

та забезпечення можливості відшкодування завданих державі збитків за рахунок реально діючих підприємств – замовників послуг з конвертації грошових коштів та мінімізації податкових зобов'язань.

Результатом цих дій буде забезпечення безперерійного і максимально повного надходження платежів до державної казни, що, сприятиме до стабільному економічному зростанню України та підвищенню добробуту її громадян. Але лише ретельно підготовлена, скоординована у просторі і часі діяльність оперативних і слідчих підрозділів податкової міліції у взаємодії з апаратом державної податкової служби України та іншими контролюючими органами сприятиме досягненню бажаного результату.

Стаття надійшла до редколегії 07.07.2010 р.

УДК 342.9.03:347.998.85

И.Н. Алексеева

**УСМОТРЕНИЕ В ПРОЦЕССЕ ДОКАЗЫВАНИЯ
ПО ДЕЛАМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ
ПРАВОНАРУШЕНИЯХ: ПОНЯТИЕ
И ХАРАКТЕРНЫЕ ОСОБЕННОСТИ**

Досліджуються особливості доказування в справах про адміністративні правопорушення; характеризується адміністративний розсуд як складова даної діяльності; здійснюється аналіз наукових підходів до вказаного феномену.

Ключеві слова: адміністративне правопорушення, адміністративний розсуд, процес доказування, застосування норм, аналогія закону, аналогія права.

Исследуются особенности доказывания по делам об административных правонарушениях; характеризуется административное усмотрение как составляющей данной деятельности; анализируются научные подходы к указанному феномену.

Ключевые слова: административные правонарушения, административное усмотрение, процесс доказывания, применение норм, аналогия закона, аналогия права.

Features process of proving on affairs about administrative offences are investigated; the administrative discretion as making given activity is characterized; scientific approaches to the specified phenomenon are analyzed.

Key words: administrative offences, the administrative discretion, the process of proof, application of norms, analogy of the law, analogy of the right.

"Усмотреть" - значит установить, обнаружить, признать [1, с. 826]. Вместе с тем сформулировать понятие "усмотрение" - задача отнюдь не

простая. В языке и науке термин "усмотрение" имеет более чем одно значение и, конечно, означает разные вещи в разных контекстах. Однако мы должны ответить на этот вопрос в спектре нашего исследования, потому что понятие административного усмотрения является центральным для понимания процесса доказывания по делам об административных правонарушениях.

С точки зрения В.Н. Дубовицкого, следует различать широкую и узкую трактовку понятия "усмотрение". В широком, общесоциальном, понимании усмотрение - это решение, мнение, заключение вообще. При таком подходе, по мнению автора, получается, что право "связано" усмотрением. Усмотрение в узкой трактовке "связано" правом [2, с. 49].

Б.М. Лазарев понимал усмотрение как волевою сторону соотношения целесообразности и законности [3, с. 92]. Другие авторы характеризовали его как определенную рамками законодательства известную степень свободы органа в правовом разрешении индивидуального конкретного дела, которая предоставляется в целях принятия оптимального решения по делу [4, с. 73-74].

Все приведенные характеристики исследуемого понятия разнообразны и достаточно абстрактны. Они не позволяют в полной мере выделить особенности усмотрения как междисциплинарной категории, более того, приблизить нас к формированию определения "административное усмотрение в процессе доказывания по делам об административных правонарушениях". Поэтому с целью обоснования своей позиции по характеристике исследуемого правового феномена, проанализируем более детально ряд концептуальных подходов к изучению проблематики усмотрения в праве и правоприменительной деятельности. И на основании данного анализа в заключении работы попытаемся выделить все то, что, на наш взгляд, применимо к пониманию административного усмотрения в процессе доказывания по делам об административных правонарушениях, а также сформулировать понятие последнего.

В первую очередь мы хотим обратить внимание на концептуальный подход К.И. Комиссарова, который исследовал сущность и содержание судебного усмотрения в гражданском процессе. Автор отмечал, что усмотрение - это предоставленное суду правомочие принимать, сообразуясь с конкретными условиями, такое решение по вопросам права, возможность которого вытекает из общих и лишь относительно определенных указаний закона.

