

УДК 342.9

**ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРОЦЕДУРАХ
И ДИСКРЕЦИОННЫЕ АДМИНИСТРАТИВНЫЕ АКТЫ:
ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ**

К. В. Давыдов

Новосибирский юридический институт (филиал)

Томского государственного университета

Поступила в редакцию 3 февраля 2015 г.

Аннотация: анализируется феномен административного усмотрения (дискреции). Делается вывод об ограниченной применимости административных процедур к дискреционным административным актам, особенно к таким формам дискреции, как неопределенные правовые понятия и «выбор по усмотрению» (когда последний подразумевает содержательную оценку фактических обстоятельств). Сделан прогноз о дальнейшем возрастании роли административного судопроизводства в российском правовом порядке, сформулированы предложения по корректировке плотности судебного контроля в отношении дискреционных административных актов и процедур при применении законодательства о противодействии коррупции.

Ключевые слова: дискреция, административные процедуры, закон об административных процедурах, административное судопроизводство, принцип пропорциональности (соразмерности), законодательство о противодействии коррупции.

Abstract: *this paper analyzes the phenomenon of administrative discretion. The conclusion of the limited applicability of the administrative procedures for discretionary administrative acts, especially to such forms of discretion as vague legal concepts and the «selection at the discretion of» (when the latter implies a meaningful assessment of the actual circumstances). The forecast of a further increase in the role of Administrative Justice in the Russian legal order, formulated proposals to adjust the density of judicial control of discretionary administrative acts and procedures in the application of legislation on combating corruption.*

Key words: *discretionary, administrative procedures, the law on administrative procedures, administrative proceedings, the principle of proportionality (proportionality), legislation on corruption counteraction.*

Развитие административного права в XX столетии – это путь прогресса, причем прогресса гуманистического. От «ломающего», принуждающего управления административно-правовые нормы во все большей степени эволюционировали в сторону совершенствования взаимодействия публичной администрации и невластных лиц. Здесь одним из основных инструментов, наряду с надлежащим судебным контролем, выступил институт административных процедур. Это сравнительно молодое правовое явление, по справедливому замечанию Г. Пюнде (Pünder H.), даже в наиболее развитых правовых порядках долгое время находилось в «тени» материальных норм административного права¹. К сожалению, бурное

¹ Pünder H. German Administrative Procedure in a Comparative Perspective – Observations on the Path to a Transnational «Ius Commune Proceduralis» in Admin-

развитие законодательства об административных процедурах, начавшееся несколько десятилетий назад и продолжающееся до настоящего времени во многих правовых системах Евразии и Северной Америки, в российской правовой действительности не нашло надлежащего отклика². Российское административное право по данному (ключевому) вопросу продолжает ориентироваться на советские лекала, делая упор на регулирование порядка привлечения к административной ответственности; административные процедуры позитивного управления при этом отданы «на откуп» подзаконным нормативным актам – административным регламентам³, содержание которых не во всем соответствует современным правовым стандартам, предъявляемым к административным процедурам⁴. Отсутствие современного законодательства об административных процедурах – трагический пробел, деформирующий не только публичное управление, но и все остальные институты публичного права, в том числе – судопроизводство⁵. Восполнение данного пробела – насущная и бесспорная необходимость для российской правовой системы. Однако так ли универсальны административные процедуры? Здесь мы вплотную подходим к проблематике административного усмотрения⁶.

Регламентация административной дискреции и судебного контроля

istrative Law, Jean Monnet Working Paper. N.Y., 2013. P. 3–5 ; *Idem*. Administrative Procedure – Mere Facilitator of Material Law versus Cooperative Realization of Common Welfare, in: Pünder/Waldhoff (eds.), Debates in German Publis Law, 2013. P. 241 et seqq.

² См., например: Денне Й. Реформа административного права в странах СНГ // Юрист. 2005. № 1 ; Стариков Ю. Н. О двух главных современных направлениях развития российского административного процессуального законодательства (тезисы) // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2014. № 3 (18). С. 6–10.

³ По данному вопросу см.: Давыдов К. В. Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации : вопросы теории / под ред. Ю. Н. Старикова. М., 2010.

⁴ Сравни, например: Principles of Good Administration In the Member States of the European Union, 2005. URL: http://www.statskontoret.se/good_administration

⁵ Такой пробел неизбежно ведет к смещению предмета судебного контроля к проверке исключительно материальных норм, делая практически невозможной полноценную проверку процедурного аспекта законности. Этот феномен отмечается не только в отношении российского правопорядка, но и, например, китайского (Randall Peerenboom, More law, less courts: legalized governance, judicialization and dejudicialization in China, in: Ginsburg/Chen (eds.), Administrative Law and Governance in Asia: Comparative perspectives, 2009. P. 184–185).

⁶ Не углубляясь в терминологические дискуссии, сразу обозначим: для целей данного исследования вполне применимым представляется позиция Ю. П. Соловья, предложившего под административным усмотрением (дискрецией) понимать «оценку фактических обстоятельств, основания (критерии) которой не закреплены в правовых нормах достаточно полно или конкретно, производимую органом государственного управления (должностным лицом) при выборе в пределах, допускаемых нормативными актами, оптимального варианта решения конкретного управленческого вопроса» (Соловей Ю. П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 20).

