

9. Липень, С.В. Теоретические проблемы государственности и права в политико-правовых учениях XVII – нач. XX в. / С.В. Липень. Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2011. 238 с.

Дата поступления в редакцию: 29.08.14

A.F. Vishnevsky, Doctor of Historical Sciences, Professor of Law, Honoured Worker of Education of the Republic of Belarus, Professor at the Department of Theory and History of State and Law of the Academy of the MIA of the Republic of Belarus

JURISPRUDENCE OF MODERN TIME: PECULIARITIES OF FORMATION AND DEVELOPMENT

The author of the paper analyzes the main features of jurisprudence of the New and contemporary time, reveals the nature of juridical world outlook, it differs from the theological views on the law. There's the description of the concept of natural law, the historical school of law, legal positivism, a normative theory of law, sociological theory and the theory of the revived natural law.

Keywords: Renaissance, the Reformation, the bourgeois revolution, the juridical world outlook, paradigm, theory and methodology of law, natural law, normativism.

УДК 340.132

Д.А. Воронаев, ад'юнкт навучна-педагагічнага факультэта Акадэміі МВД Рэспублікі Беларусь
(e-mail: voronaevd@tut.by)

СТАНОВЛЕНИЕ УЧЕНИЯ ОБ УСМОТРЕНИИ В ПРАВЕ В ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ

Известные русские ученые-правоведы С.А. Муромцев, Г.Ф. Шершеневич, И.А. Покровский, Н.А. Гредескул заложили основы учения об усмотрении в праве в российской дореволюционной правовой науке, но не пришли к единому пониманию содержания усмотрения в правоприменительной деятельности. Также ученые не сошлись во мнении о возможности использования усмотрения в деятельности правоприменителя. Не были разрешены эти вопросы в советской и постсоветской юридической науке, поэтому проблемы усмотрения в праве остаются актуальными и на сегодняшний день.

Ключевые слова: усмотрение, правоприменительная деятельность, справедливость.

В середине XIX в. в российскую юридическую науку из немецкой юриспруденции начали проникать идеи учения об усмотрении в правоприменительной деятельности, интерес к которому в конце столетия значительно усилился. Одной из причин этого стало распространение идей школы свободного права (Ф. Жени, Е. Эрлих, Э. Ламберт, Р. Салейль и др.), что сводилось к критике господствующей (позитивистской) теории толкования правовых норм в той части, что право как совокупность норм беспробельно, а ответ на любой вопрос, иногда скрытый, находится путем толкования правовой нормы. Вместо нее сторонники новой школы предлагали расширить границы усмотрения правоприменителя при разрешении юридических дел. Также причинами повышенного внимания к усмотрению в праве явились неуклонно растущий уровень российской правовой науки, с одной стороны, и отставание от нее нормотворческой и правоприменительной практики – с другой. Последнее обстоятельство поставило перед учеными ряд вопросов, разрешить которые в рамках существовавшей правовой доктрины оказалось затруднительным. Ответами на них стали взгляды С.А. Муромцева, Г.Ф. Шершеневича, Е.М. Коркунова, И.А. Покровского, Н.А. Гредескула, А.А. Васьковского, П.И. Люблинского, а также других ученых, стоявших у истоков разработки проблемы усмотрения в правоприменительной деятельности.

Целью работы является выявление понимания и сущности правоприменительного усмотрения во взглядах русских дореволюционных ученых-правоведов, а также определение актуальности этих идей для современной юридической науки и практики.

Анализ взглядов дореволюционных русских правоведов показывает, что отношение к использованию усмотрения в правоприменительной деятельности было неоднозначным. Так, Г.Ф. Шершеневича принято считать апологетом юридического позитивизма и противником усмотрения в правовой науке Российской империи. В своих работах он выстроил и обосновал ведущую роль законности в сфере правового регулирования общественных отношений. Автор

