

---

# ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

---

УДК 342.56

ББК 67.7

DOI 10.22394/1682-2358-2022-3-24-33

**P.A. Zelensky**, Candidate of Sciences (Law), Docent of the Theory of Law Department, Povolzhsky Institute of Management named after P.A. Stolypin, Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration

**V.E. Khabulin**, Candidate of Sciences (Law), Docent of the Theory of Law Department, Povolzhsky Institute of Management named after P.A. Stolypin, Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration

## DISCRETION IN THE ACTIVITIES OF NON-STATE LAW ENFORCEMENT AGENCIES

Problems of law enforcement discretion in the activities of non-state law enforcement agencies are analyzed. The authors come to the conclusion about the increasing role of non-state actors in law enforcement and specific manifestations of discretion in this activity that require further comprehensive research.

*Key words and word-combinations:* discretion, law enforcement, non-state law enforcement agencies.

**П.А. Зеленский**, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права Поволжского института управления имени П.А. Столыпина — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (email: selenskiy\_pavel@mail.ru)

**В.Е. Халиулин**, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права Поволжского института управления имени П.А. Столыпина — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (email: vkhabulin@yandex.ru)

## УСМОТРЕНИЕ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НЕГОСУДАРСТВЕННЫХ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ

*Аннотация.* Анализируются проблемы правоприменительного усмотрения в деятельности негосударственных правоохранительных органов. Авторы приходят к выводу о возрастающей роли негосударственных субъектов правоохранительной деятельности и специфических проявлениях усмотрения в этой деятельности, требующих дальнейшего комплексного исследования.

*Ключевые слова и словосочетания:* усмотрение, правоохранительная деятельность, негосударственные правоохранительные органы.

Проблема усмотрения в правоохранительной деятельности является

одной из наиболее острых, дискуссионных в юридической практике. Сложность, многоплановость и разнообразие жизни с неизбежностью сталкиваются с общей, достаточно неопределенной в ряде моментов нормой права. Абстрактный характер правовых норм предполагает необходимость их приспособления к каждой конкретной ситуации в процессе правоприменения.

Суть усмотрения — нахождение наиболее точно и полно соответствующего «духу» закона, его целям и задачам решения в условиях отсутствия прямого указания закона. Конечно, правоохранительный орган, правоприменитель не создают норму права, не придумывают новый вариант поведения. Их деятельность строго подзаконна и не может выйти за рамки как норм закона, так и собственных полномочий, компетенции в целом. В этом проявляется квалификация правоприменителя — нахождение баланса целей и задач государственного органа, его должностного лица, законодательства.

Деятельность любого правоохранительного органа всегда предопределяется рядом целей и задач. Но в процессе обеспечения законности и правопорядка вероятно появление неожиданных ситуаций. Правоохранительные органы находятся ближе других к юридической реальности во всем множестве ее проявлений, поэтому усмотрение для них граничит с нарушением нормы права, прав и свобод человека и гражданина, движением против целей и задач как самого государственного органа, должностного лица, так и соответствующего закона. Соответственно, наиболее актуальной проблемой для данного вида деятельности является четкое понимание границ, пределов усмотрения. От ее решения зависит то, насколько это усмотрение будет адекватно. Любой сотрудник должен предельно четко понимать и осознавать как цели и задачи, решаемые им в конкретный момент, так и действия, которые он может и должен совершить в конкретной ситуации. При усмотрении весьма высока вероятность выхода за такие рамки и, соответственно, вероятность совершения таких правонарушений, как злоупотребление правом, превышение пределов усмотрения, выход за компетенции, коррупция.

Классический подход предполагает выделение конкретных форм (видов) усмотрения, допустимых законодательством — например, возможности использования альтернативных и факультативных правовых норм, конкретизации норм права, аналогии закона и права [1, с. 321—322]. Современные ученые предлагают расширить данный перечень. Так, А.А. Никитин рассматривает пределы правового усмотрения как правовые, морально-правовые и внеправовые (экономические, политические, социальные и др.) границы, в рамках которых допускается

дискреция [2, с. 62–74]. В самом общем виде к таким пределам он относит законность и правопорядок в целом, принципы права, цели закона, перечни (закрытые и открытые), коллизионные нормы, компетенции, правоположения (наиболее оптимальные алгоритмы поведения, разрешения конкретных неопределенных ситуаций, формируемые в ходе практической юридической деятельности, юридической практики [3, с. 500]).

