

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ДИСКРЕЦИЯ И ПРИНЦИП РАЗУМНОСТИ (ЧАСТЬ 2: РОССИЙСКИЙ ОПЫТ)*

О. Н. Шерстобоев

Новосибирский государственный университет экономики и управления

Поступила в редакцию 23 августа 2017 г.

Аннотация: 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. Вторая часть статьи посвящена российскому опыту.

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 second part of this article is dedicated to Russian experience.

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

Существуют два типа представлений о соотношении административной дискреции и принципа разумности. В первом случае разумность выступает критерием, определяющим законность акта публичного управления, принятого в порядке усмотрения. Такой подход особенно заметен в праве Великобритании. Во втором – разумность реализуется в ряде дополнительных принципов, обусловленных логикой системы административного права. Этим путем следуют страны континентальной правовой семьи, где немецкое административное право выступает в качестве одного из ориентиров, хотя и не единственного.

Практика России исторически выстраивается по континентальным лекалам, что предполагает кодификацию норм административного права, проводимую с учетом основополагающих конституционных принципов, опирающихся на доктрину правового государства. В целом каких-либо серьезных препятствий для определения дискреции в отечественном административном праве не существует, но имеются некоторые особенности. В России отсутствует единый закон об административных процедурах, а законодатель выбрал метод фрагментарной систематиза-

* Часть 1 (зарубежный опыт) была опубликована в Вестнике ВГУ. Серия: Право. 2017. № 4.

ции правил о государственном управлении. Все управление разбивается на несколько сфер, требующих самостоятельного регулирования. Так, четко обособляются административный надзор¹, предоставление публичных услуг², работа с обращениями граждан³, раскрытие информации о деятельности публичных субъектов⁴. Однако официальной, общей для всех исполнительных органов, доктрины административного усмотрения пока не сложилось. Скорее смысл законов, принятых в 2000-х гг., свидетельствует о недоверии законодателя к административной дискреции.

Отрицание административного усмотрения встречалось еще в советской доктрине⁵, но истоки настоящего негативного отношения к ней просматриваются в действительности 1990-х гг., непростом периоде становления правовой системы, когда неразвитость законодательства, отсутствие опыта публичного управления в новых социально-экономических условиях часто вызывали слабо контролируруемую дискрецию органов, казавшуюся вседозволенностью. На решение этой проблемы и были направлены нормотворческие усилия высшей власти. Самым простым способом выдвинулась четкая, по возможности максимально полная регламентация деятельности всех властных субъектов, особенно в отношениях с гражданами и организациями. В результате ведущее место в официальной административно-правовой доктрине было отведено административным регламентам. Вместо общих норм закона, единых для большинства административных процедур, появились подзаконные акты, специальные для каждого управленческого действия. Описанный подход остается доминирующим до сих пор.

Проблема вседозволенности в системе публичного управления тесно связана также с проявлением коррупции, масштабы которой прямо взаимосвязаны с широтой такого усмотрения. Не случайно еще одним трендом отечественной административной реформы стало противодействие коррупционным проявлениям в публичной сфере. В связи с этим административное усмотрение впервые проявляется в системе антикоррупционного законодательства⁶, но скорее с отрицательным знаком

¹ О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля : федер. закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ (в ред. от 01.05.2017) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

² Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг : федер. закон от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ (в ред. от 28.12.2016) // Там же. 2010. № 31. Ст. 4179.

³ О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации : федер. закон от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ (в ред. от 03.11.2015) // Там же. 2006. № 19. Ст. 2060.

⁴ Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления : федер. закон от 9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ (в ред. от 09.03.2016) // Там же. 2009. № 7. Ст. 776.

⁵ См.: *Ананов И. Н.* Акты советского государственного управления // Советское административное право : учебник / под ред. И. В. Денисова. М., 1940. С. 102–103.