за ней, по справедливому замечанию ряда исследователей, является одной из важнейших и сложнейших проблем современного европейского административного права⁷. Впрочем, угроза перерастания усмотрения в административный произвол, установление юридических гарантий, препятствующих такой деформации, уже давно беспокоит административистов не только Европы, но и всего мира⁸, хотя вряд ли можно говорить о формировании самостоятельной теории по данному вопросу в рамках, например, англосаксонской правовой семьи⁹. Конечно, предпринимались попытки ее научного анализа и в России. Как писал один из известнейших российских административистов начала XX в. А. И. Елистратов, «публичные отношения между должностным и частным лицом неупорядочены, когда они определяются усмотрением должностного лица... Усмотрение правящей власти может быть, конечно, и благоусмотрением, – усмотрением, выгодным для тех или других лиц при тех или иных обстоятельствах, но оно вредно с широкой общественной точки зрения. Усмотрение по своему существу, по своей природе капризно, неопределенно, неустойчиво... администрации может быть присвоена известная степень усмотрения *intra legem*: такого рода усмотрение в пределах права еще не исключает юридического характера отношений правящей власти к гражданам. Но когда в широте присвоенного должностному лицу усмотрения начинает исчезать определенность и устойчивость правовых границ, приходится констатировать в его отношении к обывателю уже не правоотношение, а лишь властеотношение»¹⁰. К сожалению, за прошедшее столетие в российской науке административного права было немного добавлено к вышеобозначенному тезису: в основном констатируется, с одной стороны, недопустимость «голового» произвола, а с другой – неизбежность административной дискреции; из чего делается вывод о необходимости установления для последней неких правовых рамок¹¹;

⁷ См.: *Kunnecke M.* Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison, 2007. P. 73 ; *Redecker K., von Oertzen H. J.* Verwaltungsgerichtsordnung, 1997, Vorwort. P. V.

⁸ См., например: *Alder J.* General Principles of Constitutional and Administrative Law. Fourth Edition, 2002. P. 98 et seqq. ; *Tom Ginsburg, Albert H. Y. Chen* (eds.), *Administrative Law and Governance in Asia: Comparative perspectives*, 2009. P. 373.

⁹ Думается, для системы общего права ближе социологические, а не юридические подходы к данной проблеме, а также акценты на политическом контроле парламента за административной дискрецией (см., например: *David Epstein, Sharyn O'Halloran.* Administrative Procedures, Information and Agency Discretion // *American Journal of Political Sciences*. Vol. 38, № 3 (Aug., 1994), 697–722) ; *Douglas F. Morgan.* Administrative Discretion and Bureaucratic Statesmanship: Serving the Public Interest. URL: <https://www.pdx.edu/eli/morgan/statesman>).

¹⁰ *Елистратов А. И.* Основные начала административного права. М., 1917. Изд. второе, испр. и доп. С. 2, 69 (см. также с. 74, 286 и далее).

¹¹ См., например: *Жеребцов А. Н., Чабан Е. А.* Административное усмотрение, административный произвол и административное (чиновничье) обыкновение : теоретические и практические вопросы соотношения // Административное

попытки ряда исследователей из стран СНГ и Прибалтики восполнить данный пробел также нельзя считать успешными¹². С перечисленными тезисами трудно спорить, вопрос лишь в том, какими должны быть рамки для дискреции?

Думается, для дореволюционных российских административистов панацеей от произвола публичной администрации выделялся институт административного акта (как материально-правовое явление). Это неудивительно, учитывая рудиментарное развитие отрасли административного права Российской империи. Примечательно, что примерно в этом же направлении развивалась германская доктрина административного права рубежа XIX–XX вв.¹³ Однако если на этом российская наука административного права и законодательство замерла, то зарубежные правовые порядки в целях правового «связывания» административного усмотрения сделали ставку на административные процедуры.

Как отмечает Т. Хонда, «в ответ на рост количества административных органов и расширение их полномочий по усмотрению после Второй мировой войны США и европейские страны приняли закон об административных процедурах и усилили защиту прав частных лиц в процессе государственного управления»¹⁴. Безусловно, установление административных процедур реализации публичных полномочий исключительно важно для юридизации публичного управления и устранения открытого произвола. Возникает вопрос: какие положения законодательства об административных процедурах могут быть адресованы дискреции?

право и процесс. 2014. № 4. С. 53–58; Корнев А. П. Нормы административного права и их применение. М., 1978. С. 73–74; Купреев С. С. Об административном усмотрении в административном праве // Административное право и процесс. 2012. № 1. С. 8–11; Мильшин Ю. Н. Административное усмотрение в реализации разрешительного метода правового регулирования // Там же. 2014. № 3. С. 56–58; Самощенко И. С. Иерархия и основные подразделения нормативных актов социалистического государства // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1968. Вып. 15. С. 4; Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право // Журнал рос. права. 2000. № 4; Черемисина А. О. Принцип целесообразности в деятельности органов исполнительной власти // Административное право и процесс. 2013. № 3. С. 66–67; Швецов С. Г. Усмотрение, произвол, убеждение: лингвистический, доктринальный и законодательный подходы // Евразийский юрид. журнал. 2011. № 11 (42). С. 48–52; и др. Думается, настоящим серьезным научным усилием на данном направлении следует признать названную диссертационную работу Ю. П. Соловья.

