

На правах рукописи

Игнатьев Александр Сергеевич

**УСМОТРЕНИЕ КАК ПРАВОВАЯ ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКАЯ
КАТЕГОРИЯ И АЛГОРИТМ ЕГО ОТРАСЛЕВОГО АНАЛИЗА (НА
ПРИМЕРЕ СФЕРЫ СУДЕБНОГО КОНСТИТУЦИОННОГО
КОНТРОЛЯ)**

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

Специальность 12.00.02 – конституционное право; конституционный
судебный процесс; муниципальное право

Автореферат диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Санкт-Петербург – 2016

Диссертация выполнена на кафедре теории и истории права и государства юридического факультета Северо-Западного института управления (г. Санкт-Петербург) – филиала Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации»

Научный руководитель:

Сергеев Сергей Львович
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Российской Федерации

Официальные оппоненты:

Арановский Константин Викторович
доктор юридических наук, доцент,
заслуженный юрист Российской Федерации

Ромашов Роман Анатольевич
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки
Российской Федерации

Ведущая организация:

**ФГНИУ «Институт законодательства и
сравнительного правоведения при
Правительстве Российской Федерации»,
(г. Москва)**

Защита состоится «19» декабря 2016 года в 16 часов 30 минут на заседании диссертационного совета Д 212.232.70 по защите докторских и кандидатских диссертаций на базе ФГБОУ ВО «Санкт-Петербургский государственный университет» по адресу: *199026, Санкт-Петербург, Васильевский остров, 22-я линия, дом 7, зал заседаний Ученого совета.*

С диссертацией можно ознакомиться в Научной библиотеке им. М. Горького Санкт-Петербургского государственного университета по адресу: *199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., д. 7/9.* Диссертация размещена на сайте СПбГУ по адресу:
<https://dissser.spbu.ru/files/dissser2/1085/dissser/8mFtWLb820.pdf>

Автореферат разослан «__» _____ 2016 года.

и.о. ученого секретаря
диссертационного совета
доктор юридических наук, профессор



Е.Б. Хохлов

I. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертации обусловлена необходимостью решения ряда онтологических и методологических проблем, стоящих на пути определения и оперирования такой правовой категорией, как усмотрение.

Несмотря на то, что данный термин нередко употребляется в правовых актах и иных документах¹ и можно найти немало работ общетеоретического и отраслевого характера, посвященных дискреции², ее трактовка отнюдь не однозначна (это явно затрудняет нормотворчество и наносит очевидный вред правовому регулированию), главной причиной чего является нерешенность до сих пор некоторых фундаментальных вопросов.

Прежде всего, речь идет о сущности усмотрения (это деятельность, состояние, право или некая их совокупность?), разные подходы к пониманию которой приводят к дефинитивной какофонии: предлагаемые определения не согласуются друг с другом не только в «деталях», но зачастую и в базисе.

Следовательно, не в полной мере ясно, каково содержание дискреции и как она соотносится со «смежными» категориями, и, естественно, возникают сложности в построении алгоритма и проведении ее отраслевого анализа.

Учитывая несомненную практическую значимость усмотрения в сфере судебного конституционного контроля и то, что в российской юридической науке оно пока еще не было объектом комплексного научно-теоретического осмысления, представляется актуальным, создав вышеупомянутый алгоритм, проиллюстрировать его реализацию на примере именно данной дискреции.

Вместе с тем, поскольку проблематика усмотрения в сфере судебного конституционного контроля в целом очень многопланова, настоящая работа как имеющая общетеоретический вектор, главным образом, направлена на раскрытие общих параметров такой дискреции.

Степень научной разработанности проблемы.

¹ Для того, чтобы убедиться в этом, достаточно ввести соответствующий запрос в раздел поиска по тексту документа в любой правовой справочно-поисковой системе.

² В дальнейшем понятия «усмотрение» и «дискреция» будут использоваться как тождественные и взаимозаменяемые. Их семантико-этимологический анализ см., например: Шевцов С.Г. Некоторые вопросы разграничения усмотрения и смежных правовых категорий // Нотариус. 2011. № 6. С. 38-40.

Понятием усмотрения оперировали уже российские правоведы конца XIX – первой четверти XX века, например, Е.В.Васьковский, А.Ф.Евтихийев, М.Д.Загряцков, Н.М.Коркунов, П.И.Люблинский, И.А.Покровский, хотя его масштабная разработка в отечественной юридической науке началась все-таки не ранее конца 1960-х годов, продолжаясь по настоящее время.

За этот период дискреция выступила в качестве предмета исследований многих ученых, в частности, Д.Б.Абушенко, В.Г.Антропова, А.Т.Боннера, Л.М.Васильева, Н.Н.Вопленко, П.А.Гука, В.Н.Дубовицкого, А.А.Жданова, Б.Л.Железнова, А.К.Кац, М.И.Клеандрова, К.И.Комиссарова, А.П.Коренева, Б.М.Лазарева, В.В.Лазарева, М.К.Маликова, А.А.Малиновского, В.М.Манохина, О.А.Папковой, А.И.Рарога, И.Н.Сенякина, А.Б.Степина, Ю.П.Соловья, Д.М.Чечота, С.Г.Шевцова, А.Б.Ярославского и др.

Кроме того, за последние годы российскими специалистами Л.Н.Берг, А.А.Березиным, Б.В.Бойко, Ю.В.Грачевой, К.П.Ермаковой, О.В.Кораблиной, П.В.Марковым, П.Г.Марфициным, М.А.Никоновым, А.А.Пивоваровой, Н.С.Погореловой, В.Д.Подмосковным, К.В.Прониным, А.С.Скударновым, Т.Г.Слюсаревой, Ю.В.Старых, А.А.Хайдаровым были подготовлены диссертации, посвященные различным аспектам усмотрения.