Особую актуальность данные вопросы приобретают в свете того, что правоохранительной деятельностью по российскому законодательству могут заниматься не только государственные органы, но и некоторые виды негосударственных организаций [4, с. 175]), особенно если рассматривать как правоохранительную и правообеспечительную деятельность, например, работу нотариата, частных детективных агентств, частных охранных организаций и т.п. Многим из этих субъектов государство делегировало возможность осуществлять властные, правоохранительные полномочия, при этом объем их полномочий не совпадает с органами государственной власти. Это вполне логично ведет к необходимости классификации таких субъектов, как минимум, на государственные правоохранительные органы и негосударственные.

Большинство правоохранительных органов, будучи встроенными в систему органов государственной власти (находящихся в ведомстве МВД, Минюста, Росгвардии и др.), относятся к числу государственных. Вместе с тем с развитием гражданского общества растет и число негосударственных правоохранительных структур. Как справедливо отмечает Е.В. Лебедева, «чем выше степень развития гражданского общества, тем большее участие в реализации функций государства, особенно правоохранительной, осуществляют его институты» [5, с. 3].

Проведя анализ существующих подходов к классификации негосударственных организаций по вопросу исследования, считаем наиболее оптимальным подход А.И. Полякова, полностью согласующийся с нормами действующего законодательства. По его мнению, все организации, принимающие активное участие в осуществлении правоохранительной деятельности, можно разделить на две большие группы: во-первых, это субъекты, имеющие полномочия осуществлять правоохранительную деятельность, а во-вторых — субъекты, реализующие правоохранительные функции.

К первому виду относят следующие организации: а) осуществляющие непосредственно борьбу с преступностью; б) обеспечивающие поддержание общественного порядка; в) проводящие активную профилактику правонарушений. К таковым относятся частные детективные и охранные негосударственные организации, которым действующее

законодательство фактически не просто делегирует право осуществлять правоприменение, но они специально создаются для этого (например, для оказания охранных услуг), получают соответствующие лицензии и осуществление данных полномочий становится их основным видом деятельности.

Вторая разновидность негосударственных организаций не создается специально для осуществления правоохранительной (правоприменительной) деятельности, но тем не менее фактически ее осуществляет. Это те субъекты, которые имеют отдельные правоприменительные полномочия — негосударственные экспертные учреждения, адвокатура, нотариусы, третейские суды, медиаторы и т.п. [6, с. 25–26].

В деятельности большинства указанных органов и общественных институтов в большей или меньшей степени возможны проявления усмотрения в ходе реализации ими полномочий в правоохранительной сфере. Так, достаточно широкими полномочиями, предполагающими использование правоприменительного усмотрения в своей деятельности, наделены сотрудники частных охранных организаций. С начала 2000-х годов число таких структур увеличилось более чем вдвое: «На начало 2017 г. в стране было зарегистрировано около 22,6 тыс. частных охранных организаций, 74 охранных холдингов и ассоциаций, в которых работало 719 тыс. лицензированных охранников (что сопоставимо с общей численностью сотрудников полиции) и около 2 тыс. частных детективов. Под охраной негосударственных охранных организаций находилось более 895 тыс. объектов различных форм собственности» [7]. В 2020 г. в связи с пандемией коронавируса и спадом в экономике страны количество охранных услуг сократилась почти на 5,5%, но эксперты прогнозируют уже в ближайшие год-два увеличение масштабов охрannого бизнеса [8]. Между тем рост количества таких негосударственных структур в сфере охраны и сыска сопровождается увеличением числа правонарушений, связанных с превышением полномочий со стороны частных детективов и охранников.

Как правило, это связано с тем, что осуществление правоохранительной деятельности требует определенных властно-распорядительных предпосылок: необходим доступ к охраняемой законодательством информации (например, различным видам тайн, оперативной информации); не менее значимо и право использования специальных средств и оружия [9, с. 23]. Будучи менее облеченными жесткими административными регламентами, обязательными процедурами, они имеют больше возможностей для свободного поведения и часто не видят грани между допустимым усмотрением и правонарушением. Проблематична также реализация контрольных механизмов: государственные органи-

защиты встроены в иерархичную систему правоохранительных органов, что обеспечивает большие возможности контроля и надзора. Негосударственные организации скорее встроены в гражданское общество, являющееся по большей части пассивным в правовом плане.

