и правоорганизованной практики. Ключевые положения учения о юридической технике и технологии выступают теоретико-методологической основой выявления технико-юридического и технологического потенциала усмотрения. Это важно в аспекте необходимости оптимизации дискреционной практики правового регулирования, в которой значительную роль играет технико-технологический инструментарий.

Правовое регулирование может быть эффективным лишь тогда, когда оно осуществляется в определённом порядке, на основе рациональных алгоритмов и средств формализации, что и отражает процесс технологизации. Здесь необходимо сделать отступление и остановиться на следующем замечании.

Проблема атипичной дискреционной практики правового регулирования и ее оптимизации по сути взаимосвязана с проблемой эффективности правового регулирования, что позволяет говорить о существующих между ними зависимостях, имеющих характер закономерностей. Одна из закономерностей существует на уровне соотношения эффективности и результативности правового регулирования. Между эффективностью и результатом правового регулирования существует тесная связь, поскольку эффективность правового регулирования зависит от его результата. С этой точки зрения от оптимизации и совершенствования дискреционной практики правового регулирования зависит эффективность как правового регулирования, так и его результатов.

Эффективность правового регулирования олицетворяет одну из характеристик результата правового регулирования. Эффективность правового регулирования выступает антиподом иррационально-деструктивных проявлений дискреционной практики правового регулирования, выраженных в атипичных дискреционных правовых актах. Поэтому проблема эффективности и оптимизации правового регулирования находятся в одном понятийном ряду и соотносятся как однопорядковые свойства правового регулирования. С этой точки зрения можно выделять зависимость логического порядка настоящего исследования, выражающуюся в том, что исследование проблемы оптимизации и совершенствования дискреционной практики правового регулирования олицетворяет один из аспектов проблематики эффективности и, следовательно, может служить развитию теории эффективности правового регулирования.

Изложенное, как представляется, делает избыточным в данном исследовании специальное рассмотрение теоретических основ эффективности правового регулирования. Практический же аспект эффективности правового регулирования рассматривается нами в контексте проблемы оптимизации

дискреционной практики правового регулирования, а именно в вопросе оптимизации и совершенствования нормативного правового и индивидуального правового регулирования, т.е. правотворчества и правореализации на уровне как самой деятельности их субъектов, так и ее результатов – нормативных и индивидуальных правовых актов.

Любые новации в практике правового регулирования, направленные на ее оптимизацию и совершенствование характеризуются своей технологичностью. Неотъемлемыми компонентами технологичности правового регулирования являются юридическая техника и технология²⁹⁰. Они опосредуют целенаправленное воздействие на поведение людей и их отношения соответствующих правовых средств.

Сегодня юридическая техника рассматривается как один из юридических факторов, определяющих процесс правотворчества и правореализации²⁹¹. Поэтому без освоения теоретических основ познания сущности юридической техники и технологии задача разработки технологий оптимизации и совершенствования дискреционной практики правового регулирования не может быть решена. Освоение знаний о технико-технологическом аспекте праворегулирующей деятельности – важнейшая составляющая теории и практики правового регулирования. Исходя из указанной цели, задачи данной главы исследования состоят в изложении основных положений теории юридической техники и технологии, образующих основные требования, предъявляемые к порядку создания, оформления, систематизации, толкования, применения и экспертной оценки нормативно-правовых и иных правовых актов.

Технологичность, как характерный атрибут правовых явлений и деятельностных процессов, отражает системность явлений в их статике и динамике – динамическую системность. Технологичность является отражением

²⁹⁰ Технология (от греч. *techne* – искусство, мастерство, умение и *logos* – слово, учение). Большой энциклопедический словарь. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.vedu.ru/bigencdic/62617/>

²⁹¹ Хабибулин А.Г. Юридическая техника в курсе общей теории государства и права // Юридическая наука: история и современность. 2023. № 4. С. 35.

действия системы алгоритмов, задающих высокий уровень функциональной организованности процесса правового регулирования. Технология же правового регулирования выступает тем организационно-функциональным механизмом, который включает в себя определенный набор алгоритмов процесса правового регулирования. Иными словами, благодаря технологии достигается технологичность процесса правового регулирования. Поэтому технологичность права и технология правового регулирования являются неотъемлемыми элементами процессов действия права и правового регулирования.

Выступая потенциалом процессов правового регулирования, технологичность обуславливает соответствующий подход к изучению правотворчества, правоинтерпретации, правосистематизации и правореализации, позволяя выявлять закономерности их развития как деятельностных процессов. «Технологический подход к юридическому познанию снимает многие спорные вопросы в науке, а самое главное – указывает конкретные механизмы, их элементы, перспективные направления и «пути исследования (methodos)»²⁹².

Технологичность в правовой сфере невозможно представить без научного познания и тех практических аспектов, которые характеризуют негативный опыт, позволяющий заложить в технологическую модель правовой деятельности предвидение негативных издержек с целью её оптимизации. Прав в этой связи А.В. Нестеров, отмечающий, что «технологичность юридически значимой деятельности подразумевает наличие гарантий по устранению таких негативных последствий»²⁹³.

Технологизация²⁹⁴ правового регулирования – неизбежный процесс формирования и развития государственно организованного общества. В настоящее время в юридической науке актуализировалась экстраполяция

²⁹² Карташов В.Н. Теория правовой системы общества: учебник. М., 2019. С.26.

²⁹³ Нестеров А.В. О технологичности в праве на примере административных регламентов. – URL: <http://xn---7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/1717> (дата обращения – 10.10.2022 г.)

²⁹⁴ В контексте данного исследования под технологизацией мы понимаем теоретическую и практическую актуализацию технологий.

технологизации и на собственно научно-исследовательскую деятельность «в контексте получения новых результатов, повышения качества и эффективности труда учёного»²⁹⁵. Как представляется, технологизация научно-исследовательской деятельности это важнейшая методологическая основа разработки конкретных технологий в правовой сфере. Как функциональная характеристика процессов правового регулирования и объективный признак права технологичность²⁹⁶ имеет в своей основе требования, относящиеся к содержанию и форме праворегулирующей деятельности и её результатов.

Праворегулирующая деятельность может быть эффективной, если она осуществляется на основе рациональных алгоритмов и средств формализации. В каждом из видов юридически значимой деятельности, в том числе и юридических исследованиях, есть функционально-содержательная сторона, которая находит выражение в комплексе рациональных действий, подчинённых методологическому инструментарию и формальная сторона, представленная внешним выражением, оформлением результатов деятельности.

Формальная сторона крайне важна тем, что результатом праворегулирующей деятельности выступает нормативный правовой или иной правовой акт, оформляющий соответствующие юридически значимые решения. Каждая из этих сторон взаимозависима и подчиняется процедурным требованиям, призванным обеспечивать рациональную алгоритмичность деятельности по достижению эффективного результата. Так, например, мотивационная часть судебного решения для целей его признания состоятельным правосудным актом обуславливает требование рациональности алгоритмов правоприменительной деятельности судьи на стадиях рассмотрения дела. Эти требования определяются юридической техникой и технологией.

²⁹⁵ Кодан С.В. Технологизация научно-исследовательской деятельности в юриспруденции: понимание, структура и направления развития // Кризисные явления в праве: теория, история, пути преодоления. Спб.2021. С.494.

²⁹⁶ Козюк М.Ю. О технологичности права: анализ проблемы правовых технологий. URL: www.pravaspekt.ucoz.ru/kozjuk.docx. (дата обращения – 15.11.2021 г.)

Проблема научного познания юридической техники и технологии имеет своим исходным вопросом понятие и соотношение категорий «юридическая техника» и «юридическая технология». Необходимо отметить, что исследование сущности юридической техники и технологии в юридической науке проводится в контексте их соотношения. И этому имеется вполне логичное объяснение. Во-первых, исследование юридической техники предшествует актуализации технологии и имеет весьма развитую традицию. Во-вторых, юридическая техника образует собой инструментальную часть юридической технологии.

Назначением юридической техники и технологии является обеспечение рационально организованных форм развития социальной деятельности, охрана и защита каких-бы то ни было видов юридически значимой деятельности, прежде всего правового регулирования, чем и определяется актуальность их исследования. Двудеяная цель юридической техники и технологии правового регулирования – достижение и обеспечение рациональной организации праворегулирующей деятельности и выражение адекватного воле ее субъектов смысла нормативно-правовых и индивидуально-правовых предписаний. В этой связи представляется необходимым остановиться на выяснении сущности юридической техники и технологии. Это важно в аспекте методологического значения теоретических основ исследования технико-юридических аспектов формирования, систематизации, интерпретации и реализации права, относящихся к содержанию правового регулирования.

Технологичность и технологию как факторы правового регулирования следует различать. Технологичность правового регулирования тесно связана с процессом, в рамках которого осуществляется деятельность по упорядочению общественных отношений. Так, различные виды судебного процесса имеют своим внутренним ресурсом технологичность судопроизводства. Правотворческий процесс имеет своим внутренним ресурсом технологичность правотворчества. Однако технологичность и процесс правового регулирования не совпадают. Технологичность является отражением действия системы алгоритмов, задающих высокий уровень функциональной организованности

процесса правового регулирования. Технология же выступает тем организационно-функциональным механизмом, который включает в себя определенный набор алгоритмов процесса правового регулирования. Иными словами, благодаря технологии достигается технологичность процесса правового регулирования. Поэтому технологичность и технология правового регулирования являются неотъемлемыми элементами процесса правового регулирования.

Юридическая технология как отрасль науки – это система знаний о технологичности деятельности, закономерностях и механизмах её осуществления. Она имеет прикладной характер, так как её положения применяются в практике правового регулирования, в рамках которой широко используются средства рационализации праворегулирующей деятельности, обеспечивающие получение высококачественного юридически значимого продукта – эффективных нормативно-правовых и иных правовых актов.

Вопросам юридической техники и технологии в юридической науке уделяется значительное внимание²⁹⁷. Однако изучение и анализ научных трудов по данной проблематике позволяет заключить, что существует дискуссионность относительно понимания сущности, структуры и соотношения юридической техники и технологии.

Историография исследования юридической техники и технологии позволяет констатировать отсутствие более или менее единого устоявшегося подхода к определению их понятия и соотношения, служащего гносеологическим основанием ее парадигмы. Изначально в отечественной науке

²⁹⁷ См., например: Кашанина Т.В. Юридическая техника: учебник. – 2-е изд., пересмотр. – М.: Норма: ИНФРА. М., 2011. 496 с.; Карташов В.Н. Юридическая технология или юридическая техника? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 16–24; Эффективность законодательства и современные юридические технологии (материалы заседания Международной школы-практикума ученых-юристов, Москва, 29 – 31 мая 2008 г.) / отв. ред. Т.Я. Хабриева. М., 2009. 495 с.; Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. 318 с.; Илясов А.Н. Правоприменительная техника и правоприменительная технология: (теоретико-правовой анализ): дис. канд. юрид. наук. Саратов, 2008. – 176 с.; Долотова Д.В. Техника и технология правовых актов: на примере правовых актов, издаваемых в уголовно-исполнительной системе: дисс. канд. юрид. наук. Владимир, 2012. – 182 с.

доминировало восприятие юридической техники как явления, свойственного законотворческому процессу, т.е. как законодательной техники (Д.А.Керимов, Ю.А. Тихомиров, А.С. Пиголкин, В.В. Лазарев). Последняя, например, определялась в качестве «системы правил познавательного-логического и нормативно-структурного формирования правового материала и подготовки текста закона»²⁹⁸. Современные исследователи объясняют такое восприятие юридической техники жёстким этатистским позитивизмом советской науки²⁹⁹.

В современной интерпретации усилиями авторитетных правоведов законотворческая техника обрела статус самостоятельной прикладной науки, призванной выявлять закономерности законотворческой деятельности. При этом содержание данной науки составляет «технология (приемы, правила, процедуры) подготовки качественно совершенных как по форме, так и содержанию законов»³⁰⁰.

В контексте настоящего исследования нормативные правовые и иные правовые акты в своей совокупности рассматриваются как объект юридической техники. Поэтому следует обратить внимание на соотношение понятия «нормативный правовой акт» с понятиями «нормативный акт» и «правовой акт».

Дело в том, что в учебной и специальной литературе достаточно часто вместо категории нормативный правовой акт употребляется категория нормативный акт. Складывается противоречивая ситуация, при которой демонстрируется не просто отсутствие научной дисциплины или непоследовательность, но и порождается методологическое противоречие принципиальному положению общей теории права о том, что среди нормативных или правовых актов только нормативно-правовой акт содержит

²⁹⁸ Тихомиров Ю.А. Законодательная техника как фактор эффективности законодательной и правоприменительной деятельности // Проблемы юридической техники / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 39.

²⁹⁹ См., например: Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография. С.61.

³⁰⁰ Сырых В.М. Предмет и система законодательной техники как прикладной науки и учебной дисциплины // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: сб. ст.: в 2 т. Т. 1. / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2001. С. 15.

нормы права. Между тем, каждое из указанных понятий имеет свой логический смысл. Так, инструкции как нормативные акты могут иметь неправовой характер, если они посвящены исключительно техническим операционным действиям и при этом за их несоблюдение не предусмотрены юридические последствия. Правовой же акт, будучи основанным на нормах права, может не содержать их. Например, приказ о приеме на работу и приказ о применении дисциплинарного взыскания являются правовыми актами, основанными на нормах трудового права, но при этом сами нормы права как таковых не содержат. Их содержание составляют конкретизированные на уровне приказа о приеме на работу и приказа о применении дисциплинарного взыскания индивидуальные правовые нормы.

Таким образом, объектом юридической техники могут выступать как нормативные правовые, так и индивидуальные правовые акты. Сегодня можно заключить, что все многообразие имеющихся в отечественной историографии трактовок сущности юридической техники с определённой их вариативностью укладывается в содержание двух подходов – документационного (инструментального) (С.С. Алексеев, А.Ф. Черданцев, А.Б. Венгеров, В.С. Нерсисянц, А.В. Малько, Р.А. Ромашов и др.) и деятельностного (В.М. Баранов, В.Н. Карташов, А.Н. Илясов, В.Б. Исаков, Т.В. Кашанина, М.Л. Давыдова, К.Н. Княгинин, А.Н. Миронов и др.).

Документационный подход сводит юридическую технику к системе средств (правил и приемов), используемых в процессе подготовки, оформления, принятия, опубликования и систематизации юридических документов. В рамках такого подхода юридическая техника интерпретируется в качестве инструментария создания юридических документов. В этой связи данный подход называют инструментальным.

Когда скоро технико-юридический инструментарий находит своё воплощение в форме и структуре правовых актов, то юридическую технику, на наш взгляд, можно рассматривать и как формально-юридическую характеристику конкретного нормативного правового или иного правового акта,

посредством которой выделяются его внешние, атрибутивные черты и специфика внутреннего строения. В таком аспекте можно выделять юридическую технику закона, юридическую технику подзаконных нормативно-правовых актов, юридическую технику правоприменительных актов и актов официального толкования, а также юридическую технику иных юридических актов-документов.

Общеизвестно, что, поскольку юридическая техника относится к форме и содержанию правовых актов, то к юридической технике принято относить систему правил разработки оптимальных по форме и содержанию нормативных правовых, правоприменительных, правоинтерпретационных и иных юридических документов. От используемых правил как средств юридической техники зависит качество предписаний нормативных правовых и индивидуальных правовых актов и эффективность деятельности субъектов правового регулирования. Отступление от правил юридической техники ухудшает качество текстуального содержания правовых актов, затрудняя толкование их положений, что неизбежно создаёт препятствия в их реализации.

Применение технически несовершенных предписаний нормативных правовых и индивидуальных правовых актов не лучшим образом отражается на процессах правового регулирования и правореализации. «Значительное число правотворческих, правореализационных, интерпретационных ошибок является результатом нарушения правил юридической техники»³⁰¹.

