ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

ФОРМИРОВАНИЕ И РАЗВИТИЕ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА В ИСТОРИЧЕСКОЙ И СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ РОССИИ

Том VIII

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО В СИСТЕМЕ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ПРАВА

Издательство «Юрлитинформ»

ФОРМИРОВАНИЕ И РАЗВИТИЕ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА В ИСТОРИЧЕСКОЙ И СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ РОССИИ

Том VIII

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО В СИСТЕМЕ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО ПРАВА

Монография

Под редакцией
доктора юридических наук, профессора
Р.Л. Хачатурова;
доктора юридических наук, профессора
А.П. Шергина

Издательство «Юрлитинформ»
Москва
2022

УДК 347.61/.64(470)
ББК 67.404.5
Ф79

Рецензенты:

Мартынов А.В. – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного и финансового права юридического факультета Нижегородского государственного университета им. Н.И. Лобачевского, директор Института открытого образования;

Каплунов А.И. – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного права и процесса Санкт-Петербургского университета МВД России, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации.

Ф79 **Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной правовой реальности России. В 12 т. Т. VIII. Административное право в системе современного российского права: монография** / под ред. докт. юрид. наук, проф. Р.Л. Хачатурова; докт. юрид. наук, проф. А.П. Шергина. – М.: Юрлитинформ, 2022. – 736 с.

ISBN 978-5-4396-2356-3 (т. VIII)
ISBN 978-5-4396-2070-8

В монографии представлены теоретико-методологические проблемы современного административного права: формирование его фундаментальных понятий, основных институтов; пути модернизации механизма административно-правового регулирования; соотношение административного права с другими отраслями российского права. Рассмотрены дискуссионные вопросы предмета административного права, административно-правовых отношений, форм деятельности органов исполнительной власти, административно-правовых режимов, предложены авторские позиции их решения.

Особое внимание уделено динамизму административно-правого регулирования, поиску путей повышения его эффективности в современных условиях. Отмечена ведущая роль административного права в формировании новых правовых общностей, создании нормативной основы для цифровизации в государственном управлении, расширении правоохранительных возможностей административно-правовых средств. Проанализировано состояние административного законодательства и обоснованы предложения по его совершенствованию.

Издание предназначено для научных сотрудников, преподавателей, аспирантов, студентов, практикующих юристов и всех, кто интересуется проблемами российского административного права и законодательства.

УДК 347.61/.64(470)
ББК 67.404.5

ISBN 978-5-4396-2356-3 (т. VIII)
ISBN 978-5-4396-2070-8

© Коллектив авторов, 2022
© Издательство «Юрлитинформ», 2022

Авторы

Воронов Алексей Михайлович – доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник ВНИИ МВД России: глава 14.

Гречкина Ольга Владимировна – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры административного и информационного права Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации: глава 7 (в соавторстве с О.В. Шмалий).

Денисенко Виктор Васильевич – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и административного права Краснодарского университета МВД России: глава 10.

Джалилов Эльвис Алимович – кандидат юридических наук, проректор по научной деятельности Поволжского государственного университета сервиса: глава 16.

Зырянов Сергей Михайлович – доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: глава 5.

Лупарев Евгений Борисович – доктор юридических наук, профессор, академик Евразийской академии административных наук, заведующий кафедры конституционного и административного права Кубанского государственного университета: глава 2.

Майоров Владимир Иванович – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административной деятельности органов внутренних дел Тюменского института повышения квалификации сотрудников МВД России: глава 12.

Мелехин Александр Владимирович – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры государственного строительства и права Университета прокуратуры Российской Федерации: глава 8.

Нечевин Дмитрий Константинович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА): глава 13.

Попова Наталья Федоровна – доктор юридических наук, профессор, профессор Департамента международного и публичного права юри-

дического факультета Финансового университета при Правительстве Российской Федерации: глава 9.

Россинский Борис Вульфович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА): глава 1.

Соколов Александр Юрьевич – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного и муниципального права СГЮА, директор Саратовского филиала Института государства и права Российской академии наук: глава 15.

Соловей Юрий Петрович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, ректор частного образовательного учреждения высшего образования «Сибирский юридический университет»: глава 11.

Старилов Юрий Николаевич – доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, декан юридического факультета, заведующий кафедрой административного и административно-процессуального права Воронежского государственного университета: глава 3.

Степанова Вера Владимировна – начальник управления научных исследований Поволжского государственного университета сервиса: глава 17.

Уманская Виктория Петровна – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного и финансового права Всероссийского государственного университета юстиции: глава 4.

Хачатуров Рудольф Левонович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации, советник при ректорате Тольяттинского государственного университета: руководитель авторского коллектива и редактор издания; введение (в соавторстве).

Шергин Анатолий Павлович – доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный член РАЮН, главный научный сотрудник ВНИИ МВД России: введение и общая редакция (совместно с Р.Л. Хачатуровым); глава 6.

Шмалий Оксана Васильевна – доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой административного и информационного права Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации: глава 7 (в соавторстве с О.В. Гречкиной).

Глава 11

АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ (сравнительно-правовое исследование)

Введение

Провозглашение России в ч. 1 ст. 1 Конституции Российской Федерации правовым государством, ратификация Российской Федерацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод (заключена в Риме 4 ноября 1950 г.)[642], преамбула которой одним из элементов общего наследия европейских государств признает верховенство права, обязывают отечественную юридическую науку к глубокой разработке всего спектра проблем, связанных с внедрением в отечественную государственно-правовую жизнь принципов правового государства и верховенства права.

Одной из таких проблем, несомненно, является административное усмотрение (синоним – «административная дискреция», происходящий от лат. *discretio* – разделение, различение)[643], то есть усмотрение органов и должностных лиц публичной администрации (далее – публичная администрация). При этом понятием публичной администрации охватываются: исполнительные органы государственной власти (федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации), их должностные лица; исполнительно-распорядительные органы муниципальных образований (местная администрация), их должностные лица; иные государственные органы, их должностные лица; иные органы и должностные лица местного самоуправления, обладающие собственными полномочиями по решению вопросов местного значения; негосударственные и

---

[642] Федеральный закон от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 14. Ст. 1514.

[643] Слово «дискреция» относится к галлицизмам (фр. *discrétion*, нем. *Discretion*, польск. *dyskrecyja*) и в русском языке означает волю, усмотрение, распоряжение; милость, снисхождение; решение должностным лицом или государственным органом какого-либо вопроса по собственному усмотрению. См.: Епишкин Н.И. Исторический словарь галлицизмов русского языка. М.: ЭТС, 2010. URL: https://litgu.ru/knigi/guman_nauki/65910-istoricheskiy-slovar-gallicizmov-russkogo-yazyka.html

частно-государственные организации, наделенные отдельными государственными или иными публичными полномочиями, их должностные лица. Субъектом административного усмотрения выступает также администрация – руководящий персонал любого органа публичной власти и организации независимо от формы собственности – во внутриаппаратных (внутриорганизационных) отношениях в той части, в какой они урегулированы нормативными правовыми актами государственных органов и органов местного самоуправления. Имеются в виду, в частности, трудовые, финансовые и некоторые другие правоотношения[644].

Полномочия публичной администрации, осуществление которых предполагает проявление ее усмотрения, – в отличие от полномочий, жестко связанных законом, – именуются дискреционными. Рекомендация (80)2 Комитета министров Совета Европы от 11 марта 1980 г. «Об осуществлении дискреционных полномочий административными органами» (Recommendation № R (80) 2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities (adopted on 11 March 1980) (далее – Рекомендация (80) 2) в качестве дискреционных предлагает рассматривать полномочия, предоставляющие административному органу «определенную степень свободы при принятии решения, позволяющую ему выбрать из нескольких юридически допустимых вариантов наиболее уместный»[645]. Подобные полномочия, по мнению Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии), должны предоставляться государственным должностным лицам в силу «сложности современного общества»[646]. Эти сложности ставят объективные

[644] Черников В.В. Административное усмотрение как объективная реальность и теоретическая проблема в трудах профессора Ю.П. Соловья // Административное право и процесс. 2018. № 7. С. 26. Подробнее о понятии публичной администрации, ее отличиях от частной администрации см.: Зеленцов А.Б., Ястребов О.А. Концепция публичной администрации в современном административном праве (сравнительно-правовое исследование) // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2019. Т. 10. Вып. 4. С. 626–654 ; Стахов А.И., Ландерсон Н.В. Публичная администрация в России: понятие, система и структура // Административное право и процесс. 2021. № 10. С. 4–15. В дальнейшем изложении наряду с термином «публичная администрация» в качестве его синонима будет использоваться термин «административный орган».

[645] URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804f22ae

[646] Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права: принят на 106-м пленарном заседании Венецианской комиссии (Венеция, 11–12 марта 2016 г.). С. 33 // URL: https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule%20of%20Law%20Check%20List%20-%20Russian.pdf

пределы надлежащему нормативному правовому регулированию жизнедеятельности общества и государства, в связи с чем дискреционные полномочия публичной администрации в любой стране (в том числе и в Российской Федерации) составляют значительную часть компетенции такой администрации.

Констатируя, что верховенство права (англ. *Rule of law*) и правовое государство (нем. *Rechtsstaat*) не всегда являются синонимами[647], Венецианская комиссия выделяет общие для данных понятий материальные элементы: законность, включающую в себя транспарентный, подотчетный и демократический процесс законотворчества; правовую определенность; запрет произвола; доступ к правосудию в независимых и беспристрастных судах, в том числе судебный контроль над административными актами; уважение прав человека; недискриминацию и равенство перед законом[648]. При этом к перечню контрольных вопросов, ответы на которые позволяют оценить степень соблюдения принципа верховенства права в отдельно взятом государстве, отнесены, в частности, следующие вопросы: «имеются ли четкие правовые ограничения дискреционных полномочий, особенно осуществляемых органом исполнительной власти при принятии административных мер»; «существуют ли механизмы предотвращения, исправления и наказания за злоупотребление дискреционными полномочиями»; «когда дискреционные полномочия предоставляются официальному лицу, существует ли судебный контроль за исполнением таких полномочий»; «обязаны ли органы государственной власти представлять надлежащее обоснование своих решений, в особенности, когда они затрагивают права отдельных лиц»; «является ли непредставление обоснований законным основанием для опротестования таких решений в суде»[649].

Сформулировав упомянутые вопросы, Венецианская комиссия одновременно подчеркивает, что: во-первых, «осуществление должностных полномочий, ведущее к принятию явно несправедливых, неразумных или репрессивных решений, является нарушением принципа верховенства права»; во-вторых, «неограниченные полномочия исполнительных органов противоречат принципу верховенства права. Следовательно, в целях защиты от произвола закон должен определять

[647] Доклад о верховенстве права: утв. Венецианской комиссией на 86-й пленар. сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 г.). С. 3 // URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus. Объем настоящего исследования не позволяет раскрыть соотношение понятий верховенства права и правового государства.

[648] Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права... С. 11.

[649] Там же. С. 33.

объем любых таких полномочий»; в-третьих, «злоупотребление дискреционными полномочиями должно подлежать судебному или другому независимому контролю»; в-четвертых, «обязанность представления обоснований должна относиться также и к административным решениям»[650].

Изложенное убедительно, на мой взгляд, подтверждает высокую значимость научной разработки проблемы административного усмотрения, обусловленную необходимостью утверждения в России принципов верховенства права и правового государства.

Осуществление публичной администрацией именно дискреционных, в отличие от жестко связанных законом, полномочий таит в себе, как показывает административная и судебная практика, наибольшую угрозу правам, свободам и законным интересам граждан, правам и законным интересам организаций. Данное обстоятельство, очевидно, и послужило главной причиной принятия Рекомендации (80)2, разработанной на основе масштабных исследований проблемы административного усмотрения, которая и сегодня остается в числе приоритетных объектов изысканий западноевропейских ученых-юристов. Достаточно сказать, что, по утверждению современных германских специалистов, «усмотрение является одним из центральных понятий административного права вообще»[651]. И не случайно, что «в странах с традиционной административно-правовой системой – таких как Франция, Германия и Италия – уже достаточно давно сложилась *отточенная* (курсив *Ю.С.*) доктрина судебного контроля над решениями, принимаемыми по усмотрению органов управления»[652].

Что же касается российской доктрины административной дискреции, то, по мнению К.В. Давыдова, она «находится в зачаточном состоянии и в основном сводится к несколько растерянной констатации» существования усмотрения, а также «лаконичным замечаниям» о необходимости его ограничения законом[653]. Однако тому, кто даст себе труд ознакомиться с российской юридической литературой по

[650] Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права... С. 34.

[651] Административно-процессуальный кодекс: концепция, модельный закон и комментирование / А. Бланкенагель, М. Хартвиг, О. Малльманн и др. Берлин: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2014. С. 183.

