УДК 340.12
ББК 67.0

СТРУКТУРА ДИСКРЕЦИОННОГО ПОВЕДЕНИЯ

ИВАН АНДРЕЕВИЧ ЗАХАРОВ,
адъюнкт ФПНПиНК по кафедре теории государства и права
Московского Уеniверситета МВД России имени В. Я. Кикотя
E-mail: zakharoffivan@rambler.ru
Научная специальность 12.00.01 — теория и история права и государства; история учений о праве и государстве

Citation-индекс в электронной библиотеке НИИОН

Аннотация. Исследование феномена дискреционности в правовом регулировании не может быть полноценным без рассмотрения его структуры. Автор сформулировал своё видение проблемы правового усмотрения посредством структурного разделения дискреционного поведения на мотивационную и содержательную составляющие и пришёл к выводу, что именно дисфункция любого из данных элементов стимулирует процесс императивного юридического нормирования.
Ключевые слова: дискреционность в праве, дискреция в праве, дискреционное поведение, содержание дискреции, структура дискреционного поведения, собственное усмотрение, правовое усмотрение.

Annotation. The study of the discretion phenomenon in legal controlling is not of full value without analysis structure. The author has considered the structure of discretionary behavior and he thinks what it consists of two elements: the motivational element and the algorithmic element. Dysfunction of any element of discretionary behavior stimulates the legislative process.
Keywords: legal discretion, discretion, discretionary behavior, judicial discretion, law discretion.

Структура социальной активности, подчинённой нормативной системе, представляет собой связь регулятора, содержащегося в сознании, и поведения как его результата. Иными словами, субъект действует, исходя из внутренних соображений, совершенство или несовершенство которых усматривается при наблюдении за его социальной активностью. Поэтому структура внешне выраженного в данном случае есть вторичный продукт по отношению к внутреннему, которое, в свою очередь, является его детерминантой. По этой причине приоритетным в рамках исследования дискреционного поведения становится выявление его внутренней структуры, содержащейся в человеческой психике.

Анализируя нормативное поведение (в том числе дискреционное), можно говорить о двух основных его составляющих: мотивационной и содержательной. Первая представляет собой побудитель, то есть некий психический механизм, способствующий действиям субъекта. Вторая, в свою очередь, тактически или методически предопределяет специфику этих действий. При этом помимо вышеуказанного разделения важно дифференцировать поведение на индифферентное стороннему интересу и сталкивающееся со сторонним интересом. Первое не нуждается в юридическом регулировании и не является проблемой права, так как касается лишь одного субъекта, деятельность которого остаётся вне зоны социального взаимодействия. Второе представляет собой феномен, способствующий формированию и развитию правоотношений и права как их регулятора. Именно второй тип поведения охватывается как формальным юридическим регулированием, так и прочим нормативным регулированием, в сфере действия которого складывается дискреционное поведение, рождающее проблему собственного усмотрения как проблему теоретико-правового исследования.

Мотивационная составляющая поведения, осуществляемого внутри сферы столкновения интересов, является специфической императивной силой, движущей субъекта либо к социально приемлемой активности, либо к антисоциальным действиям. В традиционных обществах подобным двигателем являлись убеждения религиозно-магического типа. Например, для христиан страх оказаться после смерти в Аду был стимулом при соблюдении заповедей. В восточных религиозных течениях представления о карме и сансаре аналогичным образом способствовали соблюдению социальных норм. В то же время одобряемое обществом поведение могло поощряться обещаниями вечного блаженства в загробном мире. Позже вместе с усложнением и развитием экономических отношений значимое место занял мотив сохранения деловой репутации, когда контрагент, вступая в договорные отношения, рекомендовал себя своими же поступками

как добросовестное или недобросовестное лицо. Так, нуждаясь в постоянном притоке клиентов, кузнец не мог зарекомендовать себя как плохой ремесленник, ведь такое положение дел могло привести к утрате им средств к существованию. Таким же образом рабочий завода не хотел подвергать себя риску быть уволенным и поэтому трудился добросовестно.

На сегодняшний день мотивационная составляющая дискреционного поведения предстаёт как сложное полидетерминированное явление, вбирающее в себя множество параллельно сосуществующих стимулов. Среди них помимо описанных нами прослеживаются идеологические, культурные, биологические и иные стимулы. Так, частный предприниматель может соблюдать санитарные нормы в своём магазине по ряду причин, не связанных с требованиями законодательства, среди которых можно найти желание сохранить репутацию у потребителя, желание получить конкурентное преимущество перед другим предпринимателем, потребность делать мир лучше, иррациональное чувство сохранения «чистой совести», религиозные или идеологические убеждения и т.д.