Содержание юридической техники в узком, документационно-инструментальном значении ограничивается совокупностью средств (приёмов и способов). При таком подходе за рамками предмета юридической техники остаётся сама деятельность по созданию, систематизации, интерпретации или реализации нормативных правовых и иных правовых актов.

Ограниченность документационного подхода преодолевается более широким, деятельностным подходом, учитывающим инструментальный аспект

³⁰¹ Баранов В.М. Эссе главного редактора //Юридическая техника. 2007. № 1. С.5.

и включающим в юридическую технику саму деятельность по использованию системы средств (правил, способов и приёмов) подготовки нормативных правовых и иных правовых актов. Сторонники такого восприятия рассматривают юридическую технику в двуедином, инструментально-функциональном значении. Так, по мнению Т.В. Кащаниной, «юридическая техника – это правила ведения юридической работы и составления в процессе её юридических документов»³⁰². М. Л. Давыдова полагает, что юридическая техника – это «система профессиональных юридических правил и средств, используемых при составлении правовых актов и осуществлении иной юридической деятельности в сферах правотворчества, правоинтерпретации, властной и невластной реализации права, обеспечивающих совершенство его формы и содержания»³⁰³. А.В. Малько и М.А. Костенко определяют юридическую технику «как систему ресурсов (средств, способов, методов, приемов, правил и т.д.), используемых при подготовке, применении и упорядочении правовых актов (нормативных, правоприменительных, интерпретационных, договорных и прочих) в целях обеспечения их совершенства и повышения эффективности»³⁰⁴. Действительно, юридическая техника находит свое выражение в любом из видов юридически значимой деятельности, включая подготовку частноправовых документов³⁰⁵.

В рамки документационного-инструментального и деятельностного подходов укладываются выделяемые в доктрине юридической техники статический и динамический подходы к её интерпретации. И, тем не менее, на наш взгляд, более убедительным является подход тех учёных, которые юридическую технику рассматривают в составе юридической технологии

³⁰² Кащанина Т.В. Юридическая техника: учебник. – 2-е изд., пересмотренное. М., 2011. С.86.

³⁰³ Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография. С.50.

³⁰⁴ См, например: Малько А.В., Костенко М.А. Развитие юридических технологий как модернизационный ресурс правовой политики России // Юридические технологии в правовой политике современной России: сборник научных статей / Под общ. ред. А.В. Малько, М.А. Костенко; Таганрог, 2011. С. 8.

³⁰⁵ М.Л. Давыдова исходя из сферы применения юридической техники выделяет её публично-правовую и частноправовую направленность. См.: Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография. С. 47.

(Н.А. Власенко, В.Н. Карташов, В.М. Баранов, Т.Я. Хабриева и др.). Совершенство нормативно-правовых и иных юридических актов, в конечном счёте, зависит от качества самой деятельности по их подготовке, что обуславливает актуальность её рациональной организации, для выражения которой наиболее удачной представляется категория «юридическая технология».

Категория «технология», с помощью которой раскрывается алгоритм праворегулирующей деятельности имеет важное значение для характеристики дискреционной практики правового регулирования в функциональном аспекте. Правовое регулирование может быть эффективным лишь тогда, когда оно осуществляется в определённом порядке, основанном на единстве рациональных алгоритмов и средств формализации юридически значимых действий и решений. Как закономерный процесс поступательного развития государственно организованного общества правовое регулирование тесно связано с явлением технологизации, обуславливающей технологичность в правовой сфере³⁰⁶.

В юридической науке юридическую технологию определяют: как «систему мыслительных операций и внешне актуализированных действий и операций толкования, реализации, систематизации³⁰⁷; как «систему научно обоснованного комплекса приемов, методов, других правовых инструментов, а также процедур их использования, с помощью которых оптимально используются все необходимые ресурсы (финансовые, организационные и т.д.) в целях формирования эффективных юридических решений»³⁰⁸; как «сложную систему, включающую наряду с техникой (взаимосвязанными приемами

³⁰⁶Козюк М.Ю. О технологичности права: анализ проблемы правовых технологий. URL: www.pravaspekt.ucoz.ru/kozjuk.docx. (дата обращения – 15.11.2021 г.)

³⁰⁷ Карташов В.Н. Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении) // Проблемы юридической техники: сб. ст. / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С.21.

³⁰⁸ Хабриева Т.Я. Современные юридические технологии в современной теории и практике правотворчества и правоприменения // Эффективность законодательства и современные юридические технологии (материалы заседания Международной школы-практикума ученых-юристов, Москва, 29 – 31 мая 2008 г.) / отв. ред. Т.Я. Хабриева. М., 2009. С 4.

юридической деятельности), взаимообусловленные циклы правотворчества и правореализации»³⁰⁹.

Приведённые трактовки не исчерпывают всего их многообразия, но их объединяет идея о том, что юридическая технология – система неких приемов, способов и методов, выступающих ресурсом деятельности по подготовке законных по содержанию и форме правовых актов-решений. Подобные трактовки в современной литературе являются достаточно распространёнными. Вместе с тем в юридической литературе встречаются трактовки юридической технологии как некой юридической деятельности³¹⁰. Так, по мнению А.Н. Миронова, «юридическая технология – это комплексная целенаправленная деятельность по применению технико-юридических средств, в соответствии с определёнными правилами, направленная на разработку действенных или качественных правовых актов, их совершенствование и систематизацию»³¹¹.

Трактовки юридической технологии, основанные на выделении в их составе правил, способов, приёмов, методов, в конечном счёте, связаны с деятельностью. Однако эти элементы не образуют содержание какого-либо отдельного вида деятельности. Будучи включены в соответствующие виды юридической деятельности, они образуют содержание юридической технологии, задающей деятельности свойства целенаправленности, логической определённости и последовательности.

Восприятие технологии как юридической деятельности провоцирует на неосновательное дублирование соответствующих видов юридической деятельности. При таком подходе получается, что наряду с каждым видом юридической деятельности параллельно существует еще некая деятельность, называемая юридической технологией.

³⁰⁹ Ромашов Р.А. Юридическая технология правотворчества в России УШ в. С.78.

³¹⁰ См., например: Бахвалов С.В. Законодательная технология (некоторые проблемы теории и методологии): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2006. 18 с.; Миронов А. Н. Юридическая технология нормативных правовых актов: монография. Уфа. 2008. С. 12.

³¹¹ См.: Миронов А. Н. Юридическая технология нормативных правовых актов: монография. Уфа, 2008. С. 12.

На наш взгляд, юридическая технология не подменяет юридическую деятельность и не является какой-либо самостоятельной ее разновидностью. Юридическая технология призвана показывать логику любой юридически значимой деятельности, как, в какой последовательности она осуществляется. Сущность юридической технологии заключается в оптимизации порядка осуществления юридически значимой деятельности.

Важно подчеркнуть, что предметом юридической технологии является содержание правового регулирования в целом как деятельности субъектов нормативного правового и индивидуального регулирования. Представляется, что такое восприятие юридической технологии имеет практическую значимость, так как может выступать основой критической оценки существующих правоорганизованных практик и подготовки технологий их оптимизации и совершенствования.

Юридическая технология как организационно-функциональный механизм задаёт линейный характер правовому регулированию и правореализации, обеспечивает рациональный характер правоорганизованной деятельности в целях достижения эффективности ожидаемого результата. При этом предмет юридической технологии не ограничивается действиями по использованию средств юридической техники по формулированию нормативных и иных правовых предписаний в процессе подготовки текста нормативного и иного правового акта.

Юридическая технология имеет своим предметом и акты-действия, образующие содержание правоорганизованной деятельности в целом, в широком её понимании. Иными словами, наряду с деятельностью по формулированию нормативных правовых или индивидуальных правовых предписаний при подготовке их текстов юридическая технология охватывает собой и иные стороны правового регулирования. Так, прежде чем принять правоприменительный акт субъект правоприменения осуществляет предшествующие ему действия в рамках таких стадий как установление фактической основы дела и юридическая квалификация. Поэтому к юридической

технологии относится система правил рациональной организации всех сторон правового регулирования.

Таким образом, юридическая технология – это организационно-функциональный механизм осуществления правоорганизованной деятельности, включающий в себя требования правил, задающих определенные алгоритмы действий, связанных с подготовкой, систематизацией, интерпретацией, оценкой и реализацией нормативно-правовых и иных правовых актов.

В силу праворегулирующего потенциала требований технологических алгоритмов они могут быть отнесены к содержанию технологии правового регулирования. На этой основе можно заключить, что в теоретическом аспекте юридическая технология может рассматриваться в качестве теоретической конструкции теории правового регулирования. В обозначенном аспекте юридическая технология позволяет:

– актуализировать знания о технологических процессах в системе права и практике правового регулирования.

– раскрывать динамику воплощения юридической техники в систему права и практику правового регулирования.

– служить теоретической основой решения вопросов совершенствования практики правового регулирования в порядке разработки соответствующих технологий.

В проблематике интерпретации юридической технологии важным аспектом является её восприятие в качестве отрасли научного знания. В литературе отмечается, что как наука «правовая технология призвана обеспечить не только научное познание происходящих в стране социальных процессов, но и разработку научно обоснованных мер по корректированию на законодательном уровне системы общественных отношений»³¹². В.Н. Карташов юридическую технологию понимает не только как «основанный на определенных принципах, планах и прогнозах процесс подготовки, оформления и обнародования

³¹² Черненко А.К., Бобров В.В. Целевая составляющая и аксиологические основания правовой технологии: социально-философский аспект. Новосибирск, 2003. С.8.

разнообразных правовых решений (актов), в ходе которого используются необходимые средства, приемы, способы и методы юридической деятельности», но и как науку, «систему знаний о средствах, способах и методах наиболее эффективной и планомерной юридической практики»³¹³. Данный аспект находит свое практическое подтверждение в образовательном процессе.

В юридических вузах страны юридическая техника и технология находят свою востребованность в учебных планах в качестве самостоятельной учебной дисциплины. М.И. Козюк, оценивая возможности технологического подхода отмечает, что «он позволяет осмысливать правовые институты в инструментальном аспекте: раскрывать диалектику целей и средств практической деятельности; сосредоточить внимание на рациональных сторонах правовой деятельности; эффективности ее методик и процедур и выступать методологической основой для разработки современных правовых технологий»³¹⁴.

На наш взгляд, актуальность в образовательном процессе данной учебной дисциплины коррелирует с ее актуальностью в науке. Она заключается в том, что научное познание теории юридической техники и технологии позволяет формировать необходимое технико-технологическое знание для верификации правоорганизованной, том числе дискреционной практики правового регулирования, на предмет ее оптимизации и совершенствования. Иными словами, прежде чем разрабатывать авторские технологии оптимизации и совершенствования любой юридически значимой деятельности необходимо осваивать теорию юридической техники и технологий. Именно в таком ключе юридическая технология представляется востребованной как основополагающий теоретико-прикладной курс образовательной технологии подготовки специалистов по аудиту и оптимизации практики правового регулирования.

³¹³ См.: Карташов В.Н. Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении). С.22.

³¹⁴ См.: Козюк М.Ю. О технологичности права: анализ проблемы правовых технологий. – URL: www.pravaspekt.ucoz.ru/kozjuk.docx (дата обращения – 15.11.2021 г.)

Таким образом, юридическая техника и технология – тесно взаимосвязанные части механизма правового регулирования, которые обеспечивают рациональность правового регулирования и технико-юридическое совершенство нормативно-правовых и иных правовых актов. В контексте выше изложенного можно заключить, что в теоретическом аспекте юридическая технология выступает важнейшей теоретической конструкцией. Именно она позволяет, во-первых, актуализировать знания о технологических процессах в сфере права. Во-вторых, увидеть динамику воплощения юридической техники в правовую деятельность. В-третьих, служить теоретической основой решения вопросов совершенствования практики правосудия и регулирования в порядке разработки соответствующих технологий.

В контексте вопроса о соотношении юридической техники и технологии юридическая техника может быть сама представлена в качестве средства юридической технологии. На это, в частности, ориентирует её интерпретация в качестве инструментальной части юридической технологии В.Н. Карташовым. Как инструментальная часть юридической технологии юридическая техника представляет собой систему логико-лингвистических правил оформления нормативно-правовых, правоприменительных, интерпретационных и иных правовых актов³¹⁵. Если сущность юридической техники в узком значении находит выражение в средствах подготовки и оформления правовых актов, то юридическая технология – в использовании этих средств на основе соответствующих приемов и способов.

Отстаивая самостоятельный статус юридической технологии В.Н. Карташов отмечает, что «техника, имея законченный вид, может существовать без технологии, но технология немислима без техники, а, следовательно, технология не может быть составляющей юридической техники»³¹⁶. На наш взгляд, юридическая техника не может рассматриваться отдельно от юридической

³¹⁵ Карташов В.Н. Юридическая технология или юридическая техника? Некоторые методологические аспекты исследования // Юридическая техника. 2007. № 1. С.18.

³¹⁶ Карташов В.Н. Законодательная технология субъектов Российской Федерации. Ярославль, 2010. С. 69.

технологии. Юридическая технология не может быть составляющей юридической техники потому, что без технологии юридическая техника, в узком, инструментальном её понимании, сама по себе теряет всякий смысл, если не воплощается на уровне соответствующих приемов осуществления практической деятельности. Юридическая техника и технология – неотъемлемые части единого процесса осуществления правового регулирования.

Юридическая технология позволяет контролировать соблюдение законности в процессе осуществления правотворческой и правоприменительной деятельности. Отклонения от требований юридической технологии в большей степени негативно сказываются как на правотворческом (законотворческом) процессе и его результате – нормативно-правовых актах, так и правореализационном процессе – правоприменительных актах. Так, если следователь нарушит процедуру проведения очной ставки в части её оформления, то очная ставка как следственное действие по проверке и закреплению доказательств, окажется несостоятельным.

Прикладное значение юридической техники и технологии находит выражение в возможностях правовой экспертизы нормативно-правовых и иных правовых актов. Одна из причин востребованности правовой экспертизы различных видов правовых актов – их технико-юридическое несовершенство. Для осуществления правовой экспертизы необходимы как общие знания по юридической технике и технологии, так и специальные, касающиеся технико-юридических экспертиз отдельных видов правовых актов.

Адекватность доктринальной трактовки юридической техники как инструментальной части юридической технологии может быть верифицирована легальной дефиницией юридической техники. Она содержится в отдельных законах субъектов Российской Федерации³¹⁷. Так, согласно Закону Орловской области от 15.04.2003 № 319-ОЗ «О правотворчестве и нормативных правовых

³¹⁷ См., например: Закон Орловской области от 15.04.2003 № 319-ОЗ «О правотворчестве и нормативных правовых актах Орловской области»; Закон Челябинской области от 30.05.2002 № 87-ЗО «О нормативных правовых актах Челябинской области»; Закон Республики Бурятия от 19.06.1996 № 321-І «О законопроектной деятельности в Республике Бурятия».

актах Орловской области», юридическая техника – средства и приемы, при помощи которых обеспечиваются юридическое содержание правового акта и его словесно-документальное изложение. Как видим, легальная дефиниция связывает понятие юридической техники с подготовкой нормативно-правового акта, что позволяет говорить о технике правового регулирования.

В познании юридической техники и юридической технологии, как и других правовых явлений, целесообразно обратиться к их родовым категориям. В качестве таковых могут выступать энциклопедические трактовки техники и технологии. Техника характеризуется в целом как «совокупность средств человеческой деятельности, создаваемых для осуществления процессов производства и обслуживания непроектных потребностей общества»³¹⁸.

