Скударнов Алексей Сергеевич. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений): диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.01 / Скударнов Алексей Сергеевич;[Место защиты: Южно-Уральский государственный университет].- Челябинск, 2014.- 211 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Общая характеристика усмотрения в процессе реализации права 11**

1.1. Формирование и развитие идеи усмотрения в процессе реализации права 11

1.2. Закрепление усмотрения в официальных источниках отечественного права 37

1.3. Понятие усмотрения в процессе реализации права 57

**Глава 2. Усмотрение в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями) 71**

2.1. Понятие усмотрения в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями) 71

2.2. Формы усмотрения в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями) 95

2.3. Пределы усмотрения в процессе осуществления индивидами (и их объединениями) своих прав, свобод и исполнения обязанностей 109

**Глава 3. Усмотрение в процессе организации осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей гражданами со стороны органов публичной власти 124**

3.1. Понятие усмотрения в действиях органов публичной власти 124

3.2. Формы усмотрения в действиях органов публичной власти 146

3.3. Пределы усмотрения при организации осуществления прав, свобод и исполнения обязанностей гражданами со стороны органов публичной власти 164

Заключение 1834

Библиографический список

**Введение к работе**

**Актуальность диссертационного исследования.** Взятый Россией курс на модернизацию всех сторон общественной жизни, поставил перед юридической наукой и практикой важную задачу – переосмыслить те идеалы и ценности, которые наполняют образ отечественного права. Его дальнейшее развитие должно быть основано на современном, многоаспектном подходе к существующим правовым институтам, учитывающим особенности различных правовых теорий.

Общее направление для такого развития заложено в Конституции Российской Федерации. В ней Россия провозглашена правовым демократическим социальным государством, в котором права и свободы человека и гражданина неотчуждаемы, являются непосредственно действующими, определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления, обеспечиваются правосудием. Как отметил Президент России В. В. Путин в своем ежегодном Послании Федеральному Собранию Российской Федерации 12 декабря 2013 г.: «Конституция соединила два базовых приоритета – высочайший статус прав, свобод граждан и сильное государство, – подчеркнув их взаимную обязанность – уважать и защищать друг друга»1.

Однако, несмотря на закрепление таких положений в Основном законе и их развитие в отраслевом законодательстве, должного воплощения на практике они, к сожалению, пока не получили. Безусловно, определенные достижения есть, и их немало, но пассивность граждан, необоснованное ограничение прав и свобод, неэффективная организующая деятельность органов публичной власти не так редки.

В такой правополитической ситуации особое значение приобретают те правовые средства, которые с одной стороны освобождают, раскрепощают человека, стимулируя к активному творческому поведению, в ходе которого он может проявить все свои способности и таланты, а с другой – способствуют активной и квалифицированной деятельности органов публичной власти при организации осу-

1 Послание Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации

от 12 декабря 2013 г. // Российская газета. 2013. 13 декабря.

ществления личностью принадлежащих ей прав и свобод. Свободные, образованные, активные люди и профессиональная система правоприменительных органов – основа гражданского общества и правового государства.

В систему мер обеспечения права входят многообразные юридические средства как позитивного, так и негативного плана, создающие условия для эффективной и благоприятной реализации прав и свобод. Отдельное место в такой системе занимает усмотрение.

Свобода выбора в сочетании с иными мерами обеспечения позволяет преодолевать необоснованные ограничения и препятствия в процессе осуществления прав, свобод и обязанностей, формализм правоприменителей, содействуя, в конечном счете, построению правового государства в России.

**Степень научной разработанности темы.** Отдельные аспекты усмотрения в процессе правореализации были предметом изучения как в общей теории государства и права, так и в отраслевых науках (конституционном, уголовном, административном праве и др.). В частности, достаточно подробно разработаны возможности судебных и иных правоприменительных органов действовать по своему усмотрению, а также пределы такого усмотрения. И это неудивительно, поскольку свобода в действиях органов публичной власти, а особенно способы ее ограничения, всегда вызывали научный и практический интерес.

Однако усмотрение как всеобщее, универсальное, комплексное правовое понятие, входящее не только в процесс применения права, но и осуществления прав, свобод и обязанностей гражданами (их объединениями) в отечественной науке по существу не исследовалось. Попытка осветить данную проблему под таким углом зрения предпринята в настоящей работе.

Теоретической основой диссертационного исследования послужили работы отечественных и зарубежных авторов. Комплексный характер изучаемой проблемы вызвал необходимость обратиться также к источникам в области философии, социологии, психологии.

При обосновании положений диссертации автор использовал работы отечественных дореволюционных ученых: Б. А. Кистяковского, Н. М. Коркунова, П. И.

Люблинского, С. А. Муромцева, П. И. Новгородцева, Л. И. Петражицкого, И. А. Покровского, Ф. В. Тарановского, Б. Н. Чичерина, Г. Ф. Шершеневича и др.

Особую значимость в процессе исследования имели труды Н. Н. Алексеева, А. Н. Бабенко, Н. Б. Зейдера, В. Н. Карташова, Р. З. Лившица, В. О. Лучина, А. В. Малько, Г. В. Мальцева, Н. И. Матузова, В. Д. Перевалова, В. А. Сапуна, М. К. Треушникова, В. М. Шафирова и др.

