

УДК 342.924

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ДИСКРЕЦИЯ И ПРИНЦИП РАЗУМНОСТИ (ЧАСТЬ 1: ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ)

О. Н. Шерстобоев

Новосибирский государственный университет экономики и управления

Поступила в редакцию 23 августа 2017 г.

Аннотация: в статье проводится сравнительно-правовое исследование соотношения административной дискреции и принципа разумности, анализируются научные и практические подходы Великобритании, Германии, России, делаются выводы о возможной имплементации принципов некоторых административных процедур в российскую систему административного права.

Ключевые слова: административная дискреция, принцип разумности, акты государственного управления, административные процедуры, сравнительное административное право.

Abstract: the article is devoted to relation between administrative discretion and principle of reasonableness in the light comparative research; it analyzes scientific and practice ways of UK, Germany, Russia; as a result, a conclusion is do about the possibility of implementing certain administrative procedures in administrative law system of Russia. The first part of this article is dedicated to foreign experience.

Key words: administrative discretion, principle of reasonableness, administrative acts, administrative procedures, comparative administrative law.

Начать следует с известного утверждения: человеческая деятельность разумна. Тем более оно справедливо для сфер публичного управления и правового регулирования. О разумности в управлении говорили еще в античные времена¹. Разумность права также не оспаривалась и со временем превратилась в основополагающий принцип, на который опирались основоположники основных доктрин правопонимания, сторонники как естественно-правовых взглядов², так и разнообразных ответвлений по-

¹ В частности, об этом неоднократно высказывался Аристотель : «Первое (властвующее начало. – О. Ш.) благодаря своим умственным способностям способно к предвидению, и потому оно уже по природе своей существо властвующее и господствующее...»; «...разум властвует над телом, как государственный муж...» (Аристотель. Политика. М., 2010. С. 23, 29).

² «Но так как человеческая свобода тем больше, чем больше человек может руководствоваться разумом и умерять влечения... разум учит блюсти благочестие и хранить душевное спокойствие и доброжелательность (что возможно лишь в государстве) и так как, кроме того, народ не может быть руководим как бы единым духом (как это возможно в государстве), если он не имеет права, установленного по предписанию разума...» (Спиноза Б. Политический трактат, в котором показывается, каким образом должно быть устроено общество там, где имеет место монархическое правление, а равно и там, где правят знатные, дабы оно не впало

зитивизма. Достаточно вспомнить известную сентенцию Г. Гегеля: «Что разумно, то действительно; и что действительно, то разумно»³. Не вдаваясь в философско-правовые изыскания, отметим, что управление всегда стремится к достижению своих целей, подчиняется определенной логике, т. е. оно разумно. Даже дерационализация управленческого акта при его исполнении, а может быть и принятии не умаляет основного тезиса. Напротив, юридическая оценка такого акта предполагает проверку его соответствия первоначальным целям, представляющим собой разумный ориентир, воплощенный в источниках права. Если разумность «связанной администрации»⁴ объясняется точным исполнением нормативных предписаний, то с решениями, принятыми в порядке усмотрения, все обстоит несколько сложнее. Их рациональность, прежде всего, раскрывается в ответах на вопросы: почему такие акты были приняты; на что они направлены и какие цели преследуют; следуют ли они логике правовой системы?

Не случайно, по словам А. Ф. Евтихьева, первое серьезное обоснование административной дискреции, относившееся к XVIII – началу XIX в., во «Франции и Германии считалось деятельностью государства, основывающейся не на законе, а на благоразумном усмотрении (“pro prudenti imperanti um arbitrio”)⁵. Об этом также писал Р. Гнейст, характеризуя административные действия, «которые нельзя определить по точным признакам, но надо обсуждать in concreto по поводу и мере» властного воздействия. Такая дискреция основывается на «относительных предположениях и мероопределениях, которые должны быть определены не столько логическим истолкованием, сколько из эмпирического сравнения аналогичных случаев исполнительными органами, принимая во внимание конкретные отношения места, времени, личности исполнителей»⁶. Необходимость таких актов Р. Гнейст выводил из общего блага, которому администрация должна подчиняться, а также из становления абсолютистского полицейского государства, вынужденного преодолевать прежние феодальные порядки и обычаи. Возможность усмотрения обусловливалась наличием профессиональных чиновников, противостоявших прежним властным институтам⁷.