[652] Хартвиг М. Основные принципы административного права // Ежегодник публичного права – 2014. Административное право: сравнительно-правовые подходы. М.: Инфотропик Медиа, 2014. С. 57.

[653] Давыдов К.В. Дискреция и ошибки законодателя // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 2. С. 58.

административному усмотрению последних 30 лет, представленной рядом диссертаций и десятками иных публикаций, несправедливость приведенного оценочного суждения насчет «зачаточного состояния», «растерянной констатации» и, тем более, «лаконичных замечаний» будет очевидной.

Скорее, прав П.П. Серков[654], придающий административному усмотрению значение «одного из ключевых вопросов в управлении делами государства»[655] и отмечающий в связи с этим немалое внимание, уделяемое ему в российской юридической науке, обилие суждений на его счет[656]. Эти суждения, добавлю от себя, подчас настолько «оригинальны», что обнаружить их смысл удается не каждому. В качестве примера приведу следующее суждение: «Реализация правовой регламентации основ административного усмотрения и, в частности, четкая регламентация его форм и оснований являются гарантией эффективности его реализации и демократичности»?[657] Что хотели донести до читателя приведенной фразой два профессора, взявшиеся рассуждать об административном усмотрении, для автора этих строк остается загадкой.

Другой энтузиаст-исследователь, посвятивший теории административного усмотрения целую монографию, трактует его как «мотивированный и целесообразный выбор для принятия правомерного решения и совершения действия управомоченным органом государственного управления»[658]. Между тем в реальной жизни административное усмотрение зачастую оказывается как раз немотивированным и нецелесообразным выбором; собственно говоря, во многом именно по этой причине оно попадает в число приоритетных объектов внимания административно-правовой науки. С игнорированием данного обстоятельства, позволяющем, конечно, судить об уровне погружения упомяну-

[654] В настоящее время – первый заместитель председателя Верховного Суда Российской Федерации.

[655] Серков П.П. Правоотношение (Теория и практика современного правового регулирования): монография. В 3 ч. М.: Норма, 2018. Ч. 2. Очертания правовой универсальности; Ч. 3. Закономерность правовых закономерностей. С. 301.

[656] Серков П.П. Административное право, административное судопроизводство и механизм правоотношения // Журнал административного судопроизводства. 2016. № 1. С. 16.

[657] Костенников М.В., Елисеев А.В. К вопросу реализации административного усмотрения в деятельности органов внутренних дел // Вестник Уфимского юридического института МВД России. 2018. № 2 (80). С. 82.

[658] Чабан Е.А. Административное право. В 10 т. Т. 3: Теория административного усмотрения. М.: Изд-во НП «Евразийская академия административных наук», 2014. С. 18.

того исследователя в поднимаемую им проблему, можно было бы смириться, но тут читатель натыкается на следующий тезис: «Допускаемая действующим правом возможность выбора на основе правового предписания наиболее целесообразного варианта разрешения конкретного административного дела порождает практическую необходимость в институте административно-правового усмотрения»[659]. Можно было бы предположить, что употребление в этой фразе слова «институт» является оговоркой, но в заключении монографии ее автор, подводя итоги проведенного им исследования административного усмотрения, прямо заявляет, что «мы сделали... основные выводы и предложения, позволяющие сформировать целостную концепцию данного *института современного административного права* (курсив *Ю.С.*)»[660].

Подобное заявление автора книги, не знающего (в отличие от среднестатистического выпускника юридического вуза), что институт права – это система норм права, объединенных единством регулируемых ими качественно однородных общественных отношений, и по этой причине наделяющего понятие административного усмотрения совершенно чуждым ему содержанием, исключает, на мой взгляд, необходимость обсуждения того, что в указанной книге обозначено как «целостная концепция» административного усмотрения.

В обширной отечественной юридической литературе по административному усмотрению среди прочей экзотики можно встретить даже утверждение о том, что «проблема с усмотрением во многом себя исчерпала, так как практически нет такой сферы, где бы отсутствовала жесткая административная регламентация...»[661]. Думаю, ошибочность этого мнения не требует доказательств, поскольку она очевидна любому юристу, мало-мальски знакомому с административной и судебной практикой.

К сожалению, даже без учета приведенных, а также ряда других подобных примеров «научной разработки» вопросов административного усмотрения отечественными учеными, придется согласиться с П.П. Серковым, оценивающим имеющиеся результаты исследования административного усмотрения как «невпечатляющие» и констатирующим, что российская наука административного права «и сегодня демонстрирует неспособность ввести в *правовое* русло посредством *пра-*

[659] Чабан Е.А. Указ. соч. С. 190.

[660] Там же. С. 274.

[661] Соболев О.В. Административное и судебное усмотрение: сущность и области применения // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 12. С. 6.

вовых критериев *правовую* категорию административного усмотрения», не предлагая «действенных способов, ограничивающих пределы административного усмотрения»[662], а также «*правовых* способов, обеспечивающих за административным усмотрением надлежащий контроль»[663]. По сути, П.П. Серков упрекает российское административно-правовое научное сообщество, в том числе, и за то, что такой важный, если не важнейший раздел административно-усмотренческой проблематики, как пределы судебного контроля за административной дискрецией, практически выпал из поля зрения названного сообщества, включая автора упоминавшейся выше «целостной концепции» административного усмотрения, в то время как (добавлю от себя) за рубежом он досконально исследуется уже более полутора веков.

Правда, этот упрек в неменьшей мере может быть адресован и высказавшему его ученому, посчитавшему достаточным лишь обозначить существующие проблемы без указания путей их решения хотя бы в самом общем виде.

С учетом изложенного в настоящем исследовании автор предпринимает попытку рассмотреть в сравнительно-правовом аспекте вопросы административного усмотрения, ответы на которые в российской административно-правовой науке, с теоретической и практической точек зрения, не могут быть признаны удовлетворительными или отсутствуют вовсе.

1. Понятие административного усмотрения

В отечественном законодательстве термины «административное усмотрение», «дискреция» и «дискреционные полномочия» не только не разъясняются, но и вообще отсутствуют. Вместе с тем в федеральных законах можно встретить словосочетания «усмотрение правоприменителя»[664], «усмотрение федерального органа исполнительной власти»[665], «усмо-

[662] Серков П.П. Административное право, административное судопроизводство и механизм правоотношения... С. 16.

[663] Серков П.П. Правоотношение (Теория и практика современного правового регулирования)... С. 302.

[664] См.: Статья 1 Федерального закона от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СПС «КонсультантПлюс».

[665] См.: Статья 7 Федерального закона от 22 декабря 2008 г. № 268-ФЗ «Технический регламент на табачную продукцию» // СПС «КонсультантПлюс».

трение должностного лица налогового органа»[666], «усмотрение командира дисциплинарной воинской части»[667], а также «усмотрение лица, производившего арест» (следователя или дознавателя)[668], «усмотрение следователя»[669], «усмотрение суда»[670], «усмотрение судьи»[671].

В отличие от законодателя высшие судебные инстанции страны оперируют не только понятиями «административное усмотрение»[672], «дискреция федерального органа исполнительной власти»[673], «дискреция юрисдикционных органов при применении административных наказаний»[674], «дискреционные полномочия Президента Российской Федерации»[675], «дискреционные полномочия таможенных органов»[676],

---

[666] См.: Статья 90 Налогового кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

[667] См.: Статья 158 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

[668] См.: Статья 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

[669] См.: Статьи 170, 191 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

[670] См.: Статьи 280, 317.7 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации; ст. 162 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации; ст. 179 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

[671] См.: Статья 28 Федерального закона от 24 июня 1999 г. № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» // СПС «КонсультантПлюс».

[672] См., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 мая 2013 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "Встреча"» ; Апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 30 марта 2016 г. № 50-АПГ16-4 // СПС «КонсультантПлюс».

[673] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 29 сентября 2015 г. № 2101-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью "Лакмин" на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 24, пунктом 1 статьи 38 и пунктами 1 и 4 статьи 39 Федерального закона «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» // СПС «КонсультантПлюс».

[674] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июля 2009 г. № 919-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Коробейниковой Светланы Ивановны на нарушение ее конституционных прав частью 1 статьи 4.1, частью 1 статьи 18.16 и статьей 23.67 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС «КонсультантПлюс».

[675] Решение Судебной коллегии по делам военнослужащих Верховного Суда Российской Федерации от 10 июля 2019 г. № ВКАПИ19-16 // СПС «КонсультантПлюс».

[676] Решение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 10 июля 2019 г. № АКПИ19-376 // СПС «КонсультантПлюс».

«дискреционные полномочия командира войсковой части»[677], но и понятиями «дискреция, принадлежащая государству»[678], «законодательная дискреция»[679], «дискреция федерального законодателя»[680], «дискреционные полномочия федерального законодателя»[681], «дискреционные полномочия субъекта Российской Федерации»[682], «дискреция законодателя субъекта Российской Федерации»[683], «дискреционные полномочия законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации»[684], «дискреционные полномочия органа местного самоуправления»[685], «дискреция представи-

[677] Определение Судебной коллегии по делам военнослужащих Верховного Суда Российской Федерации от 8 апреля 2021 г. № 222-КГ21-4-К10 // СПС «КонсультантПлюс».

[678] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 12 ноября 2020 г. № 46-П «По делу о проверке конституционности подпункта 1 пункта 4 статьи 378.2 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой открытого акционерного общества "Московская шерстопрядильная фабрика"» // СПС «КонсультантПлюс».

[679] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 июня 2020 г. № 31-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта 12 пункта 1 и пункта 3 статьи 164, а также пункта 14 статьи 165 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой компании Gazprom Neft Trading GmbH» // СПС «КонсультантПлюс».

[680] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 мая 2020 г. № 24-П «По делу о проверке конституционности статей 26.9 и 26.10, части 3 статьи 28.6 и части 6 статьи 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с запросом Костромского областного суда» // СПС «КонсультантПлюс».

[681] См., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июля 2015 г. № 22-П «По делу о проверке конституционности положения статьи 226.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Республики Казахстан О.Е. Недашковского и С.П. Яковлева» ; Кассационное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 25 июня 2020 г. № 18-КАД20-1-К4 // СПС «КонсультантПлюс».

[682] Определение Верховного Суда Российской Федерации от 24 июля 2013 г. № 43-АПГ13-3 // СПС «КонсультантПлюс».

[683] Апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 18 декабря 2018 г. № 57-АПГ18-15 // СПС «КонсультантПлюс».

[684] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 12 апреля 2002 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положений статей 13 и 14 Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" в связи с жалобой гражданина А.П. Быкова, а также запросами Верховного Суда Российской Федерации и Законодательного Собрания Красноярского края» // СПС «КонсультантПлюс».

[685] Апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 27 ноября 2019 г. № 127-АПА19-24 // СПС «КонсультантПлюс».

тельных органов муниципальных образований»[686], «дискреция суда»[687], «дискреционные полномочия суда»[688], «судейское усмотрение»[689], «усмотрение прокурора»[690], «нормотворческое и правоприменительное усмотрение»[691].

Здесь следует подчеркнуть, что использование термина «усмотрение» в правовых нормах, определяющих полномочия публичной администрации, является достаточно редким способом предоставления такой администрации дискреционных полномочий. Правда, дискреционные полномочия, предоставленные публичной администрации законодателем посредством использования формулы «по усмотрению», свидетельствуют о минимальной степени правовой связанности публичной администрации в решении соответствующих вопросов.

Нетрудно заметить, что в приведенных выше словосочетаниях имена прилагательные «административное», «судебное», «судейское», «законодательное», относящиеся к слову «усмотрение», являются, с точки зрения разряда как единственного постоянного морфологического признака этой части речи, притяжательными прилагательными,

---

[686] Кассационное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации от 14 июля 2021 г. № 34-КАД21-4-К3 // СПС «КонсультантПлюс».

[687] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 июля 2020 г. № 40-П «По делу о проверке конституционности подпункта 2 пункта 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросом Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда» // СПС «КонсультантПлюс».

[688] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24 июня 2021 г. № 1249-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Яковлева Анатолия Ивановича на нарушение его конституционных прав частью шестнадцатой статьи 17 Федерального закона “О социальной защите инвалидов в Российской Федерации”, а также рядом положений Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[689] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2005 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 113 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Г.А. Поляковой и запросом Федерального арбитражного суда Московского округа» // СПС «КонсультантПлюс».