Технология имеет два смысловых значения. Технологией (или технологическими процессами) называют «операции добычи, обработки, переработки, транспортирования, хранения, которые являются основными составными частями производственного процесса»³¹⁹. Этот термин часто употребляется также для совокупной характеристики «навыков и приёмов, используемых в какой-либо сфере деятельности человека, а также искусство, мастерство, умение»³²⁰. Технология как наука – «это учение об искусстве осуществления деятельности человека»³²¹.

Технология всегда связана с преобразованием вообще, а юридическая технология – с преобразованием юридически значимой деятельности. В своем единстве техника и технология обеспечивают логическую последовательность и рациональность в любом производственном процессе. Аналогичным образом юридическая техника и технология обеспечивают процессы правового регулирования и правореализации.

³¹⁸ Большая советская энциклопедия [Электронный ресурс]. URL: <http://niv.ru/doc/encyclopedia/bse/articles/10726/tehnika.htm> (дата обращения – 31.08.21 г.).

³¹⁹ Новый энциклопедический словарь. – М., 2005. С. 1208.

³²⁰ Философский энциклопедический словарь. С. 682.

³²¹ Телемтаев М.М. Системная технология (системная философия деятельности): Издательский дом «СТ-Инфосервис»; Алматы; 1999. С. 19 [Электронный ресурс]. URL: // <http://fictionbook.ru/static/trials/00/27/78/00277872.a4.pdf> (дата обращения – 23.11.21 г.)

Юридическая техника и технологии обеспечивают необходимые предпосылки для наиболее совершенных правовых актов-действий и актов-решений в процессе правового регулирования общественных отношений. В результате на «выходе» получают результат юридически значимой деятельности – нормативно-правовые и правоприменительные акты.

Юридическая технология в отличие от технологий в техническом производстве обеспечивает необходимые предпосылки для организации производства качественных правовых актов, лежащих в основе регламентирования соответствующих общественных отношений. Эта особенность не может не отражаться на содержании понятия юридической технологии, включающей в себя правила производства (процедуры) деятельности по созданию правовых актов и правила их оформления, образующих содержание юридической техники. В этом контексте юридическая технология имеет смежный характер с категорией юридический процесс.

Действительно, по своему процедурному содержанию категории юридическая технология и юридический процесс выступают смежными категориями и могут конкурировать друг с другом. Основой для этого являются такие общие характеристики, как системность, стадийность, алгоритмичность, непротиворечивость. Однако в этой конкуренции доминирует категория юридическая технология. И это доминирование основано на универсальности и большей ёмкости категории «юридическая технология».

В отличие от процедурно-процессуального подхода к судопроизводству, технологический подход наряду с принципами и нормами процессуального законодательства предполагает учёт фундаментальных принципов и норм международного права, правовых позиций Европейского суда по правам человека, Конституционного Суда Российской Федерации, норм судейской, адвокатской и прокурорской этики, а также прочие ресурсы, позволяющие оценить состоятельность конечных судебных решений. Так, например, в технологии обжалования судебного акта адвокатами и гражданами может учитываться конфликт интересов и нарушение кодекса судейской этики.

Один из проблемных аспектов научного познания юридической техники и технологии касается состава их средств. Коль скоро юридическая деятельность технологична, а технологический процесс характеризуется своей системностью, то при характеристике юридической техники и технологии важным представляется выявление состава их средств. Несмотря на то, что категорию «юридическая техника» в большинстве случаев трактуют как систему средств, используемых для подготовки и оформления правовых актов, научная мысль ещё не пришла к единому мнению по вопросу о составе или структуре юридической техники и технологии. Между тем данный вопрос накладывает свой отпечаток на определение сущности и содержания данных юридических явлений. Как было показано выше, составные части юридической техники объединяются общей категорией – средства юридической техники.

Категорией «средства» применительно к юридической технике обозначают состав инструментария, используемого в юридической деятельности. Именно со статусом её средств как инструментария во многом связан инструментальный подход к юридической технике. Так, в качестве специфических инструментов профессиональной юридической деятельности, обеспечивающих достижение её целей, рассматривает средства юридической техники М.Л. Давыдова³²², по мнению которой в составе юридической техники выделяются три их группы: общесоциальные, доктринальные и нормативные. На наш взгляд, в этом значении средства юридической техники представляют собой ресурсы юридической деятельности, используемые для целей создания, обнародования, систематизации, интерпретации, применения и совершенствования (оптимизации) правовых актов. Они актуальны, если их использование обеспечивает необходимый эффект.

Использование средств юридической техники предполагает определённые действия, посредством которых осуществляется их реализация и воплощение в тексте юридического документа. В качестве таких ресурсов называют приёмы,

³²² Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография. С.109-118

способы действий по разработке нормативно-правовых актов. Поэтому совершаемые адекватные процедурам операции в виде приёмов и способов могут претендовать на самостоятельный статус ресурсов той части технологии, которая связана с воплощением приемов или способов реализации средств юридической техники. С этой точки зрения наряду со средствами юридической техники актуальны приёмы и способы их применения, совокупность которых³²³, как нам представляется, целесообразно относить к организационно-функциональной части механизма правового регулирования, для выражения которой приемлема категория юридической технологии. Последняя предпочтительна в силу деятельностного аспекта значения родового понятия «технология». По аналогии с производственной технологией с её помощью актуализируется рациональный характер юридической деятельности. И если средства юридической техники воплощаются в правовых актах, то средства юридической технологии – в содержании юридической деятельности. В изложенном аспекте категория «юридическая технология» служит для совокупной характеристики системы средств производства юридической деятельности.

Одним из первых на двойственный состав юридической техники указал С.С. Алексеев, разграничив в составе юридической техники её средства (юридические конструкции, терминология и т. п.) и приёмы изложения норм. «Содержание средств и приёмов юридической техники, – отмечал он, – связано главным образом с определённой организацией правового материала и его внешним изложением, в первую очередь с выражением структуры права»³²⁴.

Н. А. Власенко полагает, что «юридическая техника отвечает на вопрос о том, с помощью каких приёмов и средств должны осуществляться те или иные технологические операции, а юридическая технология отвечает на вопрос, как

³²³ В.Н. Карташов систему способов, приёмов и методов реализации средств юридической техники включает в содержание понятия юридической тактики, представляющей одну из трех частей юридической технологии наряду с юридической техникой и стратегией.

³²⁴ Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т.Т.2. – М., 1981. С. 267.

делать, в какой последовательности осуществлять те или иные операции»³²⁵. Таким образом, следует различать систему средств – то, с помощью чего осуществляется формулирование правовых норм, разработка и оформление нормативно-правовых и иных юридических документов – юридическую технику и порядок использования средств юридической техники в процессе создания, оценки, толкования и применения правовых норм – юридическую технологию. В таком аспекте юридическая техника в её узком значении относится к форме нормативных и иных правовых актов, а юридическая технология – к деятельности по их подготовке, толкованию и реализации. Если категория юридической техники указывает на состав средств, используемых при подготовке правового акта, то категория «юридическая технология» указывает на состав средств рационального использования средств юридической техники в их инструментальном значении. В первом случае мы имеем систему средств в статике, во втором – систему средств реализации юридической техники. При этом оговоримся, что предмет юридической технологии не ограничивается деятельностью по технико-юридическому оформлению правовых актов.

Принято выделять четыре группы средств юридической техники – собственно юридические или специально-юридические, лингвистические, логические и гносеологические. В своей совокупности они служат цели адекватного отражения явлений и процессов объективной реальности. Состав специально-юридических средств подготовки нормативно-правовых и иных правовых актов образуют нормативные правовые предписания, юридические конструкции, дефиниции, оценочные категории, фикции, презумпции и т.п. В составе юридической техники наряду со специально-юридическими средствами различаются когнитивные (память, умственные способности по переработке, анализу информации, речевые возможности, эмоции); логические, лингвистические средства юридической техники. Однако вряд ли правильно ограничиваться названными средствами.

³²⁵См.: Власенко Н.А. Законодательная технология: Теория. Опыт. Правила. Иркутск, 2001. С.9.

Общеизвестно, что к правовым средствам юридической техники и технологии принято относить и систему знаний, нашедшую своё выражение в понятийно-категориальном аппарате юридической техники и технологии. Выделение указанных средств юридической техники и технологии предопределено их ролью в механизме правового регулирования и правореализации.

Использование средств юридической техники, равно как и средств юридической технологии должно подчиняться соответствующим правилам. С этой точки зрения актуальным аспектом научного познания выступает вопрос о сущности и месте правил в арсенале юридической техники и технологии. Так, например, использование лингвистических средств юридической техники при составлении правового акта должно подчиняться общим правилам грамматики, семантики, стилистики.

Использование специально-юридических средств, например юридических конструкций, должно подчиняться правилам применения формальной логики. Поэтому наряду со средствами юридической техники уместно выделять правила их использования. Здесь может возникнуть вопрос о том, к составу каких средств – юридической техники или технологии – относить правила. С учётом дефиниций относительно понятия правил как предписаний³²⁶ представляется, что они имеют значение общего для юридической техники и технологии знаменателя, охватывающего порядок использования технико-технологических средств, способов и приёмов.

Действительно, нормативные правовые предписания имеют двоякое значение: могут использоваться в качестве формы (способа) выражения воли субъекта правотворчества и рассматриваться в статусе одного из инструментальных средств правотворческой техники. Какие бы нормативно-

³²⁶ По мнению В.Н. Карташова, правила – это предписания, устанавливающие порядок грамотного и наиболее целесообразного использования средств, приемов, способов и методов с целью принятия и оформления качественных и эффективных правовых решений (актов) // Юридические технологии: методические указания. Ярослав. гос. ун-т им. П. Г. Демидова. Ярославль, 2014. С.14.

правовые предписания мы не рассматривали (принципы, дефиниции, фикции, презумпции и иные юридические конструкции), все они содержат соответствующие правила. Их выработка и формулирование составляет предмет юридической технологии, но вместе с тем они используются для формулирования нормативно-правовых предписаний в процессе создания нормативно-правового акта и в этом смысле совпадают со статусом средств юридической техники и технологии. Соответственно можно выделять правила нормативных правовых предписаний (например, правила дефиниции, принципа, фикции, презумпции), имеющие статус технико-юридических средств, образующих содержание собственно юридической техники в её инструментальном значении, и правила, имеющие статус технологических средств, образующих содержание юридической технологии (процедурные требования, касающиеся использования способов или приёмов изложения, толкования и применения правил нормативных правовых предписаний). С этой точки зрения к юридической технологии в узком смысле относится система правил, касающихся приемов и способов производства юридической деятельности. Вся совокупность этих правил образует процедуры и входит в состав юридической технологии. Таким образом, средства юридической технологии – это ресурсы внешней актуализации (превращения возможностей в действительность) средств обеспечения оптимальной формы и содержания правовых актов, т.е. «опредмечивания» в письменном тексте юридического документа интеллектуальных, психофизиологических, лингвистических, логических средств юридической техники.

В составе средств юридической технологии важное место занимают и те ресурсы, которые используются для рационализации самой правовой деятельности. С этой точки зрения сущность юридической технологии заключается в оптимизации порядка осуществления правовой деятельности. В широком смысле юридическая технология – это система логически взаимосвязанных и последовательных операций, предпринимаемых компетентным субъектом, в целях достижения её социально значимых целей. В

узком смысле изложенная дефиниция юридической технологии экстраполируется на конкретные виды или области правовой деятельности (правотворческой, правосистематизационной, правоприменительной, правоинтерпретационной). Так, в правотворческом аспекте юридическая технология отражает алгоритм использования тех приемов, которыми руководствуются субъекты правотворчества в процессе подготовки и систематизации норм права, предшествующих принятию и реализации нормативно-правовых актов. В этом аспекте юридическая технология олицетворяет собой организационно-функциональный механизм реализации инструментального арсенала юридической техники, направленного на создание качественных нормативно-правовых и иных правовых актов как основы регламентирования соответствующих общественных отношений.

Исходя из изложенного логично выделять двуединую сущность юридической технологии правового регулирования, в содержании которого действуют органично взаимосвязанные процессы разработки и реализации нормативно-правовых и иных правовых актов. В контексте изложенного можно выделять следующие аспекты значения юридической технологии правового регулирования.

Во-первых, она обеспечивает оптимизацию правового регулирования, придает его содержанию и результатам качественное совершенство.

Во-вторых, она исключает стихийность и произвол правового регулирования.

В-третьих, позволяет контролировать соблюдение законности правотворческой и правоприменительной деятельности.

Говоря о значении юридической техники и технологии следует сказать и о том, что качество правовых актов, а также деятельности по их созданию и реализации зависят не только от соблюдения правил юридической техники и технологии. Качество правовые актов и деятельности по их созданию и оформлению зависит от качества самой юридической техники и юридической технологии. Несовершенное качество используемой юридической техники и

юридической технологии осложняют правовое регулирование. Недостатки юридической техники и юридической технологии могут негативно влиять на правотворческий и правореализационный процессы.

В исследованиях средств юридической техники и технологии принято акцентировать их материальный характер. Так, например, к средствам юридической техники, наряду с прочим, относят компьютеры или оргтехнику. Представляется, что вопрос о характере средств юридической техники и технологии следует рассматривать исходя из диалектики материального и идеального, которые присутствуют в юридической деятельности.

На наш взгляд, данный вопрос должен учитывать тот факт, что речь идёт не о любых средствах, а лишь о тех, которые относятся к процессу непосредственного формирования правового акта как результата когнитивной, интеллектуально-волевой деятельности, которая основана на использовании интеллектуальных, психофизиологических ресурсов. С этой точки зрения прав В.Н. Карташов, у которого юридическая технология определяется как «система мыслительных операций и внешне актуализированных действий и операций компетентных физических и должностных лиц (органов), связанная с изданием (толкованием, реализацией, систематизацией и т.п.) юридических решений»³²⁷. В таком восприятии сам продукт юридической деятельности – юридическое решение имеет нематериальный характер. Иными словами, в той мере, в какой принято выделять поведенческую и интеллектуально-волевую стороны, в той же мере следует отделять логические операции по созданию правовых актов от их письменного оформления с помощью материально-технических средств. В правотворческом процессе правовая идея воплощается в правовую норму не в силу использования оргтехники, а когнитивной, интеллектуально-волевой и психологической деятельности. Следовательно, правовая норма нематериальна, как нематериальна воплощённая в нормах права и выраженная в

³²⁷ Карташов В. Н. Юридическая практика как объект (предмет) правовой науки // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2010. № 1. С.21.

соответствующей форме нормативно-правового акта правовая идея. В таком контексте относить к средствам юридической техники оргтехнику вряд ли корректно. В противном случае к системе средств юридической техники придётся относить любые, в том числе бытовые предметы, которые используются в процессе законотворчества (правотворчества).

На наш взгляд, обозначенная проблемная ситуация может решаться в порядке выделения технико-юридических и собственно технологических средств. Это позволяет решить вопрос о характере средств юридической техники и технологии. Первые имеют нематериальный характер, вторые – смешанный характер, при котором имеет место сочетание материальных и нематериальных средств обеспечения оптимальной формы и содержания письменного текста юридического документа. В таком ракурсе оргтехнику, например, представляется возможным рассматривать в качестве технологического средства, с помощью которого юридическое решение обретает текстуальную форму своего внешнего, объективированного выражения.

В вопросе познания юридической техники и технологии немаловажным является исходить из их предмета. Предмет юридической техники это текст нормативно-правового или иного правового акта. В.Н. Карташов разграничивает «объект» и «предмет» законодательной технологии, в качестве которых выступают общественные отношения. В качестве объекта законодательной технологии он называет любые общественные отношения, которые могут быть подвергнуты законодательному и иному правовому регулированию. Предмет же юридической технологии – та часть объекта, «которая подвергается осмыслению, оценке, объяснению, законодательному урегулированию»³²⁸. Нам представляется, что предмет правового регулирования и предмет юридической технологии вряд ли абсолютно совпадают, так как они имеют разную природу. Предмет правового регулирования обуславливается потребностями общественного развития. Предмет же юридической технологии вторичен по

³²⁸ Карташов В.Н. Законодательная технология субъектов Российской Федерации. С.78.