¹² См., например: *Mehdiyev F.* Administrative discretion and its regulation in legislation of south Caucasian republics. URL: www.academia.edu/1267122; *Urmonas A., Praneviciene B.* The Essence of Administrative Discretion and Possibilities of Discretions Control, Jurisprudence. 2002. Vol. 32, № 24. P. 54–64.

¹³ См.: *Pünder H.* Op. cit. P. 3.

¹⁴ *Хонда Т.* Вопросы и задачи реформирования административной процедуры // Административная реформа в Республике Узбекистан: опыт и проблемы правового регулирования: материалы Междунар. симпозиума (29–30 сентября 2007 г.). Ташкент, 2008. С. 145.

Во-первых, законы об административных процедурах (далее – ЗАП) могут устанавливать некие общие принципы, закреплять общие положения по вопросам дискреционных административных актов и дискреционных административных процедур. Так, § 40 ЗАП ФРГ 1976 г. закрепляет следующее правило: если административный орган правомочен действовать по собственному усмотрению, то это право он обязан осуществлять в соответствии с целью предоставленных полномочий и соблюдать установленные законом границы действия по усмотрению¹⁵. В ст. 6 Закона Республики Армения «Об основах администрирования и административном производстве» 2004 г. – «ограничение дискреционных полномочий», с одной стороны, закреплено понятие дискреционного полномочия – «предоставленное законом административному органу право на выбор какого-либо одного из нескольких возможных правомерных решений», а с другой – содержится общая декларативная норма, почти дословно воспроизводящая § 40 ЗАП ФРГ 1976 г. – «при осуществлении дискреционного полномочия административный орган обязан руководствоваться необходимостью защиты закрепленных Конституцией Республики Армения прав и свобод человека и гражданина, принципами их равноправия, соразмерности и запрета на произвол при осуществлении администрирования, а также преследовать другие цели, предопределенные законом»¹⁶. Нетрудно заметить, что с нормативной точки зрения эти нормы малосодержательны.

Во-вторых, ЗАП могут устанавливать дополнительные требования к дискреционным административным актам. Здесь в первую очередь речь идет о требовании мотивировать такой акт. В качестве примера можно привести ст. 53 «Общего административного кодекса Грузии» 1999 г. – «обоснование административно-правового акта». Если в отношении «обычных» административных актов действует общая норма ч. 1 ст. 53 – «индивидуальный административно-правовой акт, изданный в письменной форме, должен содержать письменное обоснование», то в ч. 4 содержится специальное правило: «Если административный орган при издании административно-правового акта действовал в пределах дискреционного полномочия, в письменном обосновании указываются все фактические обстоятельства, имевшие существенное значение при издании административно-правового акта»¹⁷. В данном случае уже имеет место определенная конкретизация общих положений. Однако возникает вопрос: каковы последствия нарушения норм, подобных ст. 53 грузинского ЗАП? Если грузинское законодательство не дает на него ответа, то, например, в итальянском правопорядке можно найти любопытный эксперимент. Как отмечает Д. Претис (Daria de Pretis), если поначалу общее требование мотивировки административных актов несколько сгладило различия между правовыми режимами обязывающих и дискреционных актов, то после реформы итальянского ЗАП 2005 г. ситуация изменилась.

¹⁵ Сборник законодательных актов по административным процедурам. Алматы, 2013. С. 172.

¹⁶ Там же. С. 8.

¹⁷ Там же. С. 213.

В настоящее время нарушение требований обоснования признается существенным лишь для дискреционных актов (а значит, является основанием для их отмены), в то время как подобный дефект в отношении «обычного» обременяющего административного акта автоматически не ставит под сомнение его законность¹⁸. ЗАП ФРГ 1976 г., закрепляя общее требование мотивировки административных актов (§ 39), предусматривает следующее единственное (на наш взгляд, неожиданное) последствие его нарушения: восстановление пропущенного срока обжалования административного акта (§ 45).

Впрочем, и этот ход законодателя не позволяет сделать вывод о самостоятельной специфике административных процедур разработки и принятия дискреционных административных актов. Думается, здесь можно привести третий аспект попыток ЗАП охватить административную дискрецию: особые административные процедуры, предъявляющие повышенные требования к гласности, открытости и вовлеченности невластных субъектов. Например, § 63–71 ЗАП ФРГ 1976 г. посвящены «формальным процедурам», а § 72–78 – процедурам по утверждению планов¹⁹. Подобные процедуры, основанные на учете общественного мнения и/или экспертных оценках, безусловно, являются огромным шагом вперед. Но и здесь остается открытым вопрос: почему по итогу всех административных процедур уполномоченный субъект принимает именно то решение, которое он принимает? Можно заслушать сотни позиций, провести множество публичных слушаний, но даже императивные нормы о необходимости учета мнений невластных участников, необходимости мотивировки итогового административного акта вовсе не гарантируют содержательной его адекватности, эффективности, целесообразности.