Однако, как уже было отмечено, несмотря на столь серьезные научные изыскания, даже сущность дискреции еще не может считаться определенной. Причем, проблема отнюдь не сводится к отсутствию базовой дефиниции и к правильному набору, расстановке слагаемых элементов, а выражается в том, что рассматриваемым понятием обозначаются совершенно разные явления.

В то же время, наряду с отрицательными моментами, в отечественной правовой науке накоплен и немалый позитивный багаж представлений об усмотрении, который, естественно, должен быть использован при выработке общетеоретического определения дискреции и ее всестороннем изучении.

При этом не следует игнорировать и позиции зарубежных ученых, чье внимание в той или иной мере было уделено непосредственно усмотрению либо его некоторым проявлениям в каком-то более общем контексте, скажем,

Р.Алекси, А.Барака, Е.В.Булыгина, А.Гамбаряна, Р.Дворкина, Р.Кросса, В.В.Подгруши, И.Рихтера, А.М.Сарсенова, Г.Л.А.Харта, Г.Ф.Шупперта и др.

Что касается дискреции в сфере судебного конституционного контроля, то отдельным вопросам ее анализа посвящен ряд публикаций, в частности, С.А.Кажлаева, А.В.Молотова, Л.А.Шарниной.

Кроме работ, посвященных усмотрению, масштаб проблем, решаемых в диссертации, также требует обращения к имеющим общетеоретический характер или значение трудам С.С.Алексеева, М.И.Байтина, И.Л.Бачило, С.В.Боботова, С.В.Бошно, С.Н.Братуся, А.Б.Венгерова, Н.Н.Вопленко, А.П.Глебова, В.В.Ершова, Н.Б.Зейдера, Т.В.Кашаниной, С.А.Комарова, Н.Н.Косаренко, В.В.Лазарева, И.Б.Ломакиной, А.В.Малько, Г.В.Мальцева, М.Н.Марченко, Н.И.Матузова, С.И.Носова, Г.И.Петрова, И.Л.Петрухина, А.С.Пиголкина, М.И.Пискотина, А.В.Полякова, П.М.Рабиновича, В.А.Ржевского, И.С.Самощенко, Е.В.Тимошиной, И.Д.Хутинаева, О.И.Цыбулевской, Н.М.Чепурновой, А.Ф.Черданцева, Н.А.Чечиной, В.Е.Чиркина, Г.Г.Шмелевой, В.В.Яркова и др.

Объектом исследования выступает дискреция как явление правовой действительности с точки зрения его отражения в правовой науке.

Предмет диссертации составляют сущность и содержание усмотрения как правовой общетеоретической категории, общий алгоритм его отраслевого анализа, а также раскрываемое посредством данного алгоритма конкретное содержание дискреции в сфере судебного конституционного контроля.

Целью исследования является создание основ целостной концепции усмотрения как правовой категории, включающей в себя знания о дискреции в сфере судебного конституционного контроля.

Это требует решения, в частности, следующих **задач**:

- установления с учетом имеющихся общетеоретических и отраслевых представлений об усмотрении признаков дискреции и синтезирования ее базовой дефиниции;

- раскрытия содержания усмотрения в системно-структурном виде;

- отражения проблематики соотношения дискреции со «смежными» понятиями, выявления перечня факторов, ограничивающих усмотрение;
- построения алгоритма отраслевого анализа дискреции и иллюстрации его реализации применительно к сфере судебного конституционного контроля, в том числе определения составляющих последней, релевантных содержанию усмотрения;
- анализа динамических характеристик усмотрения в сфере судебного конституционного контроля;
- изучения статических характеристик дискреции в сфере судебного конституционного контроля;
- рассмотрения пределов усмотрения в сфере судебного конституционного контроля.

Методология и методы исследования. Методологическую основу диссертации образует комплексное применение общенаучных и частнонаучных, в том числе специально-юридических, методов познания – анализа, синтеза, дедукции, индукции, абстрагирования, классификации, системного, структурно-функционального, исторического, логического, сравнительно-правового, формально-юридического и других.

Главный методологический принцип работы – это стремление к объективному и всестороннему изучению всех рассматриваемых вопросов.

Теоретической основой исследования являются труды отечественных и зарубежных авторов, перечисленных ранее, имеющие общетеоретический характер или значение (с точки зрения понимания сущности дискреции).

Кроме того, любой отраслевой анализ усмотрения едва ли может быть проведен без учета достижений в соответствующей научной дисциплине. Это предполагает обращение к работам М.В.Баглая, А.А.Белкина, А.Д.Бойкова, Н.С.Бондаря, О.В.Брежнева, Н.Т.Ведерникова, Н.В.Витрука, Г.А.Гаджиева, Ж.В.Дворцовой, Б.П.Елисеева, В.Д.Зорькина, А.Д.Керимова, Е.Г.Крыловой, В.А.Кряжкова, Л.В.Лазарева, М.А.Митюкова, С.Э.Несмеяновой, Ж.И.Овсепян, С.Л.Сергевнина, В.А.Туманова, Т.Я.Хабриевой,

Ю.Л.Шульженко, Б.С.Эбзеева, Ю.А.Юдина и других специалистов по конституционному праву и конституционному судебному процессу.

Нормативная база диссертации включает, прежде всего, Конституцию Российской Федерации¹ и Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»², а также ряд иных федеральных и региональных нормативных правовых актов.