решительно возражал против подмены принципа законности принципами справедливости и целесообразности в правоприменительной деятельности. «Особенно опасным для чувства законности, – отмечает Г.Ф. Шершеневич, – является стремление судов стать на точку зрения справедливости и целесообразности, вместо строгого применения закона» [1, с. 23]. В этом смысле законность и справедливость автором противопоставлялись. Опасность такой подмены ученый видел в совокупности обстоятельств, среди которых наиболее значимыми были: 1) разовое сглаживание недостатков правовой нормы вместо их устранения законодательным путем; 2) невозможность соизмерения лицом своих действий с требованиями правовой нормы, так как она в любое время может быть отвергнута судом под предлогом несправедливости; 3) возможность злоупотреблений со стороны судей в части использования или отказа от использования любой нормы на основании ее якобы нецелесообразности или несправедливости; 4) применение норм по началу целесообразности уничтожает всякое значение издания общих правил [1, с. 37]. Г.Ф. Шершеневич поясняет: «Если законы должны быть исполнены в точности лишь до тех пор, пока они не сталкиваются с чувством справедливости, то, спрашивается, для чего вообще издавать законы. Если решение суда не должно противоречить чувству справедливости, то законы, согласные с его чувством справедливости, излишни, несогласные же бессильны» [1, с. 37]. Таким образом, ученый выступает категорически против принятия решения *contra legem* (лат. – вопреки закону) под любым предлогом.

Свое отношение к усмотрению автор развивает в более позднем труде «Общая теория права». Г.Ф. Шершеневич впервые косвенно признает возможность судебного усмотрения в рамках нормы. «Конечно, закон сам может придать некоторую эластичность норме, предоставляя суду возможность сообразоваться с различием условий применения» [2, с. 709]. Но оговаривается: «Но это и есть применение закона по его точному смыслу» [2, с. 709]. Следует заметить, что это существенный шаг вперед в осмыслении проблемы усмотрения в праве по сравнению с предыдущими работами, где автор прямо указывал, что закон должен быть одинаково суров ко всем. В вопросе разрешения случаев неясности или пробельности законодательства автор придерживается той позиции, что обозначенные трудности разрешаются путем аналогии закона и аналогии права. На этом же основании ученый негативно относится к идеям школы свободного права. «При аналогии права, – говорит Г.Ф. Шершеневич, – судья стеснен в своем творчестве данным ему материалом, в свободном творчестве материал этот заимствуется из источников, находящихся вне действующего законодательства» [2, с. 754].

Таким образом, Г.Ф. Шершеневич под усмотрением понимает возможность правоприменителя отказаться от исполнения требований закона под предлогом его несправедливости. В этом смысле справедливость противопоставляется законности. Автор последовательно аргументирует мысль об опасности отказа следования букве закона и приспособления нормы к конкретной ситуации. Пробелы и иные недостатки законодательства устраняются путем аналогии права и аналогии закона. В то же время автор указывает на некоторую «эластичность», присущую норме, которая позволяет отразить в решении уникальность каждой рассматриваемой ситуации, т. е. ученый не исключает некоторую степень творчества правоприменителя в рамках правовой нормы, называя такую деятельность применением закона по точному смыслу.

Наряду с Г.Ф. Шершеневичем теоретики и историки права к наиболее последовательным противникам усмотрения в правоприменительной деятельности относят И.А. Покровского. В этом свете примечательно выглядит одна из его ранних работ «Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека», в которой автор, рассматривая содержание некоторых статей (ст. 31, 63) проекта нового Гражданского кодекса Российской империи, прямо говорит: «Для судейского усмотрения должна быть известная граница, и вопрос только в том, где лежит эта граница» [3, с. 23]. Таким образом, в рассматриваемой работе И.А. Покровский понимает усмотрение как возможность суда действовать в рамках нормы права. В то же время автор указывает, что такая возможность при неоднозначной формулировке текста правовой нормы может привести к негативным последствиям в правовом регулировании общественных отношений.

В другом своем труде «Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения» И.А. Покровский продолжает развивать свои взгляды на вопросы судейского усмотрения. В частности ученый делает попытку исторически обосновать примат закона над субъективным мнением судьи в регулировании общественных отношений: «правовое развитие человечества движется в направлении от обычая к законодательству и от частных законов к единой и цельной кодификации», как к наилучшему способу социального регулирования [4, с. 44]. Далее

И.А. Покровский указывает источник разрешения неурегулированных вопросов: «Если при разрешении вопросов, законом не предусмотренных, судья будет обращаться к этим положенным в основание закона социальным принципам, то он будет действовать в духе закона и потому будет оставаться на почве традиционной методы интерпретации» [4, с. 45].