[690] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 27 сентября 2018 г. № 2182-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Исаева Абдул-Вахаба Абазовича на нарушение его конституционных прав подпунктом “в” пункта 1 части второй статьи 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[691] Информация Конституционного Суда Российской Федерации «Методологические аспекты конституционного контроля (к 30-летию Конституционного Суда Российской Федерации)» (одобрено решением Конституционного Суда Российской Федерации от 19 октября 2021 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

то есть теми, которые обозначают принадлежность предмета какому-либо лицу, соответственно, – публичной администрации, суду, судье, законодателю. «Да, – отмечает в данной связи В.В. Черников, – по критерию субъектной принадлежности можно говорить о судебном, следственном, прокурорском и других видах усмотрения. В то же время очевидно и иное. Административное усмотрение с позиций отраслевой принадлежности является таковым постольку, поскольку основания, условия и процедура его применения установлены нормами административного права. Именно отраслевая принадлежность норм, определяющих те или иные пределы усмотрения, позволяет выделять такие разновидности усмотрения, как административно-правовое, уголовно-процессуальное, гражданско-процессуальное, оперативно-розыскное и др. Поэтому административное усмотрение может рассматриваться как разновидность усмотрения, субъектом которого выступает публичная администрация, и как усмотрение, урегулированное нормами административного права, – административно-правовое усмотрение»[692].

С моей точки зрения, приведенное суждение противоречит известному методологическому принципу «Бритва Оккама», согласно которому не следует множить сущее без необходимости. Выделение разновидностей усмотрения в зависимости не от организационно-правового статуса органов публичной власти, а от отраслевой принадлежности юридических норм, требующих для своей реализации проявления усмотрения со стороны названных органов (например, в продолжение мысли В.В. Черникова, – «земельно-правового», «семейно-правового», «жилищно-правового» и тому подобного «усмотрения»), с необходимостью ведет к признанию субъектами административного усмотрения не только публичной администрации, но и невластных участников административных правоотношений. Иными словами, в логике В.В. Черникова одним из субъектов административного усмотрения может выступать, скажем, «простой» гражданин, столкнувшийся, например, с явно незаконными действиями по отношению к нему со стороны сотрудников полиции и вынужденный делать выбор (проявлять усмотрение, «урегулированное нормами административного права») из нескольких законных вариантов своего дальнейшего поведения, в том числе: оказывать противодействие явно незаконным действиями сотрудников полиции либо подчиниться; оспаривать ли действия сотрудников полиции и если да, то в каком (судебном, административном) порядке.

[692] Черников В.В. Указ. соч. С. 27.

Есть ли какой-либо практический смысл в таком амбивалентном подходе? Поможет ли он прояснению сущности административного усмотрения и разработке эффективных организационно-правовых мер по противодействию административному произволу? Отрицательный ответ на эти вопросы очевиден, и образным его объяснением могла бы служить известная цитата из поэмы великого поэта «Полтава»: «В одну телегу впрячь не можно Коня и трепетную лань».

Таким образом, следует отдавать себе отчет в том, что усмотрение именуется «административным» вовсе не потому, что опирается на нормы только административного права, а исключительно по причине того, что его субъектом выступает публичная администрация. Усмотрение публичной администрации остается административным и тогда, когда она реализует нормы не административного, а иных отраслей законодательства – уголовного (пример: применение огнестрельного оружия для пресечения преступления), уголовно-процессуального (пример: задержание подозреваемого в совершении преступления), оперативно-розыскного (пример: прослушивание телефонных переговоров), уголовно-исполнительного (пример: применение в отношении осужденного к лишению свободы меры взыскания), налогового (пример: назначение выездной налоговой проверки), земельного (предоставление частному лицу земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности), градостроительного (пример: выдача разрешения на строительство), воздушного (пример: проведение предполетного досмотра лиц и объектов) и т.д.

К настоящему времени в отечественной юридической литературе можно встретить уже десятки различных определений понятия административного усмотрения, но важно подчеркнуть, что они сформулированы в отсутствие четкой позиции законодателя по данному вопросу. При этом в отличие от России большинство постсоветских государств, разработавших свое административное и административно-процессуальное законодательство при консультативной поддержке западноевропейских юристов, сочли необходимым не только упомянуть, но и раскрыть понятия административного усмотрения, дискреционных полномочий публичной администрации в законодательном порядке, причем именно в фундаментальных законах, имеющих основным объектом регулирования административную деятельность (административное производство, администрирование, административные процедуры). Это неудивительно, поскольку административные процедуры, как известно, выступают действенным правовым средством обеспечения законности осуществления дискреционных полномочий публичной администрации.

В данной связи настоящее исследование (к сожалению, весьма ограниченное по объему), очевидно, не может не приобрести сравнительно-правовой характер, обязывая автора сосредоточить свое внимание не на многочисленных и подчас малосодержательных, уводящих от действительной сути вопроса, трактовках административного усмотрения, содержащихся в отечественных научных публикациях, а на соответствующих положениях законов зарубежных, прежде всего постсоветских государств, правовые системы которых в силу известных причин все еще сохраняют много общих черт с российской. Приведу названные положения в хронологическом порядке.

Так, в статье 2 Общего административного кодекса Грузии от 25 сентября 1999 г. дискреционное полномочие определяется как полномочие, предоставляющее административному органу или должностному лицу свободу на основании соблюдения публичных и частных интересов избирать из нескольких соответствующих законодательству решений наиболее приемлемое»[693].

Согласно статье 4 «Дискреционное право» закона Эстонской Республики от 6 июня 2001 г. «Об административном производстве», названное право раскрывается как «предоставленные административному органу законом полномочия действовать по своему усмотрению при принятии решений или осуществлять выбор между различными решениями» (ч. 1), и осуществляться это право должно «в соответствии с полномочиями, целями дискреционного права и общими принципами права с учетом существенных обстоятельств и обоснованных интересов» (ч. 2)[694].

Статья 6 «Ограничение дискреционных полномочий» Закона Республики Армения от 18 февраля 2004 г. «Об основах администрирования и административном производстве» признает дискреционным полномочием предоставленное «законом административному органу право на выбор одного из возможных правомерных решений»[695]. Аналогичная норма закреплена в законе Азербайджанской Республики от 21 октября 2005 г. «Об административном производстве»[696].

Статья 4 Закона Кыргызской Республики от 31 июля 2015 г. «Об основах административной деятельности и административных процеду-

[693] Сборник законов об административных процедурах. М.: Инфотропик Медиа, 2016. С. 187.

[694] Там же. С. 387.

[695] Там же. С. 52.

[696] Там же. С. 3.

рах» определяет понятие дискреционных полномочий как «совокупность прав и обязанностей административных органов, их должностных лиц, предоставляющих им возможность по усмотрению определить вид и содержание (полностью или частично) принимаемого административного акта либо предоставляющих возможность выбора по усмотрению одного из нескольких предусмотренных законодательством вариантов решений», а дискреционное решение – как решение административного органа, его должностного лица, относящееся к его компетенции, принимаемое по усмотрению в соответствии со смыслом и целью реализации дискреционных полномочий[697].

Статья 1 Закона Туркменистана от 3 июня 2017 г. «Об административных процедурах» подразумевает под дискреционным полномочием (правом на усмотрение) «полномочие, предоставленное законом административному органу, действовать по своему усмотрению при принятии решений или право выбора одного из возможных решений, соответствующих закону»[698].

Согласно ст. 4 Закона Республики Узбекистан от 8 января 2018 г. «Об административных процедурах», административным усмотрением (дискреционным полномочием) признается «право административного органа применить по своему усмотрению одну из допустимых в рамках законодательства мер или воздержаться от применения соответствующей меры на основе собственной оценки правомерности и целесообразности»[699].

Как указывается в ст. 16 «Дискреционное право органа публичной власти» Административного кодекса Республики Молдова от 19 июля 2018 г., названное право «состоит в праве выбора им при применении какого-либо законоположения одного из нескольких возможных решений, соответствующих цели закона»[700].

Наконец, статья 4 Административного процедурно-процессуального кодекса Республики Казахстан от 29 июня 2020 г. определяет понятие административного усмотрения как «полномочие административного органа, должностного лица принимать в установленных законодательством Республики Казахстан целях и пределах одно из возможных решений на основании оценки их законности»[701].

---

[697] Сборник законов об административных процедурах... С. 267.

[698] URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=98111

[699] URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=103252

[700] URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=109126

[701] URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/K2000000350

Приведенные законоположения позволяют, в принципе, составить представление об административном усмотрении, однако при этом вызывают, если рассматривать их в качестве научных суждений, существенные замечания.

1. Прежде всего, в отличие от всех иных приведенных выше законодательных дефиниций административного усмотрения и дискреционных полномочий только из данного кыргызстанским законодателем определения можно понять, что дискреционные полномочия публичной администрации осуществляются, и, следовательно, административное усмотрение проявляется в форме принятия (издания) административного акта. Рекомендация (80)2, определившая принципы реализации административными органами дискреционных полномочий, прямо указывает на это важное обстоятельство, подчеркивая, что названные «принципы применяются при защите прав, свобод и интересов лиц от *административных актов* (курсив *Ю.С.*), принятых в порядке осуществления дискреционных полномочий». Такие административные акты именуются дискреционными в отличие от административных актов, традиционно определяемых в немецкоязычной юридической литературе как «связанные»[702], то есть тех, которые в силу однозначных предписаний закона принимаются (издаются) в отсутствие административного усмотрения. Здесь хотел бы обратить внимание на некорректность термина «связанный административный акт», поскольку противопоставляемый ему дискреционный административный акт хотя и в меньшей (порой в самой минимальной) степени, но все же также связан законом. Поэтому административные акты, принятие которых не требует от публичной администрации проявления усмотрения, следует, на мой взгляд, называть актами, *жестко связанными законом*.

Рекомендация (80)2 со ссылкой на Резолюцию (77)31 Комитета министров Совета Европы от 28 сентября 1977 г. «О защите прав частных лиц от актов административных органов»[703] подразумевает под административным актом «любую индивидуальную меру или решение публичной власти, непосредственно затрагивающие права, свободы или интересы физических и юридических лиц». При таком понимании[704] содержание понятия «административный акт» вполне охватывает со-

[702] Пуделька Й. Инструменты действия органов государственного управления // Ежегодник публичного права 2021: Инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021. С. 17.

[703] СПС «КонсультантПлюс».

[704] Подробнее об административных актах см.: Ежегодник публичного права 2021: Инструменты действия административных органов. М.: Инфотропик Медиа, 2021.

бой понятия «ненормативный правовой акт», «решение», «действие (бездействие)» публичной администрации, предусмотренные Кодексом административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КАС РФ) и Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации. Иными словами, административными актами являются и акты-документы (акты, имеющие официально-документальную форму), и акты-действия (например, жесты сотрудника полиции, регулирующего дорожное движение, его устное требование предъявить документы, обращенное к гражданину, применение сотрудником полиции физической силы и т.д.), и акты бездействия (когда, повторюсь, они затрагивают права и законные интересы физических и юридических лиц).

Подобная трактовка понятия административного акта принципиальных возражений не вызывает, однако, в отличие от западноевропейских традиций, должна быть, на мой взгляд, расширена за счет нормативных правовых актов публичной администрации.

С учетом сказанного полагал бы необходимым отразить в определении понятия административного усмотрения тот факт, что внешне оно проявляется в форме принятия административного акта (нормативного или индивидуального).

2. В некоторых приведенных законодательных дефинициях административное усмотрение отождествляется с дискреционным полномочием административного органа. Подобный подход встречается и в отечественной юридической литературе[705]. Между тем в русском языке значение слова «усмотрение» раскрывается как «решение, заключение, мнение»[706], а выражение «по усмотрению» означает «по выбору *чьему*»[707]. В теории информационных процессов и систем под термином «решение» понимается «совокупность рассматриваемых возможностей, которые тем или иным образом выделены человеком, делающим выбор... Принятие решений в профессиональном отношении представляет собой особый вид человеческой деятельности, который состоит в обоснованном выборе наилучшего в некотором смысле варианта или нескольких предпочтительных вариантов из имеющихся

[705] Давыдов К.В. Современное состояние и перспективы развития российского законодательства об административных процедурах. Проект федерального закона «Об административных процедурах и административных актах в Российской Федерации» // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 1. С. 52.

[706] Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеолог. выражений. 4-е изд., доп. М.: Азбуковник, 1999. С. 839.

[707] Там же. С. 109.

возможных»[708]. В свою очередь, «выбор требует оценки»[709], и в самом начале 80-х годов прошлого века автор этих строк предлагал подразумевать под административным усмотрением «оценку фактических обстоятельств, основания (критерии) которой не закреплены в правовых нормах достаточно полно или конкретно, производимую органом (должностным лицом) при выборе в пределах, допускаемых нормативными актами, оптимального варианта решения конкретного управленческого вопроса»[710]. Такой выбор варианта решения я называл реализацией административного усмотрения[711].