Эмпирической основой исследования служат постановления и определения Конституционного Суда Российской Федерации³.

Научная новизна диссертации заключается в решении онтологических и методологических проблем, стоявших на пути определения и оперирования усмотрением как правовой общетеоретической категорией, и в иллюстрации реализации алгоритма его отраслевого анализа на примере сферы судебного конституционного контроля (дискреция в ней впервые выступает в качестве предмета научной работы такого формата); что, соответственно, нашло отражение в предлагаемых автором **положениях, выносимых на защиту**:

1. Усмотрение представляет собой неразрывное единство и взаимосвязь объективного и субъективного, статики и динамики (предполагающей итог).

Признаками дискреции как правовой категории являются: публично-правовой субъект⁴; право (правомочие); объективно ограниченная правовая свобода; интеллектуально-волевая деятельность, заключающаяся в поиске и принятии оптимального решения правового вопроса.

В совокупности их можно считать необходимыми и достаточными для формулирования общетеоретической дефиниции усмотрения, учитывая, что термин «выбор» одновременно обозначает состояние, процесс и результат: дискреция – это управомоченный выбор публично-правового субъекта, ограниченный объективными факторами (пределами), заключающийся в отыскании и принятии оптимального решения правового вопроса.

¹ Далее также – Конституция РФ.

² Далее также – Федеральный конституционный закон.

³ Далее также – Конституционный Суд, КС РФ, Суд.

⁴ Для целей данной работы публично-правовой субъект – государственный, муниципальный орган, должностное лицо, действующий(ее) как носитель государственной, муниципальной власти в публичном интересе, а частно-правовой субъект – физическое лицо, организация, не наделенное(ая) такой властью.

2. Содержание усмотрения раскрывается посредством выделения видов дискреции на основании критериев, обусловленных объемом ее элементов:

1) альтернатива в количественном составе субъекта позволяет говорить и о двух разновидностях усмотрения – индивидуальном и коллективном;

2) по характеру управомочивания на выбор (наличия/отсутствия на это умысла нормотворца) дискреция подразделяется на прямую и косвенную;

3) выбор как состояние предполагает два параметра структурирования:
а) в зависимости от способа нормативной заданности выбора усмотрение может быть свободным, оценочным и альтернативным; б) исходя из объема выбора, можно вести речь о двух видах дискреции – узкой и широкой;

4) выбор как деятельность также допускает двойную классификацию:
а) по критерию формы деятельности усмотрение может быть разделено на парламентское, административное, судебное; б) по содержанию деятельности дискреция может быть пяти видов: нормотворческой, правовосполнительной, интерпретационной, конкретизационной и средствооценочной.

3. Усмотрение немислимо без наличия и соблюдения границ свободы публично-правового субъекта, в то время как «смежные» понятия – произвол и небрежность всегда связаны с нарушением упомянутых границ.

Пределы дискреции – это объективные факторы, очерчивающие «зону» выбора, (смысл, придаваемый терминам «пределы» и «границы», различен, и они не должны восприниматься как взаимозаменяемые), которые можно классифицировать на две группы, исходя из того, как ими ограничивается количество возможных вариантов: прямо или через управомочивание государственного органа, должностного лица.

4. Общий алгоритм отраслевого анализа усмотрения представляет собой такую последовательность действий: 1) необходимо выяснить, каковы составляющие интересующей отрасли/сферы (субъекты, форма и содержание деятельности и т.д.), которые могут быть сопряжены с содержанием дискреции; 2) требуется рассмотреть каждый из элементов усмотрения в контексте указанных составляющих; 3) надо установить применительно к

соответствующей отрасли/сфере значение всех пределов дискреции.

5. Содержание усмотрения в сфере судебного конституционного контроля имеет следующие характеристики:

1) по критерию субъекта дискреция может быть как коллективной, так и индивидуальной (когда отдельный судья принимает решения, связанные с предварительной или подготовительной работой над обращением, от имени субъекта судебного конституционного контроля), но вследствие правовой природы последнего как коллегиального органа индивидуальное усмотрение является производным и лишь субсидиарным;

2) по характеру управомочивания дискреция может быть как прямой (ей корреспондируют все три вида усмотрения, выделяемые по способу нормативной заданности выбора, – свободное, оценочное и альтернативное), так и косвенной, хотя по своему удельному весу вторая, явно доминирующая в материально-правовой сфере, превосходит первую;

3) по параметру формы деятельности дискреция является судебной, однако, ей сопутствует не «чисто» юридический мотив, как у иных судов, а юридикко-ценностный, что соответствует сложной правовой природе органа судебного конституционного контроля;

4) с точки зрения содержания деятельности, усмотрение может быть интерпретационным, конкретизационным, правовосполнительным и, видимо, средствооценочным.

6. К пределам дискреции в сфере судебного конституционного контроля относятся почти все объективные факторы, очерчивающие «зону» выбора «усмотрителя», но наиболее значимую роль среди них играет такой ограничитель, как правовые принципы/ценности/цели.

7. Характеристики дискреции в сфере судебного конституционного контроля позволяют синтезировать следующее ее общее определение: это преимущественно косвенно управомоченный выбор коллегиального органа, ограниченный объективными факторами, среди которых наибольшее значение имеют правовые принципы (ценности, цели), заключающийся в

отыскании посредством нормативно-доктринальной интерпретации положений конституции и иных правовых актов и принятии в процессе конституционного судопроизводства оптимального юридико-ценностного решения конституционно-правового вопроса.