в тиранию, и дабы мир и свобода граждан оставались ненарушимыми // Спиноза Б. Сочинения. СПб., 2006. Т. 2. С. 258). «Естественное состояние имеет закон природы, которым оно управляется и который обязателен для каждого; и разум, который является этим законом...» (Локк Дж. Два трактата о правлении / пер. с англ.; ред. и сост., автор вступ. ст. и примеч. А. Л. Субботин. М., 2009. С. 218).

³ Гегель Г. Философия права / пер. с нем. Б. Г. Столпнера; вступ. ст. В. С. Соловьева; примеч. В. С. Нерсесенца. М., 2007. С. 41.

⁴ Понятие «связанная администрация» встречается в работах Д. Н. Бахраха. (см.: Бахрах Д. Н. Административное право России. М., 2000. С. 278).

⁵ Евтихьев А. Ф. Усмотрение (das freie ermessen) администрации // Журнал Министерства юстиции. 1910. № 5. С. 78.

⁶ Гнейст Р. Правовое государство и административные суды Германии. 2-е изд., испр. и доп. СПб., 1896. С. 126.

⁷ См.: Там же. С. 107, 110, 114, 125–129 и др.

Можно предположить, что такой подход был тесно переплетен с идеями эпохи Просвещения, противопоставлявшими феодальной управленческой вольности корпус современных образованных чиновников, понимающих публичные интересы и способных воплотить его в своих актах гораздо лучше, чем любые иные представители общества. Сейчас разумность остается одним из общих начал государственного управления, но она воспринимается как часть разветвленной системы принципов, часто встраивается в систему более сложных правовых конструкций. Наибольшую самостоятельность разумность сохранила в системе стран общего права, что отчасти объясняется историческими традициями, а также значительной ролью судебной практики и юридической доктрины. Самым известным британским примером соотношения разумности и административной дискреции является тест (принцип) Веднесбери. Он был сформулирован в 1947 г. лордом В. А. Грином (W. A. Greene)⁸.

Собственник кинотеатра обжаловал акт муниципальных властей, лицензировавших право осуществлять кинопоказы по воскресеньям. Местный орган руководствовался нормами закона о воскресных развлечениях 1932 г., предоставлявшими дискреционную возможность при выдаче лицензии устанавливать дополнительные ограничения⁹. В данном случае орган счел необходимым запретить доступ в кинотеатры детям в возрасте до 15 лет, неважно «в сопровождении взрослого или нет». Заявитель усмотрел в действиях властного субъекта превышение полномочий (*ultra vires*), оспорив введенное ограничение. В решении суда прозвучали основные для британского права постулаты о пределах административной дискреции, названные впоследствии тестом (принципом) Веднесбери. Лорд Грин сослался на прецедент, сформулированный в деле об увольнении рыжеволосой учительницы, в котором был использован тест разумного человека. Иными словами, если абсурдность требования очевидна и ни один человек, находящийся в здравом уме, никогда не поступил бы так, как оно предписывает, то оно не подлежит исполнению по причине неразумности¹⁰. Позицию суда в деле об увольнении сконструировал лорд В. Диплок (W. J. K. Diplock). Поэтому в литературе принцип неразумности (*unreasonable principle*), опирающийся на тест Веднесбери, иногда именуется принципом лордов Диплока / Грина¹¹. Его вербальная формула гласит: несмотря на то что орган остался в пределах своей ком-

⁸ *Associated Provincial Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] APP.L.R. 11/10. URL: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationOlderReports/Wednesbury%201947.pdf> (дата обращения: 12.06.2017).

⁹ *Sunday Entertainments Act* [1(1)] 1932. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1932/51/pdfs/ukpga_19320051_en.pdf (дата обращения: 12.06.2017).

¹⁰ В п. 6 решения по делу Веднесбери имеется ссылка на дело *Short v. Poole Corporation* (1926), в котором данный прецедент был использован в аргументации лорда Уоррингтона (Lord Justice Warrington).

¹¹ См.: *Craig P. Proportionality, Rationality and Review* // *New Zealand Law Review*. 2010. Issue 2. P. 274.

петенции, он, тем не менее, пришел к выводу настолько неразумному, что ни один разумный орган не смог бы прийти к нему¹².