По прошествии времени некоторая искусственность отрыва «оценки» от «выбора» в предлагавшемся мной определении понятия усмотрения стала очевидной. В данной связи А.В. Гирвиц справедливо указывает на то, что в упомянутом определении «акцентируется внимание на оценке обстоятельств при выборе решения. Между тем, по нашему мнению, – продолжает свою мысль названный автор, – и оценка обстоятельств принятия решения, и непосредственно выбор варианта решения – два значимых элемента усмотрения. Указанные элементы присущи различным этапам подготовки решений»[712].

Надо, однако, подчеркнуть, что на практике, особенно в случае административных актов-действий, выделить этапы подготовки управленческого решения зачастую невозможно. Сегодня более адекватным государственно-правовым реалиям, на мой взгляд, следует считать подход, согласно которому *выбор* публичной администрацией варианта решения, понимаемый и как интеллектуально-волевой процесс, и как результат административной деятельности, представляет собой не один из двух (наряду с оценкой) «значимых элементов» усмотрения публичной администрации, а само усмотрение. Оценка же такой администрацией фактов и обстоятельств, которые в соответствии с законом должны приниматься ею во внимание при принятии решения, выступает составной частью административного усмотрения (выбора варианта решения), предстающего вовне в форме принятия (издания)

[708] Теория информационных процессов и систем: учебник / Ю.Ю. Громов, В.Е. Дидрих, О.Г. Иванова, В.Г. Однолько. Тамбов: Изд-во ФГБОУ ВПО «ТГТУ», 2014. С. 70.

[709] Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. М., 1940. С. 433.

[710] Соловей Ю.П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 20.

[711] Там же. С. 114.

[712] Гирвиц А.В. Полицейское усмотрение в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Н.Новгород, 2017. С. 49.

административного акта. В этой связи в полной мере поддерживаю Ю.А. Тихомирова в его выводе о том, что «усмотрение в аспекте права есть гарантированный законом выбор уполномоченным субъектов вариантов решений и действий в пределах его компетенции»[713]. Как можно увидеть, именно такой позиции придерживаются азербайджанский, армянский и молдавский законодатели. Отсюда становится ясно, что административное усмотрение – это не сами дискреционные полномочия публичной администрации, а ее интеллектуально-волевая деятельность, осуществляемая в ходе реализации указанных полномочий.

3. Трудно согласиться с выраженной в пяти из девяти упомянутых выше законов постсоветских стран позицией, согласно которой дискреционное полномочие рассматривается в качестве права публичной администрации. Нередко проявление усмотрения выступает ее обязанностью. Примером может служить ч. 3 ст. 19 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции», согласно которой «сотрудник полиции при применении физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия действует с учетом создавшейся обстановки, характера и степени опасности действий лиц, в отношении которых применяются физическая сила, специальные средства или огнестрельное оружие, характера и силы оказываемого ими сопротивления». В данной связи более взвешенным представляется подход киргизского законодателя, согласно которому понятие дискреционных полномочий административных органов описывается посредством формулы «совокупность прав и обязанностей».

4. Представляется чрезмерно упрощенной и по этой причине не соответствующей реалиям современного публичного управления позиция грузинского законодателя, усматривающего суть дискреционного полномочия в предоставлении административному органу *свободы* «избирать из нескольких соответствующих законодательству решений наиболее приемлемое». Примечательно, что такой позиции придерживаются и некоторые отечественные правоведы. Так, по мнению Л.А. Мицкевич, «усмотрение предполагает определенную свободу органа, во-первых, в оценке юридического факта, во-вторых, в выборе одной из нескольких форм реагирования на данный юридический факт (свободу выбора варианта действий), в-третьих, в выборе меры публично-правового воздействия на граждан и организации, формы реализа-

[713] Тихомиров Ю.А. Усмотрение в фокусе права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 4. С. 72. Об административном усмотрении как выборе см. также: Дубовицкий В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении: дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 1981. С. 36.

ции своих полномочий (в рамках компетенции) и способа, порядка, сроков исполнения управленческого решения»[714]. В качестве «ключевой, родовой» по отношению к усмотрению категории рассматривает свободу А.В. Гирвиц[715].

Между тем, в русском языке слово «свобода» означает «отсутствие стеснений и ограничений, связывающих общественно-политическую жизнь и деятельность какого-нибудь класса, всего общества или его членов»[716]. Очевидно, что свобода принятия решения, предоставленная публичной администрации дискреционными правовыми нормами, всегда ограничена законом, например, как указывается в цитируемом положении Общего административного кодекса Грузии, законодательным требованием «избирать из нескольких соответствующих законодательству решений наиболее приемлемое», исходя из необходимости «*соблюдения публичных и частных интересов*». Те или иные ограничения свободы принятия решения содержат и все приведенные выше законодательные определения понятий административного усмотрения или дискреционных полномочий административных органов. Более того, указанные ограничения, налагаемые на реализацию дискреционных полномочий, предусматриваются также рядом самостоятельных статей вышеупомянутых законов постсоветских государств. Не случайно, свидетельствует Петер Квоста[717], «в немецкоязычной специализированной литературе *рьяно* (курсив *Ю.С.*) подчеркивается, что усмотрение *никогда* не может являться по-настоящему *свободным усмотрением* в смысле полномочия на принятие произвольного решения»[718].

Поэтому более точной представляется позиция А.П. Коренева, положившего в основу своей трактовки понятия административного усмотрения не свободу, а «известную *степень* свободы» публичной администрации в правовом разрешении управленческого дела[719].

---

[714] Мицкевич Л.А., Васильева А.Ф. Междисциплинарный научно-практический круглый стол «Административное усмотрение» // Административное право и процесс. 2017. № 12. С. 76.

[715] См.: Гирвиц А.В. Указ. соч. С. 50.

[716] Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 704.

[717] В настоящее время – судья Федерального административного суда Австрийской Республики.

[718] Квоста П. Виды усмотрения и порядок их осуществления в Австрии // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 17–18.

[719] Коренев А.П. Нормы административного права и их применение. М.: Юридическая литература, 1978. С. 73–74.

Аналогичного подхода придерживаются авторы Рекомендации (80)2, связывающие суть дискреционных полномочий с «определенной *степенью* свободы при принятии решения». Справедливости ради следует отметить, что в одном из своих трудов «относительный характер» такой свободы признает и Л.А. Мицкевич[720].

Но и это еще не все. Важно подчеркнуть, что свобода принятия решения, обусловленная дискреционным характером полномочий публичной администрации, имеет как бы внешний характер, существуя лишь до момента реализации таких полномочий в конкретных жизненных обстоятельствах, надлежащий учет которых при принятии решения в силу необходимости соблюдения установленных законом и иными нормативными правовыми актами требований (далее – законодательные требования) к административным актам сводят усмотрение публичной администрации на нет. Оценив, вникнув в реальную ситуацию, в которой предстоит принимать управленческое решение в порядке реализации дискреционных полномочий, взвесив все «за» и «против», административный орган может прийти к выводу о том, что никакой свободой выбора он не располагает, поскольку правильным в данной ситуации следует считать лишь один из допускаемых законом вариантов решения. Свобода выбора вариантов решения превращается в необходимость выбора одного из них. Признание этой особенности дискреционных полномочий, описываемой германскими юристами формулой «сокращение усмотрения до нуля» (Ermessensreduzierung auf Null), стало устойчивой частью германской административно-правовой доктрины и судебной практики. «В соответствии с мнением, превалирующим в теории, – отмечает Кристоф Грабенвартер[721], – такое сокращение усмотрения имеет место тогда, когда вопреки существующей у административного органа в принципе возможности выбора между несколькими, с правовой точки зрения равнодопустимыми формами поведения, возможность выбора сводится к одной единственной альтернативе... Вследствие этого спектр возможностей выбора решения сужается до нуля, и решение по усмотрению превращается в связанный административный акт... В процессуальном отношении это имеет следствием, что суд в основу собственных выводов должен положить “только” это единственно правомерное решение и может отменить отклоняющееся от него административное решение»[722].

[720] Мицкевич Л.А. Очерки теории административного права: современное наполнение: монография. М.: Проспект, 2015. С. 245.

[721] В настоящее время – председатель Конституционного суда Австрийской Республики.

[722] Грабенвартер К. Доктрина свободы усмотрения // Дайджест публичного права. 2016. № 5. С. 24. URL: https://dpp.mpil.de/05_2016/vol5.cfm

В качестве примера «сокращения усмотрения до нуля» приводится, в частности, германское законодательство о полиции, согласно которому «полиция принципиально обладает усмотрением в вопросе, совершать ли какие-либо действия, когда и в отношении кого их совершать в целях предотвращения угроз для общественной безопасности и порядка. Но если, – подчеркивает Йорг Пуделька[723], – существуют определенные угрозы для охраняемых правовых благ высокого ранга, например, для конституционного права, то право органа управления действовать по собственному усмотрению (то есть касательно вопроса, необходимо ли полиции вообще действовать) может сократиться до нуля. В таком случае несовершение действий будет дискреционной ошибкой и в этом смысле неправомерным»[724].

С учетом изложенного, в том числе приведенных выше суждений зарубежных авторов, вполне, на мой взгляд, распространимых на деятельность отечественной публичной администрации, а также того обстоятельства, что словосочетания «свобода выбора» варианта решения и «свобода оценки» юридического факта (юридического состава), используемые для определения (включая законодательное) понятий административного усмотрения и дискреционных полномочий публичной администрации, создают (в отсутствие специальных оговорок) превратное представление о сущности данных понятий, полагал бы необходимым конструировать их дефиниции без обращения к названным словосочетаниям.

5. В продолжение предыдущих суждений следует указать на очевидное несоответствие государственно-правовым реалиям положения о том, что при административном усмотрении осуществляется выбор одного «из нескольких юридически допустимых вариантов» решения (Рекомендация (80)2), «одного из возможных правомерных решений» (Армения, Азербайджан) или одного «из нескольких соответствующих законодательству решений» (Грузия). В какой-то мере подобные формулы можно считать некими ограничителями административного усмотрения, которое должно проявляться в рамках закона. Вместе с тем немецкие юристы справедливо отмечают, что «образ органа управления, осуществляющего выбор между различными правомерными

[723] В настоящее время – директор правовой программы Германского общества по международному сотрудничеству (GIZ) «Содействие правовой государственности в странах Центральной Азии».

[724] Пуделька Й. Понятие усмотрения и разграничение с судебным усмотрением // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 6.

возможностями» является одним «из самых живучих мифов административно-правовой догматики»[725]. Даже в тех редких случаях, когда в одной юридической норме закреплен перечень вариантов решения того или иного управленческого вопроса, могущих быть принятыми публичной администрацией, это не означает, что все они действительно одинаково законны (правомерны) в конкретной ситуации, то есть в равной степени соответствуют законодательным требованиям к административным актам. Публичная администрация обязана выбрать из имеющегося «списка» вариантов (точнее, отыскать в этом «списке») тот, который в наибольшей мере соответствует указанным требованиям. Не случайно узбекский законодатель подчеркивает, что административный орган, действуя по усмотрению, применяет «одну из допустимых в рамках законодательства мер» или воздерживается от применения соответствующей меры «на основе собственной оценки *правомерности и целесообразности*», а казахстанский законодатель предписывает административному органу, действующему по усмотрению, принимать «одно из возможных решений на основании оценки их законности». Что значит оценить правомерность предпринимаемой меры или законность принимаемого решения? Ответ: надо произвести эту оценку на предмет соответствия такой меры или принимаемого решения законодательным требованиям к административным актам.

Таким образом, включение в дефиницию административного усмотрения упоминания о законодательных требованиях к административным актам позволит избежать формирования неверного представления об административном усмотрении как о произвольном выборе одного «из нескольких соответствующих законодательству решений». Отпадет и необходимость в использовании словосочетания, взятого в кавычки и расположенного строкой выше.

6. Необходимость включения в дефиницию административного усмотрения общей ссылки на «законодательные требования к административным актам» обусловливается еще одним обстоятельством. Как можно заметить, в определениях понятий административного усмотрения, дискреционных полномочий, закрепленных в законах некоторых постсоветских государств, упоминаются отдельные требования, представляющиеся им наиболее важными, сущностными ограничителями дискреции. В частности, если, согласно дефиниции дискреционных полномочий, содержащейся в Рекомендации (80)2, административный

[725] Рихтер И., Шупперт Г.Ф. Судебная практика по административному праву: учеб. пособие. М.: Юристъ, 2000. С. 72.

