

На правах рукописи

Марков Павел Викторович

**ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И УСЛОВИЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ
СУДЕБНОГО УСМОТРЕНИЯ**

Специальность 12.00.01. теория и история права и государства; история
учений о праве и государстве

Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата
юридических наук

Москва – 2012

Работа выполнена в секторе теории права и государства Федерального государственного бюджетного учреждения науки Института государства и права Российской академии наук

Научный руководитель: кандидат юридических наук, доцент

Лукьянова Елена Геннадьевна

Официальные оппоненты: **Аверин Александр Валентинович**

доктор юридических наук, профессор кафедры
государственно-правовых дисциплин

Владимирского государственного университета

Гук Павел Александрович

кандидат юридических наук, доцент кафедры
государственно-правовых дисциплин

Пензенского государственного университета

Ведущая организация: Российская правовая академия Министерства юстиции Российской Федерации

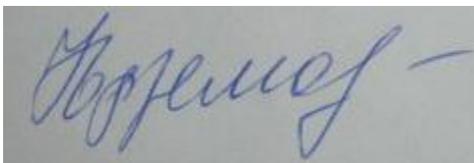
Защита состоится 24 апреля 2012 г. в 11-00 на заседании диссертационного совета по защите докторских и кандидатских диссертаций Д.002.002.07 при Федеральном государственном бюджетном учреждении науки Институте государства и права Российской академии наук по адресу: 119991, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Федерального государственного бюджетного учреждения науки Института государства и права Российской академии наук

Автореферат разослан 23 марта 2012 г.

Ученый секретарь Диссертационного совета

к.ю.н., профессор



Н.Н. Ефремова

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Проблема судебного усмотрения на протяжении длительного времени является предметом изучения отечественных и зарубежных исследователей. Основными ее аспектами являются вопросы о сущности судебного усмотрения, зависимости отношения к усмотрению от концепций правопонимания, о допустимости (основаниях) и пределах судебного усмотрения, условиях его осуществления. На данный момент в юридической науке отсутствуют устоявшиеся взгляды по отмеченным выше вопросам, в связи с чем их дальнейшее изучение представляется крайне важным. Особенную актуальность данная проблема приобрела в условиях постсоветской России, когда начала формироваться новая система нормативного регулирования, начиная от Конституции РФ, являющейся «антиэтатической» по своему смыслу, закрепляющей «естественно-правовую конструкцию прирожденных и неотчуждаемых прав и свобод человека»¹, многочисленных кодифицированных актов, работа над которыми продолжается до сих пор², и заканчивая неисчислимыми нормативно-правовыми актами меньшей юридической силы (в том числе и подзаконными), которые зачастую не согласованы друг с другом. В подобных условиях проблема судебного усмотрения приобретает особенное значение, поскольку в обновляющейся правовой системе (речь идет не только о вновь принимаемых нормативных актах, но, в первую очередь, о закреплении в них новых принципов) особенно часто встречаются пробелы и коллизии действующих норм, которые судам приходится преодолевать в процессе разрешения конкретных дел. Изучение проблемы судебного усмотрения должно помочь ответить на вопрос, как суды должны использовать имеющуюся у них свободу в принятии решений с целью недопущения злоупотребления ею.

¹ *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. М., 2009. С. 333.

² См., напр., Концепция развития гражданского законодательства РФ. М., 2009.

В последние десятилетия в литературе активно обсуждается вопрос о сближении крупнейших правовых систем - континентальной, в рамках которой усмотрение понимается как строго ограниченный выбор одного из нескольких вариантов решений, предусмотренных или, по крайней мере, не запрещенных законодательством, и англосаксонской, которая развивалась во многом за счет судебной деятельности. Если в действительности можно говорить о таком сближении, то возникает вопрос, повлияет ли отмеченная тенденция на устоявшийся порядок принятия судами решений в различных странах, например, в России? Преимущество англосаксонской правовой системы «казуального права» заключается в приоритете не формальной, а материальной стороны юридических норм³, обеспечиваемом именно за счет распространения практики принятия решений по усмотрению суда, однако возможно ли функционирование подобной системы в России? Не является ли, например, практика издания постановлений президиумов и информационных писем пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов шагом к становлению прецедентной системы, что в итоге неизбежно приведет к расширению сферы судебного усмотрения (по крайней мере, к большей независимости высших судебных инстанций от законодателя)? Данные вопросы еще не решены окончательно, и исследование проблемы судебного усмотрения поможет найти ответы на них.

Объектом диссертационного исследования выступает сфера судебной деятельности, а именно процесс вынесения судебных решений.

Предметом диссертационного исследования являются общие и специфические признаки и закономерности осуществления судебного усмотрения как правового явления, имеющего место в процессе вынесения судебных решений, цели, пределы и специфические условия его осуществления.

Цель и задачи исследования. Целью диссертационного исследования является уточнение и определение понятия судебного усмотрения,

³ Виноградов П. Г. Очерки по теории права. М., 2010. С. 163.

установление его признаков и отличий от схожих явлений, построение системы пределов, ограничивающих сферу его применения и установление специфических условий осуществления усмотрения в странах континентальной и англосаксонской правовых систем.

В соответствии с поставленной целью, были определены следующие задачи диссертационного исследования:

- определение специфики отношения к судебному усмотрению в зависимости от концепций правопонимания;
- уточнение и определение понятия судебного усмотрения, определение его признаков и отграничение от схожих явлений («усмотрения законодателя», административного усмотрения, властных полномочий, субъективных прав, злоупотребления усмотрением);
- определение критерия оценки судебного усмотрения;
- определение понятия пределов судебного усмотрения и построение системы факторов, ограничивающих судебное усмотрение;
- установление условий осуществления судебного усмотрения в странах континентальной и англосаксонской правовой системы.