Теоретическая значимость исследования состоит в формировании основ целостной концепции усмотрения как правовой категории, в том числе в выработке его базовой дефиниции и создании алгоритма его отраслевого анализа, а также в заполнении лакуны в правовой науке, касающейся знаний о дискреции в сфере судебного конституционного контроля.

Сформулированные выводы развивают и дополняют разделы, прежде всего, общей теории права и государства и конституционного права (конституционного судебного процесса), а также иных отраслевых научных дисциплин юридического профиля.

Практическая значимость диссертации заключается в том, что ее материалы могут быть использованы в дальнейшей разработке проблематики усмотрения и вопросов судебного конституционного контроля и в учебном процессе при подготовке к лекционным и семинарским занятиям по теории и истории права и государства, конституционному и другим отраслям права.

Кроме того, настоящая работа в целом может рассматриваться как «пособие», которое может быть востребовано и в практической деятельности «усмотрителей», в первую очередь Суда, и в процессе нормотворчества.

Степень достоверности полученных результатов обусловлена их теоретической аргументированностью, логичностью и взаимосвязанностью, а также значительным количеством изученных научных трудов и правовых актов и большим объемом использованного иллюстрационного материала.

Апробация результатов исследования. Рукопись диссертации была одобрена на совместном заседании кафедры теории и истории права и государства и кафедры конституционного и административного права юридического факультета Северо-Западного института управления РАНХиГС.

Отдельные составляющие тематики работы прошли обсуждение в ходе дискуссий, состоявшихся в рамках ряда научно-практических конференций, проведенных на базе Северо-Западного института управления РАНХиГС в 2010-2014 годах (в частности, «Инструментальная концепция в современной теории права», 12 октября 2012 года; «Юридическая ответственность государства перед частными лицами», 26 ноября 2013 года; конференция, посвященная 20-летию образования Законодательного собрания Ленинградской области, 13 марта 2014 года).

Основные положения и результаты исследования нашли отражение в опубликованных диссертантом научных статьях.

II. СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность избранной автором темы, оговаривается степень научной разработанности проблематики, отражаются объект и предмет исследования, его цель и задачи, требующие решения для ее достижения, раскрываются методологическая, теоретическая, нормативная и эмпирическая основы диссертации, излагается ее научная новизна, в том числе положения, выносимые на защиту, а также указывается теоретическая и практическая значимость работы.

Первая глава «Усмотрение (дискреция) как правовая общетеоретическая категория» включает в себя три параграфа.

Первый параграф «Понятие усмотрения (дискреции): онтологические и методологические проблемы его продуцирования» посвящен констатации и решению ряда вопросов, касающихся понимания сущности дискреции как правовой категории, и формулированию ее общетеоретической дефиниции.

Несмотря на то, что изучение усмотрения в нашей стране производится уже несколько десятилетий, его базового определения, признаваемого всеми или хотя бы значительной частью ученых, пока не выработано.

Более того, обзор юридической литературы по указанной проблематике показывает, что предлагаемые исследователями понятия дискреции, обычно

отражающие ее отдельные составляющие или разновидности, аккумулируют различные по количеству и смысловой нагрузке признаки.

Так, даже суть усмотрения одни специалисты видят в свободе, другие – в выборе, третьи – в праве/полномочии, хотя большинство из них пытаются объединить вышеперечисленные элементы в различных сочетаниях.

Независимо от этого дискреция ассоциируется только с применением норм права или правореализацией в целом либо также и с нормотворчеством.

Отсутствует единый подход и к тому, кого можно считать субъектами усмотрения: исключительно государственные¹ органы, должностных лиц или вообще всех субъектов права, включая физических лиц и организации.

Также можно обнаружить расхождения во взглядах на то, как должна характеризоваться дискреционная деятельность, каков ее объект (правовой вопрос либо юридическое дело в целом), какую цель преследует усмотрение.

И это не полный перечень стоящих перед правовой наукой вопросов, среди которых немаловажными оказываются и методологические – с чего должна начинаться и как строиться работа по их комплексному решению.

Поскольку почти все исследователи дискреции тем или иным образом увязывают ее с законом (в широком смысле), его и можно взять за точку отсчета в процессе познания сущности усмотрения. К тому же сложно представить более объективный и универсальный фактор для ее выявления.

Несмотря на то, что мнения ученых о соотношении дискреции и закона серьезно разнятся, можно найти и то общее, что их объединяет, – вывод, что абсолютно-определенная императивная норма, формулировка которой не допускает различного толкования, исключает усмотрение.

Это позволяет констатировать, что свобода – неотъемлемый признак дискреции, но, понятно, не единственный, иначе последняя потеряла бы свое познавательно-операционное назначение, став синонимом правовой свободы.

По-видимому, именно это происходит, если субъектами усмотрения считать всех субъектов права. Поскольку физические лица и организации в

¹ Под этим подразумевается и муниципальный уровень, если из контекста прямо не следует иного.

силу общедозволительного режима регулирования априори управомочены на принятие решений, определяющих их поведение, и могут пребывать в процессе выбора бессрочно, такие признаки дискреции, как право и деятельность, утрачивают существенные черты. Хотя едва ли кто-то из ученых согласится с тем, что усмотрение – только состояние и что его имеет смысл рассматривать отдельно от дискреционной деятельности.

Таким образом, усмотрение, понимаемое в качестве самостоятельной правовой категории, представляет собой относительную правовую свободу, которая всегда ограничена объективными факторами, и может осуществляться лишь публично-правовыми субъектами.