Весомый вклад в изучение усмотрения и его пределов внесли С. С. Алексеев, Д. Б. Абушенко, В. Г. Антропов, Л. Н. Берг, А. А. Березин, А. Т. Боннер, С. Н. Братусь, Р. С. Вахитов, В. М. Ведяхин, Н. А. Власенко, Н. Н. Вопленко, В. Б. Гончаров, Ю. В. Грачева, В. Н. Дубовицкий, А. Ф. Евтихиев, К. П. Ермакова, В. В. Ершов, В. Б. Исаков, Т. В. Кашанина, М. И. Клеандрова, В. В. Кожевников, К. И. Комисаров, А. П. Коренев, В. В. Лазарев, Б. Н. Лапин, В. И. Леушин, А. А. Малиновский, В. М. Манохин, П. Г. Марцифин, О. А. Папкова, Н. С. Погорелова, В. Д. Подмосковный, А. И. Рарог, Е. В. Севастьянова, И. Н. Синякин, Ю. Н. Старилов, А. Б. Степин, Ю. А. Тарасенко, Ю. А. Тихомиров, О. И. Цибулевская, Д. М. Че-чот, А. Б. Ярославский и др.

Исследованием вопросов усмотрения, прежде всего судебного, занимались зарубежные авторы А. Барак, Д. Фрэнк, Оливер Уэндел Холмс, К. Ллевеллин, Р. Паунд, К. Дэвис и др.

При формировании методологической концепции диссертации автор использовал также классические работы Фомы Аквинского, Аристотеля, Платона, Т. Гоббса, Д. Локка, И. Канта, Г. Гегеля, Ш. Монтескье.

**Объектом диссертационного исследования** является усмотрение как определенная в официальных источниках (формах) права свобода выбора в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан.

**Предметом диссертационного исследования** являются формирование и развитие идеи усмотрения, его понятие, особенности, формы и пределы при организации и непосредственном осуществлении прав, свобод и обязанностей гражданами (и их объединениями).

**Цель диссертационного исследования –** попытка с позиций современного

(интегративного) правопонимания подойти к разработке общей теории усмотрения в процессе реализации права, показать позитивные и негативные стороны данной деятельности на практике.

Для достижения указанной цели необходимо решить следующие **задачи:**

– сформировать общее представление об усмотрении в процессе реализации права;

– проанализировать основные точки зрения на усмотрение в процессе реализации права, причины и условия, способствующие их формированию, предложить авторское определение изучаемой правовой категории;

– изучить специфику нормативного закрепления усмотрения в источниках российского права на разных исторических периодах и в действующем законодательстве;

– раскрыть особенности усмотрения при непосредственной реализации права гражданами и их объединениями, сформулировать понятие и признаки данного вида усмотрения;

– определить пределы усмотрения при непосредственной реализации права;

– изучить особенности усмотрения в действиях органов публичной власти при применении права, обосновать необходимость и условия наделения их свободой выбора;

– определить пределы усмотрения при применении права органами публичной власти.

**Методологическую основу диссертации составили** общенаучные, част-нонаучные и специальные методы познания.

Среди общенаучных методов следует отметить анализ, синтез, системный подход, структурный, функциональный, дедукцию, индукцию, обобщение, абстрагирование. Их широкое использование позволило автору сформулировать общее понятие усмотрения, выделить его признаки, изучить особенности усмотрения в правореализующей деятельности граждан, их объединений и органов публичной власти. В основу изучения пределов свободы выбора в процессе реализации права были положены общенаучные методы.

При анализе нормативного закрепления усмотрения в разные исторические периоды в источниках отечественного права автором применялись сравнительно-правовой и исторический методы исследования. Данные методы использовались и при изучении различных научных взглядов и подходов к рассматриваемой проблеме.

Обогатило представление об усмотрении применение формально-юридического, аксиологического, прогностического, герменевтического и др. методов исследования, которые в совокупности позволили выявить положительные стороны свободы выбора и ее практическое значение на современном этапе развития отечественного государства и права.

**В нормативную базу исследования вошли** международно-правовые акты в области прав человека (Всеобщая декларация прав человека, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод), Конституция Российской Федерации, нормативные правовые акты Российской Федерации – федеральные конституционные законы («О судебной системе Российской Федерации», «Об арбитражных судах в Российской Федерации» и др.), федеральные законы («О полиции», «О прокуратуре», «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» и др.), кодексы (Гражданский кодекс Российской Федерации, Семейный кодекс Российской Федерации, Жилищный кодекс Российской Федерации и др.), акты министерств и ведомств.

Кроме того, в ходе подготовки диссертации автором анализировалось также отечественное дореволюционное законодательство и законодательство советского периода.

**Эмпирическую основу диссертационного исследования составили** материалы правоприменительной практики Конституционного Суда Российской Федерации, постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, а также практика нижестоящих арбитражных судов и судов общей юрисдикции.

**Научная новизна исследования.** В диссертации впервые предложена концепция усмотрения в процессе реализации права, соединяющая в себе общее и

особенное в его проявлении у различных субъектов на разных стадиях претворения права в жизнь.