Средством защиты прав и законных интересов субъектов в таких случаях являются положения ст. 203 УК РФ, устанавливающие ответственность за превышение полномочий частным детективом или работником частной охранной организации при выполнении ими своих должностных обязанностей. Однако опыт применения данной нормы выявил существенные недостатки регулирования, в первую очередь являющиеся следствием слабой теоретической и практической разработанности состава. Следует отметить, что сегодня ст. 203 УК РФ фактически не используется правоохранительными органами вследствие неоднозначной формулировки состава и, к сожалению, отсутствия официального толкования данного состава. Использование в данной статье оценочных признаков («существенное нарушение прав и законных интересов граждан и (или) организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства») ставит суды в затруднительное положение при квалификации тех или иных деяний [10, с. 60–64]. В этой и других подобных правовых ситуациях требуется принятие соответствующих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ по вопросам квалификации подобных правонарушений. Такие разъяснения высших судебных инстанций помогут определить также границы пределов усмотрения для сотрудников указанных структур, при выходе за которые происходит квалификация содеянного как противоправное поведение.

Ко второй категории негосударственных институтов, реализующих правоохранительные функции (оказывающих юридическую помощь), следует отнести негосударственные судебно-экспертные учреждения, правовой статус которых до сих пор законодательно не установлен. Это приводит к тому, что категория «экспертное учреждение» на практике принимает максимально расширительное толкование и позволяет использовать ее в наименованиях самых разнообразных форм и видов организаций [6, с. 26]. Верховный Суд РФ указывает, что негосударственные судебно-экспертные учреждения — это «некоммерческие организации (некоммерческие партнерства, частные учреждения или автономные некоммерческие организации), созданные в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации и Федеральным законом «О некоммерческих организациях», осуществляющие судебно-экспертную деятельность в соответствии с принятыми ими уставами» [11]. Отметим, что действующие процессуальные отрасли права также задают максимально широкие рамки для данных субъектов. В со-

ответствующих статьях, например ст. 79 ГПК РФ, ст. 195 УПК РФ, упоминаются экспертные учреждения в целом, а не исключительно государственные. Таким образом, согласно нормам действующего законодательства, экспертные учреждения могут быть как государственными, так и негосударственными. При этом ст. 41 Федерального закона от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» говорит о распространении действия данного закона в том числе на судебно-экспертную деятельность лиц, не являющихся государственными судебными экспертами (фактически здесь имеются ввиду именно негосударственные экспертные учреждения).

Усмотрение в деятельности как государственных, так и негосударственных судебно-экспертных учреждений (экспертов) выражается, на наш взгляд, в самостоятельности принятия ими решений при проведении исследований и подготовке заключения по вопросам, поставленным перед экспертом судом либо иными определенными законом органами. В этом отношении возможность проявления усмотрения не зависит от того, государственное это экспертное учреждение либо негосударственное. Так, если при производстве судебной экспертизы эксперт установит обстоятельства, которые имеют значение для уголовного дела, но по поводу которых ему не были поставлены вопросы, то он вправе указать на них в своем заключении (ч. 2 ст. 204 УПК РФ). Следовательно, экспертам в данной ситуации дается возможность усмотрения: указывать либо не указывать в своем заключении установленные обстоятельства. Как представляется, это достаточно существенное полномочие. С учетом же того, что это лишь одно из полномочий, демонстрирующих самостоятельность экспертов в принятии важных процессуальных решений, можно сделать вывод о широких законодательно закрепленных возможностях применения усмотрения в их деятельности.

К числу негосударственных структур, выполняющих правоохранительную функцию, уже традиционно относят адвокатуру. Однако характер, специфика деятельности данного правозащитного института обусловлены тем, что адвокатура не наделена правоприменительными функциями. Действующее процессуальное законодательство сохраняет статус адвоката «как просителя, ходатая перед правоприменителем» [12, с 42], который уже наделен свободой усмотрения по разрешению просьб адвоката, принятию либо непринятию его позиции.

Еще одним негосударственным органом, выполняющим правоохранительную функцию, является нотариат. В последние годы частный нотариат практически полностью вытеснил государственные нотариальные конторы [13], поэтому данный институт можно причислить к

негосударственным. Тем не менее осуществление нотариальных функций от имени государства предопределяет публично-правовой статус частных нотариусов, а возможность совершать то или иное нотариальное действие либо (в случае несоответствия нотариального действия российскому законодательству или международному договору) отказать в его совершении демонстрирует постоянное присутствие правоприменительного усмотрения в нотариальной практике. В качестве примера можно привести совершение нотариусом исполнительных надписей, обеспечивающих проведение исполнительного производства [14, с. 19].

