Ежегодник публичного права

2015

Административный процесс

german cooperation
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

infotropic media

Судебный контроль за административным усмотрением

Judicial control over administrative discretion

Юрий Соловей,
доктор юридических наук, профессор, ректор частного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Омская юридическая академия», заслуженный юрист Российской Федерации
Yuriy Solovey,
Dr. in law, professor, principal of the private educational institution for higher professional education "Omsk law academy", honored lawyer of the Russian Federation

Аннотация: В статье раскрывается понятие административного усмотрения (дискреции) с подробным описанием его составляющих частей. Также представляется краткий анализ имеющихся нерешенных проблем в административном законодательстве Российской Федерации. Приводятся примеры бывших союзных стран, сумевших добиться больших успехов на пути законодательного обеспечения эффективного судебного контроля за административным усмотрением. Также представлена информация о вопросах, традиционно выясняемых немецкими административными судами в процессе рассмотрения дел об оспаривании дискреционных актов административных органов.

Ключевые слова: дискреция, административные органы, административное правонарушение, административная ответственность, предписание.

Abstract: *The paper reveals the meaning of administrative discretion with a detailed description of its consisting parts. Also short analysis of the current unsolved problems in the administrative legislation of the Russian Federation is provided. Examples of former Soviet countries, which have achieved great success on the way of legislative implementation of effective judicial control over administrative discretion, are provided. In addition, the paper provides information on issues that are usually revealed by German administrative courts during consideration of cases regarding the challenge of discretionary acts of administrative bodies.*

Key words: *discretion, administrative bodies, administrative offence, administrative responsibility, prescription.*

Под административным усмотрением (дискрецией) следует, на мой взгляд, понимать оценку фактических обстоятельств (ситуации), основания (критерии) которой не закреплены в правовых нормах достаточно полно или конкретно, производимую органами и должностными лицами исполнительной власти (далее административные органы) при выборе в пределах, установленных нормативными правовыми актами, оптимального варианта решения конкретного управленческого вопроса[1]. Как представляется, именно такое понимание административного усмотрения в полной мере согласуется с тем смыслом, в котором слово «усмотрение» употребляется в русском языке[2].

Нормативно-правовую основу административного усмотрения составляют относительно определенные юридические нормы, среди которых выделяются: а) управомочивающие нормы (формулировки «имеет право», «может», «вправе» и т.п.); б) альтернативные нормы (предлагают несколько вариантов решения, как, например, нормы об административной ответственности, предусматривающие определенный набор мер административного наказания); в) нормы, содержащие оценочные правовые понятия (например, «в случаях, не терпящих отлагательства»). Аномальными видами нормативно-правовой основы административного усмотрения можно считать правовые нормы, содержащие противоречия, очевидные юридико-технические ошибки, а также пробелы в праве[3].

Отечественное административное законодательство нельзя назвать, если можно так выразиться, насквозь усмотренческим, хотя именно такое впечатление складывается у некоторых специалистов[4]. Оно содержит немало абсолютно определенных правовых предписаний, сводящих административное усмотрение к нулю, т.е. уполномочивающих административные органы поступать в четко обозначенных случаях именно так, а не иначе. Например, оценивая законность действий инспектора дорожно-патрульной службы, подвергнувшего задержанию транспортное средство в связи с наличием

---

1 Подробнее см.: Соловей Ю.П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 12–43.

2 См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. 13-е изд., испр. М., 1981. С. 429, 746.

3 Подробнее см.: Соловей Ю.П. Указ. соч. С. 44–86. Отдельные авторы ведут речь не о видах нормативно-правовой основы усмотрения, а о его «основных источниках». См.: Старых Ю.В. Усмотрение в налоговом правоприменении / Под ред. М.В. Карасевой. М.: Юриспруденция, 2007. С. 25 // СПС «КонсультантПлюс».

4 См.: Цыганков Э.М. Злоупотребление правом в рамках административного усмотрения // Ваш налоговый адвокат. 2005. № 1; СПС «Гарант».