Наиболее значимые авторские суждения, отражающие научную новизну исследования, содержатся **в следующих положениях, выносимых на защиту:**

1. Усмотрение носит комплексный характер. Оно охватывает весь процесс индивидуального правового регулирования, протекает в различных формах реализации права, связано со свободой выбора как граждан, так и органов публичной власти, позволяя выявлять все особенности правореализующей деятельности разных субъектов с учетом стоящих перед ними целей, задач, а также типа правового регулирования.
2. Дать полное и всестороннее представление об усмотрении помогает современный (интегративный) подход к пониманию права. Он ориентирует на признание человека, его прав и свобод высшей ценностью, на обеспечение высокой социально-правовой активности, на недопустимость необоснованного ограничения прав и свобод личности. Поэтому свобода выбора органично включается в содержание правореализующей деятельности субъектов, помогая в системе с другими мерами обеспечения эффективно организовывать и непосредственно осуществлять права, свободы и обязанности.
3. Важно исследовать не только негативную, но и положительную роль усмотрения для всех субъектов правореализации. Свобода выбора стимулирует граждан к поиску и анализу нормативно-регулятивных средств, познанию ценностей, которые в них заложены, а также способствует проявлению самодеятельности, инициативы, творчества при осуществлении прав, свобод и обязанностей. Органам публичной власти свобода выбора необходима для преодоления формализма, пассивности и недопущения необоснованных ограничений и нарушений прав и свобод в процессе организующей деятельности.

4. По своей сущности усмотрение – это закрепленная в нормативно-  
регулятивных средствах свобода выбора субъектов при решении конкретного  
юридического дела (вопроса) в рамках индивидуального правового регулирова  
ния в целях эффективной и благоприятной для личности организации и непосред-

ственного осуществления прав, свобод, исполнения обязанностей и соблюдения запретов.

5. Свобода выбора имеет место во всех формах непосредственной реализа  
ции права, предоставляя возможность гражданину самостоятельно определить  
вид, способ, срок осуществления прав, свобод и обязанностей, порождая в от  
дельных случаях борьбу мотивов и побуждая к поиску и изучению нормативно-  
регулятивных средств.

6. Усмотрение в процессе осуществления прав, свобод и обязанностей  
гражданами не произвольно. Оно не может осуществляться за пределами  
праводееспособности субъекта непосредственной реализации права, не должно  
нарушать права и свободы других лиц, требований добросовестности и  
разумности, должно соответствовать назначению субъективного права и  
юридической обязанности.

1. Для органов публичной власти деятельность по усмотрению имеет обязывающе-дозволительный характер. С одной стороны, свобода выбора обязывает органы публичной власти каждый раз устанавливать истинный смысл применяемого законодательства, обращаться к Конституции, принципам и нормам международного права, закрепляющим положения о правах человека (чтобы недопус-тить принятия ошибочного, неправового решения); с другой – наделяет правом улучшать положение индивида по сравнению с существующим, делать еще более удобным процесс использования прав, свобод и исполнения обязанностей.
2. Ограничение усмотрения при применении права должно строиться на соединении формально-юридических пределов (фактических обстоятельств дела, процессуальных сроков, полномочий, компетенции и др.) и содержательных, основанных на принципах верховенства права, верховенства правового закона, уважения и соблюдения прав и свобод человека.

**Теоретическое значение диссертационного исследования** состоит в разработке общей теории усмотрения при реализации права как закрепленной в нормативно-регулятивных средствах свободы выбора субъектов при решении конкретного юридического дела (вопроса) в целях эффективной и благоприятной для

личности организации и непосредственного осуществления прав, свобод, исполнения обязанностей и соблюдения запретов.

**Научная и практическая значимость результатов исследования** состоит в возможности использования его материалов в дальнейшей работе над данной проблемой. Выносимые на защиту положения, выводы и рекомендации могут представлять практический интерес для субъектов правотворческой деятельности, правоприменителей и граждан, непосредственно осуществляющих права, свободы и обязанности.

Основные результаты диссертационного исследования могут быть использованы в учебном процессе при преподавании теории государства и права, отраслевых юридических дисциплин, специальных курсов, проведении мероприятий по правовому обучению и правовому воспитанию граждан.

**Апробация результатов исследования.** Основные выводы диссертационного исследования прошли апробацию в процессе осуществления автором преподавательской деятельности при проведении лекционных и семинарских занятий со студентами Сибирского федерального университета, обсуждении материалов диссертации на заседании кафедры теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета и в научных статьях, опубликованных по теме диссертации.

В ходе подготовки исследования диссертант выступал с докладами и принимал участие в обсуждении положений диссертации на международных и всероссийских научно-практических конференциях в Красноярске, Томске.

**Структура диссертации** предопределена поставленными целями и задачами. Работа состоит из введения, трех глав, включающих девять параграфов, в которых раскрываются положения исследования, заключения и библиографического списка.