⁶ Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проек-

как негативное качество. Показательным примером является антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и их проектов. Ее предназначением, согласно федеральному закону, провозглашается устранение «необоснованно широкого усмотрения»⁷. На подзаконном уровне данная формула превращается среди прочего в «диспозитивное установление возможности совершения ... органами ...или организациями (их должностными лицами) действий в отношении граждан и организаций»⁸. Часто без учета общего законодательного предписания из источников права, закрепляющих статус публичных субъектов, исключается максимальное число дискреционных полномочий. Официальное восприятие административной дискреции при таком подходе смещается с вопросов правоприменения в сферу нормотворчества, что позволяет признавать любое усмотрение в публичной сфере коррупциогенным, а значит, и неправомерным. Дошло до того, что в производстве судов появились дела, в которых связываются действия должностных лиц (органов) по усмотрению и неосуществление или ненадлежащее проведение антикоррупционной экспертизы соответствующих актов⁹.

Получается, что ссылка на антикоррупционную экспертизу, призванную устранить административную дискрецию, часто усиливает негативное восприятие данного явления. Причем формула о «необоснованной широте дискреционных полномочий» сама по себе заключает возможность слишком широкого толкования и способна превратиться в барьер, препятствующий любому усмотрению со стороны субъектов администрации. Разумность актов публичного управления в такой ситуации не рассматривается. Доминирует принцип законности, который в современных условиях занял первое, а часто и единственное место, вытеснив иные принципы административной деятельности. Жесткая регламентация поведения субъектов публичной администрации свидетельствует о недоверии к ним со стороны законодателя, иных высших органов. В этом случае разумность выражается в нормативном предписании, а властным участникам испол-

тов нормативных правовых актов : федер. закон от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ (в ред. от 21.10.2013) (ст. 1) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 29. Ст. 3609 ; Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов : утв. постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» (в ред. от 18.07.2015) подп. «б» п. 3 // Там же. 2010. № 10. Ст. 1084.

⁷ Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов : федер. закон от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ (в ред. от 21.10.2013) (ст. 1) // Там же. 2009. № 29. Ст. 3609.

⁸ Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (подп. «б» п. 3).

⁹ Апелляционное определение Самарского областного суда от 3 июня 2016 г. по делу № 33а-7104/2016. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс» ; Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 16 ноября 2016 г. № 20-АПГ16-24 ; 5 апреля 2017 г. № 4-АПГ17-5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

нительно-распорядительных отношений в ней отказывается. Таким образом, современная позиция Российского государства в отношении административной дискреции предопределена борьбой с вседозволенностью публичных структур и противодействием коррупции, стремлением преодолеть управленческие проблемы рубежа прошлого и текущего веков.

Справедливости ради отметим, что полностью отказываться от административной дискреции государство не собирается, собственно, оно никогда официально такой целью не задавалось. Стремления властей концентрировались на минимизации и регламентации полномочий субъектов управления. В таком контексте просматривается традиционный континентальный подход, но реализуется он через административные регламенты без установления общих критериев административной дискреции. Поэтому часто отмечается увлечение детализацией в ущерб усмотрению. В результате множественность регламентов, по образному замечанию Ю. Н. Старилова, привела к тому, что «чрезмерная «бедность» российского законодательства об административных процедурах становится очевидной, а в будущем и нетерпимой»; в результате органы исполнительной власти вместо действенных юридических средств получили «правовую «заурегулированность» («переурегулированность») отношений в сфере публичного управления»¹⁰. Следует также согласиться с мнением К. В. Давыдова об утопичности стремления преодолеть дискрецию только «посредством правовых норм»¹¹. Излишнее увлечение кодификацией, по свидетельству Р. Кабрияка, порождает ситуацию, когда «за формой перестают видеть содержание: «хорошему праву» предпочитают «право красивое»... Реальность приносится в жертву видимости – начинается поиск даже не столько «красивого права», сколько права считающегося таковым»¹². Такой подход увеличивает вероятность нарушения основных принципов законотворчества, когда заявленные цели и средства не будут совпадать, а цель не всегда окажется явно обозначенной¹³.

Противодействие коррупции и иным негативным проявлениям неверно понятого усмотрения следует осуществлять в разных направлениях. Система нормативных правовых актов в таком контексте играет важную роль, но далеко не единственную, а на современном этапе ее развития – не самую главную. Можно добавить, что вопрос борьбы с усмотрением как таковым в публичном управлении неуместен, поскольку уподобляет законодателя Дон Кихоту, воевавшему с ветряными мельницами. Нор-

¹⁰ Старилов Ю. Н. Российский закон об административных процедурах должен стать неотъемлемой частью современного административного законодательства // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2015. № 3. С. 23.