По мнению ученого, указанный феномен существует в определенных формах. *Конкретизация субъективных прав и обязанностей* является первой его формой. Она представляет собой определенный способ применения особого рода правовых норм, которые можно было бы назвать

ситуаційними, поскільки їх діяння во багатому залежить од конкретної ситуації. В ряду випадків законодавець позбавлений можливості детально регламентувати правові відносини. Тому він, наскільки в стані, встановлює більш або менш загальну, всеохоплювальну норму, передбачає основне напрямлення регулювання, а точне визначення обсягу і змісту прав поручає суду.

В якості другої форми усмотрення К.И. Комиссаров виділяє *застосування норм факультативного характеру*. Він вважає, що поряд з основними нормами права існують факультативні, які не рівнозначні основним і пропонують зовсім інший порядок врегулювання спірного питання. Основна норма може застосовуватися для врегулювання будь-якого правовідношення, підпадаючого під її дію. Факультативна ж норма не має такої універсальності. Вона може діяти лише в тих випадках, коли правовідношення набуває визначеної специфіки, яка не виключає можливості застосування основної норми і в той же час відкриває можливість застосування факультативної норми. Вибір однієї з цих двох норм суд виробляє за своїм усмотренням, виходячи з того, який варіант він знайде в конкретному випадку більш доцільним.

Останньою, третьою формою усмотрення, за словами вченого, є *застосування аналогії закону і аналогії права*. Автор зауважує, що аналогія є аномальною, хоча і вимушеною формою застосування права по судовому усмотренню, поскільки вона викликається наявністю прогалин в праві, т.є. тим, що законодавець іноді залишає без уваги такі відносини, які вже існують, мають важливе значення і потребують правової регламентації. Але суть судового усмотрення, обумовленого прогалинами в праві, полягає не в усунуванні цих прогалин, коректуванні і вдосконаленні законодавства, а в розширенні сфери дії законів, розширенні області правового регулювання [5, с. 50-55].

Підводячи висновок до суджень К.И. Комиссарова можна відзначити, що в його науковому підході аналізована категорія пред'являється як особлива форма застосування норм права. Значення останньої визначається тим, що в випадку відсутності прямого, абсолютно визначеного нормативного вказання потрібно знайти з ряду передбачуваних законом таке рішення, яке найбільш точно відповідає ідеї законодавця. Однак таке визначення, на наш погляд, все-таки заслуговує визначеної коректування, поскільки характеризувати усмотрення як особливу форму застосування норм права можна лише за умови, що слову "особлива" не надається значення виключності.

Наступною концептуальною позицією по дослідженню феномену усмотрення є судження Аарона Бараки. В своїй книжці, яка

написана на основі изучения самої різнопланової судової практики і работ багатьох видаючихся юристів світа, А. Барак пише: "Для мене усмотрение – це повноваження, дане людині, яке володіє владою вибирати між двома і більше альтернативами, коли кожна з альтернатив законна". Далі йдуть оговорки, що судовий усмотрение по визначенню не є емоційним, ні умовним станом. Це, швидше, юридичне умовня, при якому суддя має право вибирати з ряду варіантів.

Автор зауважує, що ні про який усмотрение не може бути мови, коли вибір повинен вироблятися між законним актом і незаконним. Зона законних варіантів може бути вузькою, коли суддя вільно вибирати лише між двома альтернативами. Спектр законних варіантів може бути значущим, коли перед судьей багато альтернатив або їх комбінацій. В цьому сенсі слід розрізняти вузьке і широке усмотрение, хоча пізніше таке розрізнення вчений називає відносним [6, с. 12-15].

Специфіка поточної концепції складається в тому, що усмотрение аналізується тільки застосовно до діяльності судді і тільки в зв'язі з остаточним дозволенням справи. Такий підхід до визначення наукової категорії представляється обґрунтованим, але вимагає уточнення. А. Барак веде мову лише про один блок, що входить в достатньо широке явище. Було б невірним, на нашому думку, поняття "усмотрение" обмежувати тільки рамками, запропонованими автором. Навіть використовуваний при цьому спеціальний термін "судовий усмотрение" не зовсім точний в відношенні запропонованого наукового підходу. Правильно було б говорити про усмотрение судді.