Методологическую основу диссертационного исследования составили как всеобщие и общенаучные методы: диалектика, метафизика, социологический, системный, функциональный, логический, исторический, так и специально-юридические методы: формально-юридический, сравнительно-правовой, юридический (нормативный).

Научная разработанность темы. В современной отечественной литературе проблема судебного усмотрения не остается без внимания. За последние несколько лет был защищен целый ряд диссертаций, посвященных ей⁴. Однако многие из них посвящены достаточно узкому кругу вопросов и

⁴ См., напр.: *Папкина О. А.* Судейское усмотрение в гражданском процессе. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1997; *Абушенко Д. Б.* Судебное усмотрение в гражданском процессе. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1998; *Березин А. А.* Пределы правоприменительного усмотрения. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007; *Берг Л. Н.* Судебное усмотрение и его пределы:

нередко ограничиваются упоминанием о том, что судебное усмотрение представляет собой право или полномочие выбора одного из нескольких вариантов решения, предусмотренных законом, и может быть эффективно ограничено законом. Указанные вопросы не отражают в полной мере содержание проблемы усмотрения и сами по себе являются достаточно спорными, что предопределяет необходимость дальнейшего ее изучения.

Теоретическую основу диссертации составили, прежде всего, работы российских ученых, которые занимались исследованием проблем судебного усмотрения: Г.В. Демченко, А.И. Елистратова, А.В. Завадского, И.А. Ильина, Н.И. Лазаревского, С.А. Муромцева, И. Оршанского, И.А. Покровского, Ф.В. Тарановского, Б.Н. Чичерина, Г.Ф. Шершеневича, И.З. Штейнберга, Г.Д. Гурвича, А.Т. Боннера, К.И. Комиссарова, Я.М. Магазинера, А.В. Аверина, А.Н. Верещагина, П.А. Гука, В.С. Нерсисянца, В.А. Четвернина и др.; труды ученых, которые занимались анализом общеправовых теоретических проблем: Н.Н. Алексеева, Ю.С. Гамбарова, А.Д. Градовского, Д.Д. Гримма, Ф.Ф. Кокошкина, Н.М. Коркунова, П.И. Новгородцева, В.Г. Графского, Д.В. Дождева, В.В. Лапаевой, Е.А. Лукашевой, В.А. Туманова, В.Е. Чиркина и др.

Использовались также работы зарубежных ученых: R. Alexy, J. Bergel, H. Berman, L. Brandeis, R. Cabrillac, B. Cardozo, S. Coyle, J. Dainow, R. Dworkin, J. Finnis, J. Frank, F. Frankfurter, L. Fuller, H. Hart, F. Geny, F. Hayek, J. Hutcheson, D. Kennedy, K. Llewellyn, A. Marmor, J. Merryman, J. Molot, E. Patterson, R Pound, E. Rabel, B. Tamanaha, L. Weinreb, K. Zweigert и др.

Нормативную базу исследования составляют нормативно-правовые акты Российской Федерации и ряда зарубежных стран (Канада, Испания,

Общетеоретический аспект. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008; *Кораблина О. В.* Усмотрение в правоприменительной деятельности: Обще-теоретический и нравственно-правовой аспекты. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009; *Ермакова К. П.* Пределы судебного усмотрения. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010; *Хайдаров А. А.* Судейское усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процесса России. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

США, Франция), а также российская и зарубежная судебная практика (Австралия, Канада, Соединенное Королевство, США, ЮАР).

Научная новизна диссертационного исследования заключается в определении понятия судебного усмотрения, установлении его признаков и отличий от сходных явлений, таких, как «усмотрение законодателя», административное усмотрение, властные полномочия, субъективные права, злоупотребление усмотрением; построении системы пределов судебного усмотрения и выявлении условий его осуществления в странах континентальной и англосаксонской правовой системы.

На защиту выносятся следующие содержащие новизну выводы и положения:

1. Усмотрение признается неотъемлемым элементом судебной деятельности сторонниками различных концепций правопонимания, но по разным основаниям. Представители неопозитивизма и социологической школы приходят к данному выводу на основе изучения процесса правоприменения, в то время как сторонники идеалистической концепции обосновывают целесообразность использования усмотрения необходимостью принятия решений, соответствующих понятию (сущности, идее) права и логически вытекающим из него принципам и нормам, которые выступают целью и критерием оценки самого усмотрения. Усмотрение, не соответствующее данному критерию, является неправовым и представляет собой произвол (злоупотребление усмотрением).

2. Существующие в отечественной юридической науке трактовки судебного усмотрения как особого властного полномочия суда или принадлежащего ему субъективного права неверны. Судебное усмотрение представляет собой не особое полномочие, предоставленное суду, а способ осуществления властных полномочий по разрешению правовых споров и совершению отдельных процессуальных действий. Судебное усмотрение следует отличать и от субъективных прав, поскольку суд, в отличие от обладателя субъективного права, не может пользоваться свободой

усмотрения в собственных интересах. Особая сфера компетенции суда обуславливает отличие судебного усмотрения от законодательного и административного усмотрения, в случаях же столкновения компетенций приоритет остается за судебным усмотрением.

3. Сложившийся в отечественной науке подход к определению судебного усмотрения как выбора между несколькими вариантами разрешения дела, каждый из которых соответствует закону, 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. Судебное усмотрение - это свободная деятельность суда по разрешению конкретного дела в целом или совершению отдельного процессуального действия в соответствии с личными убеждениями судьи, заключающаяся в выборе одного из нескольких вариантов решения спора, предусмотренных формальными источниками права, либо направленная на преодоление коллизий и пробелов в позитивном регулировании и имеющая результатом (целью) формирование правового решения.