¹¹ Давыдов К. В. Законодательство об административных процедурах и дискреционные административные акты : проблемы теории и практики // Там же. № 2. С. 124.

¹² Кабрияк Р. Кодификации / пер. с фр. Л. В. Головки. М., 2007. С. 220–221.

¹³ См., например: Макарецев А. А. Развитие в России парламентарной республики : цель или средство // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 11. С. 3–6.

мотворцы, руководствуясь, конечно, самыми благими целями, все равно не смогут подробно отразить в источниках права все, что только можно. В результате огромные усилия будут потрачены впустую, вместо того чтобы осуществлять насущные и поддающиеся решению задачи. Общеизвестно, что даже самое подробное регулирование не позволит «обуздать» волю публичных субъектов, дискреционные возможности все равно будут пробиваться сквозь общеобязательные предписания в неопределенных понятиях, через толкование норм применительно к конкретным казусам, при сопоставлении норм, регламентирующих смежные институты, или предписаний с разной юридической силой и в иных подобных ситуациях. Логика права требует разумного усмотрения, но только в необходимых и рационально обусловленных случаях.

В отсутствие закона, устанавливающего общие основы управленческой деятельности, вопросы административной дискреции, ее пределов разрешаются для разных сфер и органов по-разному. Так, сохраняют актуальность проблемы границ и форм налоговых проверок. Усмотрение в указанной сфере объясняется оптимизацией «управленческого воздействия в конкретных условиях налогового администрирования, когда требуется гибко и оперативно реагировать на специфику отдельных ситуаций, юридических фактов и составов, правоотношений в целом»¹⁴. Объективность дискреции здесь бесспорна, но ее реализация часто сопряжена с проблемами, которые в конечном итоге были признаны и ФНС России. Анализ результатов налоговых проверок за 2016 г. продемонстрировал, что сбор доказательственной базы осуществляется налоговыми органами формально¹⁵. Если кратко, то выяснилось, что властные субъекты произвольно использовали дискреционное полномочие, позволяющее выбирать методы проверки, в том числе способы доказывания. Они старались придерживаться буквы закона, но не замечали общие принципы административного производства, в рамках которого действовали. В результате все обстоятельства дел часто не исследовались в полном объеме, а выводы, за которыми следовали обременительные для предпринимателей последствия, делались на основе неполных доказательств. Прежде всего, страдал принцип законности, потому что органы не учитывали иные основные положения, в том числе соразмерность и в некоторой мере разумность.

Значимой для данной категории дел стала позиция Верховного Суда РФ, сформулированная в деле ООО «Центррегионуголь»¹⁶. Решением налогового органа общество было привлечено к налоговой ответствен-

¹⁴ Демин А. В. Дискреция в налоговом праве // Вестник Пермского ун-та. Серия: Юридические науки. 2017. Вып. 35. С. 45.

¹⁵ О выявлении обстоятельств необоснованной налоговой выгоды : письмо ФНС России от 23 марта 2017 г. № ЕД-5-9/547@. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁶ Определение Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 305-КГ16-10399 по делу № А40-71125/2015 // Официальный сайт Верховного Суда РФ. URL: http://www.vsrfr.ru/stor_pdf_ec.php?id=1495224 (дата обращения: 18.08.2017).

ности, с сопутствующими финансовыми последствиями. Налоговый орган исходил из того, что общество получило необоснованную налоговую выгоду за счет уменьшения налогооблагаемой прибыли на расходы по приобретению товара у компании, которая не имела в своем распоряжении управленческого, технического персонала, основных средств и производственных активов, складских помещений и транспортных средств, необходимых для осуществления поставки. Суд признал, что налоговый орган действовал формально, без учета презумпции добросовестности налогоплательщика и иных участников правоотношений в сфере экономики. При этом все необходимые доказательства субъектом власти не были собраны и (или) надлежаще оценены. Можно также отметить, что дискреционные возможности, направленные на сбор и фиксацию доказательств, здесь не были направлены на достижение цели правового регулирования. Вместо этого орган просто произвел доначисления, «додумав» факты, требующие необходимого подтверждения. Как представляется, такие действия являлись неразумными, поскольку не соответствовали логике законодателя и в конечном итоге были признаны незаконными. Вместо желаемого государство получило обратный результат.