Развитие взглядов на усмотрение в правоприменительной деятельности подытоживается в наиболее известной работе И.А. Покровского «Основные проблемы гражданского права», в которой акцентируется внимание на сложившейся системе приемов и правил толкования правовых норм и постулируется, что именно в ней следует искать ответы на любые вопросы: «Только из закона, из его прямых постановлений или из его общего духа суд должен черпать нормы для своих приговоров, а отнюдь не из какого-нибудь естественного права или из общих представлений о справедливости, целесообразности и тому подобных, вне закона лежащих, инстанций» [5, с. 69].

Отдельное место в работе И.А. Покровского занимает анализ взглядов основателей школы свободного права на правоприменительное усмотрение (Е. Эрлих, Ф. Жени, Э. Ламберт, Р. Салейль, Р. Штаммлер). Автор указывает, что представители этого течения правовой мысли не допускают свободы судейского усмотрения *contra legem*. Спор же между «традиционной методой толкования» и новым подходом касается только случаев неясности или неполноты закона. Здесь сторонники свободного права делятся на два лагеря: одни выступают за субъективно-свободное усмотрение, другие – за наличие объективного критерия, на котором основывается решение. Невозможность отыскания единого объективного критерия сводит взгляды представителей школы свободного права к тому, что решение неизбежно будет субъективным, «что означало бы санкционирование судебного произвола и, вместе с тем, судебной анархии» [5, с. 75]. Далее ученый отвечает на вопрос представителей школы свободного права к позитивистам, как быть с тем, что «... при «традиционной методе» по существу суды сплошь и рядом под видом толкования закона или применения его по аналогии проводят то, что им кажется справедливым, говоря проще – то, что хотят провести» [5, с. 77]. «Пусть это до известной степени верно, – говорит И.А. Покровский, – но все же не подлежит сомнению, что для судейского субъективизма и произвола при этой методе простора значительно меньше: она принципиально отрицает возможность личного усмотрения, между тем как теория «свободного права» его принципиально признает» [5, с. 77–78]. Иными словами, правовед не отрицает возможности судейского субъективизма, а значит и усмотрения в правоприменительной деятельности, но ограничивает его духом закона.

Таким образом, анализ наиболее известных работ И.А. Покровского свидетельствует о том, что ученый, будучи видным представителем юридического позитивизма в дореволюционной юридической науке, под усмотрением в правоприменительной деятельности понимал возможность правоприменителя в ситуации, неурегулированной правовой нормой, принимать решение, исходя из некоего внеправового критерия. К понимаемому таким образом усмотрению в праве И.А. Покровский относился негативно. Разрешение неясностей, пробелов в правовом регулировании ученый предлагал искать в законе, его прямых постановлениях, общем духе. В то же время он допускал возможность субъективного в некоторой мере принятия решения судьей, но подчеркивал наличие такой возможности только в рамках закона.

В русской дореволюционной правовой мысли ярким представителем социологической школы права и одним из наиболее авторитетных сторонников усмотрения в правоприменительной деятельности был С.А. Муромцев. В 1880 г. им была опубликована работа «Суд и закон в гражданском праве», в которой наибольшую известность получил тезис: «Стоя лицом к лицу к закону несовершенному, сталкиваясь подчас с полным отсутствием закона, судья должен положиться немедленно на свои собственные силы и серьезно приступить к регламентации гражданско-правового порядка, не дожидаясь, пока выступит законодатель на пополнение допущенных им пробелов» [6, с. 392]. Ученый указывает, что решение по делу будет вынесено исключительно на основании субъективного мнения судьи, но, разумеется, с учетом множества факторов: «Закон, обычай, наука («право юристов»), общественные воззрения на справедливость и нравственность – все это авторитеты, которые неминуемо руководят судьей, но которым он не подчиняется пассивно» [6, с. 392–393]. С.А. Муромцев утверждает, что соответствующая профессиональная подготовка, высокие моральные качества, влияние обозначенных «авторитетов» позволят судье принять оптимальное решение по делу. Правовед критикует