Итак, в романо-германской правовой системе шел ярко выраженный процесс юридизации форм управленческих действий, апофеозом которой, видимо, следует признать принятие законов об административных процедурах. Однако упование на одни лишь процедуры не дало ответов на вопросы, как действовать в ситуации с принимаемыми по усмотрению административными актами? Что стимулировало доктринальную проработку проблематики дискреции и судебного контроля за ней? Думается, здесь наибольший интерес представляет германский опыт.

Во-первых, германская доктрина выработала оригинальное учение о формах дискреции. Традиционно немецкие административисты выделяют две такие формы дискреции, как неопределенные правовые понятия и собственно усмотрение (в узком смысле). Неопределенные правовые понятия («справедливость», «добросовестность», «надежность», «публичные интересы», «уважительная причина» и др.) закрепляются в правовых актах, но несут мало конкретной информации, нуждаясь в дальнейшем уточнении. Конкретизация этих норм происходит в правоприменитель-

¹⁸ См.: Daria de Pretis, *Italian Administrative law under the influence of European law* // *Italian Journal of Public Law*. 2010. № 1. P. 36–37.

¹⁹ Сборник законодательных актов по административным процедурам. Алматы, 2013. С. 181–185, 190.

ной деятельности административных органов. Следовательно, уже здесь существует некоторое пространство для действий администрации, в рамках которого она может толковать правовые понятия и даже решать, подпадают ли под них обстоятельства конкретного случая²⁰. Вторая форма – «обычное усмотрение» («усмотрение в узком смысле») определяется Х. Маурером следующим образом: «Усмотрение имеет место, если управление при определенных законом обстоятельствах **может выбирать между различными способами действия** (выделено автором. – К. Д.). Закон не соотносит в этом случае обстоятельства с одним правовым последствием (в отличие от связанного законом управления), а уполномочивает управление самостоятельно определить правовое последствие, причем ему предлагаются две или несколько возможностей или указывается определенная область действий. Усмотрение может относиться к тому, хочет ли управление вообще прибегнуть к допустимой мере (**решение по усмотрению**), или к тому, какую из различных допустимых мер оно хочет использовать в случае, если будет действовать (**выбор по усмотрению**)»²¹. Таким образом, решающим элементом усмотрения в узком смысле является выбор между различными предложенными видами действий, которые во всяком случае с правовой точки зрения являются равнозначными²². Наряду с вышеназванными в научной литературе нередко выделяют и иные формы дискреции, в том числе усмотрение при планировании²³. Заметим, что уже упоминавшиеся положения § 40 ЗАП ФРГ 1976 г. (так же как и корреспондирующие ему нормы § 114 Закона ФРГ 1960 г. «Об административно-судебном процессе»²⁴), и без того

²⁰ Административное право зарубежных стран : учебник / под ред. А. Н. Козырина и М. А. Штатиной. М., 2003. С. 323 (автор главы – К. Райтемайер).

²¹ Цит. по: *Рухтер И., Шунперт Г. Ф.* Судебная практика по административному праву : учеб. пособие : пер. с нем. М., 2000. С. 67.

²² См.: Там же.

²³ См.: *Kunnecke M.* Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison. 2007. P. 78–81 ; *Рухтер И., Шунперт Г. Ф.* Указ. соч. С. 38–39, 76–85. Примечательно, что в русскоязычной литературе предпринимались также попытки выделения тех или иных видов (форм) административной дискреции. Так, Н. Н. Мельчинский предложил различать определенное и неопределенное усмотрение. Первое предполагает предусмотренность юридических фактов в нормах административного права и выражается в двух формах: органу может быть предоставлено право оценить юридический факт как наличный или отсутствующий в рассматриваемом вопросе, а с другой стороны, в норме могут быть указаны варианты поведения властного субъекта. Неопределенное усмотрение, по мнению автора, проявляется тогда, когда фактические обстоятельства прямо не указаны в законе, но влекут правоприменительные действия в силу компетенционной нормы, которая позволяет органу (доверяет ему, обязывает его) признать за ними значение юридических фактов (см.: *Мельчинский Н. Н.* Юридические факты в советском административном праве : дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1975. С. 47–48). Впрочем, нетрудно заметить: в данном случае речь идет не столько о формах собственно усмотрения, сколько о конструкциях административно-правовых норм.

²⁴ «Если административный орган правомочен действовать по собственному усмотрению, то суд также проверяет, является ли административный акт либо от-

довольно малосодержательные, адресованы лишь усмотрению в узком смысле, игнорируя неопределенные правовые понятия.

Вторым важным моментом является выработка германской судебной практикой и доктриной в тесном взаимодействии различных оснований пересмотра, другими словами – «группы ошибок», усмотрения:

1) выход за рамки усмотрения (орган выбирает действие с правовым последствием, лежащим за рамками установленного законом полномочия);

2) неиспользование усмотрения (в случае предоставления пространства для усмотрения административный орган обязан использовать его, даже если к усмотрению органа относится вопрос, прибегнет ли он к какому-либо действию или нет);

3) ошибочное использование усмотрения (административный орган отклонился от цели полномочия или исходил из ошибочных соображений при оценке обстоятельств);

4) нарушение основных прав или общих административных и конституционных принципов²⁵.