## Закрепление усмотрения в официальных источниках отечественного права

Объем, формы и характер возможностей для субъектов права совершать действия по усмотрению при осуществлении прав, исполнении и соблюдении обязанностей закреплялись в системе нормативно-регулятивных средств на протяжении всей истории российского права по-разному. Рассмотрим особенности нормативного закрепления свободы выбора в источниках отечественного права на основных исторических периодах. Формирование российской правовой системы начинается с возникновения Древнерусского государства. Как всякое феодальное право того периода, оно было правом-привилегией, закреплявшим зависимость между феодалом и его слугами. Такая зависимость объективно требовала приоритета обязанностей над правами. Зависимые наделялись преимущественно одними обязанностями, которые они должны были беспрекословно исполнять. Так, холоп почти не имел никаких прав. Незначительный объем прав и свобод был предоставлен смердам, закупам. Данное обстоятельство привело к тому, что первые письменные источники древнерусского права практически не содержали положений, закреплявших возможность для большей части простого населения действовать по своему усмотрению1. Доминирование отношений типа «государь – холоп» предопределило пре имущественно обязывающий характер нормативных средств, цель которых обеспечить принудительное, слепое подчинение «холопа» любому велению «государя». Более того, характерное для рассматриваемого периода казуальное регулирование общественных отношений предполагало, что правовые нормы в большинстве случаев полностью и в деталях определяли поведение в каждой конкретной жизненной ситуации, при решении конкретного юридического дела (вопроса), не допуская отклонения от них, что также, по существу, исключало многовариантность поведения субъектов права.

В период раздробленности на Руси (XII – XIV вв.) продолжалось развитие правовой системы раннефеодального государства. Несмотря на то, что относительно централизованное Древнерусское государство распалось на массу крупных, средних, мелких и мельчайших государств, которые по своим политическим формам и общественному строю пытались копировать Киевское государство, в основе правовых систем всех княжеств лежала Русская Правда. Это не подразумевало значительных изменений сложившихся взаимоотношений между феодалами и зависимыми, а преимущественно разрешительный тип правового регулирования усиливал обязательственное начало. В этой связи вполне логично, что формирующиеся новые редакции Русской Правды, которые сохранили казуальное регулирование правоотношений, по-прежнему не закрепляли больших возможностей для субъектов реализации права самостоятельно выбирать нужный для них вариант поведения.

Несколько иной правовой порядок сложился в Новгородской и Псковской феодальных республиках. Особенности правового регулирования этих территорий определялись, прежде всего, своеобразием экономического развития. Тесные торговые связи с соседями, развитие ремесла и торговли обусловили необходимость разработки новых нормативных правовых актов, которые могли бы более адекватно отражать специфику сложившихся общественных отношений и способствовать стимулированию экономической и правовой активности. Особое место среди них занимает Псковская судная грамота. Она отражала более высокую ступень в развитии права по сравнению с законодательством Древнерусского (Киевского) государства: для нее характерны большая системность в изложении норм, формулирование некоторых общих положений и понятий. Несмотря на то, что казуальность в изложении нормативного материала в целом не была преодолена, усиление позиций купцов и ремесленников, активно занимавшихся торговлей, усложнение гражданского оборота приводили к необходимости закрепления в системе нормативно-регулятивных средств большей свободы для субъектов права совершать действия по своему усмотрению и выбирать вариант поведения с учетом конкретных обстоятельств. Например, ст. 28, открывающая раздел Грамоты, посвященный договору займа, фиксировала: «Если кто-либо станет взыскивать на ком-нибудь денежную ссуду по доскам, предъявив сверх того и залог (который ответчик признает своей вещью, отрицая факт залога), то дело передается на усмотрение того человека, кто станет взыскивать деньги, предъявляя залог: он может сам присягнуть в том, что давал ссуду, и взять свои деньги, а может на суде возвратить залог ответчику, который, присягнув, пусть возьмет свой залог»1. В ст. 29 закреплено: «Если какой-либо человек отдаст кому-нибудь под залог (взятых им) денег документы – или еще что-нибудь, а тот (в свою очередь), неожиданно насильно доставят кредитора на суд или (просто) начнет тяжбу с ним на суде господы, причем у кредитора, который получил залог, не будет до подтверждающей залог, то лицу, отдавшему под залог (деньги), этого в вину не ставить, а проверив его показания, передать дело на его усмотрение: присягнуть, что давал деньги (под залог), или возвратить залог (противной стороне) на суде, и (эта сторона) пусть, присягнув, возьмет свой залог»1. Данные нормы предоставляли заинтересованному лицу право выбора того судебного доказательства, которого будет достаточно для подтверждения факта предоставления залога.

В период с XVI до XVII вв., после формирования объединенного Московского государства, происходит дальнейшее развитие права, создаются крупнейшие законодательные акты, которыми оформляются новые общественные отношения. В конечном счете, складывается новая политическая форма – сословно-представительная монархия. Однако в характере правового регулирования по существу все оставалось без изменений. Сохраняющийся приоритет обязанностей над правами, чему активно способствовало усиление феодальной зависимости крестьян2, придание определяющего значения принуждению в системе средств обеспечения права также не предполагали закрепления в нормативных актах возможности свободного выбора для большинства населения. По этому поводу В. О. Ключевский отмечал: «В других странах мы знаем государственные порядки, основанные на сочетании сословных прав с сословными обязанностями или на сосредоточении прав в одних сословиях и обязанностей в других. Политический порядок в Московском государстве основан был на разверстке между всеми классами только обязанностей, не соединенных с правами. Правда, обязанности соединены были с неодинаковыми выгодами, но эти выгоды не были сословными правами, а только экономическими пособиями для несения обязанностей»3. Вместе с тем для органов публичной власти в отдельных случаях, действующие в тот период источники права всё же закрепляли свободу выбора. В качестве примера можно привести положения Судебников 1497 г. и 1550 г. Поскольку в содержании Судебников главное внимание уделялось судопроизводству и уголовному праву, усмотрением наделялись преимущественно судебные органы, которые могли использовать его при назначении наказаний за совершенные преступления. Так, в ст. 7 Судебника 1497 г. говорилось: «Если судебным поединком решаются дела о поджогах или убийстве, или разбое, или воровстве, то с побежденного берутся требуемые другой стороной сумма иска и пошлины: окольничему полтина и доспехи, дьяку четверть, а недельщику полтина и за скрепление сделки сторон о поединке или за организацию его 4 алтына. Побежденный подвергается также наказанию и «продаже» по усмотрению судьи». В ст. 10 содержалось: «Если вор впервые совершит кражу, кроме кражи церковной или сопровождавшейся убийством, и никаких доказательств о совершении им ранее краж не будет, он карается торговой казнью, подвергается «продаже» по усмотрению судьи и с него взыскиваются убытки, понесенные истцом. При отсутствии у виновного имущества для возмещения убытков, понесенных истцом, он подвергается битью кнутом и выдается истцу в холопство до уплаты или отработки нанесенных им убытков, а взыскания в суде не производятся».