4. Пределы усмотрения – это система различных факторов, как субъективного, так и объективного характера, влияющих на судью в процессе принятия им судебного решения, детерминирующих судебное решение и выступающих критериями его оценки. Основой данной системы выступают правовые пределы, а именно право, его понятие (сущность, идея) и логически вытекающие из него принципы и нормы. Все остальные пределы, в частности, законодательные, являются вторичными, обеспечивающими правовые. Признание положений формальных источников права в качестве основополагающих пределов усмотрения является ошибочной точкой зрения. Признавая существование и неустранимость судебного усмотрения, сторонники позитивизма противоречат сами себе, заявляя о том, что усмотрение должно быть ограничено главным образом этими же позитивными нормами, которые, в свою очередь, будут

неоднозначно пониматься и толковаться и тем самым способствовать поддержанию фиктивного представления о возможности детально, без пробелов урегулировать общественные отношения.

5. Под условиями осуществления усмотрения понимается совокупность обстоятельств исторического, социально-политического и юридического характера, которые определяющим образом повлияли на формирование и утверждение в практике той или иной модели судебного усмотрения. Условия осуществления судебного усмотрения можно классифицировать на 1) исторические (особенности формирования правовых систем); 2) социально-политические (специфика понимания функций публичной власти, статус суда в системе органов государственной власти, допустимая степень вмешательства государства в дела частных лиц); 3) юридические (особенности структуры правовой системы, специфика адаптации правовых заимствований, особенности аргументации принимаемых судебных решений, уровень правосознания общества).

6. В странах континентальной правовой системы суд не имеет возможности явно выраженного отступления от действующих законодательных норм, но, в то же время, имеет свободу толкования абстрактно сформулированных положений общего характера применительно к конкретному случаю, в результате чего решение по тому или иному делу также может иметь нормотворческий характер. Подобная практика обусловлена жестким противопоставлением «решений по закону» и «решений по усмотрению», концепцией «единства власти» и идеей «всеобъемлющего регулирования» общественных отношений в той или иной сфере на основе кодифицированного акта.

7. В странах англосаксонской правовой системы судебное усмотрение осуществляется главным образом в процессе решения вопроса о выборе применимой нормы или формулирования нового нормативного положения при разрешении конкретного дела. Указанная особенность обусловлена развитием практики отступления от принципа следования прецеденту,

распространением ограничительного толкования законодательных норм, функционированием децентрализованной системы конституционной юстиции.

Теоретическая значимость исследования состоит в том, что положения, сформулированные в диссертационном исследовании, вносят вклад в разработку проблемы судебного усмотрения в части вопросов о его понятии и признаках, соотношении правопонимания и отношения к судебному усмотрению, системе пределов усмотрения, условиях осуществления судебного усмотрения в странах континентальной и англосаксонской правовой системы.

Практическая значимость исследования состоит в том, что положения, содержащиеся в диссертационном исследовании, могут быть использованы в процессе правоприменения для оптимизации судебной деятельности, а также в процессе преподавания курсов теории права и государства, проблем теории права и государства, а также отраслевых дисциплин.

Апробация результатов исследования. Диссертация выполнена в секторе теории права и государства Института государства и права Российской академии наук. Материалы исследования нашли отражение в научных публикациях автора. Основные теоретические разработки и положения, выносимые на защиту, докладывались и обсуждались на заседаниях сектора теории права и государства Института государства и права Российской академии наук, научных конференциях.

Структура диссертации и ее объем определены задачами и логикой проведенного исследования. Диссертация состоит из введения, трех глав, содержащих восемь параграфов, заключения и библиографии.

Содержание диссертационного исследования

Во **Введении** обосновывается актуальность темы диссертационного исследования, указываются его цели и задачи, научная новизна,

методологические и теоретические основы исследования, определяется его теоретическая и практическая значимость, формулируются основные положения, выносимые на защиту, содержатся сведения об апробации результатов исследования.

Первая глава «Судебное усмотрение как разновидность усмотрения в официальной государственной деятельности: проблемы трактовки» состоит из трех параграфов.

В первом параграфе **Формально-позитивистский (догматический) подход к трактовке судебного усмотрения** рассматриваются взгляды на судебное усмотрение сторонников формально-позитивистского правопонимания.

С точки зрения формально-позитивистского (догматического) подхода, право представляет собой замкнутую, логически согласованную иерархическую систему официально установленных норм, из которой можно вывести ответ на любой вопрос. Представление о праве как о системе правил поведения, установленных органами власти, приводило к признанию возможности принудительной реализации норм в качестве основного признака права. В результате широкое распространение получила точка зрения о возможности заранее определить допустимый объем судебного усмотрения, вплоть до его полного запрета.

В рамках догматического подхода применение действующих официально установленных норм допускалось только в соответствии с их буквальным смыслом. Если подлежащий рассмотрению частный случай прямо не урегулирован в формальных источниках, то следует прибегнуть к способам формально-логического и систематического толкования, а в исключительных случаях, когда вопрос оставался неясным, суд должен был выяснять намерения законодателя, например, путем изучения подготовительных материалов, предшествовавших принятию нормативно-правового акта («механистическая» концепция правоприменения).

В качестве обоснования своих позиций сторонники формально-позитивистского подхода, или, иначе, «механистической» концепции правоприменения, указывали на два основных недостатка практики принятия судебных решений по усмотрению:

1. Принятие решений по усмотрению препятствует формированию стабильной практики применения законодательных норм, способствует нарушению принципа законности и судебному произволу.

2. Судебное усмотрение нарушает принцип разделения властей, поскольку суды неправомерно принимают на себя функции выборных органов законодательной власти, что противоречит демократическим принципам организации управления в государстве.