Здесь в основном речь идет лишь о некоторых формах усмотрения (усмотрения в узком смысле).

Третий принципиальный момент: «рабочим инструментом», методологической основой судебной оценки дискреционных актов, наряду с дифференциацией форм и ошибок дискреции, выступает принцип пропорциональности (соразмерности), который вобрал в себя французскую концепцию цели акта и творчески ее доработал. Названный принцип правоприменения (а в ряде случаев – и нормотворчества) основывается на соотношении цели с предпринимаемыми юридическими усилиями²⁶.

каз от его издания или бездействие административного органа противоправным постольку, поскольку установленные законом пределы усмотрения превышены либо право на усмотрение осуществлено в форме, не соответствующей цели предоставленных полномочий. Административный орган может дополнить свои соображения, касающиеся права усмотрения в части административного акта, только в административно-судебном производстве» (Административно-процессуальное право Германии = *Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland*: Закон об административном производстве; Закон об административно-судебном процессе; Законодательство об исполнении административных решений : пер. с нем. / В. Бергман, введ., сост. М., 2007. С. 136).

²⁵ Административное право зарубежных стран... М., 2003. С. 326 (автор главы – К. Райтемайер). Подробнее по данному вопросу см.: *Kunnecke M. Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison*, 2007. P. 37, 89–92, 110–130; *Хартвиг М. Основные принципы административного права // Ежегодник публичного права-2014 : Административное право: сравнительно-правовые подходы*. М., 2014. С. 56–58; *Цико Я. Основы законодательства об административных процедурах в Германии // Там же*. С. 367.

²⁶ Подробнее по этому вопросу см.: *Давыдов К. В. Судебный контроль за дискреционными административными актами : европейский опыт // Актуальные вопросы публичного права*. 2014. № 5. С. 9–27.

Наконец, четвертая грань теории административной дискреции – разрабатываемая германской правовой системой концепция плотности судебного контроля за административными дискреционными актами. Именно здесь роль и значение административных процедур (как и иных правовых предписаний) максимально снижается, уступая пальму первенства доктрине и судебной практике. Если по вопросам проверки усмотрения в узком смысле первая и вторая так или иначе нашли общий язык, признавая определенную свободу публичной администрации, то в случае с неопределенными правовыми понятиями они разошлись и весьма существенно. Дело в том, что у высказываемого немецкими исследователями консервативного желания сохранить «чистоту» судебного контроля (сведя его исключительно к проверке «классической», в том числе процедурной законности) есть одно очевидное и неустранимое спорное последствие – возрастание административной дискреции, неподвластной не только административным процедурам, но и не подлежащей судебной проверке, что чревато неблагоприятными последствиями для невластных субъектов. Видимо, именно этими соображениями руководствовались германские суды, постепенно, но все более решительно отвергая ограничительные доктринальные подходы. Здесь можно привести в качестве примера решение Федерального административного суда Германии от 10 ноября 1988 г. по делу о лицензии на производство и продажу пестицидов²⁷, решение немецкого Федерального конституционного суда 1990 г. по делу о проверке новеллы «Жозефина Мутценбахер»²⁸, а также решение ФКС 1991 г. по вопросам проверки экзаменационных оценок²⁹. Думается, еще немного – и германская правовая система, не довольствуясь ограниченной эффективностью правовых норм об административных процедурах и административном судопроизводстве по вопросам «связывания» и проверки административного усмотрения, не просто окончательно сделает ставку от нормотворчества к правоприменению, но и предоставит судам полномочие по проверке и «чистой» законности, и целесообразности дискреционных административных актов.

Каковы достижения российского правопорядка по вопросу регламентации административной дискреции?

С одной стороны, как уже говорилось выше, в российском административном праве последних лет (по крайней мере, с 2006–2007 гг.) предпринимается попытка создания процедурного фундамента деятельности публичной администрации если не посредством принятия ЗАП, то путем принятия административных регламентов органов исполнительной власти. Такие действия не лишены конструктивного начала, в том числе и в контексте проблемы юридического ограничения административного усмотрения³⁰. Пользуясь германской терминологией (российская доктрина

²⁷ (1988) 81 BVerwGE 12.

²⁸ BVerfGE 83, 130.

²⁹ BVerfGE 84,34. Подробнее по этому вопросу см.: Давыдов К. В. Указ. соч. ; Kunnecke M. Op. cit. P. 115–122.