способ разрешения дела в случае пробельности или неясности законодательства по точному разуму действующих законов либо на общем смысле законов: «Всякое заключение о том, – пишет С.А. Муромцев, – что, должно быть, хотел сказать законодатель, но почему-то не сказал, всякое такое заключение отличается фиктивным происхождением. Судья не открывает скрытой мысли законодателя. Вернее: он додумывает за него то, что законодатель не продумал» [6, с. 386]. Другими словами, додумывая, дополняя норму права вместо законодателя, хоть бы и в духе закона, судья все равно полагается на свое усмотрение.

Следовательно, с точки зрения С.А. Муромцева, усмотрение – это возможность правоприменителя разрешать дело в случае неясности или пробельности закона на основании внутреннего убеждения. Как видим, в этой части понимание усмотрения И.А. Покровским и С.А. Муромцевым сходны. Различие состоит в том, что последний положительно относился к усмотрению в правоприменительной деятельности. Источником, из которого судья «извлечет» решение по делу, ученый считал субъективное мнение правоприменителя, на которое оказывают влияние закон, обычай, юридическая наука, взгляды на справедливость и нравственность.

Также можно отнести к числу сторонников усмотрения в праве, исходя из анализа его взглядов, известного ученого-правоведа Н.А. Гредескула. В работе «К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права» автор акцентирует внимание на творческом характере правоприменительной деятельности, указывает на наличие в ней усмотрения правоприменителя. «Но если, – говорит Н.А. Гредескул, – наоборот, как это нередко бывает, право, требуя действия, не описывает их, как таковые, а указывает только те цели, которые должны быть достигнуты действиями, оставляя широкий простор усмотрению и находчивости исполнителей, – если право – в более или менее широком объеме – передоверяет исполнителям свою власть выбрать действия, – то, в таком случае, творчеству исполнителей дан широкий простор, и задача – построить действие в согласии с правом – осуществляется тогда преимущественно путем творчества» [7, с. 98]. Помимо большого разнообразия дел, разрешаемых правоприменителем, Н.А. Гредескул указывает на возможность возникновения такой ситуации, когда «воля законодателя может быть неопределенной, допускающей несколько решений для какого-либо отдельного конкретного случая» [7, с. 141]. Как видим, автор четко дает понять, что правоприменительное творчество возможно только в определенных пределах, которыми выступает воля законодателя. «Конечно, это творчество не должно переходить в произвол, оно должно уважать волю законодателя и добросовестно ее искать, пока поиски не станут совершенно тщетными и безрезультатными, всегда ее держаться, пока она дает хоть какую-нибудь точку опоры, – но за этой оговоркой и с таким требованием – неразумно уже было бы отрицать самую возможность и допустимость здесь творчества» [7, с. 144]. Н.А. Гредескул отмечает, что «этот последующий творческий процесс должен выступать только в дополнение к воле законодателя, а не на ее замену» [7, с. 147]. Творческая «дстройка» осуществляется только из закона, а не каких-либо других источников.

На вопрос о том, как же должен осуществляться выбор из нескольких равных по юридической силе вариантов решения конкретного случая по существу, автор предлагает создать для этих целей специальный орган – единый кассационный суд, перед которым должны быть поставлены две задачи: 1) приведение к фактическому единообразию применения закона к жизни; 2) выбор того самого единообразного варианта применения закона на основании принципа общественного блага. Так, «кассационный суд, в случаях возможности такого выбора, должен руководствоваться принципом общественного блага и вводить закон в такое русло, которое, будучи, так сказать, вполне законным, в то же время наиболее соответствовало бы и требованиям общественного блага» [7, с. 145].

Следовательно, Н.А. Гредескул акцентирует внимание на творческом характере правоприменения, что обуславливает наличие в данной деятельности возможности для усмотрения правоприменителя в той или иной мере. Автор одним из первых говорит об усмотрении как способе достижения цели законодателя в условиях отсутствия детального правового регулирования, которое осуществляется в пределах воли законодателя, т. е. в рамках законности, а не в «антиправовом» ключе. Кроме того ученый акцентирует свое внимание на возможности возникновения такой урегулированной правом ситуации, для разрешения которой имеется несколько равных по юридической силе решений.