Кроме того, к признакам дискреции относятся управомочивание (речь идет о праве, а не о полномочии в целом, поскольку обязанность нацелена не на сам процесс, а на его результат) и интеллектуально-волевая деятельность, заключающаяся в поиске, в том числе мотивировании, и принятии решения, завершающаяся в момент его официального (письменного и др.) выражения.

Объектом указанной деятельности выступает отдельный правовой вопрос, а не юридическое дело в целом, поскольку оно может состоять из нескольких независимых друг от друга вопросов, то есть из разных состояний выбора (свобод), предопределяющих соответствующие им различные внутренние усилия «усмотрителя».

При этом допустимость вариантов решения правового вопроса зависит от объективных факторов, но устанавливается самим субъектом дискреции, поэтому всегда будет носить объективно-субъективный характер. Это нужно иметь в виду в тех случаях, когда законность какого-то варианта не очевидна.

В качестве цели усмотрения может рассматриваться принятие только оптимального (субъективно лучшего) решения, поскольку существование объективно лучшего решения превратило бы дискрецию в фикцию.

Таким образом, усмотрение представляет собой неразрывное единство и взаимосвязь объективного и субъективного, статики и динамики, а его признаками являются: публично-правовой субъект; право (правомочие);

объективно ограниченная правовая свобода; интеллектуально-волевая деятельность, заключающаяся в поиске и принятии оптимального решения правового вопроса.

В совокупности их можно считать необходимыми и достаточными для формулирования общетеоретической дефиниции дискреции, учитывая, что термин «выбор» одновременно обозначает состояние, процесс и результат: усмотрение – это управомоченный выбор публично-правового субъекта, ограниченный объективными факторами (пределами), заключающийся в отыскании и принятии оптимального решения правового вопроса.

Надо отметить, что дискреция не может сводиться лишь к применению правовых норм или правореализации в целом, так как может иметь место и в нормотворчестве.

Второй параграф «Содержание усмотрения (дискреции)» посвящен раскрытию содержания усмотрения посредством классифицирования, где критерии выделения разновидностей дискреции обусловлены объемом ее элементов: субъекта, управомочивания, выбора как состояния и как деятельности.

Структурирование усмотрения по такому параметру, как субъект, чаще всего производится на основании функционала последнего: в качестве видов дискреции называются, скажем, законодательная, исполнительная, судебная.

Однако подобные разграничения не могут решить проблему различий, вызванных именно особенностями публично-правовых субъектов, поскольку в той или иной совокупности почти все «видообразующие» функции, отчасти трансформируясь, осуществляются органами всех ветвей/уровней власти.

Упомянутые различия касаются не субъектов, а формы и содержания деятельности, то есть речь здесь должна идти о характеристике дискреции с точки зрения ее динамики (см. далее).

Вместе с тем самостоятельная классификация усмотрения по критерию субъекта все же возможна: выбор может делаться как должностным лицом, так и коллегиальным органом, где допустимы борьба мнений его членов и

компромиссы, значит, дискреция в зависимости от количественного состава ее субъекта может быть индивидуальной либо коллективной.

Вторым из указанных направлений структурирования усмотрения является упрямочивание.

В отечественной правовой науке в советский период данный элемент дискреции практически всегда рассматривался в качестве прямого надления государственного органа, должностного лица правом на выбор.

В последнее время появляется все больше работ, в которых констатируется, что дискреция не обязательно должна быть непосредственно задана в тексте нормативного акта, а может быть и «стихийной», что схоже с дихотомией «формальная» – «неформальная», которой оперируют зарубежные авторы.

Однако эти классификации вызывают вопросы, в частности, в какой мере они раскрывают собственно содержание усмотрения.

Поскольку соответствующие «деления» в своей основе имеют различия в характере упрямочивания, правильнее говорить о прямой и косвенной дискреции (прямом и косвенном упрямочивании).

Отличительной чертой прямого усмотрения является наличие умысла нормотворца, включая учредителя конституции, надлить правом выбора тот или иной публично-правовой субъект; косвенное же имеет место тогда, когда государственный орган, должностное лицо должен(но) решить правовой вопрос, относящийся к его компетенции, в отсутствие упомянутого умысла.

Данная классификация, помимо прочего, способствует разграничению дискреции, не запрограммированной в законе, и произвола.

Третье из обозначенных направлений структурирования усмотрения – выбор как состояние.

Его конфигурацию можно однозначно определить лишь при прямом упрямочивании, используя критерий способа нормативной заданности выбора, который позволяет разделить дискрецию на три вида: свободную («принимает», «обеспечивает» и т.д.); оценочную (оценка понятий и средств

доказывания); альтернативную (равнозначные варианты, указанные в норме).

Иные ее «разновидности», предлагавшиеся в этом ряду (усмотрение, связанное с действием факультативных норм либо норм, содержащих формулировки «в виде исключения» и т.п., а также комбинированный «способ»), «растворяются» в вышеперечисленных.

Выбор как состояние, независимо от его конфигурации, имеет и объем.

На основании данного критерия дискрецию можно классифицировать на узкую, где все возможные варианты установлены и выбор делается после анализа и сопоставления каждого из них, и широкую, где количество таких вариантов является лишь примерным и все они не рассматриваются.

Четвертым направлением структурирования усмотрения указан выбор как деятельность, учитывая, что динамика дискреции всегда находится в зависимости от общей деятельности публично-правового субъекта, в состав которой входит, и должна иметь особенности, обусловленные последней.

Пытаясь их отразить, исследователи нередко делят усмотрение на правоприменительное, правотворческое, организационное и другие, но все подобные классификации вызывают сомнения, в частности, не ясно, можно ли вообще вести речь о таких «видах» дискреции как о целостных понятиях.