Как мы видим, в рамках правоотношений наряду с предусмотренным позитивным правом принуждением на поведение субъектов оказывает влияние множество других факторов, составляющих мотивационный элемент дискреционного поведения. При этом необходимо заметить, что возникновение императивного юридического запрета на какое-либо действие или бездействие нивелирует усмотрение, не смотря на то, что вся описанная нами система стимулов может продолжать существовать (как в нашем последнем примере).

Не менее важно указать на обратный эффект, который могут оказывать рассматриваемые нами дискреционные стимулы. Так, традиция может толкать субъектов к «неправильному» с точки зрения позитивного права поведению. Например, исторически сложившая в российском государстве коррупционная ситуация[1] приводит к негативным проявлениям феномена дискреционности, поэтому всякое усмотрение должностного лица законодатель стремится нивелировать посредством юридических запретов и ограничений. С другой стороны, при конкуренции неюридических и юридических стимулов начинает обнаруживаться ограниченность позитивно-правового потенциала в борьбе с «нежелательным» поведением.

В теории права существует общее понятие, объединяющее множество оснований для обязательной силы права, то есть тех же стимулов, которые заставляют социальную общность соблюдать нормы права (в том числе не подкреплённые государственным принуждением). Этим понятием является «нормативный факт», широко используемый Л.И. Петражицким[2] и Г.Д. Гурвичем[3] в своих научных исследованиях. Данное понятие могло бы послужить фундаментом для структурной характеристики мотивационной составляющей дискреционности, но на наш взгляд не может стать таковым, так как объясняет её лишь в части собственно правовых стимулов. В то же время многообразие побудителей дискреционного поведения выходит за рамки правовой жизни, разворачиваясь в сфере морали, религии, экономики и многих других областях общественной жизни. По большому счёту, пространство для исследования дискреционной мотивации настолько широко, что могло бы послужить отдельной темой для комплексного междисциплинарного исследования с привлечением специалистов в области культурологии, теории права и государства, социологии, экономики, психологии, менеджмента и антропологии.

Систематизировать многообразие стимулов мотивационной составляющей дискреционного поведения можно при помощи различных теорий, в том числе и неправовых. В качестве примеров приведём несколько положений различных теорий, которые по своему потенциалу могут разрешить проблему собственного усмотрения в рассматриваемой нами части.

Психологическая теория права Л. И. Петражицкого содержит в себе такие понятия, как импульсии и репульсии, то есть правовые переживания, связанные с желанием активных действий и желанием воздержаться от таковых. Мы аналогичным образом можем сказать, что стимулы мотивационной составляющей дискреционного поведения могут быть:

- импульсивного характера (работник добровольно остаётся после окончания рабочего дня, так как хочет повышения по службе).
- репульсивного характера (работодатель не увольняет подчинённого за нарушение трудового договора, зная, что у него тяжёлая семейная ситуация).

Аналогичным образом дискреционную мотивацию можно разложить на потребности, сформулированные в пирамиде Абрахама Маслоу[4], выделив стимулы:

- физиологического характера (человек добросовестно работает, чтобы не остаться без средств к существованию).
- безопасности (человек запирается в квартире на ночь на замок, чтобы предотвратить возможную кражу или нападение).
- принадлежности (человек обзаводётся семьёй без формальной обязанности это сделать).
- уважения и признания (рабочий будет перевыполнять план на производстве, чтобы добиться уважения среди коллег).
- самоактуализации (преданный делу следователь будет читать научно-методическую литературу по криминалистике и развиваться в рамках своей профессии).

Интересной по своему потенциалу теорией в рамках исследования дискреционности может стать теория X и теория Y Дугласа МакГрегора[5], в соответствии с которой есть две полярные друг другу предпосылки, конструирующие мотивацию работника. Теория X говорит о презумпции ленивого безынициативного сотрудника, которого нужно постоянно стимулировать принуждением. Теория Y, в свою очередь, видит работ-

ника как личность, стремящуюся к профессиональному росту, адекватно смотрящую на трудовой процесс. Проецируя обе теории на проблему дискреционности в праве, мы можем говорить о совершенно разных подходах к определению степени усмотрения. В случае с теорией X мы должны максимально снизить дискреционность, попытавшись расписать весь алгоритм труда с ответственностью за его несоблюдение. В случае с теорией Y мы должны ориентироваться на интересы работника, оставляя ему пространство для автономности, в пределах которой он сможет продемонстрировать свои профессиональные качества.