Согласно принципу неразумности от суда требуется установить дискреционную возможность органа, а затем определить разумность акта публичного управления или его отдельных положений. Неразумность предопределяет противоправность акта в целом или в части. При этом дискреция допускается лишь после определения ее пределов. Выясняется, не закрепил ли законодатель вопросы, которые орган, руководствуясь усмотрением, обязан учесть или, напротив, избежать. Данные вопросы разрешаются с учетом легитимной цели, воплощающей разумную идею законодателя, политику органа, опирающуюся на прошлое правоприменение. Так, в деле *Веднесбери* легитимная цель ограничений заключалась в обеспечении «благополучия», «физического и морального здоровья» детей¹³. В другом деле лорд Диплок перефразировал тест, смягчив формулировки лорда Грина, назвав обновленный вариант тестом на иррациональность (*test of irrationality*). Здесь неразумный акт характеризовался как «решение, которое настолько вопиюще возмутительно в полном пренебрежении логикой или общепринятыми моральными стандартами...»¹⁴.

Суть в том, что орган, даже обладая дискреционными полномочиями, не должен реализовывать их «произвольно», руководствуясь собственными «капризами»¹⁵. Процедура принятия административного акта опирается на информацию, имеющуюся в распоряжении компетентного органа и отсутствующую у законодателя. В противном случае последний смог бы самостоятельно формулировать то, что вынужден делегировать в область усмотрения исполнительных органов. Такая аксиома часто обосновывается ссылкой на теорию ограниченной рациональности Г. Саймона (H. Simon), согласно которой лицам, принимающим управленческие решения, следует сузить выбор и фокусироваться на вещах, требующих внимания в данный момент¹⁶. Именно в этом и проявляется интеллектуальный потенциал управомоченного субъекта, а его дискреционное поведение, подчиняясь правилам логики, становится разумным и, следовательно, проверяемым. Так, по свидетельству К. Харлоу (C. Harlow) и Р. Рэвлинга (R. Rawlings), первая часть теста *Веднесбери* заставляет принимающего решение аккумулировать свои доказательства, оценивая все относимое к делу и исключая весь нерелевантный материал¹⁷.

¹² *Associated Provincial Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] APP.L.R. 11/10 [12].

¹³ *Ibid* [7].

¹⁴ *Bradly A. W., Ewing K. D., Knight C. J. S. Constitutional and Administrative Law*. Sixtieth edition. Person Education Limited, 2005. P. 643–644.

¹⁵ См.: *Harlow C., Rawlings R. Law and Administration*. Third Edition. Cambridge University Press, 2009. P. 105.

¹⁶ См.: *Ibid*. P. 105.

¹⁷ См.: *Ibid*. P. 106.

Тест Веднесбери до сих пор востребован¹⁸, но со временем проявились различные варианты, определяющие его содержание. Также существует довольно обстоятельная его критика. Уместно, не вдаваясь во все подробности, рассмотреть современный подход к соотношению разумности и административной дискреции по Веднесбери. Принцип неразумности сохраняется в строгом смысле, как он был сформулирован изначально, имеется также его более широкая трактовка. Критики, а их довольно много, отмечают незначительное практическое значение всех его вариантов. Так, П. Кэйн (P. Cane) обращает внимание на субъективность критериев теста, которые не дают четких ориентиров, позволяющих объективно определить интенсивность проверки акта исполнительного органа, а значит и пределов административного усмотрения. Аргументация по Веднесбери, как он полагает, не предоставляет возможности проверить разумность дискреционных актов, принятых на основании оценочных понятий, например если министр «имеет основания полагать» или «удовлетворять» и прочее. Возникают вопросы, проверять ли такие действия, опираясь на мнение осуществившего их субъекта, или использовать иной более объективный тест¹⁹?

П. Крейг (P. Craig), последовательный и яркий критик идей Веднесбери, доказывает их почти полную безрезультативность в деле обеспечения прав невластных участников по отношению к публичным органам: «Мы живем в реальном мире и последствия любого теста должны быть оценены в отношении реальных ситуаций, а не в гипотетических примерах...». Это связано со слишком жестким условием признания акта неразумным. По этой причине в строгом варианте подобное решение вряд ли возможно, поскольку сложно представить, чтобы властный субъект преследовал крайне нерациональную, до степени «временного помешательства»,