Указанные характеристики выбора являются чрезмерно обобщенными, а деятельность, соизмеряемая с усмотрением, должна быть и масштабирована соответственно ему – иметь в фокусе внимания отдельный правовой вопрос, для чего ее нужно «раскрыть» по форме и по содержанию.

Можно назвать, по меньшей мере, три формы деятельности (правовые процедуры): парламентскую, административную и судебную, где различия в процессах принятия решений столь значительны, что позволяют говорить об одноименных разновидностях дискреции.

К содержанию деятельности («правовым работам», которые отражают особенности поиска решений) можно отнести нормотворчество, применение аналогии права (но не закона, где нет выбора), толкование, конкретизацию и оценку средств установления фактических обстоятельств, что дает основания

для выделения пяти соответствующих видов усмотрения: нормотворческого, правосполнительного, интерпретационного (связанного исключительно с толкованием норм), конкретизационного и средствооценочного.

В совокупности все указанные классификации дискреции раскрывают содержание данной правовой категории, хотя анализ нельзя считать полным без рассмотрения пределов усмотрения, чему посвящен *третий параграф «Пределы усмотрения (дискреции): проблемы их осмысления и классификации»*.

Сопоставляя дискрецию со «смежными» понятиями, можно прийти к выводу, что небрежность и произвол всегда связаны с нарушением рамок объективно ограниченной свободы государственного органа, должностного лица, усмотрение же, напротив, немислимо без их соблюдения.

В правовой науке это именуется пределами дискреции, которые, как правило, приравниваются к жестким границам либо рассматриваются шире их, но принципиальной разницы между этими подходами нет, поскольку в обоих случаях пределы и границы, по сути, находятся в одной «плоскости».

Вместе с тем, когда говорится о пределах усмотрения, имеется в виду не просто воображаемая линия внешнего контура «зоны» выбора, а именно ее установление теми или иными факторами, которым и уделяется внимание.

Это позволяет определить пределы дискреции иначе – как объективные факторы, очерчивающие «зону» выбора, подчеркнув, что термины «пределы» и «границы» здесь вовсе не тождественны и не взаимозаменяемы, так как они находятся в разных «плоскостях» по отношению друг к другу.

Неоднозначность в понимании пределов усмотрения отражается и на их классификациях, ни одна из которых не может быть признана в полной мере удовлетворительной. К примеру, чаще всего предпринимаются попытки делить факторы на объективные и субъективные (независимо от того, как они называются), хотя вторые способствуют выбору, а не ограничивают его.

В реальности выбор может очерчиваться пределами дискреции как прямо (это производится принципами/ценностями/целями; правовыми

нормами; положениями, выработанными публично-правовыми субъектами (за исключением нормотворцев) на практике; фактическими обстоятельствами), так и через упрямочивание «усмотрителя» (здесь речь может идти не только о разграничении сфер ведения и компетенции, но и о разделении всего нормативного массива на отрасли и правовые акты, о путях внесения в этот массив изменений и о методах правового регулирования).

Действуя друг с другом в системном единстве, перечисленные факторы ограничивают количество допустимых вариантов решения правового вопроса и, тем самым, позволяют отделить дискрецию от небрежности и произвола.

Вторая глава «Алгоритм отраслевого анализа усмотрения (дискреции) и его реализация на примере сферы судебного конституционного контроля» включает в себя четыре параграфа.

Общий алгоритм отраслевого анализа дискреции выглядит следующим образом: 1) необходимо выяснить, каковы составляющие интересующей отрасли/сферы (субъекты, форма и содержание деятельности и т.д.), которые могут быть сопряжены с содержанием усмотрения; 2) требуется рассмотреть каждый из элементов дискреции в контексте указанных составляющих; 3) надо установить применительно к соответствующей отрасли/сфере значение всех пределов усмотрения.

В связи с этим *первый параграф «Судебный конституционный контроль как правовая категория, его субъект(ы), форма и содержание»* посвящен определению составляющих судебного конституционного контроля, релевантных содержанию дискреции.

На основании достижений правовой науки можно прийти к выводу, что данный контроль представляет собой деятельность по проверке соответствия (с оперативным устранением несоответствия) правовых актов и деяний публично-правовых субъектов положениям конституции, осуществляемую в форме конституционного судопроизводства, заключающуюся в нормативно-доктринальной интерпретации положений конституции и иных правовых актов и имеющую целью обеспечение высшей юридической силы и

верховенства конституции.

Среди всех судов Российской Федерации единственным полноценным, то есть без каких-либо серьезных гипербол и оговорок, субъектом указанной деятельности можно считать только КС РФ, чья правовая природа сложна, это симбиоз трех самостоятельных компонентов: судебного, политического и контрольного. Несмотря на то, что это коллективный орган, который может функционировать, разрешая дела в заседаниях при наличии установленного законом числа судей, нельзя забывать и о «внезаседательной» активности судей, поскольку если их индивидуальная работа с материалами дела (истребование документов, назначение экспертизы и т.д.) регламентирована и направлена на решение конституционно-правового вопроса по существу, то она также входит в судебный конституционный контроль.

Конституционное судопроизводство сложно отождествить с одной из классических форм (состязательной, обвинительной или смешанной): ее, по-видимому, можно охарактеризовать как «мягкую», которая отчасти может корректироваться даже самим субъектом, чью деятельность она призвана регламентировать; а среди специфических черт можно назвать схематическое регулирование судебного-процессуальных отношений и действий (в отличие от детализации предписаний, присущей другим видам судебных процедур) и большее тяготение к письменному производству.