отношению к предмету правового регулирования. На наш взгляд, это не сами отношения, а формы, механизмы их рациональной организации на основе использования технологических средств, алгоритмов их осуществления.

В контексте изложенного соотношение юридической техники и технологии представляется следующим образом. Юридическая техника – это система правил подготовки нормативно-правовых, правоприменительных и интерпретационных актов. Юридическая технология – организационно-функциональный механизм формальной рационализации юридической деятельности и реализации инструментального арсенала юридической техники, направленного на создание качественных нормативно-правовых и иных правовых актов как основы регламентирования соответствующих общественных отношений. Юридическая технология отражает алгоритм использования тех приёмов, средств и правил, которыми руководствуются субъекты правового регулирования в процессе подготовки, принятия, толкования и реализации нормативно-правовых и иных правовых актов.

Таким образом, правовое регулирование как созидательный процесс включает в себе действия по созданию и оформлению юридически значимых актов-решений. В технико-технологическом аспекте эта двуединая сущность правового регулирования находит выражение в правилах, имеющих статус технико-юридических средств (собственно юридическая техника), и правилах, имеющих статус технологических средств (собственно юридическая технология). Юридическая технология неотделима как от собственно технологических правил, так и правил юридической техники, позволяющих обеспечить эффективность процесса правового регулирования общественных отношений. Отступление от правил юридической техники и технологии ухудшает качество правового регулирования.

Пренебрежение требованиями юридической техники и технологии может детерминировать серьёзные негативные последствия, как при создании правовых норм, так и их реализации. Поэтому о юридической технике и технологии можно говорить как о судьбоносных факторах состоятельности

правового регулирования. С этой точки зрения правовое регулирование предполагает высокий технико-технологический уровень его обеспеченности.

В контексте изложенного юридическая техника и технология – органично взаимосвязанные компоненты двойственной, технико-технологической природы правового регулирования. Технологические процедуры и технико-юридические средства подготовки и оформления законопроекта или правоприменительного акта неотделимы друг от друга. Деятельность по подготовке, обсуждению, принятию, изложению, обнародованию законов, подзаконных нормативных актов, актов применения норм права, интерпретационных актов осуществляется на основе юридической техники и технологии, которые определяют и обеспечивают ее целесообразный, оптимальный и логически последовательный характер.

Юридическую технику и технологии можно рассматривать как тесно взаимосвязанные и практически значимые механизмы рациональной организации правового регулирования, лежащие в основе должного качества, ценностных показателей нормативно-правовых и иных юридических актов.

Обозначенный двуединый характер содержания правового регулирования актуализирует дуалистический характер технико-технологического механизма его осуществления. Юридическая техника и технологии как правовые явления предполагают и определяют друг друга. В этом смысле юридическая техника и технология – парные категории. Как парные научные категории юридическая техника и технологии образуют собой двуединый механизм, призванный служить оптимизации формы и содержания правового регулирования. Поэтому юридическая техника и технология могут быть рассмотрены как механизмы процесса правовой институционализации, в содержании которой выделяется этап правовой актуализации и систематизации норм права в правотворческом процессе и этап её реализации. Важно подчеркнуть, что юридическая техника и технология предполагают друг друга как две стороны праворегулирующей деятельности. В силу их синергического

единства их следует рассматривать в контексте единого предмета познания. Это методологически важный момент познания изучаемых явлений.

Исходя из изложенного, логично выделять двуединую сущность технологического процесса, в содержании которого действуют органично взаимосвязанные subprocesses – процесс рационального осуществления собственно юридической деятельности и процесс формализации результатов правового регулирования, т.е. подготовка и оформление текстов правовых актов.

Правовое регулирование как целеполагающая деятельность от начала и до конца обладает внутренней организованностью, подчинено определённой логике своего развития, чтобы иметь на выходе эффективный результат. Все это обеспечивается алгоритмами, которые находят выражение в процедурах юридической технологии. Процедуры юридической технологии обеспечивают достижение социально значимого результата правового регулирования, оформленного по правилам юридической техники. Юридическая техника и технология – неотъемлемые части механизма оптимизации правового регулирования. В таком аспекте сущность юридической технологии заключается в оптимизации порядка осуществления правового регулирования.

Важное значение в технологии практики правового регулирования играет дискреционная юридическая техника. Ее природа тесно связана со значительным усложнением условий общественного развития. Растущее разнообразие социальной практики объективно обуславливает актуальность абстрактно общих и относительно определенных нормативных правовых предписаний, поскольку нормативное правовое регулирование объективно не в состоянии осуществлять детальную регламентацию разнородной и многогранной социальной практики посредством казуальных предписаний. В этой связи в законодательстве доминируют такие средства юридической техники правовых норм, как абстрактно-общие и относительно определённые правила-предписания правовых норм. «Нормоустановитель использует их сознательно, с тем, чтобы ... наиболее полно и последовательно охватить те или иные

общественные отношения и учесть динамику их развития»³²⁹. «В некоторых случаях может оказаться нецелесообразным формулировать абсолютно определенные нормы права»³³⁰. Такое состояние в правотворческой практике определяется как преднамеренное молчание законодателя. Как уже отмечалось, отдельные исследователи рассматривают «молчание законодателя» как прием законотворческой техники³³¹. В аспекте такой логики абстрактно-общие и относительно определённые правила-предписания правовых норм можно расценивать как технико-юридические средства оформления и выражения осознанного молчания законодателя.

В контексте настоящего исследования абстрактно-общие и относительно определённые правила-предписания правовых норм и принципов права, а также оценочные понятия и иные нормативные правовые средства относятся к средствам юридической техники, в своей совокупности образующие так называемую дискреционную, т.е. зависящую от усмотрения, юридическую технику. Дискреционная юридическая техника – система правил формулирования и текстуального оформления правовых норм, основанная на закреплении дискреционных технико-юридических конструкций, реализация которых предполагает усмотрение их адресатов. Актуализация и использование средств дискреционной юридической техники в технологии правового регулирования является закономерностью дискреционной практики правового регулирования, что предопределено дискреционными технико-юридическими конструкциями.

Дискреционная юридическая техника, будучи слагаема из дискреционных нормативных правовых средств, представляет собой результат использования языковых приемов и средств формулирования норм права. В основе технико-юридической организации норм права, выступающей основанием их

³²⁹ Власенко Н.А. Категории «неопределенность» и «определенность» в исследовании современного права //Юридическая наука и практика: вестник нижегородской академии МВД России. 2017. № 1(37). С.12.

³³⁰ Валиев Р.Г. О статусе диспозитивного начала в механизме публично-правового регулирования // Уч. зап. Казан. ун-та, Серия Гуманит. науки. 2011. Т.153. Кн. 4. С.26.

³³¹ Лазарев В.В. Техничко-юридические приемы сокрытия законодательной воли. С. 27.

неопределенности, лежат способы технико-юридической организации правовых норм, различающиеся абстрактно-общим характером предписаний. Это общий и казуальный (ситуационный) способы. Первый характеризуется обобщающим характером и позволяет формулировать нормы права в качестве правил общего характера, без конкретизации обстоятельств и условий их применения. Другой способ – казуальный (ситуационный) – предусматривает конкретные диспозиции правовых норм и условия или обстоятельства их применения.

Дискреционная юридическая техника наряду с ее позитивным значением имеет своей негативной издержкой смысловую неопределенность предписаний правовых норм, что чревато произволом усмотрения их адресатов. В порядке преодоления выявленного противоречия дискреционной юридической техники представляется актуальным изложение в гипотезах правовых норм перечней типовых обстоятельств правореализационной ситуации и формулирование абсолютно определенных предписаний санкций.

При этом можно говорить о необходимой и устойчивой связи средств юридической техники правового регулирования и усмотрения его субъектов. Использование абстрактно общих и относительно определенных технико-юридических конструкций нормативного правового регулирования обуславливает востребованность усмотрения и, наоборот, чем более казуистичны технико-юридические средства правового регулирования, тем менее востребовано усмотрение его субъектов.

На основании изложенного в развитии дискреционной юридической техники как элемента технологии нормативного правового регулирования можно констатировать следующие закономерности – использование в нормативных правовых актах юридической техники относительно определенных и абстрактно общих принципов и норм права обуславливает востребованность соответствующих дискреционных правомочий частных и полномочий публичных субъектов права; по мере возрастания степени семантической обобщенности правил и приемов правотворческой техники абстрактно общих и относительно определенных нормативных правовых

предписаний возрастает и степень неопределенности в объективном праве. Актуальность семантического обобщения нормативных средств правового регулирования на уровне абстрактно общих и относительно определенных нормативных правовых предписаний, призванных придать большую гибкость правовому регулированию, находится в зависимости от усмотрения.

Обозначенные закономерности образуют содержание закона корреляции степени обобщенности дискреционной юридической техники и неопределенности норм права: чем более семантически обобщенными являются средства нормативной юридической техники, тем большей степенью неопределенности обладают нормы права и, наоборот, чем менее семантически обобщенными являются средства нормативной юридической техники, тем большей определенностью характеризуются нормы права.

Выводы

В технико-технологическом аспекте двуединая сущность правового регулирования находит выражение в правилах, имеющих статус технико-юридических средств (собственно юридическая техника), и правилах, имеющих статус технологических средств (собственно юридическая технология). Юридическая технология неотделима как от собственно технологических правил, так и правил юридической техники, позволяющих обеспечить эффективность процесса правового регулирования общественных отношений. Юридическая техника и технология – органично взаимосвязанные компоненты праворегулирующей деятельности. В аксиологическом аспекте сущность технологий выражается в исключении произвола и противодействии деструктивным дискреционным проявлениям различных видов практик правового регулирования.

Юридическая техника – это система логико-лингвистических средств-правил текстуального оформления нормативных правовых, правоприменительных, правоинтерпретационных и иных правовых актов.

Юридическая технология может быть представлена как организационно-функциональный механизм рационального осуществления правового

регулирующего, основанного на алгоритмах использования технико-юридических средств (инструментального арсенала юридической техники) подготовки, принятия, толкования и реализации нормативно-правовых и иных правовых актов.

Дискреционная юридическая техника – это система технико-юридических конструкций (абстрактно общих и относительно определенных предписаний норм и принципов материального и процессуального права, а также диспозитивных, статусных норм и оценочных и иных технико-юридических конструкций), посредством которых осуществляется инкорпорация идеи усмотрения в нормативные правовые средства. Единство технико-юридической конструкции дискреционных норм выступает технико-юридическим основанием нормативного правового характера института дискреционных правомочий (полномочий).

Дискреционная технология правового регулирования – механизм (система логических процедурных алгоритмов) рациональной организации праворегулирующей деятельности, основанной на использовании дискреционной юридической техники.

3.2. Технологии оптимизации отечественной практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений

В развитии практики реализации усмотрения правового регулирования значительна роль юридических технологий, которые позволяют обеспечить развитие объекта на основе выбора наилучшего из возможных вариантов его организации и функционирования. Концептуализация технологического потенциала оптимизации и совершенствования практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений имеет своим эмпирическим основанием атипичную практику реализации усмотрения субъектов правового регулирования. Изучение атипичных дискреционных тенденций дает основание полагать, что риски

деструктивного дискреционного произвола субъектов правового регулирования не могут быть абсолютно исключены из практики правового регулирования. Им можно только и необходимо противостоять. Поэтому вместо повестки искоренения деструктивной дискреционности, несостоятельной в силу самой правовой природы усмотрения, возможна и необходима его оптимизация. Оптимизация – это, на наш взгляд, выбор наилучшего из возможных вариантов решения проблемы. Непреходящий характер имеет актуальность оптимизации дискреционной практики правового регулирования на основе соответствующих технологий ее совершенствования.

В контексте дифференцированности дискреционных тенденций по уровням правового регулирования представляется соответствующая им классификационная характеристика соответствующих технологий оптимизации дискреционной практики правового регулирования. И в той мере, в какой деструктивные дискреционные тенденции характерны практике правового регулирования, в той же мере технологии ее оптимизации выступают ее компонентом, «вкрапленным» в нее на уровне механизма принятия дискреционных актов правового регулирования.

В вопросе оптимизации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования важны индикаторы адекватности усмотрения. Такими индикаторами могут выступать показатели его соответствия институциональному назначению в механизмах нормативного правового и индивидуального правового регулирования. Это вместе с тем маркеры качественной составляющей дискреционного начала правового регулирования.

В качестве одного из таких показателей, на наш взгляд, выступает реализация в действиях субъекта усмотрения принципов правового регулирования. Так, если результаты законотворчества соответствует принципу баланса интересов личности, общества и государства как адресата законов, то усмотрение субъектов законотворческой деятельности является адекватным ее назначению. Однако, если исходить из назначения законотворческой деятельности как деятельности государственной власти, то в условиях правового

государства она неразрывно связана со служением обществу. В условиях, когда государство имеет тенденцию к отчуждению от общества, этот принцип приобретает свою актуальность в качестве индикатора адекватности усмотрения. Однако проблема в том, что в отличие от принципов права, принцип баланса социальных интересов, как и правовые принципы в целом, отличается отсутствием формальной определенности на уровне соответствующей дефинитивной нормы.

Изложенное позволяет говорить о важности и необходимости вменения субъектам усмотрения такого категорического императива как идентичность правовых актов требованиям принципов правового регулирования, которые имеют статус его нравственных оснований.

Обозначенный императив может быть обеспечен такой потенциальной формой, как аудит нормативных правовых актов и их проектов на соответствие конституционным принципам. В правотворческой практике исключительно важным механизмом обеспечения качества нормативных правовых актов является правовая экспертиза. В правотворческой практике правового регулирования применяются различные виды экспертиз. Каких-либо нареканий на предмет их логической адекватности как правотворческих технологий они вызывать не должны. Тем не менее, они также могут отличаться показателями их качества, от которого зависит качество нормативных правовых актов.

Каждый нормативный, равно как и индивидуальный правовой акт должен быть оптимальным и сбалансированным с точки зрения социальных интересов личности, общества и государства. Важным проявлением их оптимальности выступает соответствие принципам правового регулирования. С этой точки зрения экспертиза имеет своим предметом выявление соответствия принимаемых нормативных правовых актов принципам национальной конституции, а также общепризнанным принципам и нормам международного права. При этом выступать эти принципы права в качестве механизмов обеспечения качества нормативных правовых актов могут не сами по себе, а при условии их адекватного толкования.

Системно-логическое толкование правовых принципов как технология преодоления их неопределенности и произвола их интерпретации.

Неопределенность содержания правовых принципов детерминирует их оценочный характер, что обуславливает востребованность в их толковании, которое субъект правового регулирования осуществляет, руководствуясь собственным усмотрением. В условиях неопределенности правовых принципов наполнение их содержания соответствующим смыслом будет потенциально неизбежным следствием произвола их толкования. В каждом отдельном случае смысл правовых принципов будет иметь ситуационный характер, поскольку будет зависеть от конкретных обстоятельств правового регулирования, оказывающих влияние на усмотрение субъекта толкования.

В чем же решение обозначенной проблемы неопределенности содержания правовых принципов и произвола их толкования? Одно из решений видится в системном толковании правовых принципов, при котором они должны интерпретироваться в их системной взаимосвязи с другими правовыми принципами и принципами права. Это позволяет исключить их игнорирование при произвольном толковании каждого из них в отдельности. В своей совокупности они олицетворяют собой основные слагаемые как по отношению к справедливости, так и по отношению друг к другу. В таком контексте игнорирование какого-либо из них не позволит говорить о реализации других, системно взаимосвязанных с ним принципов. Иными словами, каждый из них имеет статус системообразующего по отношению к смежным с ним принципам.