«сомнений в подлинности документов» на перевозимый груз, суд признал, что в данном случае имело место «не основанное на законе использование инспектором ДПС *дискреционных полномочий* (курсив мой. — *Ю.С.*)»[5]. Между тем ст. 27.13 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП), на которую содержалась ссылка в протоколе о задержании транспортного средства, какого-либо пространства для административного усмотрения не оставляет: она предусматривает исчерпывающий перечень административных правонарушений, только при наличии которых применяется (именно «применяется», а не «может быть применено») указанное задержание, и такого основания задержания транспортных средств, как «сомнения в подлинности документов», не устанавливает. Нетрудно видеть, что в рассматриваемом случае речь на самом деле идет не о дискреционных полномочиях должностного лица, не об административном усмотрении, реализованном в рамках закона (такие рамки попросту отсутствовали), а о явном административном произволе.

Вместе с тем нельзя не признать, что российское законодательство наделяет административные органы весьма широкими, порой избыточными дискреционными полномочиями. Поэтому Европейский Суд по правам человека во многих своих решениях настаивает на необходимости соблюдения государствами (это касается не только России) принципа правовой определенности (или требования «качества закона»): закон во всяком случае должен отвечать установленному Конвенцией о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. стандарту, требующему, чтобы законодательные нормы были сформулированы с достаточной четкостью и давали гражданам «надлежащее представление об обстоятельствах и условиях, при которых органы государственной власти имеют право прибегать к оспариваемым мерам... В вопросах, затрагивающих основополагающие права человека, было бы нарушением принципа верховенства права — одного из основных принципов демократического общества, гарантированных Конвенцией, — формулировать дискреционные полномочия органа исполнительной власти в терминах, свидетельствующих о неограниченных возможностях. Следовательно, закон должен устанавливать пределы такой свободы усмотрения компетентных властей и способ ее осуществления с достаточной ясностью, учитывая законную цель

[5] Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июля 2012 г. № 1468/12 по делу № А20–540/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

рассматриваемой меры, чтобы предоставить лицу надлежащую защиту от произвольного вмешательства в его права»[6].

Несмотря на то, что проблема административного усмотрения и пределов его судебной проверки начала активно разрабатываться российскими учеными-юристами задолго до 1917 г. и ей посвящена обширная литература, надо признать, что ни законодательство, ни правовая теория, ни практика деятельности судов общей юрисдикции и арбитражных судов по-прежнему не позволяют считать данную проблему решенной.

Обратимся к действующему отечественному законодательству.

Согласно ст.ст. 2, 7 Закона Российской Федерации от 27 апреля 1993 г. № 4866–1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» обжалуемое действие (решение) признается незаконным, если в результате его совершения (принятия): нарушены права и свободы гражданина; созданы препятствия к осуществлению гражданином его прав и свобод; на гражданина незаконно возложена какая-либо обязанность или он незаконно привлечен к какой-либо ответственности. При неустановлении указанных обстоятельств обжалуемое решение (действие)«суд признает законным, не нарушающим права и свободы гражданина»[7].

Аналогичные в целом предписания содержатся в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации (ст. 255).

С моей точки зрения, в приведенных положениях двух упомянутых законодательных актов отсутствуют ориентиры для надлежащего судебного контроля за административным усмотрением. В какой-то мере ситуацию исправляет Постановление 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», п. 22 которого требует от судов проверять наряду с законностью

---

6 Постановление Европейского Суда по правам человека от 6 декабря 2007 г. по делу «Лю и Лю (Liu and Liu) против Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс». См. также: Постановление Европейского Суда по правам человека от 10 марта 2009 г. по делу «Быков (Bykov) против Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»; и др.

7 См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 19. Ст. 685; Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 51. Ст. 4970; 2009. № 7. Ст. 772.

«*обоснованность* (курсив мой. – *Ю.С.*) принятого решения, совершенного действия (бездействия)»[8].