В завершение работы подведем некоторые итоги. Позитивистская правовая доктрина, господствовавшая в российской дореволюционной юридической науке, берет свое начало в школе

немецкого концептуализма («юриспруденции понятий»), в основе которого лежит идея рецепции римского права. В XIX в. основной задачей русских ученых стало развитие достижений правовой науки, заимствованных на Западе (в основном из немецкой юридической доктрины). Однако сочетание заимствованных из Германии положений юридического позитивизма и особенностей национального правосознания, укорененного в традициях нравственно-правовой тематики, подготовили благоприятную почву для активного восприятия правовых идей новой школы – школы свободного права, в рамках которой обосновывалась легальная возможность отказаться от выполнения требований несправедливых правовых норм. В конце XIX – начале XX в. русскими правоведами С.А. Муромцевым, Н.А. Гредескулом, Г.Ф. Шершеневичем, И.А. Покровским и другими были заложены основы учения об усмотрении в правоприменительной деятельности. Среди них были как его сторонники, так и противники. Несмотря на различие взглядов о содержании усмотрения (возможность отступить от требований «несправедливых» правовых норм; возможность принимать решение в ситуации, не урегулированной правом, на основании внеправового критерия; способ достижения цели законодателя в условиях отсутствия детального правового регулирования), все правоведа сходились в базовом положении учения об усмотрении в праве – правоприменитель имеет возможность выбора одного из нескольких вариантов решения в рамках правовой нормы. Окончательное же оформление концепции усмотрения в праве в дореволюционной правовой науке завершено не было по объективным историческим причинам.

В советский период исследование проблемы усмотрения осуществлялось в рамках дискуссий ученых о применении права, источниках права, соотношении принципов законности и целесообразности. Различные аспекты проблемы усмотрения изучали Б.Л. Манелис, П.Е. Недбайло, В.В. Лазарев, В.П. Марчук, Г.А. Василевич, В.Н. Дубовицкий, С.Г. Дробязко, С.В. Липень и др. В настоящее время имеется ряд актуальных исследований по проблеме правоприменительного усмотрения, проведенных В.Г. Антроповым, Л.Н. Берг, А.А. Березиным, Ю.В. Грачевой и др.

Современный интерес к усмотрению в праве обусловлен либерализацией отношений в обществе, повышением значения диспозитивных начал в сфере правового регулирования, ростом активности и инициативности граждан в экономической сфере, что неизбежно ведет к увеличению количества частноправовых отношений, требующих правового регулирования. Неопределенность же статуса усмотрения в правоприменительной деятельности, неоднозначное отношение к его использованию в правоприменительной практике, сложившееся вследствие длительного господства позитивистской доктрины, затрудняет применение данного инструмента, хотя возможность использования усмотрения в праве для эффективного правового регулирования общественных отношений при объективном подходе к нему не вызывает сомнений.

1. Шершеневич, Г.Ф. О чувстве законности. Публичная лекция, читанная 10 марта 1897 года профессором Казанского университета Г.Ф. Шершеневичем / Г.Ф. Шершеневич. Казань : Типолитография Император. ун-та, 1897. 28 с.

2. Шершеневич, Г.Ф. Общая теория права / Г.Ф. Шершеневич. М. : Изд. бр. Башмаковых, 1912. 806 с.

3. Покровский, И.А. Справедливость, усмотрение судьи и судебская опека. Дилеммы современного гражданского права в области договоров / И.А. Покровский. Киев : Тип. Имп. ун-та Св. Владимира, 1901. 26 с.

4. Покровский, И.А. Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения / И.А. Покровский. Киев : Изд. Е. Горской, 1905. 55 с.

5. Покровский, И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. Петроград : Изд. юрид. кн. склада «Право», 1917. 328 с.

6. Муромцев, С.А. Суд и закон в гражданском праве / С.А. Муромцев // Юрид. вестн. 1880. Кн. II. С. 377–393.