¹⁸ Например, в деле *Youssef (Appellant) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Respondent)* (2016) UKSC 3 Верховный суд Соединенного Королевства не согласился с доводами заявителя, который оспаривал применение к нему критериев теста Веднесбери (заявитель был включен в санкционный список, поскольку имелись «разумные основания подозревать») нижестоящими судами. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0028-press-summary.pdf> (дата обращения: 23.06.2017). В деле *R (on the application of Nouazli) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2016] UKSC 16 иностранный гражданин оспаривал свое задержание, ссылаясь на неприменение к нему принципа Веднесбери и непропорциональность примененной к нему меры принуждения. Толкованию подлежала следующая норма: если имеются разумные основания подозревать, что субъект является лицом, которое может быть удалено из Соединенного Королевства согласно пункту 19 (3) (b) Иммиграционных правил (Европейской экономической зоны) 2006 г., это лицо может быть задержано на основании решения сотрудника иммиграционной службы до принятия решения о том, следует ли лицо удалить в соответствии с этим постановлением... URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0139-judgment.pdf> (дата обращения: 23.06.2017).

¹⁹ См.: *Cane P. Administrative Law. Fifth Edition. Oxford University Press, 2011. P. 188–189.*

цель. В итоге строгие границы теста часто расширяются. В этой ситуации от субъекта, руководствующегося усмотрением, требуется простое следование законам логики²⁰. Хотя такой подход увеличивает вероятность признания акта неразумным, но его пересмотр по-прежнему остается в зоне субъективного восприятия²¹. Например, в некоторых делах точный язык надзора с учетом разумности модифицируется, позволяя расширить границы проверки актов, но непоследовательность формулировок по-прежнему сохраняется²².

Споры о тесте Веднесбери демонстрируют как устойчивость принципа, определяющего разумность административных актов, так и его недостатки. В таких условиях разумность не должна выступать единственным критерием, устанавливающим пределы административной дискреции, но и отказываться от нее нецелесообразно. Представляется, что в узком (наиболее строгом) смысле она может быть востребована в любой правовой системе. Действительно, если акт управления настолько абсурден и алогичен, что практически невозможен, но по каким-то причинам принят, то его ничтожность бесспорна. Такие случаи крайне редки, но иногда вполне реальны. При их возникновении проверка акта может ограничиться установлением соответствия его содержания и легитимной цели. В определенном смысле, перед нами первоначальный уровень пределов административной дискреции – содержание разумного акта соответствует публично значимой цели. Не случайно оценка разумности присутствует и в практике континентальных стран, но здесь она менее выражена, чем в системе общего права и соизмеряется с дополнительными конструкциями, направленными на ограничение усмотрения властных субъектов административного права.

Часто разумность используется в силу прямого указания закона, обязывающего орган принять рациональное решение. Например, при определении компенсации. Здесь разумность совмещается с такими категориями, как справедливость, обоснованность. Они вытекают друг из друга, могут и совпадать до степени смешения. Еще О. Майер (O. Mayer) описывал (применительно к частному случаю) право префекта издавать дискреционный административный акт, руководствуясь соображениями справедливости²³. Сейчас, к примеру со ссылкой на ст. 14 Основного закона ФРГ, говорят о справедливой (разумной) компенсации потери собственником его имущества, в том числе по вине государства²⁴. Много примеров находится в сфере иммиграции. Ю. Баст (J. Bast)²⁵ отмечает

²⁰ Примером может быть тест на иррациональность лорда Диплока.

²¹ См.: *Craig P.* Op. cit. P. 274–276.

²² См.: *Ibid.* P. 285.

²³ См.: *Mayer O.* Theorie des Französischen Verwaltungsrechts. Straßburg, 1886. S. 394.

²⁴ См.: *Erichsen Hans-Uwe und Ehlers Dirk.* Allgemeines Verwaltungsrecht. Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 2010. S. 975.

²⁵ Работа была написана в 2006 г., но для целей настоящей статьи примеры сохраняют актуальность.

норму § 5 (4) Закона ФРГ о свободе передвижения, которая на «несистемной основе позволяет проверять, удовлетворяет ли лицо условиям свободы передвижения». Европейские правила также не проясняют ситуацию, оставляя указанные вопросы в зоне национальной дискреции²⁶. На дискреционной основе по общему правилу решаются вопросы предоставления вида на жительство, что объясняется необходимостью баланса публичных и индивидуальных интересов. Законодатель, несмотря на это, связывает компетентные органы исключениями, при возникновении которых разрешение на проживание выдается без усмотрения²⁷. В подобных делах вес интересам иммигрантов придается парламентом. Еще один говорящий казус: лицу, чья депортация была приостановлена на один год, может предоставляться доступ на рынок труда, но по дискреционному акту органа, осуществляющего управление в трудовой сфере²⁸.