«Механистическая» концепция правоприменения критиковалась как фиктивная, т.е. не соответствующая действительности, по следующим основаниям:

1. Определенность регулирования той или иной группы общественных отношений еще не гарантируется наличием их законодательной регламентации (независимо от способа изложения официальных норм), так как каждая норма подлежит толкованию, которое необходимо для уяснения ее смысла. Ввиду отсутствия иерархической системы способов толкования, далеко не всегда можно с высокой степенью вероятности предполагать, каким образом будет применено судом то или иное положение.

2. Принуждение не является сущностным признаком права, поскольку оно в большинстве случаев реализуется без применения принудительных мер. Необходимо также разграничивать содержание правовых норм и процесс их реализации. Как следствие, нельзя заранее урегулировать допустимый объем судебного усмотрения в каждом конкретном случае, поскольку в силу объективных причин (несовершенство законодательных формулировок, отсутствие иерархической системы способов толкования закона, неустранимость влияния субъективных предпочтений в процессе нормотворчества и правоприменения, изменения в социальной,

политической, экономической и иных сферах жизнедеятельности общества, трудность установления фактических обстоятельств дела) реализовать «механистическую» концепцию правоприменения крайне затруднительно.

3. Судебное усмотрение, в том числе и имеющее своим результатом появление новых норм, не противоречит принципу разделения властей, поскольку последний предполагает в том числе и самостоятельность суда по отношению к законодателю. Главное, что судебное нормотворчество должно осуществляться при рассмотрении конкретного дела.

В настоящее время сторонники так называемого «нового формализма» (С. Фиш, Э. Вайнриб, А. Скалиа) не отрицают возможности решения конкретных дел по усмотрению, однако по-прежнему настаивают на признании приоритета буквального и формально-логического способов толкования закона («текстуализм») и необходимости выяснения «намерений законодателя» в случае обнаружения пробелов в действующем регулировании («оригинализм»).

В последние годы высказывается мнение о том, что формально-позитивистская концепция как единое научное направление никогда не существовала и была придумана сторонниками социологической школы, боровшихся против отдельных теорий, признающих приоритет механистического подхода к правоприменению. Однако даже если данные упреки справедливы, нельзя не отметить, что на практике механистический подход к правоприменению является достаточно распространенным, поэтому было бы неправильным говорить, что оппоненты формально-позитивистской концепции в действительности спорили сами с собой.

Во втором параграфе *«Судебное усмотрение с позиций социологической школы права»* рассматриваются концепции судебного усмотрения, выдвинутые сторонниками социологической школы права.

Формирование и развитие социологической школы права было обусловлено интенсивными изменениями в социально-экономической и политической сфере, начиная с XIX в., и несоответствием устанавливаемых

законодательными органами норм этим переменам. Наблюдения за тем, как позиции судов за относительно непродолжительное время меняются с точностью до наоборот при неизменности текста закона, на основании которого принимаются решения по конкретным делам, привели к выводу о необходимости разграничения, по выражению Р. Паунда, «права в книгах» (официальных норм) и «права в действии» (практики применения действующих норм). Практика принятия решений судами по усмотрению рассматривалась как деятельность, способствующая развитию права, являющаяся неотъемлемым элементом процесса деятельности по разрешению конкретных правовых споров.

Однако если право связывается только с судебной деятельностью, которая может приводить к непредсказуемым результатам, становится крайне затруднительным определить его содержание. По этой причине в рамках социологической школы развивался инструменталистский подход к пониманию права, т. е. оно рассматривалось как средство достижения определенных социальных целей, которые со временем могут изменяться. Тем самым представители социологической школы перенесли акцент с содержания норм позитивного права на их применение и обратили внимание на значимую роль экономических, политических, социальных и иных факторов, оказывающих существенное влияние на принимаемые судом решения.

Дальнейшее развитие основной идеи социологической школы о необходимости ориентироваться на практику разрешения конкретных казусов как постоянно развивающееся, «живое» право привело к формированию направлений, полностью отрицавших возможность разрешения дел исключительно лишь на основе заранее установленных официальных норм (движение свободного права, правовой реализм).

Представители данных направлений сосредоточились на исследовании «стимулов», т.е. различных факторов, приводящих к тем или иным судебным решениям. При этом реалисты акцентировали внимание на том, что на судью

существенное влияние оказывают социально-экономические, политические и другие факторы, в зависимости от убеждений конкретного судьи. Если говорить о взглядах представителей движения свободного права, то, хотя большинство из них не признавало открыто возможности принятия решений по усмотрению суда в противоречии с действующими нормами, вывод о возможности вынесения решений *contra legem* можно сделать на основании изучения их теорий толкования.

Представителям социологической школы удалось доказать, что судебное усмотрение представляет собой неотъемлемый элемент деятельности по отправлению правосудия, различна только степень его ограничения. Пределы свободы судьи при принятии им решений в большей степени устанавливаются в процессе применения соответствующих норм права, а не за счет принятия соответствующих законодательных норм. Сторонники социологической школы также показали, что формально установленные нормы не могут функционировать в полном соответствии с замыслом их создателей, поскольку сам факт их создания приводит к многочисленным последствиям, значительную часть которых предвидеть невозможно.

В то же время социологическая школа имеет тот же недостаток, что и формально-позитивистский подход: с ее позиций невозможно провести четкую границу между правом и произволом. Разница лишь в том, чей произвол воплощает право – законодательный или судебный. Право следует понимать как социальное явление, имеющее самостоятельную ценность и собственную сущность, позволяющую отличать право от неправа. Именно право выступает содержанием «должного» при исследовании проблем судебного усмотрения, критерием оценки случаев проявления судебской свободы.

В третьем параграфе **«Проблема оценки судебного усмотрения. Преимущества идеалистического подхода»** анализируются взгляды на судебное усмотрение сторонников идеалистической концепции правопонимания.