³⁰ Примечательно, что для характеристики первого этапа развития института административных процедур в Германии (1970–1980-е гг.) Г. Пюндер иронично

на и законодательство, к сожалению, по данному вопросу оригинальных идей так и не выработали), административные процедуры административных регламентов позволяют хотя бы отчасти связать «решения по усмотрению», обязывая уполномоченные органы действовать при наличии соответствующих юридических фактов (например, заявлений) и запрещаая бездействие при отсутствии юридических фактов, являющихся основанием для оставления заявления без движения (приостановления административной процедуры)³¹. То же самое можно сказать и про частичную юридизацию «выбора по усмотрению»: если административная процедура касается несложных решений, лишенных содержательной оценки юридических фактов, то здесь такое связывание сопряжено с установлением исчерпывающих оснований для формальных отказов в удовлетворении заявления (обращение неуполномоченного субъекта, обращение уполномоченного субъекта в неуполномоченный орган, непредставление необходимых сведений, причем обязанность их представления возлагается на заявителя и т.д.). Подобный ход российского правопорядка вполне логичен и целесообразен. **Однако административные процедуры административных регламентов (как, впрочем, и административные процедуры вообще) бессильны при столкновении с «выбором по усмотрению», подразумевающим содержательную оценку обстоятельств дела.** Приведем в качестве примера один из административных регламентов Федерального агентства по управлению особыми экономическими зонами³². Согласно п. 2.8 Регламента, к числу оснований для отказа в предоставлении соответствующей государственной услуги отнесено несоответствие бизнес-плана, прилагаемого к заявке на заключение соглашения о ведении технико-внедренческой деятель-

использовал определение «процедурная эйфория» (см.: *Pünder H.* Op. cit. P. 6). Видимо, взрывообразное «размножение» административных процедур является своего рода необходимым этапом эволюции развивающегося правопорядка.

³¹ В качестве таких правопрепятствующих фактов выступают сравнительно простые, легкоформализуемые обстоятельства. Например, отсутствие необходимых документов.

³² Об утверждении Административного регламента Федерального агентства по управлению особыми экономическими зонами предоставления государственной услуги «Прием от лиц, намеревающихся получить статус резидента особой экономической зоны, заявок на заключение соглашений о ведении технико-внедренческой деятельности и прилагаемых к ним документов, а от резидентов особой экономической зоны – документов об изменении условий соглашений о ведении технико-внедренческой деятельности и направление заявителю уведомления о заключении или об отказе в заключении соглашения о ведении технико-внедренческой деятельности, а также об изменении или об отказе в изменении условий такого соглашения. Подготовка и заключение с заявителем соглашения о ведении технико-внедренческой деятельности. Осуществление регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей в качестве резидентов технико-внедренческих особых экономических зон : приказ Минэкономразвития РФ от 30 октября 2007 г. № 368 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2008. № 9.

ности, критериям оценки бизнес-планов, установленным уполномоченным органом исполнительной власти. Последние закреплены самостоятельным нормативным актом³³ и включают в себя: соответствие проекта, предусмотренного бизнес-планом, целям создания особых экономических зон, а также утвержденному перспективному плану развития особой экономической зоны, степень финансовой устойчивости проекта, предусмотренного бизнес-планом, наличие необходимой инфраструктуры, уровень проработки маркетинговой стратегии, достижение положительного социально-экономического эффекта, связанного с реализацией проекта, и т.д.

Естественно, что в отношении неопределенных правовых понятий административные процедуры совершенно неприменимы, так как первые, говоря языком российской теории права, являются «нетипичными нормами» (т.е. лишенными конкретных правил поведения), а вторые воплощают собой логическую вершину формально-юридической конкретной регламентации.

Вторая российская тенденция в отношении административной дискреции заключается в принятии особых «антикоррупционных» норм, судя по всему, призванных, по замыслу российского законодателя, ликвидировать административное усмотрение как таковое, сведя его к нулю. Согласно ст. 1 Федерального закона от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»³⁴, «коррупциогенными факторами являются положения нормативных правовых актов (проектов нормативных правовых актов), устанавливающие для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, а также положения, содержащие неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к гражданам и организациям и тем самым создающие условия для проявления коррупции». Соответствующее постановление Правительства РФ перечислило коррупциогенные факторы, отнеся к таковым, помимо прочего:

1) широту дискреционных полномочий – отсутствие или неопределенность сроков, условий или оснований принятия решения, наличие дублирующих полномочий органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц);

2) определение компетенции по формуле «вправе» – диспозитивное установление возможности совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) действий в отношении граждан и организаций;

3) выборочное изменение объема прав – возможность необоснованно-го установления исключений из общего порядка для граждан и органи-

³³ Об утверждении критериев оценки бизнес-планов экспертным советом по технико-внедренческим особым экономическим зонам и внесении изменений в отдельные приказы Минэкономразвития России : приказ Минэкономразвития России от 2 ноября 2012 г. № 712 // Рос. газета. 2012. 31 дек.

³⁴ Рос. газета. 2009. 22 июля.

заций по усмотрению органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц);

4) чрезмерную свободу подзаконного нормотворчества – наличие бланкетных и отсылочных норм, приводящее к принятию подзаконных актов, вторгающихся в компетенцию органа государственной власти или органа местного самоуправления, принявшего первоначальный нормативный правовой акт;

5) принятие нормативного правового акта за пределами компетенции – нарушение компетенции органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц) при принятии нормативных правовых актов;

6) заполнение законодательных пробелов при помощи подзаконных актов в отсутствие законодательной делегации соответствующих полномочий – установление общеобязательных правил поведения в подзаконном акте в условиях отсутствия закона;

7) отсутствие или неполноту административных процедур – отсутствие порядка совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) определенных действий либо одного из элементов такого порядка³⁵.