Так или иначе, всё многообразие теорий, которые мы можем спроецировать на мотивационную составляющую дискреционного поведения, не помещается в рамки теоретико-правового исследования. В данном случае мы можем лишь указать направление, по которому пойдут исследователи других областей социально-гуманитарного знания.

Подводя промежуточный итог, отметим, что мотивационная составляющая дискреционного поведения состоит из множества стимулов, оказывающих качественное влияние на состояние правовой жизни. Она есть система импульсий и репульсий, определяющих специфику дискреционного поведения, то есть стремлений субъекта к определённым (желательным или нежелательным с позиций права) целям, а также воздержания его от совершения определённых действий.

Вторым структурным элементом дискреционного поведения является (как мы установили выше) содержательная составляющая. Она представляет собой частично или полностью стандартизированную последовательность действий субъекта, складывающихся в социальной среде. При этом важно отметить, что данный элемент как явление действительности формируется на основании представлений субъекта, в сознании которого существует образ будущей дискреционной активности. И именно проблема формирования и дальнейшего существования этого идеального образа на наш взгляд имеет ключевое значение.

В коллективном и индивидуальном сознании находится множество слабо или сильно рационализированных шаблонов, по которым живёт каждый человек. Одни из них практически не обладают структурой, имея лишь стимул, содержательно оформленный как цель или мотив, другие, напротив, содержательно сложны и включают в себя объёмные поведенческие схемы. Так, ребёнок, желая получить игрушку, не имеет представления о том, какую последовательность действий нужно совершить. Его естественной реакцией становится состояние сильной взволнованности, сопровождающееся плачем. Впоследствии родитель реагирует на это и покупает ребёнку игрушку, а у него формируется первая примитивная схема достижения цели. Иными словами, субъект общественных отношений на основе собственного опыта конструирует поведенческий шаблон, мотивированный любопытством. Напротив, опытный квалифицированный психиатр, сталкиваясь с пациентом, у которого обострился маниакально-депрессивный психоз, держит в голове множество вариантов потенциального поведения, корректируя схему в процессе контакта с больным. При этом в данной ситуации у него нет времени на формирование шаблона исключительно через врачебную практику, так как это может привести к неблагоприятным последствиям.

Вышеуказанные примеры хорошо демонстрируют две полярных ситуации простого и сложного содержания в структуре поведения. Аналогичным образом все закономерности, которые можно было усмотреть выше, мы найдём в содержательной составляющей дискреционного поведения, так как последнее является частным по отношению к общему, т.е. поведению вообще. В обоих случаях мы увидим тенденцию усложнения и универсализации содержательных моделей в процессе накопления опыта, и это очень важно при исследовании данного структурного элемента.

Теперь, когда мы обозначили качественную дифференцированность структурных моделей дискреционного поведения, необходимо выявить её детерминанты. В общих чертах мы можем говорить о двух предопределяющих эти модели факторах:

- объёме опыта (эмпирический фактор);
- уровне мышления субъекта (интеллектуальный фактор).

Как мы видим, содержательная составляющая дискреционного поведения преимущественно предопределяется когнитивными процессами субъекта, в которые входят познавательные способности головного мозга и объём познанного.

Очевидно, что субъект и его познание в чистом виде есть лишь «голая» формально-логическая конструкция. Так или иначе, действительность в процессе её восприятия даёт эмпирический материал не одному абстрактному субъекту, а множеству взаимодействующих между собой субъектов, делящихся им в процессе социального взаимодействия. Поэтому, более конкретно анализируя детерминанту опыта, нам важно выделить собственный опыт отдельного субъекта и коллективный опыт социальной общности. При этом достаточно сложно и во многом нерационально в данной ситуации поочерёдно рассматривать обе детерминанты, так как чужой опыт достигает разума индивида только после процесса интеллектуальной обработки информации другим субъектом.

Применительно к праву, вышеуказанные закономерности предопределяют как объём правового регулирования, так и пределы дискреционности. Оценка способности субъекта правоотношений достигать удовлетворения предусмотренного законом интереса, по сути, в части содержания может производиться именно при анализе эмпирического и интеллектуального факторов.