Возможность применения усмотрения в нотариальной практике чревато злоупотреблениями нотариусами должностными полномочиями. Безусловно, само по себе усмотрение предполагает правомерные действия властного субъекта по реализации предоставленных ему полномочий. К сожалению, злоупотребления полномочиями среди нотариусов — нередкое явление. По результатам проводившихся исследований — анкетирования сотрудников органов внутренних дел — чаще всего факты злоупотреблений полномочиями нотариусами происходят при удостоверении сделок (65,7% респондентов); выдаче свидетельств о праве собственности на долю в общем имуществе (35,6%); засвидетельствовании верности копий документов (29,4%) и подлинности подписи на документах (32,2%) [15, с. 99].

Среди причин злоупотреблений не последнее место занимают особенности действующего уголовного законодательства и практики его применения в отношении нотариусов, ввиду чего большинство специалистов сходятся во мнении о предположительно большом количестве «латентных правонарушений со стороны нотариусов при совершении небольших по цене или значимости нотариальных действий» [16, с. 77]. Нелепость ситуации состоит в том, что по ст. 293 УК РФ «Халатность» можно привлечь к ответственности лишь государственных нотариусов, которых сегодня в России фактически нет (кроме двух соответствующих должностей на территории Чукотского автономного округа) [13]. В случае совершения аналогичного преступления частный нотариус не может быть привлечен к уголовной ответственности, поскольку по смыслу примечания к ст. 285 УК РФ он не является должностным лицом, а привлечение к уголовной ответственности по аналогии недопустимо. Применение же ст. 202 УК РФ «Злоупотребление полномочиями частными нотариусами и аудиторами» крайне редко в следственной и судебной практике. По данным Федеральной нотариальной палаты, в 2016 г. уголовные дела по этой статье были возбуждены в отношении лишь двенадцати нотариусов, а в 2017 г. — шестнадцати [18]. Проблема-

мами применения данной нормы является специфическая формулировка субъективной стороны состава: ответственность по ч. 1 ст. 202 УК РФ наступает только при совершении умышленных деяний, связанных с использованием своих полномочий вопреки задачам своей деятельности. Доказывание умысла в таких случаях становится практически невыполнимой задачей для правоохранительных органов. Не менее проблематична и оценочная формулировка: деяние должно причинять «...существенный вред правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства». Понятие существенного вреда, хотя и разъяснялось в актах Верховного Суда РФ, до сих пор вызывает вопросы в правоприменении.

Безусловно, помимо уголовной, нотариусы несут также гражданско-правовую, дисциплинарную, административную ответственность.

Особое место среди негосударственных органов, выполняющих правоохранительную функцию, занимают третейские суды. Массового распространения они пока не получили, однако интерес к данному правовому институту постепенно возрастает (прежде всего в предпринимательской среде). В рамках деятельности третейских судов отметим достаточно широкие возможности применения усмотрения в деятельности арбитров. Однако, несмотря на специфику третейского разбирательства, существенно отличающуюся от производства в судах государственной судебной системы Российской Федерации, как представляется, принципы применения усмотрения в деятельности арбитра аналогичны в целом судейскому усмотрению.

Наряду с третейским разбирательством, в России развиваются и иные альтернативные способы разрешения правовых споров. Среди них выделяется институт медиации. По классификации негосударственных правоохранительных органов медиацию относят к институтам, реализующим правоохранительные функции (оказывающим юридическую помощь). Однако, в отличие от третейских судей, у медиаторов отсутствуют правоприменительные функции. Медиатор не выносит решения по спору сторон, а лишь создает условия, содействует в выработке взаимоприемлемого решения по существу спора самими участниками конфликта. Таким образом, деятельность медиаторов по урегулированию споров не связана с применением усмотрения.

Приведенные примеры недоработок в уголовном законодательстве демонстрируют, что любая деятельность органов, наделенных широкими возможностями правоприменительного усмотрения, должна иметь эффективные механизмы контроля и меры ответственности. Когда контрольные механизмы дают сбои, применение усмотрения может быть связано с различными злоупотреблениями.

Безусловно, усмотрение в государственных правоохранительных органах тесно взаимосвязано с целями и задачами государства, преломляющимися в функциях государственных органов. Будучи частью системы, они зависят от нее и не могут быть полностью автономны; именно этот факт обеспечивает границы усмотрения. Баланс прав и законных интересов реализуется в соответствии с волей государства.