С одной стороны, приведенные законодательные положения во многом разумны и заслуживают уважения³⁶. С другой стороны, идея законодателя бороться с дискрецией в первую очередь посредством правовых норм представляется утопической. Нетрудно заметить: «антикоррупционные» нормы изобилуют неопределенными правовыми понятиями, т.е. по определению предполагают дискреционные действия правоприменителя. Следовательно, без стройной доктрины судебного контроля за дискрецией ни административные процедуры, ни материальные «антидискреционные» нормы работать попросту не могут.

Анализ российской судебной практики с известной долей условности позволяет выделить следующие подходы, коррелирующие формам дискреции.

1. Усмотрение в узком смысле (на совершение того или иного действия, отказа от такового или выбор моделей поведения) пусть косвенно, неохотно, но признается за административными органами. Так, объектом проверки в Верховном Суде РФ были положения административного регламента, посвященного надзорной функции в сфере пожарной безопасности. Оспариваемая норма Регламента, предоставляя ответствен-

³⁵ Постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96 // Рос. газета. 2010. 5 марта. Подробнее по данному вопросу см.: *Давыдов К. В.* Судебный контроль за дискреционными административными актами в РФ: правовые проблемы и пути решения // *Актуальные вопросы публичного права.* 2014. № 4. С. 4–18.

³⁶ Идея совершенствования нормативной регламентации административной дискреции не нова. Предложения по совершенствованию компетенционной регламентации, совершенствованию оценочных понятий, преодолению пробелов в праве достаточно подробно изучалась в научной литературе; по данному вопросу см., например: *Соловей Ю. П.* Указ. соч. С. 86–106.

ному должностному лицу в случае выявления нарушений право выдать предписание и предпринять необходимые меры по контролю за устранением выявленных нарушений, прямо закрепила полномочие инспектора самостоятельно определять сроки устранения таких нарушений. Верховный Суд РФ установил, что данная дискреция не означает произвола, так как согласно требованиям законодательства, для исчисления обозначенных сроков сформулирован критерий: они должны определяться с учетом характера нарушения требований технических регламентов³⁷. Позиция суда, посчитавшего столь, мягко говоря, слабо формализованные нормы достаточными, позволяет сделать вывод о признании повышенной самостоятельности субъектов публичной власти в рамках административных процедур по принятию дискреционных решений (в узком смысле). Можно сделать прогноз: плотность судебного контроля за данной формой дискреции будет держаться на «пониженном» уровне, что в целом представляется логичным.

2. Откровенно дефектные формулировки административных процедур устраняются судами и в отношении усмотрения в узком смысле. Так, постановлением правительства Самарской области от 21 июня 2006 г. был утвержден порядок предоставления земельных участков, государственная собственность на которые не разграничена, в городском округе Самара для целей, не связанных со строительством. Помимо прочего, данным правовым актом устанавливалась возможность отказа в удовлетворении заявления по такому основанию, как «наличие препятствия для предоставления земельного участка». Верховный Суд РФ, признавая названные нормы противоречащими законодательству и утратившими юридическую силу, справедливо отметил, что дискреция в данном случае обусловлена не объективной необходимостью, а некорректными положениями нормативного акта, не конкретизировавшего условия, основания отказа в принятии положительного административного акта³⁸.

В контексте вышесказанного становится понятным, почему по отношению к неопределенным правовым понятиям российский законодатель, как уже говорилось, занимает откровенно враждебную позицию, призывая суды к их «вычищению» в рамках нормоконтроля как коррупциогенных факторов. Конечно, неопределенные правовые понятия – своеобразный инструмент правового регулирования – не всегда уместны. Так, в утвержденном Минюстом Республики Татарстан Административном регламенте предоставления государственной услуги по выдаче разрешений на использование в названиях юридических лиц наимено-

³⁷ Решение Верховного Суда РФ от 30 июля 2012 г. по делу № АКПИ12-1012 об отказе в удовлетворении заявления об оспаривании пункта 70 Административного регламента, утвержденного приказом Министерства РФ по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий от 01.10.2007 № 517. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

³⁸ Определение Верховного Суда РФ от 30 мая 2012 г. № 46-АПГ12-6. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ваний «Республика Татарстан» (и подобных) содержались следующие основания для отказа в предоставлении государственной услуги: характер, масштабы сферы деятельности юридического лица не имеют для республики и граждан, в ней проживающих, существенной значимости; положение организации в соответствующей сфере деятельности либо на рынках Республики Татарстан и международном рынке незначительное; виды товаров (работ, услуг), производимых юридическим лицом, не являются уникальными, присущими только Республике Татарстан. Суды общей юрисдикции справедливо определили такие неформализуемые понятия уязвимыми с точки зрения антикоррупционного законодательства и признали их недействующими³⁹. Приведем еще один пример. Законом Забайкальского края № 751-ЗЗК были ужесточены требования к порядку проведения публичных мероприятий. В частности, к местам, в которых запрещено проведение собраний, митингов, шествий и демонстраций, были отнесены места, где проводятся мероприятия с участием детей. Суды справедливо признали данное понятие – «мероприятия с участием детей» – недостаточно определенным (непонятны формы такого участия, не указывается, какие права несовершеннолетних требуют защиты при установлении вышеобозначенных мест, и т.д.) и предоставляющим органам публичной власти необоснованную дискрецию при решении вопросов согласования публичных мероприятий. Следовательно, названные положения регионального законодательства были признаны недействующими⁴⁰.