Свої судження про досліджувану категорію висловлює і А.Б. Ярославський. Формулюючи поняття "усмотрение слідчого", автор зауважує, що ця дефініція може включати в себе як модель і елемент діяльності слідчого, так і широке правове явище. В силу цього автор говорить про оптимальний, безпосередній, довільний і інтуїтивний усмотрение, а в загальному вигляді характеризує його як відношення слідчого (думки, судження, погляди, оцінки) до характеру дозволяваної ситуації, обумовлене рядом його індивідуальних якостей і виражається в формі права волевого вибору рішення (дійствія) або часу прийняття рішення (здійснення дійствія) найбільш доцільного, з точки зору накопленого кримінально-процесуальної практикою досвіду застосування. Головна завдання усмотрения – досягнення завдань кримінального судопроизводства в тій або іншій конкретній слідствій ситуації [7].

Вважаємо можливим погодитися з думкою автора про те, що усмотрение є елементом діяльності визначеного застосування

теля. Более того, этот элемент отличается сложностью в применении, подчас неосознанностью его использования, опасностью склониться к произволу и по ряду других признаков. Кроме того, мы поддерживаем мнение ученого о том, что усмотрение является широким правовым явлением. Причем широта его, на наш взгляд, определяется несколькими критериями:

- во-первых, распространенностью применения усмотрения определенным должностным лицом в тех или иных правоотношениях;
- во-вторых, огромным количеством объективных и субъективных факторов, которые участвуют в выборе поведения правоприменителя;
- в-третьих, обширной сферой применения усмотрения.

Что касается самого определения усмотрения, предложенного А.Б. Ярославским, необходимо признать дискуссионными следующие моменты. Во-первых, если все-таки рассматривать усмотрение как отношение определенного правоприменителя (автор ведет речь о следователе) к характеру разрешаемой ситуации, то нельзя обуславливать такое отношение только наличием индивидуальных качеств у правоприменителя (жизненным и профессиональным опытом, общими и профессиональными знаниями, навыками, умениями, физическими и психическими особенностями его личности). Подобный подход представляется односторонним, с позиции философии – субъективистским. Он игнорирует действие объективных факторов (состояние правового регулирования, особенности конкретного жизненного случая и др.).

Во-вторых, целесообразность избираемого решения предлагается определять с точки зрения накопленного практикой опыта правоприменения. Такое утверждение далеко не бесспорно. При всем уважении к положительному практическому опыту (не будем же мы определять целесообразность исходя из негативного опыта работы, например, подразделений ГАИ), считаем возможным указать только на его второстепенную роль в решении этого вопроса. Первоочередными при определении целесообразности правового решения должны быть все-таки требования закона и общественная полезность.

Обратить внимание целесообразно и на концептуальный подход ученого-административиста Ю.П. Соловья. В своей диссертационной работе, посвященной вопросам применения усмотрения в административной деятельности милиции, автор отмечает, что существование последнего обусловлено объективными и субъективными причинами. К числу объективных он относит исключительно сложный характер объекта управленческой деятельности (поведение людей), а также тесную связь между ее осуществлением и многочисленными внешними условиями. Среди субъективных причин ученым выделяются факторы, зависящие от воли законодателя: недоработки при формулировании правовых норм, неоперативность законодателя и т.п.

Ю.П. Соловей также говорит о том, что реализация усмотрения протекает в двух формах – реактивной и инициативной. Первая форма предполагает такие ситуации, в которых законодательство заранее обязывает действовать, требует немедленной правовой реакции, но решение вопроса о способе действия оставляет за правоприменителем. Инициативная же форма характеризуется тем, что необходимость применения соответствующих норм окончательно определяется не законодателем, а субъектом правоприменения. В заключении своих рассуждений автор приходит к выводу, что под административным усмотрением следует понимать оценку фактических обстоятельств дела, основания (критерии) которой не закреплены в правовых нормах достаточно полно или конкретно и которая производится органом (должностным лицом) при выборе оптимального варианта решения конкретного управленческого вопроса в пределах, допускаемых нормативными актами [8].

Характеризуя указанный концептуальный подход, нам хотелось бы развить мысль Ю.П. Соловья по поводу высказанного им суждения о возможности существования административного усмотрения в силу недостаточной конкретности или полноты нормативного закрепления. Считаем необходимым отметить, что с позиции законодателя, административное усмотрение может быть "запланированным", т.е. когда законодателем специально создается определенное пространство, в рамках которого правоприменитель может действовать самостоятельно с учетом обстоятельств дела и иных факторов (как правовых, так и не правовых). Административное усмотрение может быть и "стихийным", вынужденным. Это имеет место в тех случаях, когда законодателем допущены недоработки в формулировании правовых норм, пробелы. Правоприменитель, соотнося в таких ситуациях свои действия и решения с духом закона, также пользуется административным усмотрением. Причем такое усмотрение, по нашему мнению, нельзя считать не основанным на законе. У законодателя всегда есть возможность путем, например, установления запретов, создания новых правовых предписаний скорректировать ситуацию. Если этого не сделано, даже по причине неоперативности, есть возможность утверждать, что законодатель не возражает против такого административного усмотрения.