## Понятие усмотрения в процессе реализации права

Понятие усмотрения в юридической науке сформировалось в противоречивом сочетании правовых школ, негативных и позитивных взглядов на изучаемый феномен. Рассмотрим основные позиции. Так, А. П. Коренев пишет: «Усмотрение – определенная рамками законодательства известная степень свободы органа в правовом разрешении индивидуального конкретного дела, предоставляемая в целях принятия оптимального решения по делу»1. В приведенном определении верно подчеркнуто, что усмотрение – это свобода действий; свобода, определенная рамками законодательства; усмотрение возможно при разрешении конкретного дела. Однако из предложенной дефиниции не ясно, что автор понимает под «оптимальным решением по делу», в целях которого предоставляется усмотрение. Какое решение следует считать оптимальным и для кого (личности, общества, государства) оно является таковым? Такая неопределенность может стать одной из причин негативного отношения к усмотрению как источнику произвола и злоупотреблений. Также нельзя согласиться с тем, что, как следует из определения, возможностью действовать по усмотрению наделены лишь органы государственной власти. Такой подход существенно сужает круг субъектов усмотрения – из него исключены граждане и их объединения, которые также наделены такой возможностью.

Отдельно следует остановиться на понятии усмотрения, сформулированном А. А. Малиновским. Согласно его позиции «усмотрение – выбор субъектом определенной цели и способов ее достижения или как возможность выражать свою волю и принимать решение независимо от воли других лиц»1.

Несмотря на то, что автором, напротив, круг субъектов усмотрения не ограничен, предложенное определение нельзя считать универсальным. Оно вряд ли в полной мере подходит к свободе выбора в действиях правоприменительных органов, поскольку цель и способы действий для них как раз определены в системе нормативно-регулятивных средств достаточно четко. Также вызывает сомнение и то обстоятельство, что, по мнению автора, усмотрение представляет собой возможность выражать свою волю и принимать решение независимо от воли других лиц. Подобная позиция, в конечном счете, может привести к тому, что усмотрение станет источником различных злоупотреблений в процессе реализации прав и исполнения обязанностей, особенно со стороны субъектов, властно применяющих право.

Под усмотрением О. А. Папкова понимает «урегулированный правовыми нормами, осуществляемый в процессуальной форме специфический вид правоприменительной деятельности, сущность которого заключается в предоставлении в соответствующих случаях полномочия самостоятельно разрешать спорный правовой вопрос на основе норм права, исходя из целей, преследуемых законодателем, принципов права и других общих положений закона, конкретных обстоятельств дела, а также начал разумности, добросовестности, справедливости и основ морали»2. Автор верно уточняет, что усмотрение предполагает не просто предостав-1 ленные нормами права полномочия самостоятельно решать спорное дело, а решать его, исходя из целей, принципов права, начал добросовестности, разумности и справедливости. Внесенное уточнение имеет весьма существенное значение, позволяет лучше понять ценность изучаемого правового явления и правильно его использовать при организации осуществления прав и свобод граждан. Также следует согласиться, что усмотрение осуществляется в процессуальной форме; заключается в предоставлении полномочий разрешать спорный правовой вопрос. Однако и в данном случае усмотрение рассматривается лишь в правоприменительной деятельности органов государственной власти. Усмотрению при непосредственной реализации права внимания не уделяется. Более того, нуждается в уточнении позиция автора, в каких именно «соответствующих» случаях необходимо полномочие на самостоятельное разрешение дела. Несколько иное понятие усмотрения предложено Ю. С. Адушкиным. По его мнению, усмотрение – «установленная правом возможность соответствующего органа, должностного лица избирать при решении дисциплинарного дела наиболее целесообразный, на его взгляд, вариант поведения, как определенный альтернативно юридическими нормами, так и вообще ими нерегламентированный»1. В данном определении правильно указано, что возможность усмотрения установлена правом; верно отмечена роль субъективного фактора, поскольку реализация усмотрения в конечном счете зависит от личности, от уровня его правосознания и правовой культуры. Однако, на наш взгляд, предложенный подход излишне категоричен, поскольку, согласно сформулированному понятию, усмотрение – это такая возможность выбора, которая и вовсе может быть ничем не ограничена, отсутствуют критерии деятельности по усмотрению, что неминуемо приведет к различным правонарушениям. Другая точка зрения на понятие усмотрения предложена Н. С. Погореловой. Автор формулирует судейское усмотрение как «данное судье законом и статутом право и обязанность свободы выбора одного из нескольких закрепленных в правовой норме решений по конкретному делу, основанное на его мировоззрении, профессиональном опыте и убеждении»1. Следует согласиться с тем, что усмотрение – это не только право, но и обязанность судьи; что свобода выбора закреплена в правовой норме; что усмотрение основано на мировоззрении, профессиональном опыте и убеждении судьи; что усмотрение применяется для решения конкретного дела. Однако автор не уточняет, в каком случае использование усмотрения является правом, а в каком обязанностью судьи. Кроме того, в приведенном определении абсолютизируется роль правовой нормы как основного источника деятельности по усмотрению. Автором не учтено, что свобода выбора может быть закреплена и в других нормативно-регулятивных средствах – принципах, целях, задачах права и др.