Несколько лучше, в сравнении с гражданским процессуальным законодательством, дело обстоит с законодательным регулированием обжалования дискреционных административных актов в арбитражных судах. Арбитражный суд, проверяя законность административного акта, обязательно подвергает оценке обоснованность такого акта, причем на необходимость этого в ряде случаев законодатель указывает прямо.

Наряду с законностью требование обоснованности в законодательном порядке предъявляется не только к имеющим, несомненно, дискреционный характер постановлениям по делу об административном правонарушении, но и ко всем другим административным актам, издаваемым некоторыми административными органами. Например, согласно ч. 2 ст. 9 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции» «действия сотрудников полиции должны быть обоснованными и понятными для граждан».. Подобный подход законодателя, конечно, заслуживает положительной оценки, в особенности, если речь идет о полиции – одной из самых мощных «силовых» структур исполнительной власти, располагающей, пожалуй, наиболее широким объемом административного усмотрения.

Наконец, проект Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КАС РФ), принятый в первом чтении 21 мая 2013 г., прямо относит (наряду с законностью) к предмету судебного контроля обоснованность осуществления государственных и иных публичных полномочий (ст. 1). С учетом сказанного нельзя, на мой взгляд, соглашаться с Ю.Н. Стариловым и К.В. Давыдовым в том, что невозможность судебной проверки обоснованности административных актов является классическим постулатом, «священной коровой» теории и практики российской системы публичного управления и судебного контроля за ним[9].

Введение требования обоснованности ко всем и, конечно, в первую очередь, имеющим дискреционный характер административным актам объяснимо тем, что факта соблюдения одних лишь формальных

---

8 Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2009. № 4. С. 14.

9 См.: Старилов Ю.Н., Давыдов К.В. Проект Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации: основные концептуальные проблемы и пути их разрешения // Административное судопроизводство в Российской Федерации: развитие теории и формирование административно-процессуального законодательства. Воронеж, 2013. Вып. 7. С. 1054.

требований (пределы компетенции, установленные форма, сроки, порядок издания акта и т.п.) для суждения о правильности подобных актов недостаточно.

Многие представители советской юридической науки еще в середине прошлого века указывали, что обоснованность административного акта есть его соответствие цели, предусмотренной законом[10], и соответствие указанной цели, а также интересам государства и граждан служит важнейшим материально-правовым условием признания акта законным[11].

С этим трудно спорить, но само по себе включение в закон «голого» требования обоснованности административного акта также не снимает в полной мере вопрос о формировании надлежащих законодательных предпосылок действенного судебного контроля за административным усмотрением. Подтверждением служит отраженная в п. 25 Постановления 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» позиция, согласно которой «в случае, когда принятие или непринятие решения, совершение или несовершение действия в силу закона или иного нормативного правового акта отнесено к усмотрению органа или лица, решение, действие (бездействие) которых оспариваются, суд не вправе оценивать целесообразность такого решения, действия (бездействия), например, при оспаривании бездействия, выразившегося в непринятии акта о награждении конкретного лица»[12]. Подобная позиция, как минимум,

---

10 См.: Пахомов И.Н. О правомерности актов советского государственного управления // Ученые записки Львовского гос. университета, сер. Юрид. Львов, 1954. Т. XXVII. Вып. 2. С. 36.

11 См.: Студеникин С.С. Основные принципы советского административного права: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1940. С. 297, 299; Пахомов И.Н. Указ. соч. С. 35; Попович С. Административное право: Общая часть / Пер. с сербск. – хорват. М.: Прогресс, 1968. С. 326, 327; Коренев А.П. Нормы административного права и их применение. М.: Юрид. лит., 1978. С. 78, 79; Дубовицкий В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1981. С. 87, 89; Купреев С.С. Об административном усмотрении в современном праве // Административное право и процесс. 2012. № 1. С. 10, и др.