Основное содержание упомянутой проверки составляют толкование, конкретизация, применение аналогии права (и, вероятно, аналогии закона), а к неосновному, по сути – обслуживающему, относится установление фактов.

Второй параграф «Статические характеристики усмотрения (дискреции) в сфере судебного конституционного контроля» посвящен выявлению особенностей усмотрения в сфере судебного конституционного контроля, обусловленных субъектом, его управомочиванием, а также выбором как состоянием.

Нет сомнений, что по параметру количественного состава субъекта данная дискреция является коллективной.

Однако индивидуальное усмотрение отдельного судьи, принимающего решение по какому-то «подготовительному» вопросу, также можно считать дискрецией субъекта судебного конституционного контроля, так как, делая выбор, судья действует от имени органа в целом.

Тем не менее, главную роль тут, очевидно, играет все же коллективное усмотрение, а индивидуальное лишь производно от него и субсидиарно.

Исследование управомочивания всегда осложнено тем, что косвенная дискреция не «априорна», поэтому теоретическую модель соотношения двух соответствующих видов усмотрения нужно строить, ориентируясь, прежде всего, на прямое управомочивание на выбор.

Из всей компетенции субъекта судебного конституционного контроля к этому управомочиванию можно отнести только полномочие осуществлять официальное толкование конституции. Другие его полномочия сами по себе едва ли можно включить в одну из двух обозначенных групп.

Это в совокупности с тем, что иной заданный «материальный» выбор у данного органа отсутствует, в то время как косвенная дискреция может иметь место при решении им и материально-правовых, и процессуальных вопросов, позволяет выдвинуть гипотезу, что косвенное управомочивание по своему удельному весу (то есть, как потенциально, так и реально) в сфере судебного конституционного контроля не уступает прямому, а даже превосходит его.

Анализ выбора как состояния и как деятельности подтверждает эту гипотезу.

С точки зрения способа нормативной заданности выбора, усмотрение субъекта упомянутого контроля может быть всех трех видов: свободным, оценочным и альтернативным. Чтобы это установить, достаточно обратиться к формулировкам положений федерального законодательства, регулирующих судебнo-процессуальные отношения и действия данного органа.

Надо отметить, что вторая из перечисленных разновидностей дискреции преобладает, так как именно к ней следует отнести случаи, когда выбор «запрограммирован» по формуле «да – нет» («сделать – не сделать» и

т.п.), поскольку его «зона», по сути, формируется подразумеваемым «неопределенным» (оценочным) термином.

Что касается объема выбора субъекта судебного конституционного контроля, то точно определить здесь общее соотношение узкого и широкого усмотрения весьма затруднительно.

При осуществлении толкования этот объем, очевидно, всегда узок, так как иное противоречило бы самой сути интерпретации правовых положений.

При конкретизации гипотетически он может быть и широким, и узким.

Стремление вышеупомянутого органа (необходимость) исследовать все допустимые варианты свидетельствует об отсутствии явного доминирования широкой дискреции в производимой им «материальной» конкретизации. При решении им процессуальных вопросов, которые инициируют конкретизацию, объем выбора, как правило, узок (что типично для оценочного усмотрения).

Применение аналогии права почти всегда предполагает широкую дискрецию, а оценка средств доказывания, напротив, – узкую.

Третий параграф «Динамические характеристики усмотрения (дискреции) в сфере судебного конституционного контроля» посвящен раскрытию динамических характеристик усмотрения в сфере судебного конституционного контроля.

С точки зрения формы деятельности, данная дискреция относится к судебной разновидности, специфика которой, в том числе, заключается в стремлении к юридической оптимальности решения, тогда как у публично-правовых субъектов, не относящихся к судам, превалируют иные мотивы.

Вместе с тем нельзя не отметить, что форма деятельности субъекта судебного конституционного контроля имеет особенности по сравнению с другими судопроизводствами, что накладывает отпечаток и на усмотрение: будучи одним из высших органов государственной власти, который призван судить нормы и деяния, руководствуясь основными политико-правовыми постулатами государства и общества, выраженными в конституции, он вынужден принимать в расчет различные аспекты, а значит, оптимальность

его решений едва ли может быть «чисто» правовой.

По-видимому, она является ценностно-юридической, точнее, юридико-ценностной, поскольку правовая «половина» цели судебной дискреции все же должна иметь несомненный приоритет. Причем, сделанный вывод вполне согласуется со сложной правовой природой указанного органа, в которой, помимо судебной, есть политическая и контрольная составляющие.

По параметру содержания деятельности усмотрение в сфере судебного конституционного контроля может быть четырех видов: интерпретационным, конкретизационным, правовосполнительным и средствооценочным.

Существование данного выбора при толковании норм обусловлено тем, что невозможно вести речь об одном раз и навсегда установленном смысле положений конституции (как минимум, не ясно, кого следует понимать в качестве ее создателя и как вне конкретной ситуации можно определить объем принципов (целей и ценностей), которые, к тому же, имеют свойство составлять пары «антонимов»), хотя и различная трактовка иных правовых актов – также объективная реальность, тем более, что предпочтение может отдаваться смыслам, отличным от придаваемых положениям их творцами.

Сказанное в полной мере касается интерпретации субъектом судебного конституционного контроля и «собственных» судебно-процессуальных норм.

Конкретизация, производимая им при решении материально-правового вопроса, выражается в насыщении содержания конституционных положений (не столько норм, регулирующих конкретные отношения, сколько принципов и иных подобных положений, обладающих высокой степенью обобщенности и абстрактности), объемы которых наиболее широки. Причем, зачастую уменьшается совокупный объем нескольких таких принципов и норм.