Многие принципы содержат в себе начала справедливости в единстве с которыми можно представить не только сущность и содержание справедливости, но и каждого из смежных с ней принципов. Такими принципами, например, являются принцип недопустимости придания обратной силы закону, ухудшающему положение лица, которое оно имело до издания такого закона, принцип равноправия и равенства сторон, принцип гуманности, ответственности за вину и др. В таком контексте справедливость имеет статус кумулятивного принципа, аккумулирующего в своем содержании проявления юридически

значимых идей-принципов, составляющих систему нравственных координат правового регулирования. Проявляя кумулятивный характер на уровне многогранной практики правового регулирования, идея справедливости, так или иначе, представлена на уровне смежных с ней идей-принципов, которые позволяют верифицировать не только искомый смысл справедливости, но и соответствие им усмотрения. «Иными словами, справедливость аккумулирует правовую энергию смежных идей-принципов правового регулирования, каждая из которых, так или иначе, выражает отдельные аспекты справедливости. <...>. Поэтому состоятельность справедливости в целом применительно к конкретной правовой ситуации может оцениваться в зависимости от реализации смежных с ней идей-принципов материального и процессуального права. И если, например, при рассмотрении дела в суде не выдерживается принцип равного отношения суда к сторонам процесса, то решение по делу не может быть справедливым. Нарушение принципа равенства умаляет справедливость и беспристрастность в той же мере, в какой ее умаляют проявления негуманного или предвзятого, недобросовестного отношения к делу»³³² со стороны субъекта правоприменения, что при соответствующей аргументации не исключает аудита их соблюдения.

Подотчетность избирателям и право отзыва депутатов Государственной Думы Российской Федерации как принципы организации и функционирования института высшей представительной государственной власти.

Совершенствование практики функционирования Государственной Думы Российской Федерации как института высшей представительной государственной власти целесообразно в порядке нормативного закрепления принципа подотчетности депутатов Государственной Думы Российской Федерации избирателям и права отзыва депутата по результатам аудита его текущей деятельности и вследствие утраты связей с избирателями. Значение подотчетности как фактора оптимизации современной правотворческой деятельности депутатов трудно переоценить. «Ревизия в любом виде социальной

³³²См. Валиев Р. Г, Валиева А.Р. Справедливость как кумулятивный принцип права // Юридическая наука.2019. № 12. С.5.

деятельности играет роль стимулятора контроля субъектом содержания и характера своей деятельности на предмет соответствия ее предусмотренным образцам и ожидаемым результатам»³³³.

«Как показывает практика, если деятельность депутатов ни по содержанию, ни по форме не предполагает в качестве принципа ее ревизию, то эта деятельность имеет потенцию не просто к заскорузлости и застою, но и игнорированию прямых депутатских обязанностей. Законотворческой деятельности необходима ее постоянная ревизия, выражающаяся в подотчетности депутатов избирателям на основе депутатских наказов и подконтрольности избирателям»³³⁴. Поэтому совершенствование практики функционирования законодательной ветви государственной власти должно осуществляться в порядке правовой институционализации принципа подотчетности депутатов избирателям и права отзыва депутата по результатам аудита его текущей деятельности и в связи с утратой связей с избирателями.

Это не только путь оптимизации депутатской и правотворческой деятельности. Это путь институционализации ответственности депутатского корпуса перед избирателями и возрождения подлинной демократизации института высшей представительной государственной власти в контексте взаимодействия правового государства и гражданского общества.

Наказы избирателей депутатам Государственной Думы Российской Федерации как принцип оптимизации подконтрольности законодательной власти избирателям.

Исходя из негативных последствий отсутствия подотчетности депутатов перед своими избирателями и права их отзыва, одним из наиболее востребованных путей оптимизации правового регулирования институтов представительной государственной власти представляется постоянная ревизия

³³³ Валиев Р.Г. Бюрократия и бюрократизм (политико-правовые аспекты) / Р.Г. Валиев, И.Г. Горбачев. Казань, 2008. С.125.

³³⁴ См.: Валиев Р.Г. Об отдельных противоречиях и принципах оптимизации правового регулирования организации и функционирования институтов представительной государственной власти. С.219.

деятельности депутатов на основе системы депутатских наказов, обеспечивающих подконтрольность депутатской деятельности избирателям. Как показывает практика, если деятельность депутатов ни по содержанию, ни по форме не предполагает в качестве принципа ее подконтрольность избирателям, то это приводит к игнорированию прямых депутатских обязанностей и чревато тенденцией заскорузлости и застоя. В этом контексте актуальна правовая институционализация системы депутатских наказов как организационно-правовой основы подконтрольности избирателям деятельности депутатов в единстве с подотчетностью депутатов и аудитом их деятельности.

Нормативное закрепление права отзыва депутатов Государственной Думы РФ избирателями.

По результатам аудита текущей деятельности депутата и вследствие утраты его связей с избирателями представляется целесообразным воссоздание права отзыва депутатов Государственной Думы РФ. Представляется, что нормативное закрепление права отзыва депутатов Государственной Думы РФ, не выполняющих наказов своих избирателей, способно кардинально изменить ситуацию с мотивацией депутатов, поставленных в прямую зависимость от избирателя.

Законодательное запрещение практики получения мандата кандидата в постороннем для него избирательном округе и нормативное закрепление принципа оседлости кандидата в депутаты.

Практика получения мандата в округе кандидата из другого субъекта федерации представляется деструктивной и абсолютно недопустима. Чем может быть полезен такой кандидат округу, в котором кандидат не жил и не работал. Он преследует исключительно личные, политические и иные интересы, но отнюдь не интересы избирателей.

С целью приближения депутатов к интересам своих избирателей целесообразно избираться в избирательном округе, с которым кандидат связан местом работы или проживанием. Иными словами, важна оседлость кандидата в депутаты как принцип оптимизации правового регулирования организации

институтов представительной власти. Поэтому в избирательной системе представляется целесообразным закрепить принцип оседлости кандидата в депутаты. При этом важным является срок проживания или работы в избирательном округе, которые предшествуют участию кандидата в депутаты в выборах в высший орган представительной законодательной власти (адресат – Государственная Дума и Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации).

Установление максимальной квоты представительства партий, исключаящей абсолютизацию власти одной из них как мера оптимизации функционирования представительной государственной власти и обеспечения правотворческого баланса интересов общества и государства.

С целью обеспечения соответствия парламентской практики принципу разделения государственной власти, независимости ее законодательной ветви и тем самым обеспечения ее объективности в законотворческой деятельности и достижения демократического баланса интересов представляется целесообразным установление максимальной квоты занимаемых мест в парламенте представителями политических партий, исключаящей абсолютизацию власти одной из них на уровне состава Государственной Думы и Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации.

Придание обязательности заключениям независимых экспертов как мера оптимизации института независимой антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов.

Среди правотворческих экспертиз весьма распространенной является антикоррупционная экспертиза проектов нормативных правовых актов. Она может рассматриваться как технология, рассчитанная на выявление нормативных технико-юридических конструкций, способствующих проявлениям коррупциогенности в процессе их применения. Ее проведение требует систематической работы по оптимизации качества технико-юридического оформления предписаний, предполагающих их правоприменительную реализацию. В этой связи без постоянного аудита

проектов нормативных правовых актов не обойтись. Этот аудит, как хорошо известно, проводится прокуратурой. Достаточно развитым является и функционирование института независимых экспертов, аккредитуемых при Министерстве юстиции РФ. В силу огромного массива проектов нормативных правовых актов актуальность института независимых экспертов по антикоррупциогенному аудиту сохраняется. К сожалению, их заключения не являются обязательными для авторов проектов нормативных правовых актов. В целях повышения активности независимых экспертов в проведении антикоррупциогенной экспертизы проектов нормативных правовых актов предлагается придать экспертным заключениям статус обязательных для исполнения и установить ответственность за их игнорирование.

Анализ дискреционных тенденций судебной, правоохранительной и правозащитной практики правового регулирования обуславливает актуальность технологий оптимизации и противодействия деструктивным тенденциям дискреционной практики индивидуального правового регулирования. В целях обеспечения адекватности реализации дискреционных правомочий (полномочий) их назначению в практике правового регулирования и обеспечения наибольшей эффективности правового регулирования представляется целесообразными следующие технологии противодействия деструктивным проявлениям дискреционной практики индивидуального правового регулирования.

Юридическая квалификация деструктивного дискреционного поведения прокурорского работника-гособвинителя в уголовном судопроизводстве.

Изложенная ранее тенденция деструктивного поведения гособвинителя в уголовном судопроизводстве, нарушающая запрет расширительного толкования перечня отягчающих обстоятельств (ст. 63 УК РФ), может быть преодолена посредством технологии системной юридической квалификации указанного поведения в аспекте дисциплинарной ответственности за нарушение требований нравственного стандарта служебного поведения. Такое поведение предосудительно с точки зрения требований о недопустимости действий,

порочающих честь прокурора и авторитет прокуратуры, а также принципов объективности, беспристрастности и других требований Присяги³³⁵ и прокурорской этики³³⁶. Такое поведение деструктивно вследствие введения в заблуждение суда относительно личности подсудимого. Оно нарушает статью 9, ч.2 и 4 статьи 14 УПК РФ. Поэтому факт грубейшего нарушения уголовного, уголовно-процессуального закона и прокурорской этики должен подвергаться соответствующей юридической квалификации на предмет оценки адекватности поведения прокурорского работника, которое, по смыслу Присяги прокурорского работника (ст. 40.4 Закона о прокуратуре РФ), не совместимо со службой в органах прокуратуры.

Применение меры пресечения в виде заключения под стражу только в отношении лиц, задержанных при совершении тяжкого преступления.

Существующая дискреционная правоприменительная практика забвения идеи презумпции невиновности как принципа конституционного права свидетельствует о незащищенности ее реализации на досудебной стадии уголовного судопроизводства. Оптимизация практики применения меры пресечения в виде заключения под стражу требует совершенствования процедуры применения принципа презумпции невиновности в соответствии с контекстом технико-юридической конструкции его изложения. Анализ дискреционной практики реализации презумпции невиновности позволяет заключить, что реальной гарантией защищенности личности от злоупотребления правоприменительным усмотрением в процессе избрания и применения меры пресечения в виде заключения под стражу может являться ее применение только к лицам, застигнутым или задержанным на месте преступления с очевидными признаками к его причастности. С целью преодоления деструктивной дискреционной тенденции и оптимизации практики применения меры

³³⁵ См. Федеральный закон от 17 января 1992 г. N 2202-I "О прокуратуре Российской Федерации" [Электронный ресурс]. URL: <https://base.garant.ru/10164358/> (дата обращения – 24.10.21 г.)

³³⁶ См. Кодекс этики и служебного поведения федерального государственного гражданского служащего органов прокуратуры Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/1257525/> (дата обращения – 24.10.21 г.)

пресечения в виде заключения под стражу представляется целесообразным изложить предписание ч. 1 статьи 108 УПК РФ в следующей редакции: «Избрание меры пресечения в виде заключения под стражу допускается только в отношении лиц, застигнутых или задержанных при совершении тяжкого преступления либо наличии материалов с очевидными признаками к его причастности. Заключение под стражу не может применяться на одних лишь косвенных доказательствах».

Санкционирование ответственности должностных лиц за документально подтвержденный факт нарушения прав и свобод граждан.

Изучение дискреционных тенденций практики индивидуального правового регулирования свидетельствует, что практически все они сопряжены с проявлением безответственности должностных лиц. «Безответственность правоприменительных органов и должностных лиц < ... > провоцирует прямой произвол сотрудников судебных и правоохранительных органов, призванных решать возникающие юридические конфликты и защищать права и свободы граждан, законные интересы общества и государства»³³⁷. Хорошо известно, что потенциал перспективной (позитивной) ответственности, наряду с прочим, обеспечивается таким действенным фактором как ретроспективная юридическая ответственность. Превентивная функция юридической ответственности в ее перспективном (позитивном) аспекте, как представляется, воплощается в реальность, если в системе права находит формально-юридическое выражение ретроспективная ответственность.

Устрашение наказанием в известной мере корректирует поведение субъектов права, побуждая к соблюдению законов, а также прав, свобод и законных интересов граждан или организаций. Именно в таком аспекте воспитание юридической ответственностью может рассматриваться в качестве одного из действенных правовых средств противодействия неадекватному

³³⁷ Фомин А. А. Юридическая безопасность человека и общества: нормативные основы, понятие, признаки // Электронный научный журнал «Наука. Общество. Государство». 2019. Т. 7. № 3 (27). С. 41-42.

дискреционному поведению и правоприменению. С этой точки зрения представляется целесообразной правотворческая актуализация ретроспективной ответственности органов государства и их должностных лиц за установленное судом или прокуратурой нарушение конституционных прав и свобод личности граждан, сопряженное с фактом причинения имущественного ущерба и (или) морального вреда неправомерным актом правоприменения.

В условиях, при которых дискреционно обусловленная и ложно воспринимаемая целесообразность действий и решений должностных лиц умаляет Конституцию Российской Федерации, такая мера представляется востребованной за отсутствием иных механизмов обеспечения защищенности российских граждан от неправомерных действий и решений органов государства и их должностных лиц.

Правореализационная определенность санкций уголовно-правовых норм и использование закрытых перечней ситуационных обстоятельств их применения как технология оптимизации применения уголовной ответственности.

Масштабной системной деструктивной тенденцией уголовного судопроизводства является практика применения по усмотрению судьи альтернативных и относительно определенных санкций уголовно-правовых норм. Деструктивный потенциал этой практики находит выражение в коррупции, что обуславливает очевидность запроса на ее оптимизацию. Одна из моделей видится в принципе абсолютной определенности санкций уголовно-правовых норм, исключающей альтернативу предусмотренной законом мере наказания. Представляется целесообразным и возможным легализовать процедуру, допускающую дифференциацию мер уголовной ответственности только относительно предусмотренных в законе ситуационных обстоятельств их применения.

Актуальность обозначенной модели подсказывает опыт отечественной правовой политики. Юридическая техника дифференцированного изложения санкций Главы 16 Налогового кодекса Российской Федерации позволяет исключить дискреционность при их применении. В целях преодоления правовой

неопределенности и произвола при выборе санкций уголовно-правовых норм представляется актуальной оптимизация Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации в порядке дифференцированного изложения мер уголовной ответственности с их привязкой к предусмотренным в законе ситуационным обстоятельствам их применения, что обеспечит повышение определенности в применении санкций уголовно-правовых норм. Представляется, что систематизация и учет актуальных для современного уголовного судопроизводства ситуационных обстоятельств применения уголовно-правовых санкций не составляет каких-либо сложностей при использовании автоматизированных систем судопроизводства.

Нормативное закрепление принципа мотивированности акта судебного правоприменения как гарантии правореализационного единства и транспарентности судебного правоприменения.

Уникальность усмотрения в том, что оно не поддается нормированию, так как осуществляется на интеллектуально-волевом уровне и потому носит латентный характер. В этой связи решение проблемы оптимизации порядка осуществления дискреционных полномочий представляется весьма сложной задачей. Тем не менее, выявление и правовая оценка характера дискреционной власти, на наш взгляд – решаемая задача.