Недостаток позитивистских направлений проявляется в том, что они способны предложить лишь формальные критерии оценки явлений (например, была ли норма принята в установленном порядке, является ли она социально эффективной, способствует ли достижению какой-либо цели и т.д.), поскольку, по мнению его сторонников, объективными можно считать лишь описательные утверждения, только к ним применимы категории истинности и ложности. По мнению диссертанта, подходить с таких позиций к оценке судебного усмотрения не совсем верно, поскольку оно в большинстве случаев является не только и не столько волевым обязывающим актом, сколько умозаключением, выводом о наличии у определенного лица тех или иных прав или обязанностей, что предполагает необходимость оценки его правильности в соответствии с каким-либо содержательным критерием. С позитивистской же точки зрения, право понимается как усмотрение власти (в том числе и суда). Внутри власти пределы ставятся произвольно. Сказанное объясняет, почему в рамках позитивизма так широк диапазон мнений о допустимости и эффективности усмотрения – от формально-позитивистского подхода до социологической школы, движения «свободного права» и правового реализма.

В рамках идеалистической концепции оценка явлений осуществляется на основе такого критерия, как понятие (сущность, идея) права и логически вытекающие из него принципы и нормы. Право не рассматривается как продукт человеческой воли, а процесс правоустановления – это не создание норм, а их открытие. Применение оценочного метода представляется целесообразным при рассмотрении вопроса о судебном усмотрении потому, что невозможно достичь сколько-нибудь адекватного его понимания без сопоставления с правом, рассматривая последнее с сущностно-содержательных позиций, а не как «волю суверена», которую можно наполнить каким угодно содержанием.

Сказанное означает, что проблема судебного усмотрения может изучаться с точки зрения «сущего» и «должного». При этом должное

рассматривается как аксиома, не требующая доказательств и не исходящая из данных опыта. Данный подход, выработанный в рамках идеалистического направления, отличается тем, что рассматривает право как самостоятельную ценность, а не средство достижения тех или иных целей (инструменталистский подход).

Как и правовые реалисты, многие сторонники идеалистического направления признавали важность творческой роли суда по отношению к законодательным нормам, однако они в то же время указывали на критерий (право, «требование справедливости»), которому должно соответствовать решение, принимаемое по усмотрению.

Вторая глава **«Правовая природа судебного усмотрения: теоретические основы»** состоит из трех параграфов.

В первом параграфе **«Проблема усмотрения в современной теории права. Судебное усмотрение и иные виды усмотрения в государственной деятельности»** рассматривается современное понимание проблемы судебного усмотрения и делается вывод о дальнейшем направлении ее изучения. Проводится разграничение судебного усмотрения и схожих явлений.

Диссертант обращает внимание на многозначность термина «усмотрение», которым может обозначаться как произвольное принятие решений, так и деятельность суда по преодолению пробелов и разрешению коллизий в действующих формальных источниках. Также усмотрение может пониматься как выбор между различными вариантами толкования положений формальных источников права, так и использоваться в качестве синонима понятия «правотворчество (правоустановление)», когда в результате решения органа государственной власти возникает новая норма.

В работе отмечается необходимость разграничения использования термина «усмотрение» применительно к частным лицам и к органам власти. В первом случае усмотрение отождествляется с субъективным правом. Однако усмотрение властных органов имеет иную природу. Во-первых,

усмотрение имеет место при осуществлении данными органами имеющихся у них полномочий. Следует отличать полномочия органов власти от субъективных прав частных лиц, поскольку наличие полномочий не предполагает возможности действовать в своем интересе. Кроме того, обладатель субъективного права сам решает, пользоваться им или нет, в то время как должностное лицо, наделенное властью, в подавляющем большинстве случаев обязан использовать свои полномочия, например, судья, должен разрешить дело, даже если не находит точного ответа на вопрос, подлежащий рассмотрению. Следовательно, имеющие истоки в общетеоретической позиции об отождествлении властного полномочия и субъективного права, трактовки судебного усмотрения как субъективного права, принадлежащего суду, несостоятельны.

В то же время трудно согласиться и с распространенным в отечественной науке мнением о том, что судебное усмотрение представляет собой особое властное полномочие суда. В теории права под властным полномочием понимается некий синтез, единство обязанности и права. Следовательно, поскольку судебное усмотрение не является субъективным правом, то оно не является также и обязанностью суда. Суд не обязан использовать усмотрение, усмотрение суда существует не для того, чтобы обеспечить чье-либо субъективное право (для чего существует любая юридическая обязанность), цель судебного усмотрения – способствовать суду наиболее адекватно реализовать свое властное полномочие: разрешить правовой спор и принять правовое решение либо совершить отдельное процессуальное действие. В соответствии с данным подходом, судебное усмотрение представляет собой способ осуществления полномочий суда как по разрешению дела в целом, так и совершению конкретного процессуального действия.

Аналогичный подход применим и к определению законодательного усмотрения, которое отличается от судебного тем, что оно не касается сферы установления и интерпретации фактов, а всегда направлено непосредственно

на создание новых норм и имеет форму веления, а не логического умозаключения. Проблема соотношения и, соответственно, пересечения (и разграничения) законодательного и судебного усмотрения выражается в приоритетности того или другого в нормотворческой сфере, а также может быть сведена и к более простому вопросу – имеет ли пределы усмотрение законодателя в нормотворческой сфере. В диссертации отмечается, что в качестве таковых выступают главным образом правовые пределы. Законодатель, так же как и суд, уполномочен принимать лишь акты правового характера. Более того, усмотрение законодателя ограничено судебными органами. Именно суд, в лице конституционной юстиции (ее различных моделей) выступает гарантией соблюдения законодателем правовых пределов при осуществлении усмотрения в процессе нормотворческой деятельности.