Причем Конституционный Суд РФ традиционно связывает административное принуждение с конституционными требованиями справедливости и соразмерности, которые позволяют учесть обстоятельства дела, индивидуализировать меру принуждения¹⁷. Конструкция рациональности в качестве мерила административной дискреции не используется, но это не означает, что разумность совсем не учитывается. Демонстрируемый подход внешне напоминает континентальный. Возможность действия по усмотрению опирается на законодательство и обосновывается целью правового регулирования, выводящейся из конституционных ценностей, которые и выступают разумным фундаментом управленческой деятельности.

Интересна также практика Суда Евразийского экономического союза, как известно, обязательная в России. Оценивая антимонопольные правила, Суд пришел к следующему выводу: «Последнее не соответствует принципу правовой определенности и предоставит государственным органам неограниченную дискрецию при контроле за соблюдением антимонопольного законодательства, а также возложит на хозяйствующих субъектов обязанность по структурированию своей деятельности таким образом, чтобы не занимать более определенного процента любого товарного рынка, что не соответствует основным целям Союза»¹⁸. То

¹⁷ По делу о проверке конституционности подпункта «а» пункта 22 и пункта 24 статьи 5 Федерального закона от 28 июня 2014 года № 188-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам обязательного социального страхования» в связи с запросами Арбитражного суда города Москвы и Арбитражного суда Пензенской области : постановление Конституционного Суда РФ от 19 января 2016 г. № 2-П (п. 2) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 5. Ст. 762.

¹⁸ О разъяснении положений статей 74, 75, 76 Договора о Евразийском эконо-

есть административное усмотрение связывается с принципом правовой определенности и регулятивной целью. Такой подход корреспондирует существующим доктринальным представлениям, достаточно полно представленным в работах Н. В. Власенко. Разум, по его мнению, необходимо подключать не только «к созданию правовых регуляторов, но и к их действию»; в этом случае происходит «переход от неопределенности к определенности»; «разум ... выступает критерием его (права. – О. III.) оптимальности и гибкости». Разумность в данной трактовке выступает нравственной категорией, опосредующей юридически значимые действия, хотя автором и приводятся примеры нормативной формализации: «разумные действия», «разумные сроки», «разумные интересы» и др.¹⁹ Конечно, разумность может быть ненормативной категорией. Полагаем, правильнее говорить о правовом принципе, опирающемся на конституционные ценности, которые рациональны по определению, а также на логику права, которое может быть только разумным. В подобном контексте разумность становится мерилom административной дискреции, т. е. на нее можно ссылаться, обосновывая правомерность актов управления. Руководствуясь аналогичными соображениями, Г. Харт отказался рассматривать психологические условия разумного использования дискреции. По его мнению, если мы четко определим это понятие и поймем, что представляет его осуществление, то самостоятельных психологических вопросов просто не возникнет²⁰.

Правильная реализация дискреционных полномочий предполагает четкое представление о правовых нормах, которые определяют управленческую деятельность, но также важна юридическая доктрина, которая связывает законодательство и практику его реализации. Например, как указывает Ю. П. Соловей, «в судебной практике понятие «дискреция» иногда неверно трактуется как деятельность публичной администрации вне правового поля»²¹. Центральное место в процессе взаимодействия доктрины, законодательства и практики, по свидетельству Ю. А. Тихомирова, занимают правовые конструкции и правовые принципы. В частности, ученый отмечает необходимость правильного применения типов правового регулирования. Популярная, особенно среди судей, формула «разрешено все, что не запрещено законом» вовсе не обязательно должна доминировать в системе публичного права. Скорее она отражает реалии

мическом союзе от 29.05.2014 : консультативное заключение Суда Евразийского экономического союза от 4 апреля 2017 г. (п. 4). URL: <http://courteurasian.org/page-24731>(дата обращения: 10.07.2017).