12 Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2009. № 4. С. 15. Некоторые авторы полагают, что запрет оценки арбитражными судами целесообразности административных актов следует также из положений ч. 1 ст. 198, ч. 5 ст. 200 и ч.ч. 4 и 5 ст. 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. См.: Михайлова О.Р. Методы ограничения усмотрения налоговых органов

внутренне противоречива, поскольку без оценки целесообразности дискреционного акта не может быть установлена его обоснованность, отнесенная п. 22 названного Постановления к обстоятельствам, имеющим значение для правильного разрешения данной категории дел. Самое же главное – безоговорочное следование указанному правилу в отсутствие соответствующих законодательных норм и дополнительных разъяснений высшей судебной инстанции по поводу того, какие вопросы суд должен выяснять при проверке именно дискреционных административных актов, приведет к тому, что административное усмотрение вообще окажется вне судебного контроля.

Следует подчеркнуть, что, в отличие от России, другие постсоветские государства заметно продвинулись на пути законодательного обеспечения эффективного судебного контроля за административным усмотрением. Так, например, согласно ст. 2 Кодекса административного судопроизводства Украины административные суды по делам относительно обжалования решений, действий или бездействия субъектов властных полномочий, проверяют, приняты ли (совершены ли) они: «с использованием полномочия с целью, с которой это полномочие предоставлено»; «обоснованно, т.е. с учетом всех обстоятельств, имеющих значение для принятия решения (совершения действия)»; «непредвзято (беспристрастно)»; «добросовестно»; «обстоятельно»; «пропорционально, в частности, с соблюдением необходимого баланса между какими-либо неблагоприятными последствиями для прав, свобод и интересов лица и целями, на достижение которых направлено это решение (действие)»; «своевременно, т.е. в течение разумного срока».

Проверке административных актов, принятых в рамках дискреционных полномочий, либо возможности осуществления контроля над данными актами посвящена отдельная статья 74 Административно-процессуального кодекса Азербайджанской Республики (2009 г.). Она гласит, что «в случае если административный орган действовал на основании дискреционных полномочий, суд также проверяет, были ли административный акт или отказ от принятия административного акта либо непринятие административного акта по причине бездействия административного органа незаконными с точки зрения несоблюдения установленных законом пределов дискреционных

при осуществлении налогового контроля // Государство и право. 2005. № 7. С. 93. Внимательное прочтение и анализ указанных положений закона не дает, на мой взгляд, оснований для такого вывода.

полномочий либо осуществления дискреционного права не в соответствии с целями данных полномочий».

Кодекс административного судопроизводства Республики Армения (2007 г.) устанавливает, что «в случае, когда административный орган был правомочен действовать по своему усмотрению, суд проверяет также, действительно ли принятие акта или отказ в его принятии, совершение действия или бездействие осуществлены в соответствии с законодательством. Когда административный орган был правомочен действовать по своему усмотрению и административный суд приходит к заключению, что административный орган осуществил дискреционные полномочия не в соответствии с законодательством, то заключительная часть решения устанавливает обязанность по принятию правомочным административным органом административного акта или совершению действия, принимая за основу правовую позицию суда» (ч. 3 ст. 114).

Интересные положения содержатся и в официальном проекте Административного процессуального кодекса Республики Казахстан. Его ст. 7 определяет понятие административного усмотрения как «полномочие, предоставляющее государственному органу или должностному лицу право на основании соблюдения публичных и частных интересов выбрать из нескольких соответствующих законодательству решений наиболее приемлемое, обеспечивающее достижение предусмотренной законом цели». Как следует из ст. 24 законопроекта, имеющей наименование «Административное усмотрение», «государственный орган наделен предусмотренным законом правом по своему выбору принять одно из возможных правомерных решений. При принятии таких решений государственный орган обязан руководствоваться защитой прав физических лиц и законных интересов юридических лиц, соразмерностью, а также преследовать иные предусмотренные законом цели». Кроме того, ст. 23 «Соразмерность» определено, что «меры, предпринимаемые государственным органом при вмешательстве в правовое положение (свободу действий) физических и юридических лиц, должны быть соразмерны (соответствовать) законной цели, преследуемой государственным органом, а также необходимы и полезны для достижения этой цели по своему содержанию, месту, времени и кругу охватываемых этими мерами лиц».