Административное усмотрение определяется как способ осуществления полномочий органами исполнительной власти по принятию конкретизирующих акты законодательной власти подзаконных нормативных правовых актов, а также по применению правовых норм к конкретным жизненным случаям (разрешению конкретных дел). Проблема соотношения административного и судебного усмотрения сводится к вопросу о приоритетности того или другого в случае их коллизии. На этот счет сложились две противоположные точки зрения. Аргументы в пользу приоритета административного усмотрения перед судебным сводятся, во-первых, к квалификации неопределенных законодательных формулировок как делегирования нормотворческих полномочий исполнительным органам; во-вторых, к специфическому пониманию принципа разделения властей, согласно которому исполнительные органы надежно защищены от «посягательств» на их полномочия со стороны судебной власти; в третьих, к представлению о том, что суды рассматривают дела на основе фактов, установленных исполнительными органами. По мнению диссертанта, указанные доводы не могут быть приняты, поскольку полномочия

исполнительных органов по наиболее важным вопросам ограничены, они в большей степени подвержены влиянию политических факторов, а принимаемые ими решения могут быть оспорены в суде.

Во втором параграфе *«Понятие, признаки и виды судебного усмотрения»* предлагается новая концепция судебного усмотрения, отличающаяся от устоявшегося его понимания как выбора между несколькими в равной степени законными альтернативами. При этом в работе не проводится различий между понятиями «судебное» и «судейское» усмотрение. По мнению диссертанта, данное разграничение может иметь существенное значение лишь в рамках специальных исследований о влиянии личных убеждений судьи на исход дела.

С внешней стороны судебное усмотрение представляет собой, не субъективное право и не властное полномочие предоставленное суду, а способ осуществления властных полномочий по разрешению правового спора и осуществлению отдельных процессуальных действий. С точки зрения содержания, понимать судебное усмотрение только как выбор между двумя или более вариантами разрешения дела, каждый из которых соответствует закону, неправильно, поскольку *судебное усмотрение может также выступать и выступает средством преодоления недостатков официально установленных норм – пробелов, противоречий, а также их неправового содержания.*

В диссертации предлагается не формальная, а правовая концепция судебного усмотрения. Правовым можно назвать только то судебное решение и, соответственно, судебное усмотрение как способ осуществления судебной деятельности по принятию такого решения, которое отвечает правовому критерию, не противоречит понятию (сущности, идее) права и вытекающим из него следствиям (принципам и нормам). Право при этом понимается как единство начал свободы, справедливости и равенства (или как равная и справедливая мера свободы личности) и как система логически вытекающих из такого понятия принципов и норм. Именно такое понимание

права заложено сегодня в конституции развитых стран, включая и Конституцию РФ, отталкиваясь от такого понимания права функционируют сегодня в развитых странах системы конституционной юстиции и судебные системы в целом.

Судебное усмотрение характеризуется следующими признаками:

1. Судебное усмотрение представляет собой способ осуществления полномочий суда по разрешению конкретного дела в целом или совершению отдельного процессуального действия. 2. Судебное усмотрение может представлять собой как выбор одного из нескольких вариантов разрешения дела, установленных формальными источниками права, так и выступать способом восполнения пробелов и разрешения коллизий в действующем регулировании, включая случаи, когда содержание позитивных норм не соответствует праву (его понятию (сущности) и вытекающей из него системе принципов и норм), а также учета специфических фактических обстоятельств дела (например, в ситуации применения норм, содержащих оценочные понятия). 3. Принятие решения по усмотрению осуществляется в соответствии с личным убеждением судьи (т.е. влияние субъективного фактора исключить невозможно; минимизации его воздействия содействуют институт пересмотра решений высшими инстанциями, а также максимально подробное изложение аргументации решения или приговора). 4. Усмотрение представляет собой деятельность, направленную на поиск правового решения. Именно право, понимаемое как единство свободы, справедливости и формального равенства, является целью усмотрения и критерием его оценки.

С учетом выявленных признаков, усмотрение можно определить как свободную деятельность суда по разрешению конкретного дела в целом или совершению отдельного процессуального действия в соответствии с его личными убеждениями, заключающуюся в выборе одного из нескольких вариантов решения спора, предусмотренных формальными источниками права, либо направленную на преодоление коллизий и пробелов в

позитивном регулировании, имеющую результатом (целью) формирование правового решения.

В работе также рассматриваются такие виды судебного усмотрения как усмотрение в области фактов и усмотрение в области права.

В третьем параграфе *«Понятие и виды пределов судебного усмотрения»* формируется система пределов, которыми ограничен суд при осуществлении усмотрения в процессе рассмотрения дела и вынесении решения.

Под пределами усмотрения в работе понимаются *объективные и субъективные факторы, которые могут повлиять на принимаемое судом решение*. Отмечается, что наиболее острыми проблемами являются вопросы о соотношении различных пределов усмотрения, возможности построения их непротиворечивой иерархической системы. В этой связи большое значение приобретает задача классификации этих пределов.

Автор выделяет две группы пределов: объективные и субъективные. В первую группу входит *право, формальные источники права и социальные (т.е. господствующие представления в обществе) пределы, а также законы формальной логики*; во вторую – *моральные и психологические пределы*. *Наибольшую остроту приобретает проблема соотношения права и формальных источников общеобязательных норм* как пределов усмотрения, которые могут противоречить друг другу.

Основным в системе пределов судебного усмотрения, по мнению диссертанта, является право, понимаемое в сущностно-содержательном смысле как понятие (идея), раскрываемое через начала справедливости, свободы и равенства, и система логически вытекающих из данного понятия принципов права и норм. Официальные нормы, также ограничивающие судебное усмотрение, должны ему соответствовать.