¹⁹ Власенко Н. В. Разумность и определенность в правовом регулировании. М., 2014. С. 80–81.

²⁰ См.: Hart H. L. A. Discretion // Harvard Law Review. 2013. Vol. 127, № 2. P. 653.

²¹ Соловей Ю. П. Стандарты судебной оценки дискреционных актов органов (должностных лиц) публичной администрации по законодательству Российской Федерации об административном судопроизводстве // Вестник ун-та им. О. Е. Куцафина (МГЮА). 2015. № 8. С. 100.

гражданско-правового регулирования²². Уместно сослаться на работу С. С. Алексеева, где обстоятельно характеризуются два основных типа правового регулирования, объективированные в двух известных формулах: «Дозволено все, кроме запрещенного» и «запрещено все, кроме дозволенного». В системе управления первенство принадлежит разрешительному типу, что особенно проявляется в нормативной регламентации взаимоотношений субъектов с исполнительно-распорядительными полномочиями и невластных участников²³.

Конечно, административное право, являясь одной из фундаментальных, системообразующих отраслей российского права, пользуется самым широким юридическим инструментарием, в том числе задействует все типы правового регулирования. Поэтому в практике не должно быть простого перекоса в какую-либо сторону. Оценивая дискреционный акт, в том числе на предмет его соответствия принципам права, с точки зрения разумности правоприменитель должен сначала определить тип правового регулирования, в рамках которого он был принят и реализован. Представляется, что в зависимости от этого выводы о допустимости проверяемого акта будут отличаться. Общедозволительный тип предполагает, что законодатель (нормотворец) оставил органу публичной администрации гораздо больше возможностей действовать по усмотрению. Здесь можно делать то, что законом не запрещается. В подобных ситуациях от субъекта власти требуется четкое представление о цели регулирования, а также допустимых средствах ее реализации. Причем цель следует выявлять в соотношении со всей правовой иерархией. Иными словами, если орган руководствуется предписанием вышестоящей инстанции или непосредственного руководителя, то это вовсе не означает отсутствие иной позиции, освещенной более высоким авторитетом, вплоть до конституционного.

Разрешительный тип регулирования предусматривает, что орган руководствуется нормативным предписанием. То есть цель его действия уже обозначена, средства чаще всего определены, остается выбрать лишь один вариант из нескольких. Здесь также нельзя забывать о разумности такого выбора. Даже в случае самой незначительной дискреции правоприменителю оставляется определенная возможность поступать в пределах дозволенного. Это означает, как указывает Ю. П. Соловей, что при оценке соответствующего дискреционного акта не следует ограничиваться проверкой «соблюдения одних лишь формальных требований (пределы компетенции, установленные форма, сроки, порядок издания акта и т.п.)»²⁴. Такой вывод хорошо коррелирует утверждению Г. Харта,

²² См.: Тихомиров Ю. А. Усмотрение в фокусе права // Законы России : опыт, анализ, практика. 2011. № 4. С. 73.

²³ См.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве // Собр. соч. : в 10 т. М., 2010. Т. 2 : Социальные вопросы правоправедения. С. 312–315, 326.

²⁴ Соловей Ю. П. Стандарты судебной оценки дискреционных актов органов (должностных лиц) публичной администрации по законодательству Российской Федерации об административном судопроизводстве. С. 103.

упростившего конструкцию усмотрения, сведя ее к обычным повседневным делам, которые, тем не менее, наглядно демонстрируют то, как она может проявляться в сфере права. Так, выбор между мартини и шерри в связи с предпочтением выбирающего по формуле «мне это больше нравится» – это не дискреция. Аналогично если требуется заточить карандаш, то выбор между вилкой, ложкой и ножом очевиден, а значит, предметом усмотрения не является²⁵. Точно так же принятие дискреционного акта представляет именно интеллектуальное, т. е. разумное действие. Оно производится ответственными должностными лицами, требующими нужной степени «мудрости» и «здравомыслия»²⁶.