Уникальность усмотрения в том, что, будучи элементом правосознания, оно осуществляется на уровне интеллектуально-волевой деятельности, носит латентный характер и потому не поддается правовой регламентации на уровне системы норм права. Тем не менее, его оценка может быть осуществлена через посредство юридической квалификации тех негативных последствий, которые находятся в неразрывной связи с усмотрением. Поэтому оценка характера и адекватности судебного усмотрения, в целом, решаемая проблема. Не случайно в литературе обращается внимание на то обстоятельство, что «внешние поступки людей есть лишь первое, необходимое условие, правового регулирования и

исследования».³³⁸ «Зная их, – отмечает Р.В. Шагиева, – можно понять мотивы, мысли человека и воздействовать на них»³³⁹. «Субъективные элементы, будучи внутренними побудителями к поступку, придают ему то или иное направление, что во взаимодействии с внешней средой определяет характер поведения и наступивших последствий. Эта сторона действия, называемая духовным фактором, в каждом правовом действии имеет важное значение; только для области права она не существует сама по себе, а всегда связана с действием, проявляющимся наружу»³⁴⁰.

Таким образом, содержание мотивационной части судебного акта может служить основанием квалификации как судебского усмотрения, так и судебного акта на предмет его соответствия закону. В этой связи обязательность мотивации справедливо рассматривать не только в качестве одного из способов достижения транспарентности усмотрения, но и важного фактора противодействия тенденциозности при осуществлении судопроизводства. Транспарентность судебского усмотрения является важнейшим принципом обеспечения противодействия скрытой форме произвола. В этом, на наш взгляд, находит выражение суть и смысл одного из пределов судебского усмотрения.

Нормативное закрепление принципа единства судебной практики как механизма оптимизации реализации усмотрения в механизме судебного правоприменения.

В современных условиях усложнения судебной практики существенно повышается роль дискреционных полномочий судей, которые имеют судьбоносное значение для судебного правоприменения. Отсутствие оптимального порядка осуществления дискреционных полномочий судебной власти значительно усиливает дискреционный характер и коллизионность судебного правоприменения, создает условия для произвола судебского усмотрения, оправдываемого пресловутой «презумпцией правомерности»

³³⁸ Вершинин А.П. Соотношение категорий «правовое поведение» и «правовая деятельность» // Юридическая деятельность: сущность, структура, виды. Ярославль, 1989. С. 34.

³³⁹ Шагиева Р.В. Концепция правовой деятельности в современном обществе. Казань. С.90.

³⁴⁰ Там же, С. 94.

судейских ошибок. Системной тенденцией неупорядоченности порядка осуществления дискреционных полномочий выступает разнообразие судебной практики, содержащее в себе элемент дискреционности, потенциально сопряженный с правоприменительным произволом и другими пороками судопроизводства, дискредитирующими правосудие. Это обуславливает востребованность соответствующих механизмов. Одним из таких механизмов, как представляется, призвано выступать единообразие или единство судебной практики, предусматривающее принятие судебных решений в контексте правовых позиций Верховного Суда РФ.

В процессе осуществления правосудия, о чем свидетельствуют многочисленные факты драматичной практики, судебское усмотрение, если оно не соотносится с его назначением в механизме осуществления правосудия, может выступать в качестве фактора произвола, детерминирующего неправосудные судебные акты. Дело в том, что усмотрение как средство судебной власти не имеет каких-либо конкретных формальных ограничений.

В решении задачи оптимизации судебной практики в порядке обеспечения ее единства, как известно, решающая роль отводится высшим судебным органам. Их деятельность по обеспечению единства судебной практики позволяет сформировать наиболее адекватное, т.е. соответствующее воле законодателя, толкование смысла правовой нормы, устранить неопределенность правовых норм, «скорректировать букву закона там, где воля законодателя породила противоречия собственных правоустановлений»³⁴¹. Так, уточняя смысл, выраженной в нормах права воли законодателя, разъяснение Конституционного Суда Российской Федерации позволяет ограничить возможности для дискреционного произвола в правоприменительной практике.

Важным фактором оптимизации практики судебного правоприменения выступает единство судебной практики. Если относительно нижестоящих судов единство судебной практики выступает как фактор оптимизации

³⁴¹ Волков К.А. Преступления против личной свободы человека в судебной практике Верховного Суда РФ // Российский судья. 2009. N 7. С. 34-37.

правоприменительного усмотрения, то дискреционная власть высших судов – как фактор обеспечения единства практики судебного правоприменения. Именно в силу и на основе дискреционных полномочий Верховный Суд Российской Федерации обеспечивает это единство. Руководствуясь изложенным можно утверждать, что применительно к судебной практике обеспечение ее единства означает деятельность по унификации толкования с целью единообразного применения закона, опредмеченную в специальных интерпретационных актах. Соответственно разъяснения Пленума Верховного Суда РФ имеют значение унифицированных правоинтерпретационных актов в целях достижения правильного и единообразного применения судами норм материального и процессуального права. В таком аспекте единство судебной практики может претендовать на роль унификатора судебного правоприменения, позволяющего решать проблему преодоления разнообразия правоприменительного толкования и обеспечения адекватности правоприменительного судебского усмотрения. Вместе с тем, нельзя не отметить, что в таком качестве единство судебной практики вступает в противоречие с правовой природой судебного правоприменения, предполагающего творческую самостоятельность судей как условия осуществления правосудия, что, на первый взгляд, в принципе исключает состоятельность модели единства судебной практики как формы унификации судопроизводства. В этой связи нельзя не отметить существующую в теоретической и практической юриспруденции деструктивную тенденцию выдавать разъяснения Пленума Верховного суда РФ за «своеобразную форму судебного прецедента»³⁴². Судопроизводство – не механический процесс «штамповки» дел путем наложения единого «лекала», а творческий, деятельностный процесс, призванный претворять нормы общего характера путем их конкретизации относительно чрезвычайного многообразия

³⁴² См.: Демидов В.В. О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Официальный сайт Верховного суда Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL:<https://www.vsrp.ru/files/11552/>

обстоятельств дела. Это отвечает логике судебного нормоконтроля, в рамках которого вышестоящие суды обеспечивают единообразие судебного толкования, т.е. определенную степень его унифицированного восприятия. Поэтому верным будет оценивать разъяснения Пленума Верховного Суда РФ не качестве судебного прецедента, а как прецеденты толкования. Аналогичным образом представляется решение проблемы статуса постановлений Конституционного Суда РФ, которые также пытаются выдать за судебные прецеденты, расценивая их в качестве актов правоприменения, что не соответствует действительности. Конституционный Суд РФ не может подменять суд общей компетенции. Постановления Конституционного суда РФ – это прецеденты толкования норм материального и процессуального права на предмет их адекватности принципам и нормам Конституции РФ.

Судебная практика – результат всего лишь реализации права. А суд – посредник этой реализации. Заменить или подменить собой судебную практику императивными правоприменительными «наказами» Верховного Суда РФ невозможно, так как это противоречило бы правовой природе правосудия, обусловленного потребностями реализации права в порядке правоприменительной деятельности суда. Поэтому, на наш взгляд, можно говорить только об оптимизации судебного правоприменения посредством уточняющих разъяснений смысла применяемых правовых норм и направляющей деятельности высших судов как субъектов контроля за соответствием судебной практики действительному смыслу принципов и норм как материального, так и процессуального права.

Санкционирование ответственности должностных лиц за документально подтвержденный факт нарушения конституционных принципов, умаляющего права и свобод граждан.

В ходе анализа деструктивных тенденций практики правового регулирования было выявлено игнорирование и несоблюдение основополагающих принципов права, лежащих в основе правового регулирования. Проблема реализации принципов права – одна из важнейших

проблем современной дискреционной практики правового регулирования. Было установлено, что игнорирование отдельных принципов права обусловлена отсутствием ответственности за их несоблюдение.

Имея статус нравственных оснований правового регулирования, принципы права выступают механизмом верификации усмотрения. Как основополагающие идеи они имеют фундаментальный характер, на их основе формируется норма права. Принципы права служат своеобразными ориентирами для правотворческой (оказывают огромное влияние на весь процесс подготовки и издания нормативных актов), правоприменительной и правоохранительной деятельности, пронизывая саму норму. Это ориентир, вектор, задающий направление правового регулирования общественных отношений. Они также являются регуляторами общественных отношений. Принципы отличаются своей стабильностью, фундаментальностью, выражая закономерности права и его социальную природу. В случае несоответствия норм принципам права, законодатель должен изменить их содержание либо отменить такие нормы. Это свидетельствует, что принципы права по отношению к нормам права имеют основополагающий характер, определяющий тенденции развития права в целом.

Принципы права не отделены от норм права, так как закреплены в нормативных правовых актах, что говорит об их неразрывности и взаимосвязи. Невозможно представить, чтобы принципы и нормы существовали в отрыве друг от друга. Принципы права выражаются в нормах права, а нормы коррелируют с выражают принципы права. Такая характеристика принципов права, как представляется, может служить основой аудита реализации усмотрения субъектов правового регулирования. Однако этот аудит имеет смысл только при наличии ответственности за несоблюдение принципов права. Между тем даже конституционные принципы, в отличие от норм права, не защищены ответственностью за их нарушение. За их нарушение не предусмотрены меры юридической ответственности.

По нашему глубокому убеждению, если принципы рассматривать как требования процесса правового регулирования, то вполне обоснованным

представляется решение вопроса обеспечения реализации принципов как механизмов обеспечения эффективности правового регулирования. Изложенные ранее деструктивные факты игнорирования конституционных принципов требуют конституционализации юридической ответственности за их несоблюдение. Чтобы принципы Конституции России могли служить действительными нравственными основаниями правового регулирования их самих нужно обеспечить юридическими гарантиями. Одной из таких гарантий выступает юридическая ответственность за игнорирование или нарушение принципов Конституции России.

Проблема отсутствия ответственности за несоблюдение принципов права, как представляется, может решаться в порядке ее легализации на конституциональном, институционально-правовом и профессионально-нравственном уровнях механизма оптимизации дискреционной практики правового регулирования. В целях обеспечения защищенности принципов Конституции Российской Федерации от их нарушения представляется целесообразной актуализация мер юридической ответственности за документально подтвержденный факт их несоблюдения органами государства и их должностными лицами.

Учреждение негосударственного фонда обязательного страхования правоприменительной деятельности в судебной и правоохранительной системе.

Одним из направлений судебной реформы по повышению эффективности правосудия в свете пресловутой «презумпции правомерности судебской ошибки», на наш взгляд, должно стать критическое осмысление положения судебной власти в системе отношений ответственности в сфере правосудия. В качестве меры защиты самой судебной власти от дискреционной тенденциозности и обеспечения ответственного судебного правоприменения представляется актуальной институционализация ретроспективной юридической ответственности за неправомерные судебные акты.

Сегодня, когда в условиях максимальной независимости и защищенности судебного корпуса возможности противодействия произволу при

осуществлении правосудия равны нулю, можно констатировать неостребованность таких правовых мер воздействия, которые позволяют, если не исключить, то хотя бы существенно ограничить потенциальные проявления судейского произвола. Очевидно, что оптимизация порядка реализации дискреционной власти судей, лежащей в основе судопроизводства, предполагает действенные правовые механизмы противодействия произволу судейского усмотрения. В качестве одного из таких механизмов, по нашему убеждению, может служить конституирование персональной гражданско-правовой ответственности судей за неправосудные судебные решения, которыми причинен моральный и (или) имущественный вред.

Касаясь вопроса персональной гражданско-правовой ответственности судей представляется необходимым обозначить следующее. Если иметь в виду, что для субъективного вменения вины в теории юридической ответственности определяющее значение имеет свобода воли лица при осуществлении им выбора на совершение или не совершение неправомерных действий, то вопрос ответственности судьи должен рассматриваться в аспекте его дискреционных полномочий. Дело в том, что усмотрение, как функциональное содержание судебной дискреционной власти, осуществляется в условиях ничем не ограниченной свободы воли: судья, руководствуясь внутренним убеждением и совестью, должен выбрать справедливый с точки зрения правосудия вариант усмотрения относительно данной правоприменительной ситуации, т.е. оценки существа обстоятельств дела и их юридической квалификации. Следовательно, если судья, как правоприменитель допускает такой выбор, при котором, например, имела место квалификационная ошибка, отразившаяся на формулировании выводов и мотивационной части судебного акта, то исключать личную его ответственность за вынесение незаконного решения или приговора представляется, по меньшей мере, некорректным. Если рядовому гражданину законодатель не прощает ошибок, основанных на незнании закона и устанавливает ответственность за неправильную оценку правовой ситуации, то почему для судьи, чей статус должен отличаться профессиональным уровнем

правосознания, правоприменительная ошибка – извинительная издержка правосудия?

Между тем дискреционная власть судьи имеет статутно-персонифицированный характер, так как это имманентное свойство государственной должности, реализуемое в рамках правоприменительной деятельности конкретного судьи. Следовательно, дискреционная власть судей по определению предполагает ответственное осуществление правосудия, опосредуемого правоприменительным усмотрением, что соотносится с перспективным аспектом понимания юридической ответственности. Поэтому парадоксальной является ситуация при которой абсолютно персонифицированной дискреционной власти судей совершенно не корреспондирует их персональная ответственность. Насколько оправдана ситуация, при которой столь судьбоносная по своему значению дискреционная власть судьи является персональной, а гражданско-правовая ответственность за ее неадекватное использование – публичной, так как обезличивается ее возложением на государство, государственный бюджет, однозначно ответить сложно. Однако современное правовое положение суда в системе права, с учетом драматичной судебной практики, требуют оптимизации в порядке персонализации ответственности не только перед государством, но и непосредственно перед гражданами. Представляется, что в контексте данного аспекта ответственности вполне целесообразно говорить о персональной гражданско-правовой ответственности судей перед пострадавшими от неправосудных судебных актов в качестве субсидиарной ответственности.

Осуществление правосудия охватывает собой властную деятельность не только суда, но и всех других правоохранительных органов. Однако именно судебная власть в порядке судебного контроля правомочна проверять законность действий других государственных органов в целях предупреждения возможных нарушений прав и свобод граждан. Поэтому, если в результате нарушения судом прав и свобод граждан им причинен имущественный или моральный вред, к процессу реабилитации потерпевшего, на наш взгляд, должен быть

непосредственно причастен и сам суд в лице недобросовестного судьи, а не только государство. Насколько нравственна, например, ситуация, когда в отношении судьи, привлеченного к дисциплинарному взысканию за неправосудный акт ответственность должна возмещаться за счет государственной казны? Ситуация, при которой ответственность судьи за неправосудные действия или решения исключает гражданско-правовую ответственность представляется противоречивой и несправедливой с точки зрения конституционных принципов.

Если исходить из конституционно закрепленного принципа равенства всех перед законом и судом, гарантированности прав и свобод человека и гражданина, то судьи, равно как и другие государственные должностные лица, должны нести ответственность не только перед государством, но и гражданами. Актуализация персональной гражданско-правовой ответственности за неправосудные судебные акты представляется логичным на том основании, что цена личного усмотрения судьи, опосредуемого халатностью, самонадеянностью и небрежностью неизмеримо высока, нередко трагична для судеб граждан, в то время как юридическая ответственность за наступление вредных последствий не предусмотрена.

С учетом изложенного представляется справедливой оптимизация ответственности судей в порядке ее гражданско-правовой персонификации, т.е. применения в качестве самостоятельной, личной (в ретроспективном аспекте) ответственности перед пострадавшими от неправосудных судебных актов. Это никоим образом не может подрывать независимость судебной власти и правосудия. Напротив, осознание персональной гражданско-правовой ответственности может служить стимулом добросовестного и объективного отношения к осуществлению правосудия, повышению уровня позитивной (перспективной) ответственности судейского корпуса. Такой подход представляется логичным, если руководствоваться содержательным значением трактовки независимости судебной власти как институционального основания беспристрастности и объективности.