Описанный законодательный прием известен многим правовым порядкам, он вовсе не исключение континентальных стран. Скорее конструкция восходит к частноправовым началам древности, когда разделение на семьи еще не существовало, а публичное и частное управление не всегда различалось²⁹. Не случайно разумная компенсация, пожалуй, самый яркий, хотя далеко и не единственный, пример данного выражения дискреции. Как публичная администрация, так и субъекты гражданско-правового регулирования, исчисляя ее, руководствуются схожими параметрами. Интересен в таком контексте подход Г. Харата, усмотревшего корни дискреции как правового феномена «в нашей повседневной жизни», представленного «относительно простыми примерами», позволяющими выделить общие черты всех стандартных случаев осуществления усмотрения³⁰.

В исторический период Нового времени создается теория закона, который регулирует важнейшие, но далеко не все вероятные отношения. Здравомыслящий представительный орган устанавливает обязательные требования, но также может задавать лишь пределы усмотрения для разумного субъекта управления, а иногда позволяет ему самостоятельно принимать решения по делам, которые нецелесообразно подробно регламентировать в источниках права. В таком проявлении разумность становится ситуационной категорией, проявляясь только для определенного вида дел, указанных законодателем. Здесь презюмируется достаточная компетентность правоприменителя, его способность принимать должные управленческие решения. Оценка актов происходит через дополнительные механизмы обеспечения правового порядка в системе публичного управления, среди которых выделяется принцип пропорциональности.

²⁶ См.: *Bast J. The Legal Position of Migrants – German Report // Resent Trends in German and European Constitutional Law / Eibe Riedel, Rüdiger Wolfrum (eds). Heidelberg, 2006. P. 78.*

²⁷ См.: *Ibid. P. 74.*

²⁸ См.: *Ibid. P. 89.*

²⁹ См.: *Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. М., 2005. С. 99.*

³⁰ См.: *Hart H. L. A. Discretion // Harvard Law Review. 2013. Vol. 127, № 2. P. 656.*

Как привило, он включает три теста: обоснованность, уместность в демократическом обществе и запрет избыточности (соразмерность в узком смысле)³¹. Разумность, как представляется, присутствует в каждом из трех элементов. Об этом свидетельствует строгая последовательность их реализации (второй тест применяется после первого, а третий после второго), а также логическая структура каждого из них в отдельности. Проверка на пропорциональность является основным континентальным принципом, используемым для оценивания административных актов. По свидетельству К.-П. Зоммерманна, он, во многом благодаря Европейскому суду по правам человека и Суду ЕС, постепенно «развивается в общеевропейский принцип административного права. В некоторых странах требование пропорциональности административных действий четко позитивировано как общий принцип». К слову, британский тест неразумности по Веднесбери ученый рассматривает как значительно более слабый по сравнению с пропорциональностью³².

Очевидно, что, реализуя единственный принцип, даже претендующий на универсальность, достигнуть целей административно-правового регулирования невозможно. Так, Э. Шмидт-Ассманн (E. Schmidt-Assmann) отметил, что современное административное право направлено на индивидуализацию прав участников общественных отношений, прежде всего невластных. Она достигается при помощи основополагающих принципов, где разумность представлена с пропорциональностью, защитой равного обращения и защитой доверия. От органов власти требуется их «методичное применение», что будет препятствовать излишней «типизации административной практики» и «схематичному применению законов»³³. Они входят в категорию основных принципов административных процедур, которые формируют основы любой управленческой деятельности государства. Благодаря им административная дискреция становится нормативной категорией, рамки которой очерчиваются законодательством³⁴. Общее представление о дискреции согласуется с теорией нормативного предписания. Дискреция допускается там, где законодатель определил фактический состав, возникновение которого требует реакции публичного субъекта,

³¹ См., например: *Штобер Р.* Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок. М., 2008. С. 78.

³² См.: *Зоммерманн К.-П.* Принципы административного права // Дайджест публичного права. 2016. № 1. С. 69–70.

³³ *Schmidt-Assmann E.* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee : Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. Berlin ; Heidelberg, 2006. S. 78–79.