Опираясь на проделанный анализ различных точек зрения, с позиций отстаиваемого в работе подхода к правопониманию можно выделить следующие признаки усмотрения в процессе реализации прав и исполнения обязанностей: осуществляется любыми праводееспособными субъектами; закрепляется в системе нормативно-регулятивных средств; проявляется в рамках индивидуального правового регулирования; выражается в активном правомерном поведении граждан и их объединений и правомерной деятельности органов публичной власти; осуществляется в целях эффективной и благоприятной для личности организации и непосредственной реализации прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей. Рассмотрим каждый из них отдельно. 1. Осуществляется любыми праводееспособными субъектами. Сформи ровавшееся представление о том, что теория усмотрения в большей мере ориен тирована на лиц, властно осуществляющих публичные интересы (должностных лиц, государственных служащих, исполняющих свой служебный долг, в силу своих обязанностей), не учитывает, что право реализуется не только в форме применения, но и непосредственно в правомерных действиях граждан и их объе динений. В этой связи данные субъекты также наделены возможностью совер шать действия по усмотрению. Недооценка граждан и юридических лиц как субъ ектов, имеющих свободу выбора при реализации прав и исполнении обязанно стей, во-первых, ведет к необоснованному сужению круга лиц, наделенных воз можностями действовать по усмотрению; во-вторых, не дает полного представле ния об институте усмотрения в процессе реализации прав, исполнения и соблю дения обязанностей, о его субъектах и формах; в-третьих, принижает значение самостоятельного вида усмотрения – усмотрения граждан (и их объединений) при непосредственной реализации права. При этом понятие «усмотрение» не отождествляется с понятием «реализация права», а является одним из условий наиболее эффективного использования прав, свобод, исполнения и соблюдения обязанностей любым субъектом, позволяет удовлетворить имеющийся правовой интерес. Поэтому важно исходить из того, что возможность действовать по своему усмотрению принадлежит не только органам государственной власти, но и гражданам (их объединениям).

## Формы усмотрения в процессе непосредственной реализации права индивидами (и их объединениями)

Рассмотрим возможность усмотрения при использовании прав и свобод субъектами правоотношения, исполнении ими обязанностей и соблюдении запретов. Усмотрение при использовании гражданами и их объединениями принадлежащих им субъективных прав и свобод1. В современной юридической науке существует достаточно много определений понятия «субъективное право». Однако далеко не всегда авторы включают в его содержание возможность совершать активные действия по усмотрению. В этом смысле представляется возможным выделить две группы мнений. В первую группу входят те авторы, которые не включают усмотрение в понятие субъективного права. Так, по мнению М. М. Агаркова, субъективное право – это «закрепленная за лицом возможность привести в действие государственный аппарат для принятия мер принуждения против обязанного лица в случае неисполнения последним своей обязанности»2. Такое понимание субъективного права акцентирует внимание лишь на одной из возможностей управомоченного – возможности обратиться к органам публичной власти за защитой в случае нарушения или незаконного ограничения прав и свобод. Активное, самостоятельное, самодеятельное, инициативное и творческое поведение, для которого особо необходима свобода выбора, не включается в содержание субъективного права. Для приведения в действие механизма государственного принуждения усмотрение не нужно. К нему правообладатель прибегнет лишь в том случае, если обязанная сторона не исполняет свои обязанности. Иное определение предложено Н. Д. Егоровым. Автор рассматривает субъективное право как «юридически обеспеченную возможность управомоченного требовать в установленных пределах определенного поведения от обязанного ли-ца»1. Как видим, в сформулированном автором определении также отсутствует указание на связь субъективного права с возможностью управомоченного самостоятельно, активно совершать действия по своему усмотрению. В данном понятии опять же не раскрывается в полной мере содержание субъективного права, ограничивая обладателя субъективного права лишь возможностью требовать от обязанного определенного поведения.