Персонификация гражданско-правовой ответственности судей как правовая мера оптимизации судебского усмотрения, способствующая большей осмотрительности и последовательности при реализации судебной дискреционной власти, могла бы быть обеспечена и реализована без ущерба их материальному положению в порядке создания специальных страховых фондов на принципе обязательного страхования профессиональной ответственности. Представляется, что это в определенной мере корреспондирует с рекомендацией, содержащейся в п.13 Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, согласно которой следует содействовать созданию, укреплению и расширению национальных фондов для предоставления компенсации жертвам преступлений и злоупотребления властью, в том числе в тех случаях, когда государство, гражданином которого жертва является, не в состоянии возместить жертве причиненный ей ущерб»³⁴³.

В условиях, когда граждане содержат судебные органы, как в качестве налогоплательщиков, так и в качестве истцов, а суды, в целях экономии на имущественной ответственности государства, не идут на создание прецедентов привлечения государства к ответственности за судебные ошибки, предусмотренный порядок реабилитации и восстановления в правах потерпевших от неправосудных актов, не может быть признан справедливым.

Создание специальных страховых фондов на принципе обязательного страхования гражданско-правовой ответственности судебского корпуса, на наш взгляд, могло бы стать экономической гарантией защиты граждан от потенциального произвола дискреционных полномочий судей, дать повод для рефлексии позитивной ответственности и, в конечном счете, способствовать формированию нового качества российского правосудия.

³⁴³См.: Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью (резолюция 40 /34 Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1985 года) / Гуманитарная сфера и права человека. Сборник документов / Сост. В.А.Корнилов и др. М., 1992. С. 134 – 139.

Антикоррупционная экспертиза правоприменительных актов как технология преодоления коррупциогенных тенденций дискреционной практики правового регулирования правоприменения.

«Дискреционные полномочия предусмотрены не для возможностей злоупотребления ими и уж тем более не для коррупции. Заменить их нечем и невозможно, так как их природа обусловлена невозможностью казуального нормативного правового регулирования отношений. Поэтому технология правоприменения, основанная на усмотрении субъекта правоприменения, может рассматриваться как способ преодоления абстрактного, неопределенного характера норм права, придания им конкретно-определенного характера, перевода их в правореализационную плоскость. Поэтому вопрос заключается в том, насколько адекватно реализуется субъектом правоприменения обусловленное такой технико-юридической конструкцией дискреционное полномочие. <...>. Вопрос состоит в том, чтобы оптимизировать не только и не столько дискреционные нормы, сколько процесс их реализации, в котором основным движущим началом выступает поведение субъекта правоприменения, что предопределяет смещение акцента на превентивное противодействие коррупции в правоприменительной практике»³⁴⁴. Иными словами, «речь должна идти не о радикальной элиминации правоприменительной дискреции, а о разработке и нормативном закреплении критериев надлежащего осуществления таких полномочий»³⁴⁵.

Изложенное свидетельствует об актуальности требований к технико-юридическому качеству формулируемых в текстах нормативно-правовых актов юридических конструкций. А это требует систематической работы по оптимизации качества технико-юридического оформления предписаний, предполагающих их правоприменительную реализацию. В этой связи без постоянного аудита проектов нормативных правовых актов не обойтись.

³⁴⁴ Валиев Р.Г. О коррупциогенном статусе правоприменительных дискреционных полномочий. С. 7-8.

³⁴⁵ См.: Братановский, С. Н. Дискреционные полномочия как фактор коррупции в системе исполнительной власти // Административное и муниципальное право. 2016. № 4. С.314.

Дискреционные полномочия превращаются в свой антипод и их юридическая природа умаляется далеко не вследствие их нормативной коррупциогенности или неопределенности в правовых нормах условий и оснований правоприменительного решения, а вследствие злоупотребления ими. С этой точки зрения представляется целесообразным смещение акцента с борьбы с коррупциогенностью дискреционных полномочий на процедуры их применения. Это актуально в контексте редакции Постановления Правительства РФ от 18.07.2015 года N 732, которым в п. «ж» Методики актуализирован новый коррупционный фактор – отсутствие или неполнота административных процедур»³⁴⁶. Так, например, общеизвестна распространённость коррупции по делам об условно-досрочном освобождении отбывающих наказание осужденных лиц, в связи с чем значительную актуальность приобрела технология противодействия коррупционному потенциалу дискреционных полномочий судьи при рассмотрении дел об условно-досрочном освобождении.

В условиях, при которых условно-досрочное освобождение зависит не только от судьи, но и администрации исправительного учреждения, исключение коррупционного усмотрения в той же мере невозможно, в какой невозможно прописать все обстоятельства, при которых бы судья или администрация принимали удовлетворительное или отрицательное решение. Поэтому здесь также важна процедура ограничения участия одних и тех же судей в рассмотрении дел, связанных с условно-досрочным освобождением.

Коррупционноёмкость практики условно-досрочного освобождения весьма красноречива в этом вопросе. Так, «постановлением судьи осужденному за кражу отказано в УДО на 4 месяца, хотя он имел 5 поощрений, 0 взысканий, был трудоустроен. Администрация учреждения и даже прокурор ходатайство осужденного поддержали. Но судья, половина «отказных» УДО которого в прошлом году отменена, все равно отказал, указав, что исправление в пределах

³⁴⁶ Постановления Правительства РФ от 18.07.2015 года N 732 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросам проведения антикоррупционной экспертизы» [Электронный ресурс]. URL: <https://base.garant.ru/71144938/>

отбытого наказания не достигнуто, что законом не предусмотрено»³⁴⁷. Злоупотребление усмотрением руководства при представлении характеристики должно преодолевать ее коллегиальным рассмотрением в суде с участием заявителя. В условиях явной очевидности коррупционной зависимости возможности освобождения по УДО от руководства колонии целесообразно исключить из процедуры УДО абсолютное значение его согласия. Делом должен заниматься независимый судья, для чего он, в свою очередь, должен подлежать периодической ротации.

Кроме того, для судебного правоприменения в целом в рамках уголовного процесса актуальна процедура ограничения рассмотрения уголовного дела тем же судьей, включая председателя суда, в отношении одного и того же лица, повторно оказавшегося на скамье подсудимых по аналогичному делу после его предыдущего осуждения без применения реального срока лишения свободы. Такой процедурой заведомо исключается возможность коррупционных связей в отношении ранее осужденного лица при последующем его осуждении.

С целью исключения возможностей формирования коррупционных связей руководства колонии и судьи, а также противодействия коррупциогенному потенциалу дискреционных полномочий и обеспечения независимости судьи при рассмотрении дел об УДО на уровне Уголовно-процессуального и Исполнительно-уголовного кодексов Российской Федерации целесообразна новеллизация процессуального законодательства в порядке инкорпорации правила о запрещении рассмотрения дела об УДО одного и того же лица одним и тем же судьей. По такой категории дел актуальна систематическая ротация судьи.

Аудит актов правоприменения как технология оптимизации деструктивных дискреционных тенденций практики правового регулирования.

Негативные последствия реализации усмотрения субъектов правового регулирования и, прежде всего, судебного правоприменения становятся

³⁴⁷ Беляев М.В. Об итогах работы судов общей юрисдикции Республики Татарстан в 2021 году и задачах на 2022 год // Правосудие В Татарстане. 2022. № 1 (71). С 18-19.

известны благодаря активной позиции представителей адвокатского или судейского сообщества высших судебных инстанций, подвергающих аудиту судебное правоприменение и выявляющих юридическую несостоятельность судейского усмотрения по мотивационной части судебных решений. Для некоторых юристов жалоба олицетворяет важнейший инструмент обеспечения адекватности действий должностных лиц.

Решения вышестоящих судов системы судов общей компетенции выступают механизмами оптимизации неадекватных, с точки зрения принципов и норм материального и процессуального права, решений нижестоящих судов, в мотивационной части которых выражено усмотрение субъектов судебного правоприменения. Таковыми эти решения вышестоящих судов системы судов общей компетенции являются вследствие аудита решений судов нижестоящей инстанции в порядке их обжалования заинтересованными лицами – прокурорами, адвокатами или гражданами. В той мере, в какой каждое решение судебных инстанций обладает известной степенью юридической обоснованности доводов их авторов, в той же мере жалобы на них должны отличаться высокой степенью аргументированности. Определенный успех имеет тот заявитель, который входит в правоприменительную ситуацию в роли судьи и с его позиций оценивает обстоятельства и дает им юридическую квалификацию. Иными словами, заявитель в гражданском или уголовном иске излагает проект обоснования потенциального судебного решения.

Аудит имеет различные формы. В практике нормативного правового регулирования весьма востребованной формой аудита является конституционная жалоба. Конституционная жалоба имеет исключительное значение в механизме преодоления дискреционных правотворческих ошибок. Постановления Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных (областных) судов субъектов Российской Федерации как правоинтерпретационные акты выступают технологиями оптимизации неадекватных, с точки зрения принципов и норм Конституции Российской

Федерации, действий и актов субъектов нормативного правового регулирования, опосредованных их усмотрением.

В практике индивидуального правового регулирования востребованной формой аудита юридических документов является жалоба в прокуратуру и вышестоящие суды системы судов общей компетенции. Жалобы должны быть технологичными и, соответственно, каждая из них в силу идентичности правореализационной ситуации олицетворяет собой авторскую технологию. Нельзя не отметить, что аудит юридических документов по кругу его субъектов имеет перекрестный характер. С одной стороны, адвокаты подвергаются аудиту судебные акты, а судьи нередко подвергаются аудиту адвокатские акты. В дисциплинарной практике адвокатских палат известен случай обращения судьи с жалобой на адвоката вследствие обнаружения в тексте апелляционной жалобы грамматических ошибок³⁴⁸. С другой стороны, жалоба выступает в роли технологии оценки качества адвокатских услуг и основания их оценки. Действительно, если в соответствии со ст. 48 Конституции, адвокат должен оказывать квалифицированную юридическую помощь, то любое отклонение адвокатской жалобы – показатель несостоятельности адвоката. Ведь, если был повод для жалобы, а он проигнорирован и жалоба оставлена без удовлетворения, то обвинять адресата жалобы как это принято у адвокатов, всего лишь усугубляет недобросовестность и профессионализм адвоката. Между тем, если для составления и подачи адвокатской жалобы или ходатайства имеются действительный повод, то они должны быть составлены таким образом, чтобы их невозможно было отклонить или оставить без удовлетворения.

Таким образом, критерий (индикатор) эффективности жалобы в различные инстанции системы органов государственной, исполнительной, судебной власти и правоохранительных органов заключается в том, что при наличии оснований для обжалования действий должностного лица, она должна быть таким образом

³⁴⁸ Тринадцать ошибок адвоката. Арбитражная практика для юристов [Электронный ресурс]. URL: <https://www.arbitr-praktika.ru/> (дата обращения – 10.10.2022 г.)

юридически аргументирована, чтобы ее адресат не мог ее проигнорировать или отказать в ее удовлетворении.

Учет загруженности и ограничение нагрузки как технология противодействия деструктивным дискреционным тенденциям практики правового регулирования адвокатской деятельности.

Анализ адвокатских актов, прежде всего, апелляционных и кассационных жалоб свидетельствует о порочной практике формального отношения к их юридической аргументации. В результате такие жалобы обречены на их отклонение судебными инстанциями. Можно сказать, что без основательной юридической аргументации такие адвокатские акты, как впрочем и жалобы вообще, будь то в прокуратуру либо в иные органы и учреждения государства, «провоцируют» их адресатов на аналогичное к ним формальное отношение. Здесь очевидным является игнорирование природы такого важнейшего технологического инструмента практики правового регулирования, какой по сути является жалоба. Здесь на первый план выдвигается именно юридическая аргументация как механизм преодоления иррациональных проявлений дискреционности как авторов-составителей, так и адресатов жалоб.

В связи с изложенным напрашивается вывод о том, что жалобы, должны аргументироваться таким образом, чтобы от них нельзя было отклонить посредством формальной отписки. Нам представляется, что в рамках образовательного процесса в юридическом вузе и курсах повышения квалификации юристов актуальным является внедрение специального курса, ориентированного на формирование соответствующей компетенции в образовательном стандарте. Учитывая злободневность статистики недоверия граждан к адвокатам, формирующегося в силу фактов недобросовестного отношения к оказанию адвокатских услуг, такая новация значительно повысила бы эффективность действия права граждан на квалифицированную юридическую помощь, предусмотренную ст. 48 Конституции Российской Федерации.

В современных условиях распространенной деструктивной практики формального, недобросовестного отношения к оказанию адвокатских услуг, сопровождающегося значительным превышением нагрузки адвокатского производства и обмана доверителей объективно востребованными представляются меры повышения ответственности адвоката в порядке ограничения максимального количества дел, находящихся в производстве адвоката и частичного возврата гонорара доверителю. Положение Кодекса профессиональной этики адвоката, что он «не вправе принимать поручения на оказание юридической помощи в количестве, заведомо большем, чем адвокат в состоянии выполнить» не «работает» в силу отсутствия мониторинга количества дел, находящихся в производстве адвоката.

В контексте изложенного представляется актуальной оптимизация практики правового регулирования адвокатской деятельности установлением максимально допустимой квоты договоров в адвокатском производстве с учетом адвокатского стажа и результатов мониторинга адвокатскими палатами субъектов Российской Федерации качества оказываемых адвокатских услуг.

Учебный профиль «Юрист-технолог» как образовательная технология подготовки специалистов по аудиту и оптимизации судебной и правоохранительной практики правового регулирования.

Исследование деструктивных дискреционных тенденций практики правового регулирования позволяет заключить, что негативные, в том числе деструктивные тенденции и противоречия практики правового регулирования во многом обусловлены недостатками профессионализма выпускника, поскольку образовательный стандарт по специальности «юриспруденция» основан на широкий подход в его теоретическом освоении и подготовку юристов широкого профиля. В результате выпускник юридического ВУЗа после трудоустройства по родственным специальностям вынужден осваивать практические процедуры и специфику соответствующей юридической профессии, освоение которых образовательными стандартами не предусмотрено. Отсутствие ориентации на подготовку узкой специализации в области юриспруденции обуславливает

актуальность профессиональных образовательных программ, призванных компенсировать и восполнить указанный пробел, что в числе прочих задач более или менее реализуется по соответствующим профилям магистратуры.

Исследование показало, что актуальным трендом современной системы подготовки юристов является востребованность специалистов, способных критически оценивать и преодолевать деструктивные тенденции дискреционной практики правового регулирования. Иными словами, выступать экспертами, способными разрабатывать юридические технологии подготовки, оформления, систематизации, интерпретации, применения, экспертной оценки и оптимизации нормативно-правовых и иных юридических документов.

Поскольку усмотрение субъектов правового регулирования находит внешнее выражение в юридически оформленных правовых актах-документах, то выявление и преодоление деструктивного дискреционного произвола требует соответствующих знаний, умений и навыков, то представляется актуальной модель образовательного профиля магистранта, способного выступать экспертом, владеющим соответствующими технологиями нейтрализации, оптимизации и преодоления деструктивных дискреционных правовых актов-действий и решений.

Одним из таких образовательных профилей, востребованных негативными издержками современной профессиональной юридической деятельности, как представляется, может выступать профиль «Юрист-технолог», ориентированный на умение и навыки выявления негативных последствий упущений и издержек поверхностного, недобросовестного или безответственного отношения субъекта к осуществлению профессиональных обязанностей.

Экспертная технология нужна для целей оптимизации или совершенствования любых социальных, прежде всего правовых процессов. Технологии преодоления негативных дискреционных издержек и оптимизация юридических значимых действий могут рассматриваться как инструменты и продукты экспертной деятельности юриста-технолога, что может служить

обоснованием востребованности специалистов в области технологической юриспруденции. Иными словами, речь о юристах-технологах как высококвалифицированных экспертах, способных не только критически оценивать и выявлять дефекты в праворегулирующей деятельности и нормативных, правоинтерпретационных, правоприменительных и правореализационных правовых актах, но и разрабатывать соответствующие юридические технологии, направленные на их аудит и оптимизацию.