На примере отечественной и зарубежной (США, Англия) судебной практики автор показывает, что *позитивных пределов в ряде случаев бывает недостаточно, чтобы направить рассуждения суда в нужном направлении*.

Более того, признание позитивных пределов в качестве едва ли не единственных (или, по крайней мере, основополагающих) сдерживающих факторов судебного усмотрения, что характерно для многих российских авторов, *на самом деле не только не ограждает от произвола, но, наоборот, способствует принятию недостаточно обоснованных решений.*

Затрагивая проблематику субъективных пределов судебного усмотрения, автор отмечает сложность описания имеющего место в действительности процесса принятия решения, который зачастую отличается от последовательности рассуждений, находящей отражение в тексте судебных решений. Например, судья может интуитивно прийти к какому-либо варианту разрешения дела, а затем уже *post factum* подобрать его обоснование. Таким образом, *процесс принятия судом решения может не вписываться в традиционную концепцию рационального, логически последовательного рассуждения, которое может быть проверено каждым лицом.*

В качестве способа уменьшения влияния субъективных предпочтений конкретного судьи (или нескольких судей) автор рекомендует обосновывать решения максимально подробно, не ограничиваясь формальными, часто фиктивными ссылками на статьи нормативно-правовых актов. Изучение правоприменительной практики России и зарубежных стран свидетельствует о том, что чем более активен суд, тем подробнее ему приходится обосновывать свои решения.

Третья глава **«Условия осуществления судебного усмотрения»** состоит из двух параграфов.

В первом параграфе **«Условия осуществления судебного усмотрения в странах континентальной правовой системы»** выявляются и исследуются условия осуществления судебного усмотрения в странах континентальной правовой системы.

Главной особенностью исторического развития континентальной правовой системы была ориентированность составляющих ее государств на

формирование реально действующих систем законодательства, выражающих интересы общества и выступающих средством обеспечения их политической и территориальной целостности. *Судебное усмотрение допускалось законом в редких случаях, и только как выбор одного из вариантов решения, предусмотренных законом.*

В странах континентальной правовой системы до XVIII в. отсутствовали единообразные правила регулирования и практика разрешения споров, что вызывало потребность в систематизации несогласованного нормативного материала, установлении в рамках того или иного государства единого механизма осуществления нормотворческой и правоприменительной функций. Отсутствие упорядоченного регулирования было связано не только с политической и территориальной раздробленностью, но и с недостатками юридической техники. Потребность в решении отмеченной проблемы стала также причиной противопоставления двух ситуаций: принятия предсказуемого судебного решения в соответствии с законом и принятия решения по усмотрению.

Отрицательное отношение к судебному усмотрению было обусловлено распространением после французской революции 1789 г. мнения о том, что законодательные нормы, принимаемые представительным органом, выражают интересы если не всего общества, то его большинства, в то время как нормы, вырабатываемые в процессе рассмотрения конкретных дел в суде, не являются продуктом деятельности лиц, избранных гражданами, а потому могут быть произвольными.

Под влиянием указанных идей сформировалось понимание суда исключительно как правоприменительного органа, руководствующегося при вынесении решений только законом, неподвластного влиянию политических, экономических, социальных и иных факторов.

Однако в реальности для континентальной правовой системы, как и для англосаксонской, характерно влияние политического фактора на принимаемые судом решения, *но важным отличием является стремление*

закрепить изменения в социально-политической и экономической сфере в законодательстве, поэтому изменение социально-политических условий в странах континентальной системы хоть и повлияло на расширение сферы использования судебного усмотрения, но не так значительно как в странах англосаксонской системы.

Стремление к всеобъемлющему законодательному регулированию определенных групп общественных отношений неизбежно имеет результатом отрицание эволюционной природы развития права, что, в свою очередь, приводит к распространению формалистического взгляда на процесс применения права и, соответственно, негативному отношению к судебному усмотрению.

Следствием такого стремления стало формирование особого стиля изложения нормативно-правовых актов в странах континентальной системы. Например, положения кодексов формулируются более сжато и абстрактно, по сравнению с нормами прецедентов и статутов стран англосаксонской системы. Точность формулировок должна обеспечиваться, в первую очередь, грамотностью и всеохватностью норм общего характера, содержащихся в общей части кодекса. *Простор для усмотрения суда имеется лишь в случаях применения норм, содержащих оценочные понятия («адекватный», «соразмерный» и т.д.). На основании выявленных особенностей в работе делается вывод о том, что судебное нормотворчество в континентальной Европе если и допускается, то считается исключением, в отличие от стран англосаксонской системы.* Необходимо принять во внимание и тот факт, что, в отличие от стран англосаксонской правовой системы, где парламентские статуты толковались ограничительно, в континентальной Европе основное внимание уделялось обеспечению невмешательства суда в сферу компетенции законодателя, что привело к развитию представления о возможности законодательного регулирования судебного усмотрения.

Предсказуемость регулирования здесь рассматривается в качестве основной ценности, имеющей приоритет перед принципом развития права.

Однако практика доказала неэффективность такого подхода, поскольку многие нормы, посвященные ограничению судебного усмотрения, на практике труднореализуемы и носят декларативный характер, что во многом обусловлено использованием законодательных актов, в первую очередь конституций и кодексов, в качестве средств закрепления тех или иных политических или идеологических взглядов.

Во втором параграфе **«Условия осуществления судебного усмотрения в странах англосаксонской правовой системы»** рассматриваются обстоятельства, обусловившие особенности судебного усмотрения в странах англосаксонской правовой системы.