Но если в известных случаях с такой оценкой следует согласиться, то априорное отнесение всех неопределенных правовых понятий к коррупциогенным факторам поддержать не представляется возможным. Доводя эту логику до абсурдного завершения, соответствующие положения антикоррупционного законодательства можно признать недействующими именно ввиду их неконкретности. Конструктивным выходом из логического тупика должна стать негласная «легализация» неопределенных правовых понятий при одновременной углубленной судебной проверке не столько административных процедур (в рамках нормоконтроля), сколько принятых на их основе административных актов.

Таким образом, российское административное право по вопросам регулирования административных процедур в целом и правового «связывания» дискреции в частности находится в зачаточном состоянии. Существующая в настоящее время «процедурная эйфория» от разработки

³⁹ Определение Верховного Суда РФ от 20 июля 2011 г. № 11-Г11-23 об оставлении без изменения решения Верховного Суда Республики Татарстан от 17.05.2011, которым было удовлетворено заявление о признании противоречащими федеральному законодательству и недействующими отдельных положений Административного регламента, утв. приказом Министерства юстиции Республики Татарстан от 17.01.2011 № 1-02/3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴⁰ См.: Определение Верховного Суда РФ от 14 августа 2013 г. № 72-АПГ13-4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

и внедрения административных регламентов при сохраняющемся пробеле в части создания полноценных законодательных основ административных процедур не может не вызывать недоумения. Однако даже в случае разработки и принятия «настоящего» ЗАП административные процедуры смогут лишь частично решить вопрос правового регулирования административного усмотрения. Дело в том, что административные процедуры применимы лишь к некоторым формам дискреции («решениям по усмотрению», «выбору по усмотрению»), и то лишь до тех пор, пока таковые не сопряжены с содержательной оценкой фактических обстоятельств. Следовательно, административные процедуры не смогут в достаточной мере связать по-настоящему сложные административные решения; принцип законности, достигший в их лице апогея, имеет известные пределы своего действия. Можно по-разному относиться к общему прогнозу о глобальном сдвиге от нормотворчества к правоприменению и проистекающим из него теориям «новых административных процедур»⁴¹. Но в случае с административной дискрецией этот вывод, думается, достаточно точен.

Одним из важных средств преодоления складывающегося тупика видится модернизированный судебный контроль за публичной администрацией. Судебная практика, и без того уже давно и все более существенно модифицирующая правовые нормы, постепенно переходит от проверки «чистой» законности к иным принципам административного права и административных процедур – целесообразности, разумности, обоснованности. Непосредственным инструментом их применения становится принцип пропорциональности (соразмерности). При этом плотность судебного контроля должна зависеть не только от сферы общественных отношений (здесь можно вспомнить, например, «иммунитет» публичной власти к углубленной судебной проверке дискреции в принятии политических решений), но и от формы дискреции. Условно можно говорить об «умеренном» уровне проникновения судебного контроля в отношении решений по усмотрению (здесь главная задача административных процедур, и судебного контроля – преодолеть неправомерное бездействие), и о «пониженной» плотности проверки выбора по усмотрению (ведь здесь есть немалый соблазн подмены административного акта судебным решением, что, впрочем, знакомо некоторым зарубежным правовым порядкам). В случае с неопределенными правовыми понятиями плотность судебной проверки должна быть максимальна ввиду регулятивного бессилия административных процедур. Вообще, плотность судебного контроля должна находиться в обратной зависимости от регулятивной самодостаточности административных процедур: чем лучше они «справляются», тем проще судам проверить законность административного акта. Наоборот, в случае с «ускользанием» предмета процедур, в том числе ввиду изоц-

⁴¹ *Barnes J., Rose-Ackerman S., Lindseh P. L. Towards a third generation of administrative procedure // Comparative Administrative Law. Northampton, 2010. P. 336–356.*

ренной дискреции, судебный контроль должен проникать во все более глубокие слои правовой материи.

Российский опыт здесь движется по той же траектории, что и многие европейские правовые порядки несколько десятилетий назад. При этом предпринимаются попытки (пусть не всегда достаточно продуманные, излишне эмпиричные) по обузданию дискреции, например в рамках противодействия коррупции путем установления соответствующих правовых норм и наработки определенных судебных практик. Эволюция административных процедур идет рука об руку с развитием судебного контроля, российское административное право стоит на пороге значительных перемен.

Новосибирский юридический институт (филиал) Томского государственного университета

Давыдов К. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры истории государства и права, конституционного права

E-mail: davkon@yandex.ru

Tel.: 8-913-207-75-34

Novosibirsk Juridical Institute (Branch) of Tomsk State University

Davydov K. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the History of State and Law, Constitutional Law Department

E-mail: davkon@yandex.ru

Tel.: 8-913-207-75-34