Формула специальности: Юрист-технолог – лицо, владеющее технологиями разработки, оформления, систематизации, интерпретации, применения, аудита и экспертной оценки, оптимизации и совершенствования нормативных правовых, правоприменительных актов (договоров) и иных юридических документов.

Содержание профиля – экспертная технология подготовки, оформления, систематизации, аудита и оценки нормативных, правоинтерпретационных, правоприменительных и правореализационных правовых актов в правотворческой, правоохранительной, судебной и правозащитной системах.

Важнейшие блоки профиля – мониторинг, аудит, экспертная оценка качества и оптимизация нормативных, правоинтерпретационных, правоприменительных и иных правореализационных правовых актов-документов.

Осваиваемые юридические технологии. Правовая, технико-юридическая экспертиза нормативных правовых актов и их проектов. Экспертиза судебных актов. Экспертиза обвинительного заключения. Экспертиза адвокатских актов. Экспертиза публично-правовых и частноправовых договоров. Экспертиза коммерческих и иных договоров в области предпринимательской и иной экономической деятельности.

Назначение профиля. Юрист-технолог призван разрабатывать как инновационные общедоступные, так и частные авторские технологии оптимизации и совершенствования правотворческой, судебной, следственно-прокурорской, правоохранительной и правозащитной деятельности.

Модель выпускника юридического ВУЗа по профилю юриста-технолога. Юрист-технолог обладает высокими профессиональными знаниями, умениями и навыками, а также высоконравственными личными качествами необходимыми для решения типовых и нестандартных задач в профессиональной деятельности субъекта правотворчества, судьи, прокурорского работника, следователя, адвоката и юриста юридических фирм и субъектов предпринимательской и иной экономической деятельности.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Выполненное исследование явилось откликом на потребность в формировании общетеоретического знания, призванного выражать опыт правового регулирования в аспекте значительной роли усмотрения его субъектов. Отсутствие научных трудов, посвященных изучению усмотрения как фактора практики правового регулирования общественных отношений обуславливает значительный потенциал научной новизны проведенного исследования. Будучи системно-функциональным потенциалом практики правового регулирования как предмета правового исследования, усмотрение как элемент правосознания в его единстве с деятельным поведением личности может претендовать на статус междисциплинарного объекта познания на уровне гносеологических связей социальной философии, психологии, социологии и политологии. В соответствии с предъявленными требованиями методологии, исследование логически раскрывает новые концептуальные идеи о практике правового регулирования и практике реализации усмотрения субъектов правового регулирования, изложение которых привело к приращению научного знания о сущности, содержании, тенденциях, противоречиях и закономерностях реализации усмотрения как фактора правового регулирования, а также некоторых технологических новациях его адресной оптимизации и совершенствования.

Полученные новые знания развивают доктринальное представление о феномене усмотрения в аспекте его институционально-правовой и психологической природы как функционально значимого потенциала нормативного правового и индивидуального правового регулирования. Сформулированные положения и результаты о сущности и значении юридической техники и технологии, дискреционной юридической техники и технологии могут служить теоретической основой развития технико-технологической юридической доктрины. Концептуализация практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования позволяет:

– значительно расширить понимание усмотрения как юридически значимого явления;

– сформировать целостное представление о юридической природе усмотрения как общеправовом институте на уровне единства и взаимосвязи абстрактно общих и относительно определенных принципов и норм, оценочных юридических конструкций и статусных управомочивающих нормативных правовых предписаний;

– определить институционально-правовую природу усмотрения как праворегулирующего потенциала дискреционной практики правового регулирования;

– определить технологические решения некоторых проблем отечественной практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования правового регулирования.

Концепт «практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений» как форма выражения теоретико-правового знания предоставляет возможность:

– сформировать теоретическое знание о системно-функциональном влиянии усмотрения субъектов правового регулирования на правотворческую, правоприменительную, правоинтерпретационную, правореализационную деятельность и ее результаты;

– обобщать и изучать практику реализации усмотрения субъектами правового регулирования;

– выявлять и изучать основные тенденции дискреционного правового регулирования, в котором его иррациональные проявления превалируют над его рациональными началами и сопряжены с деструктивными последствиями;

– выявлять противоречия практики реализации усмотрения его институционально-правовой природе и назначению в механизме правового регулирования;

– осуществлять аудит дискреционных актов правового регулирования;

– выявлять пути преодоления деструктивных дискреционных тенденций как угроз практике правового регулирования;

Гносеологическое значение концепта «практика правового регулирования общественных отношений» заключается в том, что он позволяет:

– в интегрированной форме выражать собой все многообразие тенденций развития практики правового регулирования как правовой формы организации многогранной социальной практики;

– реконструировать и воспроизводить сущность праворегулирующей деятельности и регулирующего воздействия норм материального и процессуального права;

– выражать процессы трансформации явлений и процессов из статуса неформализованных в статус юридически формализованных. В практике правового регулирования именно преобразованию социальной практики развития общественных отношений в правоорганизованную социальную практику отводится главная роль;

– выявлять противоречия между институционально-правовой моделью и реальными результатами деятельности субъектов правового регулирования, характеризующимися деструктивными проявлениями неадекватности усмотрения ее субъектов его назначению;

– обобщать и изучать на междисциплинарном уровне опыт правового регулирования в контексте его основных тенденций и противоречий;

– выявлять деструктивные проявления опыта дискреционного правового регулирования, когда его иррациональные проявления превалируют над его рациональными началами;

– разрабатывать технологии оптимизации, осуществления диагностики и аудита деструктивных проявлений усмотрения.

Концепция практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений позволяет изучать противоречия между институционально-правовой моделью и реальными результатами деятельности субъектов правового регулирования, характеризующимися

деструктивными проявлениями неадекватностью усмотрения ее субъектов его служебному назначению.

Вся совокупность сформулированных положений в их системной взаимосвязи позволяет сформулировать общий вывод – в монографии в общей сложности разработаны три синергично взаимосвязанные концепции – концепция практики правового регулирования, концепция практики реализации усмотрения и концепция ее оптимизации, ориентированной на превенцию деструктивных дискреционных тенденций практики нормативного правового и индивидуального регулирования.

Впервые в общей теории права в контексте выявленной проблемной ситуации сформулирована и решена проблема отсутствия актуальных для социально-правового развития знаний о практике правового регулирования общественных отношений в аспекте функционально значимой роли праворегулирующего потенциала усмотрения.

Инкорпорация усмотрения в правовой системе не ограничивается объективным правом, оказывая влияние на правовую и юридическую практику, правосознание и правовую культуру. Усмотрение «вкраплено» в правотворческую систематизацию и систематизацию законодательства, в толкование права, правоприменение и невластную правореализацию. Такая масштабная презентация усмотрения в правовой системе потребовала иного подхода к оценке его статуса и обусловила формирование комплексного представления о феномене усмотрения как функционально значимом потенциале практики правового регулирования.

Усмотрение имеет две формы презентации в практике правового регулирования общественных отношений – как элемент правосознания субъектов правового регулирования (рационально-психическая составляющая) и институт права (институционально-правовая составляющая), синергичное единство которых определяет его системно-функциональное значение в развитии дискреционной практики правового регулирования, оказывая значительное влияние как на деятельность субъектов правового регулирования,

так и ее результаты – нормативные, правоинтерпретационные и е правоприменительные (правореализационны) акты.

В силу устойчивой и объективно необходимой корреляции рационально-психической и институционально-правовой природы усмотрения субъектов правового регулирования их единство выступает системной закономерностью развития практики правового регулирования.

Установлено, что институционально-правовой статус усмотрения детерминируется его инкорпорацией в систему права на уровне принципов и норм институтов материального и процессуального права, в своей совокупности образующих его институциональную матрицу.

Двойственная природа усмотрения, проявляющаяся на уровне рационально-психической и формально-юридической составляющих практики правового регулирования обуславливает его специфику как праворегулирующего потенциала, призванного выражать гибкость правового регулирования.

Усмотрение имеет значение функционально значимого потенциала правового регулирования, оказывая решающее влияние как на праворегулирующую деятельность, так и ее результаты, в качестве которых выступают нормативные, правоинтерпретационные и правореализационные правовые акты. Основные проявления этого потенциала выражаются в том, что усмотрение:

- предопределяет меру возможной и необходимой самостоятельности субъектов нормативного правового и индивидуального правового регулирования;

- представляет собой ситуационный способ решения субъектом правового регулирования юридически значимых вопросов нормативного правового и индивидуального правового регулирования, основанный на юридической квалификации соответствующих обстоятельств нормативного правового и индивидуального правового регулирования;

- обеспечивает гибкость объективного права и правового регулирования;

– позволяет преодолевать противоречие между абстрактностью норм права и конкретностью социальной практики, между нормативным правовым и ситуационно-конкретным уровнями правового регулирования.

– опосредует правотворческую и правореализационную ситуацию, связанную с моделированием и систематизацией норм права, проектированием нормативных правовых актов, а также применением норм права и их реализацией;

– обеспечивает субсидиарное регулирование в условиях пробелов права и преодоление юридических коллизий, достижение определенности структурных элементов объективного и субъективного права на уровне нормативного правового и казуального толкования, а также при аналогии закона и аналогии права. В таком значении усмотрение субъектов правового регулирования выступает в качестве правовой ценности.

– обеспечивает решение вопроса о достаточности, допустимости и относимости юридически значимых фактов как оснований правового регулирования;

Целостное познание практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений стало возможно при изучении ее двойственной природы в контексте диалектических связей праворегулирующей деятельности и ее результатов.

Исследованием установлено, что деятельностный и результативный аспекты усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений имеют два уровня своего юридического выражения – правотворческий и правореализационный. На правотворческом уровне деятельностный и документальный аспекты усмотрения выражаются в нормативной правовой конструкции дискреционных правомочий (полномочий), закрепляющей возможность адресатов нормативных средств правового регулирования – частных и публичных субъектов – действовать дискреционно, по своему усмотрению. На правореализационном уровне деятельностный и

документальный аспект усмотрения выражаются в дискреционной активности субъектов индивидуального правового регулирования.

Развитие практики правового регулирования общественных отношений характеризуется диалектическим единством институционально-правовой и рационально-психической природы усмотрения ее субъектов, обеспечивающим его праворегулирующий потенциал. В ходе исследования установлено, что взаимодействие рационально-психического и институционально-правового потенциала усмотрения на уровне праворегулирующей деятельности и актов правового регулирования отражает дихотомию и единство духовного и материального в практике правового регулирования. Именно в синергичном единстве правосознания и институтов права усмотрение является самостоятельным функционально значимым потенциалом правового регулирования. Между правовым регулированием и усмотрением его субъектов, объективированном на уровне дискреционных норм права, существуют устойчивые и необходимые системные связи, определяющие дискреционный характер практики правового регулирования. Будучи объективированным в систему права на уровне значительного массива норм права, усмотрение как элемент правосознания субъектов права в единстве с дискреционными полномочиями (полномочиями) и дискреционным поведением обретает значение системного функционально-значимого потенциала правового регулирования (праворегулирующего потенциала). Этот потенциал находит воплощение в ситуационном способе решения вопросов нормативного правового и индивидуального правового регулирования, обеспечивающем гибкость объективного права и правового регулирования.

Усмотрение как рационально-психическая составляющая правосознания несостоятельно вне системы норм права, в силу которых оно обретает юридически значимый характер. А система норм права немислива без правосознания субъектов правового регулирования. Именно в рамках такой двойственной природы практика реализации усмотрения субъектов правового регулирования обретает целостную форму и полноценное содержание. И если

анализ и обобщение опыта правового регулирования актуализирует концепт практики правового регулирования, то анализ и обобщение опыта правового регулирования, опосредуемого усмотрением его субъектов, требует концептуализации практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования, охватывающей все контексты проявления усмотрения как правового феномена.

В контексте преемственности научного познания практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования выявлено теоретическое значение концепта «практика правового регулирования» как базовой теоретической основы актуализации общетеоретической конструкции практики правового регулирования. Во временном континууме практика правового регулирования это процесс, в котором находят выражение момент статики и динамики ее развития. Статика как свойство, отражающее определенный момент развития практики правового регулирования, характеризует собой соответствующее качественное состояние в ее развитии. Динамика практики правового регулирования это свойство, характеризующее смену состояний в ее развитии с точки зрения эволюции, изменчивости, преемственности, бесконечности. Практика правового регулирования характеризуется единством деятельности субъектов нормативного правового и индивидуального правового регулирования и ее результатов – соответствующих нормативных, индивидуальных правовых и правоинтерпретационных актов.

Двойственная природа практики правового регулирования в контексте единства ее деятельностной и результативной составляющих обуславливает ее целостность, олицетворяющую собой диалектическое содержание опыта правового регулирования – циклический процесс опредмечивания-распредмечивания социальной сущности объективного и ситуационного права на уровне соответственно нормативных и индивидуальных правовых актов.

Деятельностная составляющая как структурный элемент практики правового регулирования находит выражение в праворегулирующей деятельности, представляющей собой юридически значимую активность

субъектов правового регулирования, выражающуюся в создании и систематизации, толковании и реализации предписаний нормативных, правоинтерпретационных и индивидуальных правовых актов.

Результативная составляющая находит выражение в системе предписаний нормативных, правоинтерпретационных и индивидуальных правовых актов – актов правового регулирования.

Единство деятельностной и результативной составляющих практики правового регулирования в контексте категорий «праворегулирующая деятельность» и «акт правового регулирования», обуславливают ее общетеоретический статус.

Двойственная сущность правового регулирования, выражающаяся в дифференциации и единстве нормативного правового и индивидуального правового регулирования детерминирована объективной невозможностью осуществления конкретной казуистичной правовой регламентации общественных отношений на основе нормативных правовых актов.

Исследованием доказано, что дискреционное начало характерно нормативным средствам материального и процессуального права.

Анализ правовой природы усмотрения как структурного элемента системы права заложил основы его институционально-правового статуса. Институционально-правовая природа усмотрения представлена системной общностью статусных, абстрактно-общих и относительно определенных норм права, а также иных нормативных правовых средств и юридических конструкций, непосредственно закрепляющих либо предполагающих дискреционные правомочия (полномочия) их адресатов.

Рационально-психическая природа усмотрения представлена правосознанием субъектов правового регулирования. Анализ усмотрения как структурного элемента правосознания в рамках психолого-правового подхода заложил основы учения об усмотрении и развивает теорию правосознания личности.

Масштабность проявлений усмотрения в практике правового регулирования обусловила в качестве важного результата данного исследования характеристику их сущности и соотношения в аспекте значительного влияния усмотрения на правовое регулирование, в рамках которой стало возможным выявить основные закономерности и законы динамики их взаимодействия.

Концепция практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования общественных отношений актуальна в прогностических целях и имеет прикладное значение для аудита опыта праворегулирующей деятельности на предмет адекватности назначению и социально значимым целям правового регулирования, а также степени совершенства, эффективности правового регулирования и проявлений его неэффективности. В аксиологическом плане концептуализация практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования имеет прикладное значение для ее совершенствования на основе формирования технологий ее оптимизации и совершенствования. На основе выявленных деструктивных тенденций и противоречий современной отечественной практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования разработаны определенные меры и технологии, имеющие прикладное значение для ее оптимизации и совершенствования.

Институционально-правовой и психологический аспекты практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования, будучи системообразующими началами праворегулирующего потенциала усмотрения, не ограничивают дальнейшее изучение проблематики усмотрения. Многогранность практики реализации усмотрения субъектов правового регулирования обуславливает многоаспектный характер проблематики усмотрения и является эмпирической основой для его дальнейшего изучения в рамках иных аспектов.