Главными историческими особенностями формирования английской правовой системы, повлиявшими на судебное усмотрение, являлись: 1) формирование системы королевских судов как главного средства преодоления раздробленности (XII в.); 2) ослабление роли королевской власти и возникновение конкуренции в сфере нормотворчества между парламентом и королевскими судами (начиная с XIII в.); 3) развитие права справедливости в ответ на вновь возникающие социальные потребности, к которым общее право еще не было подготовлено; 4) отсутствие потребностей в кодификации. Каждый из указанных факторов способствовал развитию практики принятия судами решений по усмотрению.

Расширению сферы судебного усмотрения способствовало также стремление судов стран англосаксонской системы, особенно США, обращать внимание на социально-политическую сторону рассматриваемых ими споров (как, например, в случае с «эрой Лохнера» 1905-1937 гг.). *Важнейшим политическим фактором, влияющим на судебное усмотрение, является склонность юристов стран англосаксонского права отождествлять государство с его механизмом* (т.е. системой властных органов). Суд же рассматривается как орган, призванный *обезопасить граждан от произвола правительства, поэтому и сфера его усмотрения признается достаточно широкой*. Другими словами, суд воспринимается как часть правовой

системы, правоустановление и правоприменение строго не разграничиваются.

Рассматривая юридические условия осуществления судебного усмотрения в странах англосаксонской правовой системы, диссертант отмечает, что важные особенности связаны с действием принципа следования прецеденту (*stare decisis*). Для системы норм, установленных прецедентами, характерно отсутствие строго формализованного порядка их применения и отмены. *Меньшая степень формализованности процедуры «отступления» от прецедентных решений, по сравнению с процедурой отмены закона, открывает большой простор для судебного усмотрения.* Еще одним фактором, обусловившим распространение практики принятия судебных решений по усмотрению, является функционирование децентрализованной системы конституционной юстиции, при которой даже суд первой инстанции может отказаться от применения нормы закона или прецедента, если она является явно неконституционной.

В качестве недостатков, присущих англосаксонской модели судебного усмотрения, отмечается, что, во-первых, казуистичность изложения норм приводит к появлению большого количества пробелов, поскольку на основе конкретного дела крайне сложно сформулировать норму общего характера. Второй недостаток связан с прецедентной системой и заключается в коллизии принципов *ex post facto* (обратная сила прецедента) и *stare decisis*. Представляется, что в качестве общего руководящего положения в данном случае должен выступать принцип соблюдения единообразия судебной практики, аналогичный европейскому принципу *jurisprudence constante*, который, будучи формальным критерием, не должен иметь приоритета перед задачей вынесения правового решения. В-третьих, высказывается также мнение о том, что прецедентная система препятствует развитию законодательства.

Рассматривая указанные недостатки, следует отметить, что их наличие далеко не всегда способствует произвольному принятию решений и не

означает, что континентальная система обладает в этом отношении неоспоримыми преимуществами. Во-первых, законодатель в странах континентальной системы находится в не менее сложной ситуации, поскольку круг фактических обстоятельств, которые надо принять во внимание, почти не ограничен. Также следует отметить, что мнение относительно казуистичности судебных постановлений не является общепринятым. Во-вторых, если говорить о развитии законодательства, то «мертвый» несправедливый закон гораздо менее опасен, нежели «несправедливое» судебное правоприменение на основе несправедливых законов, что и подтверждается историческим опытом. По мнению диссертанта, дело вовсе не в развитии законодательства, а в развитии права, уровень которого, как показывают факты, связывается именно с прецедентной системой. В-третьих, суд в меньшей степени подвержен влиянию политических факторов, чем законодатель, поскольку судебная развитие права происходит постепенно.

Важным отличием англосаксонской правовой системы является **отсутствие практики регулирования на законодательном уровне допустимого объема осуществления усмотрения**. Вместо этого основное внимание уделяется случаям злоупотребления усмотрением, которое считается неизбежным элементом судебной деятельности. В этом отношении примечателен тот факт, что, например, в США процессуальным аспектам придается гораздо большее значение, чем в странах континентальной правовой системы.

В работе также рассматривается особая группа юридических условий осуществления судебного усмотрения - так называемое «смешанное регулирование» или «смешанная юрисдикция» (*bijuralism*), характерное прежде всего для провинции Квебек в Канаде и штата Луизиана в США.

В Заключении в обобщенном виде представлены основные выводы, сформулированные в результате диссертационного исследования.

Статьи, опубликованные в ведущих рецензируемых журналах и изданиях, указанных в перечне ВАК

1. Марков П. В. Проблема судебного усмотрения и установление правовых норм // Труды Института Государства и Права Российской Академии Наук. № 6/2010. С. 125-137. – 0,8 п.л.
2. Марков П. В. Право и усмотрение: правовое и неправовое усмотрение // Труды Института Государства и Права Российской Академии Наук. № 2/2011. С. 34-42. – 0,8 п.л.
3. Марков П. В. О соотношении административного и судебного усмотрения // Труды Института Государства и Права Российской Академии Наук. № 5/2011. С. 85-95. – 0,8 п.л.
4. Марков П. В. Правовая природа и условия осуществления судебного усмотрения // Право и политика. № 11. 2011. С. 1875-1882. – 1 п.л.

Статьи, опубликованные в иных изданиях

5. Марков П. В. Проблема судебного усмотрения в социологической юриспруденции // Вопросы теории права: сборник научных статей аспирантов и соискателей. Вып. 1 / Отв. ред. С. В. Навальный, И. В. Тепляшин; Красноярский Государственный Аграрный Университет. Красноярск, 2007. С. 6-18. -0,8 п.л.
6. Марков П. В. Судебное усмотрение в современной юриспруденции // Наследие юридической науки и современность: Материалы заседаний V Международной школы-практикума молодых ученых-юристов (Москва, 26-28 мая 2010 г.) / Отв. ред.: Лафитский В.И. - М.: Юриспруденция, 2011. С. 348-355. – 0,6 п.л.