Приведём ряд примеров. В многообразии правовой жизни существуют отношения, при которых несколько субъектов или все таковые, не обладая достаточно

объёмной единообразной системой поведенческих моделей, будут не способны достигать юридически значимой цели, даже если мотивационная составляющая их поведения функционирует без применения государственного принуждения. Так, общность добросовестно настроенных граждан оперативно не сможет взять на себя функции образовательного учреждения. Поэтому при помощи систематизированного учёными-педагогами опыта прошлых поколений разработана система образования, предъявляющая требования к порядку функционирования такой организации. Например, обязанность иметь высшее или среднее профессиональное образование для лица, занимающегося педагогической деятельностью[6]. В качестве другого примера можно привести ситуацию, в которой дискреционность также будет снижена, но уже в силу вероятности наступления более тяжких последствий. Таким примером является факт значительного лишения возможности действовать по собственному усмотрению участников дорожного движения. Очевидно, что формирование поведенческих моделей на основе собственного опыта в данном случае должно быть минимальным, так как многие самостоятельные решения могут привести к тяжелым травмам или гибели людей.

Но анализ детерминант содержательной составляющей дискреционного поведения может также привести к выводам о необходимости расширения сферы усмотрения или сохранения её достаточно широкой. Здесь важно отметить два обстоятельства, говорящие в пользу вышеуказанного утверждения: это важность сохранения разумных пределов императивности правового регулирования и непрерывность процесса получения опыта.

Аргументацию здесь необходимо начать с парадигмы уникальности каждого вновь возникающего явления действительности. Считаем, что можно согласиться с тем, что в природе не встречается два идентичных объекта. Каждый из них имеет индивидуальные признаки, а группируются они на основании общих. Таким же свойством обладает и правовая жизнь во всём многообразии её проявлений. Мы как бы выхватываем из реальности общее и группируем на его основе вещи, явления, процессы и т.д. Из этой посылки имплицируем следствие, выраженное в факте уникальности каждого отдельно взятого отношения в правовой жизни, объединённого с другими такими при помощи мысленного схватывания общих черт. В соответствии с этой логикой поведенческая модель образуется как результат индуктивных процессов сознания включённых в правоотношения субъектов. Но опыт не прекращается, а отношения эволюционируют, преобразуя модели в процессе социально-правовой адаптации.

Рассуждения такого характера ведут нас к утверждению идеи ограничения пределов правового регулирования наиболее статичными элементами структуры различных типов социального взаимодействия, представляющими наибольшую важность в процессе достижения юридически значимых целей, а также к утверждению о неэффективности жёсткого нормирования достаточно динамичных элементов такового. Так, множество складывающихся правовых ситуаций может требовать сиюминутного формирования алгоритма поведения, поэтому юридическое нормирование в данном случае может не только понизить эффективность при удовлетворении интереса, но и вовсе этому воспрепятствовать. С другой стороны, для достижения цели часто нужно выбирать один из многих возможных вариантов, постоянно корректируя поведенческую модель в соответствии с изменениями среды. Соответственно, и здесь жёсткий регламент будет мешать стремлениям субъекта.

Определив детерминанты содержательной составляющей дискреционного поведения, перейдём к исследованию того, как, где и в какой форме это содержание представлено в современном обществе.

Очевидно, что в первую очередь содержательная составляющая дискреционного поведения (как и мотивационная) находится в индивидуальном сознании. В дальнейшем она запечатлевается в действительности и передаётся от субъекта к субъекту правоотношений. Эта передача происходит при помощи различных форм коммуникации, которые, в свою очередь, формируют внешне выраженный массив исследуемого нами элемента. Так, к носителям содержательных моделей дискреционного поведения можно отнести:

- обычаи, находящие своё отражение непосредственно в отношениях, в актах вербальной коммуникации, а также в фиксации на каких-либо материальных носителях.
- технические приёмы, тактики и методики, помимо отношений выражающиеся в виде учебных пособий, методических рекомендаций, наставлений и т.д.
- ритуалы.
- нравственность
- этикет.
- диспозитивные нормы позитивного права.

Перечень, приведённый нами выше, достаточно трудно сформулировать полностью, а также чётко отграничить каждый элемент друг от друга в силу неоднозначности содержания многих систем, составляющих содержательный элемент дискреционности. Так, этикет отчасти можно переплести как с ритуалом, так и с обычаем, а нравственность, в свою очередь, с социальным правом, представленным большим массивом правовых обычаев, когда последние во многом могут иметь ритуальный характер. Поэтому мы можем лишь обозначить принцип, по которому объединяем все вышеназванные системы поведения: содержательная составляющая дискреционного поведения включает в себя всё многообразие нормативных систем социального поведения, за исключением юридически оформленных императивных норм. Для теоретико-правовой науки это важно, в первую очередь, потому, что только через оценку эффективности вышеназванных регу-

ляторов мы можем качественно регулировать общественные отношения при помощи формальных юридических императивов.