орган должен выбирать из нескольких юридически допустимых вариантов решения просто «*наиболее уместный*», то в Грузии административному органу, реализующему дискреционные полномочия, законодательно предписано избирать из нескольких соответствующих законодательству решений «*наиболее приемлемое*» (здесь просматривается явная аналогия с подходом авторов Рекомендации (80)2) «*на основании соблюдения публичных и частных интересов*». В отличие от мало что проясняющего требования наибольшей уместности или приемлемости варианта решения административного органа, сформулированного в отсутствие указания на позицию, с которой должна определяться уместность или приемлемость варианта решения, требование «соблюдения публичных и частных интересов» (более точной представляется формула «соблюдение *баланса* публичных и частных интересов»), выступающее в России конституционным принципом правотворчества и правоприменения[726], означает существенное ограничение административного усмотрения. Не приходится сомневаться, что требование соответствия дискреционного административного акта цели закона (цели реализации дискреционных полномочий, дискреционного права), «выставленное» публичной администрации в законодательном порядке (Эстония, Кыргызстан, Молдова, Казахстан), также выступает серьезной юридической гарантией обеспечения законности и обоснованности принимаемых ею дискреционных решений.

Вместе с тем перечень законодательных требований к административным актам, как показывает анализ законов постсоветских государств об административных процедурах (административном производстве, административной деятельности, публичном администрировании), весьма обширен и двумя упомянутыми требованиями вовсе не исчерпывается. Поэтому в определение понятия административного усмотрения, на мой взгляд, необходимо включить лишь общее указание на то, что выбор публичной администрацией варианта решения управленческого вопроса должен соответствовать (во всяком случае, в представлении публичной администрации) законодательным требованиям к административным актам. Сами эти требования в силу значительного их числа не только раскрывать, но даже и перечислять в дефиниции нет смысла: они должны максимально полно и четко «пропи-

[726] См., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 мая 2021 г. № 19-П «По делу о проверке конституционности части 1.1 статьи 7 Федерального закона “О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях” и части 2 статьи 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой гражданки И.А. Никифоровой» // СПС «КонсультантПлюс».

сываться» в законах, прежде всего, об административных процедурах (административном производстве, административной деятельности, публичном администрировании).

Правда, надо признать, что далеко не все из них (например, требование соразмерности административных актов) могут быть сформулированы в законодательном порядке таким образом, чтобы напрочь исключить возможность их неоднозначного истолкования. Данная особенность законодательного закрепления требований к административным актам, замечу, может негативно сказываться на их способности сдерживать административное усмотрение.

7. Определения понятий дискреционного права, дискреционных полномочий, данные эстонским и туркменским законодателями, представляются, с одной стороны, тавтологичными, поскольку определяемое понятие (дискреционное, то есть усмотренческое полномочие) повторяется в определяющем понятии – полномочии действовать по усмотрению). С другой стороны, из указанных положений законов трудно понять, чем полномочие «действовать по своему усмотрению при принятии решений» отличается от второй упомянутой обоими законодателями разновидности дискреционного полномочия – полномочия выбирать одно из возможных решений, соответствующих закону. Ведь выбор варианта решения – суть административного усмотрения вне зависимости от того, каким образом оно порождается соответствующими правовыми нормами. Возможно, идея заключалась в том, чтобы отразить в законодательных дефинициях две разновидности административного усмотрения, именуемые в немецкоязычной юридической литературе (на мой взгляд, не очень удачно) «усмотрением на основе действия» и «усмотрением на основе выбора». В первом случае в сфере усмотрения административного органа находится «вопрос, должен *ли* он вообще при наличии конкретных обстоятельств действовать». В ситуациях же, где проявляется второй вид усмотрения, «административный орган должен действовать, но открытым при этом остается вопрос, *каким образом* он должен действовать»[727].

С моей точки зрения, при таком подходе упускается из вида тот очевидный факт, что и в случае «усмотрения на основе действия» публичная администрация вынуждена производить выбор варианта решения, причем этот выбор, с юридической точки зрения, ничем не отличается от выбора в случае «усмотрения на основе выбора». Корректнее было

[727] Квоста П. Указ. соч. С. 19–20. См. также: Пуделька Й. Понятие усмотрения и разграничение с судебным усмотрением... С. 4.

бы вести речь о проактивном (выбор по формуле «необходимо ли действовать?») и реактивном (выбор по формуле «действовать необходимо, но как?») административном усмотрении.

Кроме того, в реальной административной практике публичная администрация нередко вынуждена проявлять оба упомянутых вида усмотрения одномоментно, принимая решение не только о том, действовать или нет (поскольку четкий ответ в законе отсутствует), но и о том, как действовать (закон предлагает или допускает различные варианты действия). В немецкоязычной юридической литературе правовые нормы, подобным образом регулирующие деятельность публичной администрации, именуются «стыковочными»[728] (представляется, что данное наименование вряд ли позволяет понять, что речь идет об особой группе дискреционных юридических норм).

С учетом сказанного избранный эстонским и туркменским законодателями подход к выделению в законодательных дефинициях дискреционных полномочий отмеченных выше разновидностей выбора публичной администрацией вариантов решения представляется некорректным, а само упоминание в определении административного усмотрения его разновидностей излишним.

8. Наконец, нельзя не увидеть, что ни одно из приведенных выше законодательных определений административного усмотрения, дискреционных полномочий не проясняет вопрос о том, каким образом, в силу каких обстоятельств полномочия публичной администрации приобретают качество дискреционности, предполагающее проявление в ходе осуществления подобных полномочий административного усмотрения. Ответ же на этот вопрос важен для правильного понимания сути административного усмотрения. С моей точки зрения, источником административного усмотрения выступает недостаточная определенность положений закона и иных нормативных правовых актов, регулирующих деятельность публичной администрации. Речь идет о так называемых относительно-определенных нормах. Именно они составляют, по общему правилу, нормативно-правовую основу административного усмотрения. Специфическая особенность названных норм заключается в том, что цели, основания, условия, содержание, обстановка, место, объекты (адресаты), субъекты, порядок оформления, процедура, сроки (время) принятия публичной администрацией административных актов и (или) сами требования к административным актам определены в этих нормах недостаточно (для однозначного

[728] Рихтер И., Шупперт Г.Ф. Указ. соч. С. 85.

вывода) полно и конкретно. Аномальными видами нормативно-правовой основы административного усмотрения являются также правовые пробелы и противоречия (коллизии) между юридическими нормами. Образуясь вопреки замыслу законодателя, они порождают известную нормативно-правовую неопределенность и, тем самым, ставят публичную администрацию, вынужденную преодолевать такие пробелы и противоречия, перед необходимостью проявлять усмотрение.

Примечательно, что характеристика правовых источников административного усмотрения дается не только в юридической литературе, но уже и в отечественном законодательстве, правда, лишь с одной, негативной стороны – как коррупциогенных, то есть порождающих (облегчающих) проявления коррупции со стороны публичной администрации, факторов. Ими признаны положения нормативных правовых актов: во-первых, «устанавливающие для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил; во-вторых, «содержащие неопределенные... требования к гражданам и организациям...»[729].

К первой группе факторов Правительством Российской Федерации отнесены, в частности: «а) широта дискреционных полномочий – отсутствие или неопределенность сроков, условий или оснований принятия решения, наличие дублирующих полномочий государственного органа, органа местного самоуправления или организации (их должностных лиц); б) определение компетенции по формуле «вправе» – диспозитивное установление возможности совершения государственными органами, органами местного самоуправления или организациями (их должностными лицами) действий в отношении граждан и организаций; в) выборочное изменение объема прав – возможность необоснованного установления исключений из общего порядка для граждан и организаций по усмотрению государственных органов, органов местного самоуправления или организаций (их должностных лиц); г) чрезмерная свобода подзаконного нормотворчества – наличие бланкетных и отсылочных норм, приводящее к принятию подзаконных актов, вторгающихся в компетенцию государственного органа, органа местного самоуправления или организации, принявшего первоначальный нормативный правовой акт... е) заполнение законодательных пробелов при помощи подзаконных актов в отсутствие законодательной

[729] Часть 2 статьи 1 Федерального закона от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СПС «КонсультантПлюс».

делегации соответствующих полномочий – установление общеобязательных правил поведения в подзаконном акте в условиях отсутствия закона; ж) отсутствие или неполнота административных процедур – отсутствие порядка совершения государственными органами, органами местного самоуправления или организациями (их должностными лицами) определенных действий либо одного из элементов такого порядка; з) отказ от конкурсных (аукционных) процедур – закрепление административного порядка предоставления права (блага); и) нормативные коллизии – противоречия, в том числе внутренние, между нормами, создающие для государственных органов, органов местного самоуправления или организаций (их должностных лиц) возможность произвольного выбора норм, подлежащих применению в конкретном случае»[730].

Вторую группу коррупциогенных факторов – тех, которые содержат неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к гражданам и организациям, составляют: а) наличие завышенных требований к лицу, предъявляемых для реализации принадлежащего ему права, – установление неопределенных, трудновыполнимых и обременительных требований к гражданам и организациям; б) злоупотребление правом заявителя государственными органами, органами местного самоуправления или организациями (их должностными лицами) – отсутствие четкой регламентации прав граждан и организаций; в) юридико-лингвистическая неопределенность – употребление неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера[731].

Никто не спорит, что именно дискреционные – в отличие от жестко связанных законом – полномочия, предоставленные публичной администрации, являются благоприятной почвой для коррупционных проявлений в ее деятельности. Вместе с тем, как справедливо отмечают зарубежные юристы, усмотрение не может быть принесено в жертву борьбе с коррупцией[732]. Ведь очевидно, что обеспечить надлежащее, позволяющее обеспечить баланс общественных и частных интересов, нормативное правовое регулирование деятельности публичной адми-

[730] Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов: утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СПС «КонсультантПлюс».

[731] Там же.

[732] Пуделька Й. Предисловие // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. IV.

нистрации без использования относительно определенных юридических норм, реализация которых придает ее деятельности дискреционный характер, – управомочивающих, альтернативных норм, норм, содержащих оценочные понятия, – невозможно. Вопрос заключается в том, чтобы пределы административного усмотрения, установленные ими, не были «необоснованно широкими», и в этой связи сформулированная 40 лет назад идея о том, что «усмотрение желательно настолько, насколько оно неизбежно»[733], по-прежнему сохраняет свою актуальность. Кроме того, следует учитывать, что неотъемлемыми чертами современного законодательства, которые не исчезнут и в обозримой перспективе, к сожалению, выступают обнаруживающиеся время от времени правовые пробелы и коллизии юридических норм.

В этой связи, на мой взгляд, недостаточная нормативно-правовая определенность (относительная определенность реализуемых публичной администрацией правовых норм) как источник административного усмотрения обязательно должна найти отражение в определении рассматриваемого понятия.

С учетом отмеченного, полагаю, для целей научного исследования *под административным усмотрением следует подразумевать выбор публичной администрацией варианта решения управленческого вопроса в форме принятия административного акта (нормативного или индивидуального), соответствующего, по ее мнению, установленным законом требованиям к административным актам, в условиях недостаточной нормативно-правовой определенности целей, оснований, условий, содержания, обстановки, места, объектов (адресатов), субъектов, порядка оформления, процедуры и (или) сроков (времени) принятия административного акта.*

С моей точки зрения, особой необходимости следовать примеру законодателей постсоветских государств, раскрывших понятия административного усмотрения и дискреционных полномочий в законе, нет. Цели законодательной и правоприменительной деятельности могут в полной мере достигаться и без этого, правда, при условии, что в российской правовой доктрине сформируется очевидный консенсус относительно понимания административной дискреции. Но вот что является, действительно, важной юридической гарантией соблюдения прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций в деятельности публичной администрации, так это включение в законодательство норм, с необходимой четкостью и полно-

[733] Соловей Ю.П. Указ. соч. С. 33.

той закрепляющих требования к дискреционным административным актам. Без воплощения в тексте закона таких требований суд не сможет эффективно обеспечивать возложенный на него ч. 1 ст. 1 КАС РФ контроль «за *законностью и обоснованностью* (курсив мой *Ю.С.*) осуществления государственных или иных публичных полномочий», когда такие полномочия имеют дискреционный характер. Теоретическая разработка требований к дискреционным административным актам, позволяющим судить об их законности и обоснованности, законодательное формулирование и внедрение таких требований в административную и судебную практику, на мой взгляд, уже давно приобрели статус политико-правовых задач, требующих безотлагательного решения.

2. Законодательные требования к дискреционным административным актам

Пример нормативно-правового описания требований к дискреционным административным актам являет собой упоминавшаяся выше Рекомендация (80)2. В ней указанные требования предстают в виде шести основных принципов осуществления административными органами дискреционных полномочий (их можно назвать также принципами административного усмотрения). Такие принципы, как указано в пояснительной записке Европейского комитета по правовому сотрудничеству к проекту Рекомендации (80)2 Комитета министров Совета Европы от 11 марта 1980 г. «Об осуществлении дискреционных полномочий административными органами», представляют собой «обязанности, возлагаемые на административные органы при осуществлении ими дискреционных полномочий». Выполнение этих обязанностей позволяет административному органу «не только соблюдать... законы и правила, но и действовать справедливо»[734].