Процессуальная же конкретизация, напротив, предполагает наполнение содержания единичных норм, объемы которых относительно невелики, и, как правило, является следствием нормативной заданности выбора.

В качестве условий реализации «материальной» правовосполнительной дискреции в сфере судебного конституционного контроля можно назвать

установление конституционного характера пробела и выведение содержания новой «нормы» из ряда фундаментальных общеправовых, конституционных и иных отраслевых правовых принципов.

Не вполне ясным остается вопрос о применении аналогии права при решении субъектом указанного контроля процессуальных вопросов: с одной стороны, законодательное регулирование здесь не отличается детализацией, что само по себе ориентирует на наличие лакун, в силу своей специфики не допускающих их устранения посредством аналогии закона, а с другой, в практике упомянутого органа сложно найти соответствующие примеры.

Подобные пробелы, по-видимому, все же имеют место (это касается, в частности, пересмотра ошибочного решения), но их преодоление с помощью правосполнительного усмотрения производится «по умолчанию».

Проиллюстрировать средствооценочную дискрецию, сопутствующую проверке соответствия правовых актов и деяний положениям конституции, по понятным причинам затруднительно, хотя весьма слабая законодательная регламентация процесса доказывания в конституционном судопроизводстве и зависимость от позиции «усмотрителя» используемого им инструментария (положений о достоверности, допустимости, относимости и достаточности средств установления фактов) явно способствуют возникновению выбора, связанного с оценкой данных средств.

Четвертый параграф «Пределы усмотрения (дискреции) в сфере судебного конституционного контроля» посвящен рассмотрению пределов дискреции в сфере судебного конституционного контроля.

Разграничение сфер ведения и компетенции «усмотрителя» и иных ветвей власти, отдельных государственных органов, должностных лиц здесь выражается в совокупном действии «соприкасающихся» полномочий субъекта указанного контроля и других судов, а также федерального законодателя, что, например, особенно проявляется при признании либо непризнании конституционного характера вопроса и при формулировании правовой позиции нормативного значения.

Такие «функциональные» факторы, как разделение всего нормативного массива на отрасли и правовые акты, пути внесения изменений в этот массив и методы правового регулирования, также учитываются при осуществлении проверки соответствия правовых актов и деяний положениям конституции, хотя воздействие этих пределов дискреции на принятие решений зачастую происходит незаметно, по сути – автоматически.

Среди «нормативных» факторов важнейшую роль в сфере судебного конституционного контроля играют правовые принципы (ценности, цели), что обусловлено содержанием данной деятельности.

Соответственно, в части решения «материальных» вопросов влияние на выбор такого ограничителя, как правовые нормы, тут не столь велико, как обычно, поскольку сами нормы выступают в качестве объектов проверки, хотя их можно считать ведущим пределом усмотрения субъекта указанного контроля при решении им процессуальных вопросов.

Правовые позиции данного органа как фактор, очерчивающий «зону» его собственного выбора, весьма своеобразны: представляя собой результаты нормативно-доктринальной интерпретации положений конституции и иных правовых актов, они, как правило, сами являются следствием его дискреции и обладают некоторой эластичностью.

Положения же, выработанные иными публично-правовыми субъектами (за исключением нормотворцев) на практике, едва ли могут рассматриваться как предел усмотрения в сфере судебного конституционного контроля.

Говоря о фактических обстоятельствах как ограничителе дискреции органа, осуществляющего указанный контроль, можно обратить внимание на то, что в качестве них могут выступать акты публично-правовых субъектов, прежде всего судов, и что «зона» выбора очерчивается этими факторами не так существенно, как это традиционно имеет место в правоприменении.

В заключении подводятся итоги исследования, оговаривается возможность использования его результатов и обозначаются перспективы дальнейшей разработки соответствующей проблематики.

Основные научные результаты диссертации отражены в следующих опубликованных работах автора:

В рецензируемых научных изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве образования и науки РФ:

1. Игнатьев, А.С. Понятие и признаки усмотрения при осуществлении судопроизводства в Конституционном Суде Российской Федерации / А.С. Игнатьев // Ленинградский юридический журнал. – 2011. – № 4 (24). – С. 152-166. (1,2 п.л.).

2. Игнатьев, А.С. Пределы усмотрения как общетеоретическая проблема в контексте практики Конституционного Суда Российской Федерации / А.С. Игнатьев // Управленческое консультирование. – 2012. – № 3. – С. 111-118. (0,6 п.л.).

3. Игнатьев, А.С. Виды (формы) усмотрения в отечественной правовой теории и проблемы классификации усмотрения при осуществлении судопроизводства в Конституционном Суде Российской Федерации / А.С. Игнатьев // Управленческое консультирование. – 2013. – № 4 (52). – С. 62-68. (0,6 п.л.).

4. Игнатьев, А.С. Соотношение судебного усмотрения и законности: общетеоретический подход (на примере практики Конституционного Суда РФ) / А.С. Игнатьев // Закон. – 2013. – № 7. – С. 132-141. (1,1 п.л.).

В иных рецензируемых научных изданиях:

1. Игнатьев, А.С. К вопросу о правовой природе Конституционного Суда Российской Федерации (функциональный аспект) / А.С. Игнатьев // Мир политики и социологии. – 2012. – № 9. – С. 34-41. (0,9 п.л.).

2. Игнатьев, А.С. Содержание деятельности Конституционного Суда Российской Федерации при осуществлении конституционного судопроизводства и усмотрение / А.С. Игнатьев // Юридическая наука: история и современность. – 2012. – № 10. – С. 45-55. (1,2 п.л.).