Проблемой негосударственных правоохранительных структур является их принадлежность к гражданскому обществу, вследствие чего неизбежна их децентрализация и относительная автономия. Однако подобные свойства в условиях рыночной экономики могут привести к негативным результатам [19, с. 17–18]; мерами профилактики и борьбы с ними государство может предложить только механизмы принуждения — единственного прямого инструмента властного воздействия. Этих мер, однако, часто недостаточно, движимые корыстными целями и мотивами негосударственные организации нередко игнорируют либо обходят механизмы принуждения.

Данные факты свидетельствуют о том, что для контроля, надзора и наказания негосударственных правоохранительных систем необходимы иные механизмы, значимые в рамках гражданского общества больше, чем страх наказания. Такие механизмы могут носить экономический, репутационный, информационный характер, напрямую влияющий на выбор свободными субъектами гражданского общества конкретной организации для оказания тех или иных услуг и предопределяющие финансовую состоятельность той или иной организации, ее деятельности. Это требует открытости таких организаций для общества, возможности раскрытия любой информации об их деятельности, в том числе негативной, включая составление определенных государственных рейтингов на основании жалоб граждан. Современное гражданское общество все более приобретает черты информационного общества, где основой деятельности, контроля, надзора, влияния и ответственности становится информация, свобода ее распространения, верификации. При этом государственное принуждение допустимо лишь в крайних случаях. Механизмы гражданского контроля, надзора, их функционирование должны быть обеспечены государством.

Усмотрение в негосударственных правоохранительных органах эффективно лишь при взаимодействии с институтами гражданского общества, в будущем выработанные механизмы смогут положительно повлиять на реализацию усмотрения в государственных правоохранительных органах.

**Библиографический список**

1. Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. В.М. Сырых. М., 2008.
2. *Никитин А.А.* Общие вопросы усмотрения в праве. Саратов, 2019.
3. *Сенякин И.Н.* Юридическая практика // Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2013.
4. Общая теория государства и права: учебник / под ред. С.Ю. Наумова, А.С. Мордовца, Т.В. Касаевой. Саратов, 2018.
5. *Лебедева Е.В.* Институты гражданского общества в реализации правоохранительной функции Российского государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2007.
6. *Поляков А.И.* Деятельность негосударственных правоохранительных организаций как показатель зрелости гражданского общества // Юридическая наука. 2014. № 4. С. 25–29.
7. Управление лицензионно-разрешительной работы / Официальный сайт ФСВНГ РФ. URL: <http://rosgvard.ru/ru/page/index>
8. На передовой: что ждет охранный бизнес после 2021. URL: <https://akmgroupru/ohrana-v-2021-gody/>
9. *Волков К.А.* Дифференциация уголовной ответственности за преступления частных детективов и работников частных охранных организаций // Российский следователь. 2015. № 14. С. 21–24.
10. *Волков К.А.* Превышение полномочий частным детективом или охранником: от криминологической обусловленности к оценке эффективности уголовной ответственности // Безопасность бизнеса. 2019. С. 60–64.
11. О судебной экспертизе по уголовным делам: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 дек. 2010 г. № 28 // Российская газета. 2010. № 296, 30 дек.
12. *Давлетов А.А.* Адвокатское расследование: миф или реальность? // Российская юстиция. 2017. № 6. С. 41–43.
13. Официальный сайт Федеральной нотариальной палаты. URL: <https://notariat.ru/ru/ru/news/notariat-rossii-prakticheskli-polnostyu-pereshel-na-nebudzhetnuyu-osnovu>.
14. *Алиева А.Б.* Нотариат: курс лекций для направления подготовки 40.03.01 Юриспруденция, профиля «Гражданское право». Махачкала, 2019.
15. *Богачева А.Ю.* Некоторые проблемы уголовной ответственности частнопрактикующих нотариусов в России // Вестник Московского университета МВД России. 2015. № 10. С. 98–102.
16. *Загидуллин М.Р.* Виды юридической ответственности нотариуса: актуальные проблемы. // Вестник гражданского процесса. 2017. № 6. С. 77–92.
17. Мониторинг деятельности Минюста России и его территориальных органов в сфере нотариата за 2016 г. URL: [https://notariat.ru/ddata/label-file/analitika\\_za\\_2016.pdf](https://notariat.ru/ddata/label-file/analitika_za_2016.pdf)
18. *Халиулин В.Е.* Передача властных полномочий негосударственным организациям как способ оптимизации государственного управления // Подготовка управленческих и партийных кадров: традиции и современность (к 90-летию открытия Комвуза в Саратове): сборник научных трудов. Саратов, 2013. С. 17–18.