³⁴ Хотя К. Грабенвартер отмечает, что в отличие от Германии и Австрии «во французском правопорядке понятие усмотрения представляет собой исключительно научный термин». Полагаем, что автор обращает внимание на отсутствие общих норм об административной дискреции. Конечно, и во Франции допускается нормативное регулирование дискреции отдельных органов и в отдельных отраслях (см.: *Грабенвартер К.* Доктрина свободы усмотрения // Дайджест публичного права. 2016. № 1. С. 9).

но этому субъекту предоставляется возможность самостоятельно сформулировать, уточнить, выбрать правовые последствия таких действий³⁵. Известным примером выступает § 40 Закона ФРГ об административных процедурах: «Если административный орган правомочен действовать по своему усмотрению, то это право он обязан осуществлять в соответствии с целью предоставленных полномочий и соблюдать установленные законом границы действия по усмотрению». Этому предписанию коррелирует предыдущее: «Обоснование решения, принятого по собственному усмотрению, должно также содержать исходные положения, мотивирующие осуществление административным органом право собственного усмотрения» § 39 (1)³⁶. Именно в обязанности публичного субъекта мотивировать собственные дискреционные акты скрывается принцип разумности. Показателен еще один пример – модельные правила административных процедур ReNEUAL, обращенные ко всем странам – участникам Европейского сообщества. В числе общеизвестных препятствий для слишком широкой дискреции субъектов администрации их авторы указывают обязанность мотивировать принимаемые управленческие решения. В этом усматривается важнейшая гарантия прав невластных участников отношений. В частности, необходимость указывать причины принятия акта может продемонстрировать, насколько «обдумывались» его основания³⁷.

В немецкоязычной литературе термин разумности при описании усмотрения исполнительных органов не распространен. Например, Э. Шмидт-Ассманн доказывает необходимость «согласования применяемых критериев, что позволяет самостоятельно взвешивать пределы полномочий»; в свою очередь, принятие таких актов характеризуется как «правовая конкретизация», что не позволяет говорить о дискреции как о «сфере свободной целесообразности»³⁸. К. Грабенвартер характеризует усмотрение как «возможность адекватно реагировать на непредвиденные... ситуации»³⁹. Действительно, конкретизировать что-либо, учесть все обстоятельства дела, определить границы допустимого поведения возможно лишь подчиняясь законам разума. Так, согласно иммиграционным правилам Европейского сообщества, национальным властям

³⁵ См.: Там же. С. 11.

³⁶ Закон об административных процедурах ФРГ // Сборник законодательных актов по административным процедурам. (GIZ Германское общество международного сотрудничества). Ташкент, 2013. С. 171–172.

³⁷ ReNUAL : Model Rules on Administrative Procedure. Book III – Single Case Decision-Making / Drafting Team : Paul Craig, Giacinto della Cananea, Oriol Mir, Jens-Peter Schneider, Vanessa M. Tünsmeier, Marek Wierzbowski / ed. by Herwig C. H. Hofmann, Jens-Peter Schneider and Jacques Ziller, 2014. URL: http://www.renewal.eu/images/Home/BookIII-Single_CaseDecision-Making_individualized_final_2014-09-03.pdf (дата обращения: 10.08.2017).

³⁸ Schmidt-Assmann E. Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee : Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. Berlin ; Heidelberg, 2006. S. 206–207.

³⁹ Грабенвартер К. Доктрина свободы усмотрения // Дайджест публичного права. 2016. № 1. С. 2.

предоставлена широкая дискреция отказывать в визе, если имеются разумные сомнения в намерении заявителя покинуть территорию государства-члена до истечения срока действия визы. Разумность измеряется компетентными органами, провидящими проверку соискателя, учитывающими общую ситуацию в стране его проживания и его индивидуальные характеристики, в том числе семейное, социальное и экономическое положение, прошлое поведение⁴⁰.

Г. Пюндер (H. Pünder) выделил несколько этапов развития права административных процедур в Германии. После стадии процедурной эйфории наступило разочарование административными процедурами. В этот период законодатель допускает ослабление жесткости процедурного регулирования ради ускорения управленческой деятельности. Это происходит за счет изъятия отдельных этапов процедуры, снижения интенсивности контроля (общественного и др.), уменьшения процедурной детализации⁴¹. В таких условиях открывается больший потенциал для применения административной дискреции, но от действия общих правил, определяющих усмотрение, органы не освобождаются. В какой-то степени законность в узком смысле термина (когда от органа требуется лишь простое безынициативное следование нормам) освобождает часть своего места для разумности (когда органу следует принимать быстрые решения, следуя публично значимой цели).