7. Гредескул, Н.А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права / Н.А. Гредескул. Харьков : Тип. Адольфа Дарре, 1900. 235 с.

Дата поступления в редакцию: 28.02.14

D.A. Voropaev, Advanced student of the Scientific-Pedagogical Faculty of the Academy of the MIA of the Republic of Belarus

FORMATION OF DOCTRINE OF DISCRETION IN LAW IN PRE-REVOLUTIONARY JURISPRUDENCE

The famous Russian scholars of jurisprudence S.A. Muromtsev, G.F. Shershenevich, I.A. Pokrovsky, N.A. Gredeskul have laid down the foundation for the doctrine of discretion in law in the Russian pre-revolutionary legal science but have not reached the concensus in understanding of the meaning of discretion in application of law. The scientists

also have not reached agreement in a potential use of discretion in activities of law enforcement officials. These issues were not resolved in the soviet and post-soviet legal science, the problems of discretion in law currently remain to be topical.

Keywords: discretion, application of law, justice.

УДК 340.1

А.В. Григорьев, преподаватель кафедры теории и истории государства и права Академии МВД Республики Беларусь.
(e-mail: grigor-alcx@mail.ru)

ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ: ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ

Рассматриваются научные точки зрения по теоретическим проблемам применения права, представленные в дореволюционной, советской и современной юридической литературе. Анализируется понятие «правоприменение» и его признаки. Подчеркивается, что причиной современных теоретических споров вокруг понятия «правоприменение», его признаков, содержания является использование учеными различных методологических подходов к их исследованию.

Ключевые слова: применение права, реализация права, признаки правоприменения, субъекты правоприменения.

В юридической литературе до сих пор не достигнуто единого понимания того, что представляет собой правоприменение, хотя указанная проблема не является новой. До сих пор продолжаются дискуссии относительно того, рассматривать ли правоприменение в качестве особой формы реализации права наряду с соблюдением, исполнением и использованием; какова связь между правоприменением и принуждением; допустимо ли отождествлять правоприменение и правоприменительную деятельность.

Дефиниции «применение права» и «правоприменительная деятельность» используются в современной юридической науке в значении конкретной деятельности органов государства, в том числе и органов внутренних дел. Несмотря на то что указанные термины активно используются и разрабатываются в юридической науке с середины XX в., следует отметить, что до настоящего времени единства мнений относительно их содержания не достигнуто. И это неудивительно, ведь еще в 1954 г. отдельные авторы вообще объявили словосочетание «правоприменительная деятельность» несостоятельным из-за «неудачных терминов» [1, с. 8]. В то же время анализ материалов дискуссии, развернувшейся на страницах журнала «Советское государство и право» в 1954–1955 гг., позволяет констатировать, что большинство авторов (А.М. Васильев, Д.А. Керимов, П.Е. Недбайло, М.Н. Хангалов) все же признали обоснованным и неоспоримым реальное существование деятельности, получившей название «правоприменительная деятельность». В результате указанной дискуссии ученые пришли к мнению, что «советское законодательство связывает обычно термин „применение“ с тем способом осуществления юридических норм, который характеризуется властными действиями компетентных государственных органов по отношению к другим государственным организациям, общественным организациям и гражданам» [2, с. 53]. Тем не менее относительно содержания термина «применение права» характерно было расхождение по многим принципиальным вопросам. Например, И.Е. Фарбер не находил различия между реализацией, осуществлением и применением правовых норм [3].

Полагаем, что указанное своеобразие, характерное для советского периода развития теоретико-правовой науки, можно объяснить спецификой исследования этой юридической категории в дореволюционной юридической науке. Использование термина «применение права» относится к концу XIX в., однако вопрос применения права был недостаточно разработан. Дело в том, что под реализацией права понималось осуществление или исполнение норм права, поэтому сами формы реализации права не получили достаточного уяснения по сравнению с современными представлениями.

Мы разделяем наиболее распространенную в юридической науке точку зрения, в соответствии с которой правоприменение представляет собой особую форму реализации права. Неравнозначность применения права с иными формами реализации права (соблюдение, испол-