Другая группа авторов, напротив, рассматривает усмотрение как элемент содержания субъективного права. Например, В. Н. Хропанюк предлагает следующую дефиницию: «Субъективное право – это предоставляемая и охраняемая государством возможность (свобода) субъекта по своему усмотрению удовлетворять те интересы, которые предусмотрены объективным правом»2. Следует согласиться с автором в том, что субъективное право – это определенные возможности: возможности, предоставленные и охраняемые государством; возможность по своему усмотрению удовлетворять интересы. Однако сомнения вызывает следующее. Согласно предложенному определению интересы, лежащие в основе субъективного права и для удовлетворения которых управомоченный осуществляет имеющуюся у него свободу выбора, предусмотрены в объективном праве. На наш взгляд, интересы личности настолько многогранны и разнообразны, что далеко не все из них находят свое закрепление в объективном праве (например, интересы лиц, вступающих в брак). В этом смысле более удачно определение, сформулированное Н. И. Матузо-вым. По его мнению, субъективное право предоставляет управомоченному лицу возможность выбора определенного правомерного поведения с целью достижения желаемого результата (блага), т. е. «возможность потенциальную, лишь предоставленную, зафиксированную в законе»1. С момента реализации этих возможностей – совершения реальных, конкретных действий – начинается (возникает) осуществление субъективного права. Права и свободы – это прежде всего дозволения, возможности действовать самостоятельно, активно, инициативно, творчески. Поэтому усмотрение – ключевое в содержании субъективного права. Без свободы выбора путь индивида к юридически значимому результату, для достижения которого человек использует права и свободы, будет затруднен. В подтверждение данного тезиса некоторые ученые справедливо отмечают, что «пользование» правом основывается на инициативе субъекта, его усмотрении2. Обладатель субъективного права наделен большим количеством правомочий – на собственное самостоятельное поведение, на чужое поведение, на самообеспечение, на защиту извне. Исключение или ограничение любого из них существенно обедняет содержание субъективного права. Важно и то, что при реализации каждого из названных правомочий индивиды (их объединения) имеют возможность выбрать вариант поведения по своему усмотрению. Усмотрение при реализации права на собственное самостоятельное поведение. Это основная возможность в содержании субъективного права, позволяющая индивиду проявить высшую степень социально-правовой активности. Именно здесь свобода выбора особенно необходима. В реальной жизни человеку приходится играть множество правовых ролей: родителя, потребителя, собственника, избирателя, налогоплательщика и т. п. Каждая роль – это многообразие возможностей. Какой из них отдать предпочтение, как их использовать в сложившейся ситуации – эти и подобные вопросы каждый свободный человек решает самостоятельно, по своей воле, по своему усмотрению, независимо от чьего-либо вмешательства. «… Именно признание лица, как разумно-свободного существа, которое само себе цель и само определяется к действию и которому, поэтому, должна быть предоставлена свободная сфера деятельности, где оно одно является хозяином независимо от чьих бы то ни было чужих велений. Человек может пользоваться своим правом хорошо или дурно, в эгоистических видах или приходя на помощь ближнему, это его личное дело; другие не вправе в это вступаться. Этого требует уважение к лицу. Клеймить же под именем эгоизма то, что вытекает из признания лица разумно-свободным существом и самостоятельным деятелем во внешнем мире, есть извращение всех понятий и подрыв самых оснований права и нравственности», – подчеркивал Б. Н. Чичерин1. В качестве примера можно привести положение ч. 1 ст. 43 ЗК РФ, согласно которому «граждане и юридические лица осуществляют принадлежащие им права на земельные участки по своему усмотрению, если иное не установлено настоящим Кодексом, федеральными законами»2. Из нее следует, что осуществление прав граждан (юридических лиц) на земельные участки строится на основе свободы выбора: они могут по своему усмотрению продать, сдать в аренду и иным образом распорядиться своим земельным участком, по своему усмотрению использовать его, извлекая полезные свойства и совершать иные юридически значимые действия.

## Формы усмотрения в действиях органов публичной власти

Возможность выбора варианта поведения органом публичной власти находит свое проявление: при определении и последующем властном подтверждении наличия или отсутствия субъективных прав и юридических обязанностей, момента их возникновения, изменения и прекращения, их конкретного объема и т. д.; при преодолении пробелов (частичных) в праве; при конкретизации содержания юридических предписаний; при охране и защите прав и свобод гражданина; при осуществлении контроля за поведением субъектов. Рассмотрим возможности усмотрения в данных формах организующей деятельности органов публичной власти. 1. Усмотрение при определении и последующем властном подтверждении наличия или отсутствия субъективных прав и юридических обязанностей, момента их возникновения, изменения и прекращения, их конкретного объема и т. д. В юридической литературе существует мнение, что применение имеет место в том случае, когда права и обязанности граждан не вытекают непосредственно из закона, поэтому именно акт правоприменительного органа порождает необходимые права и обязанности. В качестве примеров приводится порядок назначения пенсии, назначение алиментов и т. д.