Итак, согласно Рекомендации (80)2, «административный орган, осуществляя дискреционные полномочия:

1) не преследует цели, противоречащие тем, для достижения которых предоставлены данные полномочия;

2) соблюдает объективность и беспристрастность, принимая во внимание только факты, имеющие значение для дела;

3) соблюдает принцип равенства всех перед законом, избегая несправедливой дискриминации;

[734] URL: https://rm.coe.int/16804c476c

4) обеспечивает надлежащий баланс между любыми неблагоприятными последствиями решения, ущемляющими права, свободы или интересы лиц, и целью, которую он преследует;

5) принимает решение в течение времени, которое является разумным с учетом особенностей рассматриваемого вопроса;

6) применяет общие административные принципы в установленном порядке, учитывая конкретные обстоятельства каждого дела»[735].

В несколько более развернутом виде приведенные принципы осуществления дискреционных полномочий закреплены в Европейском кодексе хорошего административного поведения[736], принятом Резолюцией C5-0438/2000 – 2000/2212 (COS) Европейского парламента от 6 сентября 2001 г. по инициативе Европейского омбудсмена (European Parliament Resolution of 6 September 2001 (C5-0438/2000 – 2000/2212 (COS)). Названный кодекс содержит следующие положения:

«Статья 5. Отсутствие дискриминации

1. При рассмотрении поступающих от общественности[737] заявлений и при принятии решений служащий заботится о том, чтобы соблюдался принцип равенства в обращении. Представители общественности, находящиеся в одинаковом положении, подвергаются одинаковому обращению.

2. В случае неравенства в обращении служащий заботится о том, чтобы оно было обосновано уместными объективными чертами рассматриваемого дела.

3. Служащий, в частности, избегает любой необоснованной дискриминации между представителями общественности по признакам гражданства, пола, расы, цвета кожи, этнического или социального происхождения, генетических черт, языка, религии или убеждений, политических или любых иных взглядов, принадлежности к национальному меньшинству, имущественного положения, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации.

Статья 6. Пропорциональность

1. При принятии решений служащий заботится о том, чтобы принимаемые меры соответствовали преследуемой цели. Он, в частности, избегает ограничений прав граждан или возложения на них обязанно-

[735] URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804f22ae

[736] В ряде источников указанный документ переводится как «Европейский кодекс надлежащего административного поведения».

[737] Под «общественностью» в кодексе понимаются физические и юридические лица.

стей, когда эти ограничения или обязанности не соответствуют цели осуществляемого мероприятия.

2. При принятии решений служащий соблюдает справедливый баланс между интересами частных лиц и общим публичным интересом.

Статья 7. Отсутствие злоупотребления полномочиями

Полномочия осуществляются исключительно в тех целях, для которых они были предоставлены соответствующими положениями. Служащий, в частности, избегает использования этих полномочий в целях, которые не имеют под собой правовой основы или которые не мотивированы публичным интересом.

Статья 8. Беспристрастность и независимость

1. Служащий является беспристрастным и независимым. Он воздерживается от любых произвольных действий, которые наносят ущерб представителям общественности, а также от любого привилегированного обращения по каким бы то ни было основаниям.

2. Поведение служащего никогда не направляют личные, семейные или национальные интересы либо политическое давление. Служащий не участвует в принятии решения, в котором он или кто-либо из его близких имеет финансовую заинтересованность.

Статья 9. Объективность

При принятии решений служащий учитывает уместные факторы и взвешивает их надлежащим образом в решении, исключая при этом любые аспекты, не относящиеся к делу.

Статья 10. Законное доверие, последовательность и советы

1. Служащий является последовательным в своем административном поведении, а также по отношению к административной деятельности института. Он соблюдает обычную административную практику института, если только не возникает законных оснований для отступления от этой практики в особых случаях. Данные законные основания регистрируются в письменной форме.

2. Служащий соответствует законным и разумным ожиданиям представителей общественности в свете предшествующего поведения института...

Статья 11. Справедливость

Служащий действует беспристрастно, справедливо и разумно.

Нетрудно заметить, что названные положения в какой-то мере созвучны требованиям к служебному поведению гражданского служащего, предусмотренным ст. 18 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» и общим принципам служебного поведения государственных

служащих, утвержденным Указом Президента Российской Федерации от 12 августа 2002 г. № 885[738].

Печально, но сегодня в России нет законодательного акта, в котором эксплицитно предусматривалась бы система приведенных и иных существующих требований к дискреционным актам (принципов осуществления дискреционных полномочий) публичной администрации, есть лишь отдельные фрагментарные положения, содержащиеся в нормативных правовых актах различной юридической силы и тематики, которые в той или иной мере выражают такие требования (принципы) или, по крайней мере, содержат о них упоминание. В этом ряду сегодня лучшим можно, на мой взгляд, считать Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации». Его глава 2 «прописывает» такие принципы государственного контроля (надзора) и муниципального контроля, как законность и обоснованность (ст. 7), приоритет профилактических мероприятий перед контрольными (надзорными) мероприятиями (ч. 1 ст. 8), соразмерность вмешательства в деятельность контролируемых лиц (ст. 9), охрана прав и законных интересов, уважение достоинства личности, деловой репутации контролируемых лиц (ст. 10), недопустимость использования контрольными (надзорными) органами и их должностными лицами полномочий в целях воспрепятствования законной деятельности контролируемых лиц, необоснованного увеличения сроков осуществления государственного контроля (надзора) (ч. 1 ст. 11), соблюдение охраняемой законом тайны (ст. 12), открытость и доступность информации об организации и осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля (ст. 13), оперативность при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля (ст. 14). Правда, сформулированы данные принципы весьма, мягко выражаясь, скупо и в целом неудачно.

Важно подчеркнуть, что ряд требований, предъявляемых к дискреционным административным актам и позволяющих судить о законности и обоснованности названных актов, содержится в решениях высших судебных инстанций страны.

Коснусь только первого из названных в Рекомендации (80)2 принципов – требования осуществлять дискреционные полномочия в соответствии с целями, для достижения которых предоставлены данные полномочия. В развернутом виде этот принцип закреплен российским

[738] Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 33. Ст. 3196; 2007. № 13. Ст. 2009; № 29. Ст. 3658; 2021. № 35. Ст. 6274.

законодателем в отношении лишь некоторых органов публичной администрации. Так, пункт 3 статьи 13 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ «Об органах принудительного исполнения Российской Федерации», введенный в названный закон через 17 лет после его принятия, обязывает сотрудника органов принудительного исполнения «не допускать совершение исполнительных действий для достижения целей и решения задач, не предусмотренных законодательством об исполнительном производстве».

Применительно же к подавляющему большинству органов и должностных лиц отечественной публичной администрации рассматриваемое требование нашло свое отражение лишь в уголовном законе, что, как будет объяснено чуть ниже, значительно снижает его (требования) праворегулирующий потенциал. Статья 285 Уголовного кодекса Российской Федерации устанавливает уголовную ответственность за использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, под которым в соответствии с пунктом 15 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 16 октября 2009 г. № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» понимается совершение представителями публичной администрации «таких деяний, которые хотя и были непосредственно связаны с осуществлением должностным лицом своих прав и обязанностей, однако не вызывались служебной необходимостью и объективно противоречили как общим задачам и требованиям, предъявляемым к государственному аппарату и аппарату органов местного самоуправления, так и тем *целям и задачам* (курсив *Ю.С.*), для достижения которых должностное лицо было наделено соответствующими должностными полномочиями»[739]. Уголовная ответственность по упомянутой статье наступает в том случае, если рассматриваемое деяние, во-первых, совершено из корыстной или иной личной заинтересованности и при этом, во-вторых, повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества и государства. В отсутствие одного или, тем более, обоих указанных признаков деяния, то есть вне сферы уголовно-правовой оценки деятельности должностных лиц публичной администрации требование соответствия дискреционных административных актов целям предоставления должностных полномочий фактически утрачивает юридическую обязательность. В подобных ситуациях его реализация

[739] Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2009. № 12. С. 5.

всецело зависит от усмотрения публичной администрации и, в конечном итоге, усмотрения суда (если до него дойдет дело).

В известной мере законодательный пробел, выражающийся в отсутствии общего требования соответствия дискреционного административного акта законной цели, сегодня преодолевается постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 сентября 2016 г. № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» (далее – постановление № 36). Имея в виду оспариваемые решения, действия (бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, наделенных отдельными государственными или иными публичными полномочиями, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих, принимаемые, совершаемые ими в пределах своего усмотрения в соответствии с компетенцией, предоставленной законом или иным нормативным правовым актом, Пленум Верховного Суда Российской Федерации в п. 62 названного постановления отмечает, что «превышение указанных полномочий либо использование их вопреки *законной цели* (курсив *Ю.С.*) и правам, законным интересам граждан, организаций, государства и общества является основанием для признания оспариваемых решений, действий (бездействия) незаконными (пункт 4 части 9 статьи 226 КАС РФ, часть 3 статьи 55 Конституции Российской Федерации)»[740].

Данное положение – важная новелла постановления № 36 (по сравнению с утратившим в сентябре 2016 г. силу постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2009 г. № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих»), призванная избавить суды от односторонности в оценке законности и обоснованности оспариваемых дискреционных административных актов. Вместе с тем замечу, что формула рассматриваемого положения заимствована у Конституционного Суда Российской Федерации, который в п. 4 своего постановления от 16 июля 2004 г. № 14-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений части второй статьи 89 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.Д. Егорова и Н.В. Чуева» (далее – постановление № 14-П) подчеркнул, что этот кодекс «исходит из недопустимости причинения неправомерного вреда при проведении налогового

[740] Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 11. С. 11.

контроля (статьи 35 и 103). Если, осуществляя его, налоговые органы руководствуются *целями и мотивами, противоречащими действующему правопорядку* (курсив *Ю.С.*), налоговый контроль в таких случаях может превратиться из необходимого инструмента налоговой политики в инструмент подавления экономической самостоятельности и инициативы, чрезмерного ограничения свободы предпринимательства и права собственности, что в силу статей 34 (часть 1), 35 (части 1–3) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации недопустимо. *Превышение налоговыми органами (их должностными лицами) своих полномочий либо использование их вопреки законной цели и охраняемым правам и интересам граждан, организаций, государства и общества несовместимо с принципами правового государства* (курсив *Ю.С.*), в котором осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (статья 1, часть 1; статья 17, часть 3, Конституции Российской Федерации)»[741].

Таким образом, для того чтобы дискреционный административный акт был признан судом законным и обоснованным, он, как того требуют Конституционный Суд Российской Федерации и Верховный Суд Российской Федерации, должен непременно соответствовать «законной цели», то есть цели, предусмотренной законом (или, в широком смысле, по терминологии Конституционного Суда Российской Федерации, цели, не «противоречащей действующему правопорядку»). Вместе с тем в русском языке определения «соответствующий поставленной цели, вполне разумный, практически полезный» в совокупности как раз и составляют значение слова «целесообразный»[742]. Без соответствия законной цели – главного содержательного признака целесообразности – административный акт не может быть признан законным и обоснованным. Следовательно, судебная проверка законности и обоснованности дискреционного административного акта не может обойтись без выяснения его целесообразности.

Как же такой очевидный вывод согласуется с позицией Пленума Верховного Суда Российской Федерации, озвученной в том же п. 62 упоминавшегося выше Постановления № 36, согласно которой «суд *не осуществляет проверку целесообразности* (курсив *Ю.С.*) оспариваемых решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, наделенных отдельными государственными или иными публичными полномочиями, должностных лиц, государственных и муниципальных служа-

[741] Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 30. Ст. 3214.

[742] Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 872.

щих, принимаемых, совершаемых ими в пределах своего усмотрения в соответствии с компетенцией, предоставленной законом или иным нормативным правовым актом»?

Прежде чем ответить на этот вопрос, отмечу, что приведенная позиция высшей судебной инстанции страны полностью находится в русле германской юридической доктрины, которая запрещает судам проверять, «было ли выбранное органом администрации решение самым лучшим и наиболее целесообразным»[743]. В некоторых же странах действуют даже прямые *законодательные* запреты на проверку целесообразности административных актов. Например, статья 3 Закона Литовской Республики от 14 января 1999 г. № VIII-1029 «О производстве по административным делам» предусматривает, что «судом не производится оценка оспариваемого административного акта и действий (или бездействия) с точки зрения политической или экономической целесообразности, а только устанавливается то, не был ли в конкретном случае нарушен закон или другой правовой акт, не превысил ли субъект администрирования компетенцию, а также не противоречит ли акт (деяние) целям и задачам, ради которых орган был учрежден и наделен соответствующими полномочиями»[744].