Интересны суждения Р. Кабрियाка об угрозах, которые должны учитывать кодификаторы. Целью кодификации является рационализация права, но опасность кроется в ее неопределенности, а также последствиях, к которым может привести стремление ее достигнуть. Прежде всего, это связано с тем, что «нет одной-единственной рационализации – их много»⁴². Эта емкая фраза хорошо демонстрирует, что процесс систематизации источников права имеет потолок. Никогда законодателю не удастся создать руководство для всех субъектов регулирования и всех случаев, продиктовав способы рационального решения самых разнообразных проблем. Часто он способен лишь обозначить направления для их движения, но выбор путей будет оставлен правоприменителям, иногда с учетом мнения невластных субъектов.

Представляется, что систематизация норм, регламентирующих публичное управление, усиливает законность, видоизменяя принцип разумности применительно к административной дискреции. Как только последняя определяется в законодательстве, разумность утрачивает первоначальное ведущее значение. Теперь она легитимируется законодателем, подкрепляется авторитетом закона. Поэтому континентальной традиции

⁴⁰ См.: Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration. Edition 2014. European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, 2015. P. 29.

⁴¹ См.: Pünder H. *Verwaltungsverfahren // Allgemeines Verwaltungsrecht* / Herausgegeben von Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers. Berlin, 2001. S. 425.

⁴² Кабрियाк Р. Кодификации / пер. с фр. Л. В. Головки. М., 2007. С. 215.

не свойственны споры в духе Веднесбери. Парламент и так уже допустил усмотрение, обозначил его пределы, а значит, передал исполнительным органам качество разумности при принятии ими дискреционных решений. Иными словами, неразумный акт – это тот, который не соответствует критериям закона, т. е. он нелегален, и доказывать следует не столько нарушение требований логики, сколько неисполнение органом нормативно обозначенных рамок, неследование легально заданным целям. Хотя и здесь не так все просто, поскольку и рамки, и цели могут корректироваться в процессе правоприменения, расширяться или сужаться.

Общий вывод таков: по крайней мере, существует два варианта соотношения административной дискреции и принципа разумности. Первый подход востребован, прежде всего, в странах общего права, что объясняется особым местом судебных органов в правовой системе. рассматривает разумность как критерий, позволяющий определить пределы усмотрения в системе публичного управления. В этом случае принцип разумности требует формализации, которая позволила бы четко определить критерии разумного акта. Этот подход полезен и вполне приемлем для любой страны, независимо от ее правовой системы. Как минимум это связано с тем, что презюмировать абсолютную разумность всех должностных лиц, совершающих юридически значимые действия, было бы слишком самонадеянно. Государство должно просчитывать вероятность неразумного акта публичного управления, который, хотя и соответствует формальным нормативным требованиям, но явно противоречит рациональным началам. Здесь необходимы сильные суды, которые слепо не подчиняются законодателю, воспроизводя во всех случаях его буквальную волю, а при необходимости исправляют его, объясняя эту волю с точки зрения «естественной справедливости» или какой-либо аналогичной конституционной доктрины.

Второй вариант свойствен континентальным правовым порядкам с их кодифицированным правом. Здесь разумность дискреционного акта выводится из принципов, определяющих публичное управление, которые рассматриваются как система тестов: пропорциональности, защиты доверия, законных ожиданий и др. Разумный акт – это акт, принятый компетентным субъектом в нормативно установленных пределах для достижения легитимной цели, которая прямо указана в законодательстве или выводится из него. Причем любая нормативная цель согласуется с целями высшего порядка, закрепленными в конституции.

Новосибирский государственный университет экономики и управления

Шерстобоев О. Н., кандидат юридических наук, заведующий кафедрой административного, финансового и корпоративного права

E-mail: sherson@yandex.ru

Тел.: 8-913-394-33-82

Novosibirsk State University of Economics and Management

Sherstoboev O. N., Candidate of Legal Sciences, Head of the Administrative, Financial and Corporate Law Department

E-mail: sherson@yandex.ru

Тел.: 8-913-394-33-82