Однако, на наш взгляд, данный подход не учитывает, что субъективные права и юридические обязанности граждан возникают не из актов государственных органов, применяющих право, а непосредственно из закона. Это касается, например, права на защиту прав и свобод (ст.ст. 45 и 46 Конституции РФ). Иное дело, граждане не смогут воспользоваться этими правами без соответствующей организации осуществления норм, предусматривающих данные права органами государства. В частности, прежде чем субъект реализует свое право на судебную защиту в гражданском судопроизводстве, суд обязан проверить, все ли необходимые документы приложены к исковому заявлению (ст. 132 ГПК РФ), проанализировать содержащиеся в них факты, соотнести их с соответствующими статьями Кодекса (ст.ст. 134 – 136 ГПК РФ) и только после этого, опираясь на нормативный акт и учитывая особенность сложившейся ситуации, вынести решение. Таким образом, право на судебную защиту возникает непосредственно из закона, а организует его осуществление правоприменительный орган. Приведенные положения процессуального законодательства предполагают, что анализ, оценку фактов и доказательств, соотношение их с требованиями ко декса судья должен осуществлять не формально, а исходя из целей и принципов права, на основе имеющихся нормативно-регулятивных средств, сформировавшегося правосознания и профессионализма, что и дает возможность принятия законного и справедливого решения. А для этого необходимо усмотрение – оно даст возможность выбрать решение, которое поможет гражданину в дальнейшем практически осуществить принадлежащее ему право. Проиллюстрируем данный вывод на примере. Согласно ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, каждый имеет право на разбирательство его дела независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. В связи с этим не подлежит оставлению без движения и возвращению исковое заявление только по формальным основаниям1. Следовательно, в каждом конкретном случае суду необходимо установить те обстоятельства, которые действительно объективно будут затруднять дальнейшее движение дела и защиту прав истца. Так, определением мирового судьи судебного участка № 114 в г. Талнахе от 6 ноября 2007 г. оставлено без движения исковое заявление Ш. к ЗФ ОАО ГМК «Норильский никель» рудник «Октябрьский» об отмене приказа о наложении дисциплинарного взыскания и взыскании заработной платы. Определением мирового судьи от 20 ноября 2007 г., оставленным без изменения апелляционным определением Норильского городского суда от 18 января 2008 г., исковое заявление возвращено Ш. в связи с неустранением недостатков. Постановлением Президиума Красноярского краевого суда от 20 мая 2008 г. определение мирового судьи от 20 ноября 2008 г. и апелляционное определение от 18 января 2008 г. отменены, исковой материал направлен мировому судье для рассмотрения по существу со стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Оставляя исковое заявление без движения, в качестве недостатков заявления мировой судья указал, что Ш. не указано место нахождения ответчика – ЗФ ОАО ГМК «Норильский никель» и не приложен расчет взыскиваемой денежной суммы. Во исполнение определения судьи истец указал почтовый и электронный адрес рудника «Октябрьский», а не ЗФ ОАО ГМК «Норильский никель», являющегося надлежащим ответчиком по делу, и привел примерный расчет сумм, подлежащих взысканию в его пользу. Президиум Красноярского краевого суда пришел к выводу об отсутствии оснований для возврата искового заявления Ш., указав на следующие обстоятельства. Требование п. 3 ч. 2 ст. 131 ГПК РФ о необходимости указания места жительства или места нахождения ответчика обусловлено тем, что суду, который будет рассматривать поступившее заявление, эти сведения неизвестны, а отсутствие подобной информации будет являться препятствием для проведения в дальнейшем процессуальных действий (направление копий документов, извещение сторон о слушании дела и т. п.). «Ответчиком по заявлению Ш. является ЗФ ОАО ГМК «Норильский никель», адрес данного общества истец не указал. Вместе с тем, учитывая, что данное предприятие является градообразующим для г. Норильска, можно утверждать, что мировому судье судебного участка № 114 в г. Талнахе было известно место нахождения названного ответчика и не требовалось принятия дополнительных мер к его установлению»1. Представляется, что правильное использование возможности судебного усмотрения в данном случае помогло бы суду первой инстанции надлежащим образом определить и подтвердить право истца на судебную защиту. Особый случай использования возможности усмотрения при определении и подтверждении наличия или отсутствия субъективных прав и юридических обязанностей – применение факультативной нормы, позволяющей в необходимых случаях защитить права и законные интересы добросовестных участников правоотношения.

Особенность факультативной нормы в отсутствии универсальности. Она может применяться по усмотрению правоприменительного органа в порядке за-1 мены основной нормы лишь в тех случаях, когда правоотношение приобретает определенную специфику, которая не исключает действия основной нормы и, в то же время, открывает возможность применения факультативной нормы. К примеру, в соответствии с ч. 1 ст. 165 ГК РФ, несоблюдение нотариальной формы, а в случаях, установленных законом, – требования о государственной регистрации сделки влечет ее недействительность. Такая сделка считается ничтожной. Однако ч. 2 той же статьи содержит факультативную норму о том, что, «если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, требующую нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от такого удостоверения сделки, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать сделку действительной. В этом случае последующее нотариальное удостоверение сделки не требуется». Данная норма не исключает возможность применения основного правила, а только может заменить его. В подтверждение приведем пример из судебной практики. «06.04.2009 г. между Абрамовой В. В. (даритель) и Завалецкой Н. В. (одаряемый) заключен договор дарения бездокументарных именных акций общества в количестве 10 штук номинальной стоимостью 10 000 руб. Пунктом 3.2 договора стороны предусмотрели нотариальную форму совершения данной сделки. Согласно части 1 статьи 165 ГК РФ, несоблюдение нотариальной формы сделки влечет ее недействительность. Такая сделка считается ничтожной. В силу части 2 статьи 165 ГК РФ, если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, требующую нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от такого удостоверения сделки, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать сделку действительной. В этом случае последующее нотариальное удостоверение сделки не требуется»