Приведенные положения во многом созвучны и сформулированы с учетом правовых норм развитых демократий. Так, согласно § 114 Закона ФРГ «Положение об административных судах» «если административный орган уполномочен действовать по собственному усмотрению,

то суд также проверяет, являются ли административный акт либо отказ издать административный акт или воздержание от его издания противоправными постольку, поскольку были превышены установленные законом пределы усмотрения или поскольку право на собственное усмотрение было осуществлено в форме, не соответствующей цели предоставленных прав на усмотрение»[13]. Данное предписание содержится и в ст. 41 модельного Административно-процессуального кодекса, подготовленного рабочей группой Германского общества по международному сотрудничеству, – документа, имеющего несомненную теоретическую и практическую значимость для развития административного судопроизводства в государствах бывшего СССР[14].

Исходя из упомянутых выше законодательных норм, в процессе рассмотрения дел об оспаривании дискреционных актов административных органов немецкие административные суды традиционно выясняют следующее:

- имеются ли фактические предпосылки для реализации административного усмотрения;
- было ли известно административному органу о том, что существует возможность принятия разных решений, или он ошибочно посчитал, что обязан принять определенное решение (так называемое неиспользование административного усмотрения);
- держался ли орган в установленных законом пределах усмотрения, выбрал ли то решение (правовое последствие), которое предусмотрено законом, или вышел за указанные пределы (так называемое превышение пределов усмотрения);
- учитывал ли административный орган все точки зрения и интересы при проведении анализа (принятии решения);
- была ли в достаточной мере учтена цель, с которой предоставлены полномочия на усмотрение, и не руководствовался ли орган соображениями (мотивами), не имеющими отношения к делу (так называемое ошибочное применение усмотрения);
- придерживался ли орган принципа соразмерности, означающего, что избранное правовое средство (последствие) должно быть подходящим для достижения правовой цели; указанное средство должно быть необходимым, т.е. отсутствует в той же мере

---

13 Сборник законодательных актов отдельных государств по административной юстиции. Алматы, 2012. С. 282.

14 Административно-процессуальный кодекс: концепция, модельный закон и комментирование. Берлин, 2014. С. 41, 42.

подходящее, но более умеренное, мягкое средство; средство и вызванные им обременения должны находиться в разумном, соразмерном соотношении с правовой целью (здесь действует так называемый запрет излишества).

При этом немецким судам запрещено проверять, было ли выбранное административным органом решение самым лучшим и наиболее целесообразным[15]. Данный запрет ничуть не противоречит отстаиваемому мной тезису о необходимости установления действенного судебного контроля за административным усмотрением, поскольку, отвечая на перечисленные выше вопросы, суд неизбежно проверит правильность реализации административного усмотрения, в том числе обоснованность, а значит, и целесообразность дискреционного административного акта в ее правовой, так сказать, части.

Думается, учет зарубежного опыта законодательного обеспечения судебного контроля за административным усмотрением в ходе дальнейшей работы над проектом Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации не только заметно усилит правовую защищенность граждан от административного произвола, но и будет способствовать приобретению российской публичной администрацией большего доверия со стороны гражданского общества.

---

[15] См.: Реннерт К. Общая система юрисдикций в Германии и место, система и значение административной юстиции // Материалы международной конференции «Административное судопроизводство» 7-8 июня 2012 г. М., 2012. С. 12–13; Он же. Административно-правовая защита административными судами: особенности немецкого административно-процессуального права, контроль административных действий в Германии. Краткий сравнительно-правовой обзор // Там же. С. 57–59; Хунд М. Административная юрисдикции в Германии (обзор) // Там же. С. 17; Райтемайер К. Структура административной юрисдикции – специализация или самостоятельные структуры? // Там же. С. 29; Гюнтер К. Контроль за решениями, принимаемыми в рамках административного усмотрения: германский опыт // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2004 года: по материалам 2-й Междунар. науч.-практ. конф. 15–16 апр. 2005 г., Москва / Под ред. С.Г. Пепеляева. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 183–185.