Литература

1. Нормативные правовые акты:
2. Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об образовании в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 04.07.2016) // «Российская газета», № 303, 31.12.2012.

Научная литература

1. Гарашко А.Ю. Некоторые аспекты противодействия экстремизму как одной из угроз криминальной безопасности России // В сборнике: Современные тенденции развития государства и права России. Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции (30-31 марта 2010 г.). Московский университет МВД России, Тамбовский филиал. Тамбов. 2010. С. 18-21.
2. Гарашко А.Ю. Особенности системных свойств источников права. Монография. LAP Lambert Academic Publishing. Saarbrücken, 2013. С. 15-19.
3. Гарашко А.Ю. Системно-структурный анализ источников права // В сборнике: Социально-гуманитарные и юридические науки: современные тренды в изменяющемся мире. Сборник материалов II Международной заочной научно-практической конференции (06 июня 2011 г.). Краснодар, Пресс-имидж. 2011. С. 301-304.
4. Гурвич Г. Д. Философия и социология права: избранные сочинения / Пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной. — СПб.: Издательский дом СПбГУ, Издательство юридического факультета, 2004.
5. Клименко А.И. Идеолого-политические основания гражданского общества как правового феномена: к вопросу о гражданском обществе в современных политических структурах западного типа // Пространство и время. — 2015. № 1-2. С. 18-23.
6. Клименко А.И. Правовое и политическое сознание. Различия и взаимосвязь. // Закон и право. 2004. № 8. С. 55-59.
7. Клименко А.И. Либерализация политически организованного общества как функция правовой идеологии. // История государства и права. 2010. № 6 С. 38-42.
8. Клименко А.И. Идеологическая функция государства. Исторические и культурные особенности ее осуществления. // Закон и право. 2004. № 5. С. 11-13.
9. Литвяк Л. Г., Плыгунов К. А., Катасонов А. В. Коррупция в России: история и современность // ИСОМ. 2015. №4. С. 35-39.
10. Малахов В. П. Правовая политика и правопорядок. Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации. Монография / Варламова Н.В., Лапаева В.В., Лукашева Е.А., Малахов В.П., и др.; Под ред.: Соколова Н.С. — М.: Изд-во РУДН, 2006.
11. Малахов В. П. Философия права. Идеи и предположения / В. П. Малахов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2008.
12. Мамонтов А.Г. Административно-политический фактор в системе правосудия // Вестник Московского университета МВД России. 2011. № 12. С. 120-126.
13. Мамонтов А.Г., Гаджинова Ф.М. Принципы системного подхода в исследованиях источников права // Вестник Московского университета МВД России. 2005. № 1. С. 9-14.
14. Малахов В.П., Мамонтов А.Г., Дубинина Е.Н., Зыкова С.В., Недобежкин С.В. История политических и правовых учений. Учебное пособие для слушателей, обучающихся по специальности «Юриспруденция» (квалификация «магистр»). Москва, 2013.
15. Маслоу А. Мотивация и личность / пер. А. М. Татлыбаевой; терминологическая правка В. Данченка. — К.: PSYLIB, 2004.
16. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — Серия «Мир культуры, истории и философии». — СПб.: Издательство «Лань», 2000.
17. Douglas McGregor Human Side Of Enterprise // Management Review. № 11. 1957. 41-49 pp.
18. Dworkin R. Taking Rights Seriously, Harvard University Press. — 1977.
19. Hart H. L. A. The Concept of Law, Oxford University Press (second edition). — 1994.

---

[1] Литвяк Л. Г., Плыгунов К. А., Катасонов А. В. Коррупция в России: история и современность // ИСОМ. 2015. №4. С. 35-39.

[2] См. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – Серия «Мир культуры, истории и философии». – СПб.: Издательство «Лань», 2000. С. 154, 273, 384, 415.

[3] См. Гурвич Г. Д. Философия и социология права: избранные сочинения / Пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной. – СПб.: Издательский дом СПбГУ, Издательство юридического факультета, 2004. С. 158-176.

[4] Маслоу А. Мотивация и личность / пер. А. М. Татлыбаевой; терминологическая правка В. Данченка. К.: PSYLIB, 2004. — Гл. 4.

[5] Douglas McGregor Human Side Of Enterprise // Management Review. № 11. 1957. 41-49 pp.

[6] Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об образовании в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 04.07.2016). Ч. 1 Ст. 46. // «Российская газета», № 303, 31.12.2012.