Дело в том, что и правовое, в том числе профессиональное, и обыденное сознание наделяют понятие «целесообразность» весьма широким содержанием, включающим в рассматриваемом контексте не только важный правовой элемент – соответствие административного акта законной цели, но и неправовые элементы – эффективность такого акта, его социальная полезность и т.д.[745] Как представляется, именно

---

[743] Реннерт К. Общая система юрисдикций в Германии и место, система и значение административной юстиции // Административное судопроизводство: материалы Международной конференции (7–8 июня 2012 г.). М., 2012. С. 13. См. также: Реннерт К. Административно-правовая защита административными судами: особенности немецкого административно-процессуального права, контроль административных действий в Германии. Краткий сравнительно-правовой обзор // Там же. С. 57–59 ; Гюнтер К. Контроль за решениями, принимаемыми в рамках административного усмотрения: германский опыт // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2004 года: по материалам II Международной науч.-практ. конф. (15–16 апреля 2005 г., Москва) / под ред. С.Г. Пепеляева. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 183–185 ; Хартвиг М. Указ. соч. С. 57–58.

[744] Сборник законодательных актов отдельных государств по административной юстиции. Алматы, 2013. С. 456.

[745] Соловей Ю.П. Указ. соч. С. 168–169. С удовлетворением отмечаю, что данный подход к пониманию целесообразности находит поддержку у авторов новейших отечественных исследований в области административных актов и административных процедур. См.: Давыдов К.В. Административные процедуры: российский и зарубежный опыт / отв. ред. Ю.Н. Старилов. Новосибирск: Академиздат, 2020. С. 281–282.

в этом заключается ответ на поставленный выше вопрос о том, почему Пленум Верховного Суда Российской Федерации, требуя от судов оценивать законность и обоснованность административных актов с учетом того, соответствуют ли они предусмотренным законом целям, однозначно запрещает судам проверять при этом целесообразность указанных актов.

В отличие от Верховного Суда Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации эксплицитно признает за судами полномочие оценивать дискреционные административные акты с точки зрения их целесообразности, понимаемой как соответствие акта не только законной цели, но и иным вытекающим из Конституции Российской Федерации принципам (требованиям). В подтверждение данного вывода приведу упоминавшийся п. 4 постановления № 14-П: «*Несмотря на то, что суды не уполномочены проверять целесообразность решений налоговых органов (их должностных лиц), которые действуют в рамках предоставленных им законом дискреционных полномочий* (курсив *Ю.С.*), необходимость обеспечения баланса частных и публичных интересов в налоговой сфере как сфере властной деятельности государства предполагает возможность проверки законности соответствующих решений, принимаемых в ходе налогового контроля, – о проведении встречных проверок, истребовании документов, назначении экспертизы и т.д. Как следует из взаимосвязанных положений статей 46 (часть 1), 52, 53 и 120 Конституции Российской Федерации, предназначение судебного контроля как способа разрешения правовых споров на основе независимости и беспристрастности предопределяет право налогоплательщика обратиться в суд за защитой от возможного произвольного правоприменения»[746]. При этом Конституционный Суд Российской Федерации в других своих решениях последовательно придерживается приведенной правовой позиции[747], распространяя ее не только на налоговые органы, но и проку-

[746] Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 30. Ст. 3214.

[747] См., например: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 18 января 2005 г. № 130-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запросов Арбитражного Суда Орловской области о проверке конституционности пунктов 1 и 6 статьи 101, статьи 106, пунктов 1 и 6 статьи 108 и статьи 109 Налогового кодекса Российской Федерации» ; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 марта 2006 г. № 70-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Егорова Андрея Дмитриевича на нарушение его конституционных прав подпунктом 1 пункта 1 статьи 31, абзацем первым пункта 1 статьи 93 Налогового кодекса Российской Федерации, частью 1 статьи 65 и частью 5 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

ратуру[748], антимонопольные органы[749], а значит, и на всю публичную администрацию.

Сформулировав названную правовую позицию, Конституционный Суд Российской Федерации, на мой взгляд, в известной мере укрепил юридические гарантии соблюдения прав и свобод частных лиц в их взаимоотношениях с государством. И, действительно, в последние годы практика дает немало примеров проверки российскими судами законности и обоснованности дискреционных административных актов с учетом оценки их целесообразности[750], выясняемой с помощью таких правовых критериев, как соответствие акта законной цели, его необходимость, разумность[751], пропорциональность и своевременность, то есть с точки зрения тех «прозрачных параметров» осуществления административного усмотрения[752], на соблюдении которых настаивают

[748] См., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 февраля 2015 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации" в связи с жалобами межрегиональной ассоциации правозащитных общественных объединений "Агора", межрегиональной общественной организации "Правозащитный центр "Мемориал", международной общественной организации "Международное историко-просветительское, благотворительное и правозащитное общество "Мемориал", региональной общественной благотворительной организации помощи беженцам и вынужденным переселенцам "Гражданское содействие", автономной некоммерческой организации правовых, информационных и экспертных услуг "Забайкальский правозащитный центр", регионального общественного фонда "Международный стандарт" в Республике Башкортостан и гражданки С.А. Ганнушкиной» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 9. Ст. 1389.

[749] Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14 мая 2015 г. № 1076-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества "Аргус-Спектр" на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 5 части 2 статьи 39 Федерального закона "О защите конкуренции"» // СПС «КонсультантПлюс».

[750] См., например: Апелляционное определение Московского областного суда от 10 августа 2016 г. по делу № 33а-21826/2016 ; Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 20 января 2016 г. по делу № 33а-921/16 ; Решение Верховного суда Удмуртской Республики от 30 мая 2016 г. по делу № 7-249/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

[751] См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июля 2020 г. № 32-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 15 и статьи 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации, подпункта 14 пункта 1 статьи 31 Налогового кодекса Российской Федерации и части первой статьи 45 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина И.С. Машукова» // СПС «КонсультантПлюс».

[752] См., например: Постановление Европейского Суда по правам человека от 5 октября 2010 г. по делу № 19334/03 «"Компания ДМД груп, а.с." против Словакии (DMD Group, a.s. v. Slovakia)» // СПС «КонсультантПлюс».

Европейский Суд по правам человека и Конституционный Суд Российской Федерации.

Вместе с тем надо, к сожалению, признать, что преобладающей (надеюсь, пока) остается противоположная позиция отечественных судов, а именно – уклонение от выяснения целесообразности оспариваемого дискреционного административного акта не только в части соблюдения конституционных принципов-требований (справедливости, разумности, пропорциональности и др.), но даже и в целом от проверки того, соответствует ли акт цели закона[753]. В известной степени подобная позиция обусловлена традиционным, весьма широким пониманием целесообразности, что исключает использование юридического термина «целесообразность» для обозначения такого законодательного требования к административным актам, как соответствие законной цели.

Резюмируя отмеченное по поводу первого из указанных в Рекомендации (80)2 принципов – требования осуществлять дискреционные полномочия в соответствии с целями, для достижения которых предоставлены данные полномочия, подчеркну, во-первых, что надлежащей юридической гарантией обеспечения прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций в их отношениях с публичной администрацией явилось бы закрепление именно в законодательном (а не судебном) акте распространяющегося на всю публичную администрацию требования соответствия административного акта целям, для достижения которых федеральный закон возлагает на такую администрацию соответствующие полномочия. При этом желательно сделать оговорку о том, что при невозможности определения законных целей предоставления дискреционных полномочий административный акт должен приниматься в публичных интересах. До тех пор, пока понятие таких интересов не будет раскрыто законодателем, «под публичными интересами, в частности, следует понимать интересы неопределенного круга лиц, обеспечение безопасности жизни и здоровья граждан, а также обороны и безопасности государства, охраны окружающей природной среды»[754].

---

[753] См., например: Апелляционное определение Верховного суда Республики Татарстан от 15 июля 2016 г. по делу № 33а-12904/2016 ; Кассационное определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 23 августа 2021 г. № 88а-20648/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

[754] Пункт 75 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 8. С. 15).

Во-вторых, если в свое время мне казалось достаточным указать на неприемлемость[755] высказанного в юридической литературе предложения о закреплении в процессуальном законодательстве обязанности суда проверять целесообразность актов управления[756], то сегодня, как представляется, пришло время сделать на этом пути еще один шаг. Следовало бы, на мой взгляд, дополнить ст. 226 КАС РФ самостоятельной частью следующего содержания:

«При рассмотрении административного дела об оспаривании решения, действия (бездействия) органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, суд не вправе проверять оспариваемое решение, совершенное оспариваемое действие (бездействие) на предмет их целесообразности».

Реализация данного предложения, в свою очередь, возможна лишь при условии, что предварительно (в крайнем случае, одновременно) в законодательном порядке наряду с требованием соответствия административного акта законной цели будут закреплены и другие важные требования к дискреционным административным актам, которые ныне охватываются общим понятием целесообразности, – пропорциональность, своевременность и т.д. Наряду с ними системное законодательное воплощение должны найти и другие оставшиеся без рассмотрения в настоящем исследовании в силу ограниченности его объема принципы осуществления дискреционных полномочий публичной администрации, они же – требования к дискреционным административным актам, они же – принципы административной деятельности, публичного администрирования, административных процедур.

Оптимальным способом решения задачи развернутого законодательного воплощения системы требований к административным (разумеется, в том числе и в первую очередь, дискреционным) актам выступает, как показывает опыт развитых государств, включение соответствующих положений о таких требованиях в федеральный закон об административных процедурах (административном производстве, административной деятельности, публичном администрировании).

К сожалению, в России законодательный акт подобного рода, в отличие от многих зарубежных, в том числе постсоветских, государств до сих пор отсутствует. Попытки его принятия остаются безрезультатными: проект федерального закона № 64090-3 «Об административных процедурах», внесенный в Государственную Думу Федерального

[755] Соловей Ю.П. Указ. соч. С. 172.

[756] Квиткин В.Т. Судебный контроль за законностью действий органов государственного управления: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1967. С. 68.

Собрания Российской Федерации (далее – ГД) ее депутатом В.В. Похмелкиным 28 февраля 2001 г.[757], отклонен ГД 11 июня 2009 г.; проект федерального закона № 284733-3 «Об основах регулирования отношений между гражданами (юридическими лицами) и органами публичной администрации» (вариант наименования: «Об основах административных процедур»), внесенный в ГД депутатами ГД А.И. Романчук и Л.К. Слизка 16 января 2003 г.[758], снят с рассмотрения Советом ГД 23 января 2003 г.; проект федерального закона № 28350-4 «Об административных процедурах», еще раз внесенный в ГД депутатом ГД В.В. Похмелкиным 16 марта 2004 г.[759], снят с рассмотрения Советом ГД 25 марта 2004 г.

Определенные усилия по решению названной задачи в формате «второго дыхания» предприняты и в научно-практическом плане: К.В. Давыдов подготовил авторский проект федерального закона «Об административных процедурах и административных актах в Российской Федерации»[760], а П.И. Кононов и А.И. Стахов – авторский проект федерального закона «Об административном производстве в Российской Федерации»[761].

Несмотря на это, перспективы принятия столь ожидаемого российским административно-правовым научным сообществом закона, само наличие которого выступает важной характеристикой государства, объявившего себя правовым, сегодня остаются весьма призрачными. Но даже если это и так, актуальность научной разработки требований к дискреционным актам отечественной публичной администрации ничуть не снижается. Не исключен вариант подготовки на первом этапе законопроекта, посвященного исключительно требованиям к административным актам. При этом указание в законопроекте на то, какие требования обретают смысл в применении и относятся лишь к дискреционным административным актам (в отличие от актов, жестко связанных законом), представляется излишним в силу самоочевидности.

В этой связи на основе анализа отечественного и зарубежного опыта законодательного регулирования административных процедур, адми-

[757] URL: https://lexfeed.ru/law/64090-3

[758] URL: https://lexfeed.ru/law/284733-3

[759] URL: https://lexfeed.ru/law/28350-4

[760] Давыдов К.В. Современное состояние и перспективы развития российского законодательства об административных процедурах... С. 47–69.

[761] Кононов П.И., Стахов А.И. О проекте федерального закона «Об административном производстве в Российской Федерации» // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 3. С. 40–68.

нистративной и судебной практики, а также юридической литературы, предложил бы для включения в будущий российский закон следующий минимум положений, сформулированных в виде самостоятельных статей закона и закрепляющих требования к административным актам (либо, в зависимости от избранных разработчиками закона его названия и концепции, принципы административной деятельности, публичного администрирования, административных процедур).

Законность

1. Административный орган (должностное лицо) осуществляет свою деятельность в точном соответствии с федеральным законом и в пределах полномочий, установленных федеральным законом.

2. Неблагоприятные для граждан и организаций административные акты принимаются административным органом (должностным лицом) только на основаниях и в порядке, установленных федеральным законом или подзаконным нормативным правовым актом, если подзаконное нормативное правовое регулирование прямо предусмотрено федеральным законом.