Подытоживая результаты проведенного анализа можно теперь в обобщенном виде выделить и характерные особенности и для административного усмотрения, которое существует в процессе доказывания по делам об административных правонарушениях:

1) административное усмотрение – правовая категория и как явление достаточно распространенное в процессе доказывания по делам об административных правонарушениях;

2) оно предполагает выбор правоприменителем своего поведения из ряда (двух и более) альтернатив;

3) возможность выбора может быть прямо предписана законодателем или вытекать из смысла закона, либо возникать из-за недостаточной конкретности или полноты нормативного закрепления;

4) каждая из рассматриваемых правоприменителем в ходе формирования административного усмотрения альтернатив должна быть законна;

5) осуществление выбора возможно только в рамках полномочий, установленных для должностного лица применительно к конкретному процессу доказывания по делам об административных правонарушениях;

6) оно осуществляется под воздействием как объективных, так и субъективных факторов;

7) использование административного усмотрения в процессе доказывания по делам об административных правонарушениях не должно посягать на права и законные интересы участников административно-процессуальных отношений;

8) правоприменитель его должен использовать с целью наиболее эффективного, целесообразного применения административно-процессуальных норм для быстрого, полного и объективного разрешения дела об административном проступке, изобличения виновных в его совершении лиц;

9) правоприменительный акт, принятый на основе административного усмотрения, должен преследовать ту цель, для достижения которой законодатель дал правоприменителю правомочие действовать по административному усмотрению, а также должен содержать в себе мотивы, побудившие правоприменителя воспользоваться правом административного усмотрения.

Если консолидировать указанные признаки в одном определении, то под административным усмотрением в процессе доказывания по делам об административных правонарушениях следует понимать мотивированный выбор правоприменителя в пределах своих полномочий из ряда альтернатив (каждая из которых законна) варианта поведения (решения), отвечающий конкретным задачам и условиям разрешения дела об административном проступке.

В заключении отметим, что использование административного усмотрения в процессе доказывания по делам об административных правонарушениях дает правоприменителю возможность учесть все особенности конкретных ситуаций, а также ряд моментов, не нашедших отражения в законе. Однако не следует забывать и о том, что возможность использования административного усмотрения может обладать и негативными свойствами. Пробелы в административно-деликтном законода-

тельство Украины, недостаточная определенность и многозначность отдельных нормативных предписаний, допускающих выбор поведения, а также, как правило, отсутствие в законе указаний на то, как их следует понимать, существенно осложняет процесс реализации административно-правовых норм. Правоприменяющему субъекту приходится не просто прилагать готовое общее положение к частному случаю, а, исследуя этот случай, решать вопрос о его содержании. Поэтому широкий объем использования административного усмотрения в процессе доказывания по делам об административных правонарушениях может нарушать стабильность и единообразие практики применения законодательства, а также приводить к практическим ошибкам. В связи с этим необходимо достаточно четко законодателю устанавливать нормативные границы, в рамках которых правоприменитель сможет осуществлять выбор своего поведения в процессе доказывания по делам об административных правонарушениях.

Использованная литература:

1. Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М.: Советская энциклопедия, 1970. – 900 с.
2. Дубовицкий В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. – Минск: Наука и техника, 1984. – 141 с.
3. Лазарев Б.М. Компетенция органов управления. – М.: Юрид. лит., 1972. – 280 с.
4. Корнев А.П. Нормы административного права и их применение. – М.: Юрид. лит., 1978. – 141 с.
5. Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. – 1969. – № 4. – С. 49-56.
6. Барак Аарон. Судейское усмотрение. Перевод с английского. – М.: Издательство НОРМА, 1999. – 376 с.
7. Ярославский А.Б. Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2000. – 21 с.
8. Соловей Ю.П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – М., 1982. – 22 с.

Стаття надійшла до редакції 26.04.2010 р.