Таким образом, беспробельность – это далеко не единственное качество законодательства, правильно отражающего доктрину усмотрения. В нем безошибочно должны просматриваться типы правового регулирования, его цели и средства их достижения. Это, в свою очередь, возможно при условии признания основных принципов, определяющих управленческую деятельность публичных субъектов. Но и этого недостаточно, поскольку многие проблемы усмотрения, невозможно разрешить, совершая лишь источники права. При этом грамотные управленцы способны разрешить их, даже при недостаточном качестве нормативных правовых актов (конечно, до определенных пределов). Так, по мнению Ю. А. Тихомирова, «“неправомерное” усмотрение отражает невысокий уровень правосознания и неверное понимание природы своей компетенции»²⁷. Важно, чтобы служащие, пишет И. В. Панова, осознавали государственные и общественные интересы²⁸. А такие свойства дискреционных решений, как «волевая деятельность», «субъективная оценка фактов», «мыслительный выбор»²⁹, заставляют должностных лиц не просто следовать законам разума, но и опираться на совокупность профессиональных компетенций. Тогда соотношение разумности и административной дискреции достигнет нужных пределов и позволит реализовать публично значимые цели. Вопросы совершенствования профессионализма не входят в предмет настоящего исследования, но совсем не сказать об этом было нельзя.

Нетрудно заметить, что в любом правовом порядке административная дискреция всегда направлена на реализацию целей правового регулирования, она в любом случае связывается нормами права, но способы формализации дискреции могут отличаться в зависимости от особенностей правовых систем, в которых она реализуется. Если для одних государств, это могут быть нормативные правовые акты и судебные прецеденты, то для других перечень ограничивается нормами законодательства. Важно,

²⁵ См.: *Hart H. L. A. Discretion*. P. 657–658.

²⁶ См.: *Ibid.* P. 568.

²⁷ *Тихомиров Ю. А. Усмотрение в фокусе права*. С. 74.

²⁸ См.: *Панова И. Административное и судебное усмотрение // Хозяйство и право*. 2011. № 12. С. 106.

²⁹ См.: *Ярковой С. В. Административное усмотрение в правоприменительной деятельности административно-публичных органов и их должностных лиц // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право*. 2017. № 1. С. 149.

что и в континентальных странах судебные органы также ограничивают дискреционные полномочия субъектов публичного управления, но не через прецедентные решения, а посредством судебного надзора, проверяя соответствие управленческого акта нормативно заданным целям и законодательно закрепленным рамкам (что, впрочем, свойственно любым судам, в том числе англо-американским, азиатским и пр.)³⁰. В таком случае представителям исполнительной власти ничего не остается, как следовать мнению судов под страхом судебной отмены издаваемых ими актов, признания их последствиями ничтожными или доказывать в судах свои позиции, участвуя в формировании практики.

Российское административное право, как представляется, развивается в русле данного подхода. Но есть ряд особенностей. В России теория административной дискреции недостаточно разработана, но имеются доктрины правовой определенности, используются также критерии соразмерности, справедливости, равенства. При определенной доработке они могут послужить платформой для развития доктрины административной дискреции. Кроме того, в стране нет общего закона, регулирующего управленческую деятельность публичных субъектов. В этом случае субъектам, оценивающим дискреционные возможности участников административных правоотношений, недостает категориального аппарата. Так, практически отсутствуют принципы доверия и законных ожиданий, пропорциональность задействуется не во всех сферах управления. В результате весь потенциал разумности, как и иных регулятивных средств, применительно к административному усмотрению не используется.

³⁰ Оригинально выглядит система управления в сфере несостоятельности (банкротства), по крайней мере, в представлении ряда исследователей, где арбитражные суды, по сути, выполняют функцию управления, а другие субъекты вынуждены следовать их позициям. В определенном смысле в таком процессе стирается грань между судебным и административным управлением в целом и усмотрением в частности (см.: Фролов И. В. Управленческие функции судебных органов, их место в системе государственного (административного) управления сферы финансового оздоровления, несостоятельности (банкротства) // Вестник Томского гос. ун-та. 2009. № 324. С. 254).

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, Finance and Corporate Law Department

*E-mail: sherson@yandex.ru
Tel.: 8-913-394-33-82*