3. В отсутствие указанных в части второй настоящей статьи оснований и порядка неблагоприятные для граждан и организаций административные акты, имеющие устную или иную, нежели письменная или электронная, форму, могут быть приняты административным органом (должностным лицом) исключительно по просьбе граждан и организаций или с их согласия, если это не нарушает нравственные принципы общества.

Соответствие административного акта цели, предусмотренной федеральным законом (запрет злоупотребления полномочиями)

1. Административные акты принимаются исключительно в целях, для достижения которых федеральным законом на административный орган (должностное лицо) возложены соответствующие полномочия, а при невозможности определения таких целей – в публичных интересах.

2. Неблагоприятные для граждан и организаций административные акты административных органов подлежат немедленной отмене, если законная цель их принятия достигнута или выяснилось, что она не может или не должна достигаться таким способом.

3. Принятие административных актов, которые хотя и были непосредственно связаны с осуществлением должностным лицом возложенных на него полномочий, но не вызывались служебной необходимостью и объективно противоречили общим задачам и требованиям, предъявляемым к государственному аппарату и аппарату органов местного самоуправления, а также целям, для достижения которых на административный орган возложены соответствующие полномочия, влекут ответственность, установленную законом.

Соразмерность административных актов

1. При принятии административных актов административный орган (должностное лицо) обеспечивает справедливый баланс между частными и публичными интересами.

2. Административные акты должны быть соразмерны законной цели их принятия, то есть быть пригодными, необходимыми (оправданными) и пропорциональными (разумными, не чрезмерными) для достижения такой цели с учетом своего содержания, места, времени, круга затрагиваемых граждан и организаций и иных обстоятельств.

Равенство граждан и организаций перед законом и административным органом

1. Граждане и организации равны перед законом и административным органом (должностным лицом).

2. Административный орган (должностное лицо) принимает административные акты в отношении граждан независимо от их гражданства (подданства), пола, расы, цвета кожи, этнического или социального происхождения, генетических черт, инвалидности, возраста, сексуальной ориентации, языка, имущественного и должностного положения, рода занятий, места жительства (места пребывания), образования, отношения к религии, политических и иных убеждений, принадлежности к общественным объединениям, в отношении организаций – независимо от их организационно-правовой формы, формы собственности, подчиненности, места нахождения, а также других обстоятельств, не связанных с разрешаемым вопросом.

Беспристрастность и объективность

1. При принятии административных актов административные органы (должностные лица) обеспечивают беспристрастное отношение ко всем гражданам и организациям, не оказывают предпочтение каким-либо общественным или религиозным объединениям, профессиональным или социальным группам, гражданам и организациям и не допускают предвзятости в отношении таких объединений, групп, граждан и организаций, соблюдают нейтральность, исключающую возможность влияния на их служебную деятельность решений политических партий, других общественных объединений, религиозных объединений и иных организаций.

2. Административные органы (должностные лица) не вправе принимать административные акты под влиянием каких-либо личных, имущественных (финансовых) и иных интересов, препятствующих добросовестному исполнению служебных обязанностей.

3. Должностное лицо, объективность которого вызывает обоснованные сомнения в силу наличия у него личного, семейного, нацио-

нального интересов, оказываемого на него политического давления и иных обстоятельств, могущих повлиять на его решение, не участвует в принятии административного акта.

Обоснованность

1. Административный орган (должностное лицо) принимает административные акты на основании всестороннего, полного и объективного исследования и оценки всех юридических и фактических обстоятельств, относящихся к рассматриваемому вопросу и установленных при помощи имеющихся доказательств, а также вытекающих из указанных обстоятельств объективных соображений.

2. Мотивы принятия административного акта подлежат точному и ясному изложению в самом административном акте.

3. Административный орган (должностное лицо), принявший в отношении граждан или организаций неблагоприятный для них административный акт в устной или иной, нежели письменная или электронная, форме, по их письменному требованию обязан в письменной или электронной форме подтвердить принятый административный акт с изложением мотивов его принятия.

Запрет отказа в применении правовых норм

1. Административный орган (должностное лицо) не вправе отказаться от принятия решения по заявлению граждан и организаций на основании того, что данный вопрос, относящийся к компетенции административного органа (должностного лица), не урегулирован федеральным законом или иным нормативным правовым актом.

2. Административный орган (должностное лицо) не вправе отказаться от применения правовых норм на основании того, что указанные нормы не предусматривают порядок своего применения или не изданы необходимые для этого нормативные правовые акты, за исключением случаев, когда административный орган (должностное лицо), обязанный применять или каким-либо иным образом участвовать в применении соответствующих правовых норм, отсутствует или не действует.

Единообразие административной практики

1. При наличии одних и тех же юридических и фактических обстоятельств, когда отсутствуют основания для их индивидуальной оценки, административный орган (должностное лицо) осуществляет свои служебные полномочия в соответствии с законными обыкновениями административной практики, то есть одним и тем же способом и в одном и том же порядке.

2. Отклонение от законного обыкновения административной практики допускается при условии, что в связи с возникновением соответ-

ствующих публичных интересов административный орган (должностное лицо) намерен в дальнейшем осуществлять свои служебные полномочия иным способом или в ином порядке.

Охрана доверия граждан и организаций к административной практике

1. Доверие граждан и организаций к административной практике административных органов (должностных лиц) охраняется законом.

2. Граждане и организации, участвующие в отношениях, регулируемых гражданским и иным законодательством, при осуществлении своей деятельности вправе полагаться на то, что затрагивающие их административные акты административных органов (должностных лиц) являются законными.

3. Ошибочные административные акты, принятые административными органами (должностными лицами), не могут влечь неблагоприятных последствий для граждан и организаций.

4. Ущерб, причиненный отменой или изменением административного акта гражданам и организациям, действовавшим добросовестно, подлежит возмещению в соответствии с законодательством.

Запрет сверхформализма

1. Административному органу (должностному лицу) запрещается возлагать на граждан и организации какие-либо обязанности, отказывать в предоставлении им какого-либо права, принятии административного акта в связи с несоблюдением гражданами и организациями формальных требований, если цель установления таких требований может быть достигнута без их соблюдения, за исключением случаев, прямо предусмотренных законом.

2. Административному органу (должностному лицу) запрещается отказывать гражданам и организациям в приеме и рассмотрении обращений, в которых содержатся явные и исправимые ошибки в письме и счете. Такие ошибки административный орган (должностное лицо) исправляет самостоятельно.

Своевременность издания административного акта

Административные акты административных органов (должностных лиц) принимаются без необоснованных задержек, но не позднее срока, предусмотренного законом.

Активность административного органа (должностного лица)

1. Административный орган (должностное лицо) обязан самостоятельно устанавливать все необходимые юридические и фактические обстоятельства, необходимые для принятия административного акта, за исключением случаев, предусмотренных законом.

2. При принятии административных актов административному органу (должностному лицу) запрещается требовать от граждан и органи-

заций представления документов или сведений, если подобное требование прямо не предусмотрено законом.

3. Административному органу (должностному лицу) запрещается возлагать на граждан и организации обязанность, предусмотренную частью первой настоящей статьи, а также ставить принятие административного акта в зависимость от того, воспользовались ли граждане или организации своим правом представить по собственной инициативе необходимые документы и сведения, или нет.

Охват большим меньшего

1. Административному органу (должностному лицу) запрещается требовать от граждан и организаций совершения действий, охватываемых уже совершенными ими действиями, в том числе представления необходимых для принятия административного акта документов (сведений), содержание которых подтверждается уже представленными гражданами и организациями административному органу (должностному лицу) документами (сведениями).

2. Если разрешение на осуществление вида деятельности или совершение действий, выданное административным органом гражданину или организации, по своему содержанию включает в себя иные разрешения, то они считаются выданными.

Экономичность административной деятельности

При принятии административного акта административный орган (должностное лицо) стремится максимально эффективно использовать имеющиеся в его распоряжении средства, действуя по возможности просто, быстро и избегая возложения на граждан и организации излишних расходов и иных обременений.

Презумпция достоверности

1. Представленные гражданами и организациями документы и иные сведения о фактических обстоятельствах, учитываемых административным органом (должностным лицом) при принятии административного акта, считаются достоверными до тех пор, пока не установлено иное.

2. При наличии обоснованных сомнений в подлинности представленных гражданами и организациями документов и иных сведений административный орган (должностное лицо) обязан самостоятельно и за свой счет проверить подлинность таких документов и сведений.

Предоставление возможности выразить мнение

Неблагоприятный для граждан и организаций административный акт принимается при условии предварительного предоставления им административным органом (должностным лицом) возможности письменно и (или) устно (по выбору граждан и организаций) выразить свое

мнение по всем обстоятельствам, связанным с принятием административного акта, и представить доказательства в пользу своих доводов.

Ограничение превентивного государственного контроля (надзора)

1. Проведение административными органами (должностными лицами) массовых проверок граждан и организаций при осуществлении государственного контроля (надзора) допускается на основании разрешения суда, выдаваемого на основании мотивированного постановления административного органа.

2. В разрешении суда на проведение массовых проверок граждан и организаций в соответствии с целью таких проверок должны быть определены предмет, место и круг подлежащих проверке граждан, организаций, а также содержание проверочных мероприятий.

Толкование законодательства в пользу граждан и организаций

1. Все неустранимые сомнения, противоречия и неясности законодательства административный орган (должностное лицо) толкует в пользу граждан и организаций, максимально учитывая их законные интересы при издании административного акта.

2. В целях принятия справедливого и разумного решения административный орган (должностное лицо) при толковании законодательства обязан использовать следующие методы толкования:

2.1. Грамматическое толкование, то есть уяснение сути положений законодательства с лингвистической точки зрения;

2.2. Историческое толкование, то есть уяснение сути положений законодательства с учетом обстоятельств, в связи с которыми они были приняты;

2.3. Системное толкование, то есть уяснение положений законодательства в связи с другими его положениями;

2.4. Телеологическое толкование, то есть уяснение сути положений законодательства с точки зрения рациональной и справедливой цели, которая должна достигаться при помощи толкуемых положений.

3. Если при толковании положений законодательства указанными в части второй настоящей статьи методами возможно получение как результата, соответствующего законодательству, так и результата, ему противоречащего, административный орган (должностное лицо) использует тот результат, который соответствует законодательству.

4. Если при толковании положений законодательства указанными в части второй настоящей статьи методами все полученные результаты толкования соответствуют законодательству, административный орган (должностное лицо) использует тот результат, который в максимальной степени учитывает законные интересы граждан и организаций.

Недопустимость неблагоприятных последствий при аналогии закона или права

1. При обнаружении пробела в законодательстве, подлежащем применению, административный орган (должностное лицо) принимает административный акт на основании положений законодательства, регулирующего сходные отношения (аналогия закона).

2. При невозможности использования аналогии закона административный орган (должностное лицо) принимает административный акт, исходя из общих начал и смысла применяемого законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

3. Административные акты в той мере, в какой они приняты административным органом (должностным лицом) с использованием аналогии закона или права, не могут порождать неблагоприятные последствия для граждан и организаций.

В заключение отмечу, что придание спроектированным в настоящем исследовании положениям юридической силы посредством их включения в будущий российский закон об административных процедурах (административном производстве, административной деятельности, публичном администрировании) либо принятия отдельного закона, посвященного принципам административных процедур (административной деятельности, публичного администрирования), потребует дополнения КАС РФ положением о том, что несоответствие оспариваемого административного акта хотя бы одному из требований к административным актам, предусмотренных федеральным законом (или принципам административных процедур, административной деятельности, публичного администрирования), является основанием для признания такого административного акта незаконным. Подобные законодательные меры позволят, на мой взгляд, надлежащим образом «связать» административное усмотрение, обеспечить необходимыми правовыми ориентирами административную практику и практику судебного контроля за законностью и обоснованностью дискреционных административных актов публичной администрации, а следовательно, создать эффективные гарантии прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций от административного произвола и способствовать приобретению публичной администрацией большего доверия со стороны гражданского общества.

ФОРМИРОВАНИЕ И РАЗВИТИЕ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА В ИСТОРИЧЕСКОЙ И СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ РОССИИ

Том VIII

Административное право в системе современного российского права

Монография

Под редакцией доктора юридических наук, профессора Р.Л. Хачатурова; доктора юридических наук, профессора А.П. Шергина

Компьютерная верстка – Птицына И.Н.

Сдано в набор 18.01.2022. Подписано в печать 22.02.2022
Формат 60×88/16. Бумага офсетная. Усл. печ. л. 46
Тираж 3000 экз. (1-й завод – 1000 экз.) Заказ № 55

ООО Издательство «Юрлитинформ»
119019, г. Москва, ул. Волхонка, д. 6.
http://www.urlit.ru; e-mail: post@urlit.ru

Отпечатано в типографии ООО «Галлея-Принт»
111024, г. Москва, ул. 5-я Кабельная, д. 2Б
http://galleyaprint.ru