

Критерии оценки административного усмотрения: вопросы теории, российский и зарубежный опыт

Резюме. Современный этап развития административного права требует активной роли публичной администрации в разрешении управленческих дел. Одновременно ее акты и действия должны быть подконтрольны судам. В итоге администрации не позволяется оставаться пассивной при реализации дискреционных полномочий, поскольку они предоставляются для решения управленческих задач и реализуются в нормативно заданных пределах. В связи с этим управленческая цель, для достижения которой задействуется усмотрение, и пределы полномочий представляются базовыми критериями, которые позволяют оценить правомерность дискреционных форм государственного управления. Но для их проверки необходимо задействовать и дополнительные критерии. Важнейшими среди них являются так называемые принципы административных процедур, прежде всего пропорциональность и защита доверия. Могут использоваться и принципы, определяющие процедуру; их можно назвать техническими. К примеру, к ним относятся избежание чрезмерного бюрократизма, экономия и др. Базовые и дополнительные критерии характерны для многих правовых порядков и в наибольшей степени обоснованы в теории административных процедур. Она преимущественно характеризует административное право стран континентальной правовой семьи, а относительно устойчивые примеры ее реализации представлены в немецком и австрийском правовых порядках. Некоторый интерес представляют новые законы о процедурах, принятые уже в нашем веке в странах Центральной Азии (последними по времени это сделали казахстанские власти). Принятие законов об административных процедурах — это веха в развитии теории административного усмотрения, но важнее, чтобы подход к усмотрению не отрицался судами. Практика Верховного Суда РФ является позитивным шагом в утверждении отечественного варианта административного усмотрения и теории административных процедур, который развивается в континентальном русле.

Ключевые слова: административное усмотрение; дискреционные полномочия; административный акт; административные процедуры; судебный контроль

Для цитирования: Шерстобоев О. Н. Критерии оценки административного усмотрения: вопросы теории, российский и зарубежный опыт. *Lex russica*. 2024. Т. 77. № 5. С. 118–129. DOI: 10.17803/1729-5920.2024.210.5.118-129

Criteria for Assessing Administrative Discretion: Theoretical Issues, Russian and Foreign Experience

Oleg N. Sherstoboev

Novosibirsk State University of Economics and Management
Novosibirsk, Russian Federation

Abstract. The current stage of development of administrative law requires an active role of public administration in resolving administrative cases. At the same time, its acts and actions must be controlled by the courts. As a result, the administration is not allowed to remain passive in the exercise of discretionary powers, since they are provided for solving managerial tasks and are implemented within the prescribed limits. In this regard, the

managerial goal, for which discretion is used, and the limits of authority are presented as basic criteria that allow us to assess the legality of discretionary forms of public administration. Additional criteria must be used to verify them. The most important among them are the so-called principles of administrative procedures, primarily proportionality and protection of trust. The principles that define the procedure can also be used, they can be called technical. For example, these include avoiding excessive bureaucracy, saving money, etc. Basic and additional criteria are typical for many legal systems and are most justified in the theory of administrative procedures. It mainly characterizes the administrative law of the countries of the continental legal family, and relatively stable examples of its implementation are presented in the German and Austrian legal order. Of some interest are the new laws on procedures adopted already in our century in the countries of Central Asia (the Kazakh authorities were the last to do so). The adoption of laws on administrative procedures is a milestone in the development of the theory of administrative discretion, but it is more important that the approach to discretion is not denied by the courts. The practice of the Supreme Court of the Russian Federation is a positive step in approving the domestic version of administrative discretion and the theory of administrative procedures, which is developing in a continental way.

Keywords: administrative discretion; discretionary powers; administrative act; administrative procedures; judicial control

Cite as: Sherstoboev ON. Criteria for Assessing Administrative Discretion: Theoretical Issues, Russian and Foreign Experience. *Lex Russica*. 2024;77(5):118-129. (In Russ.). DOI: 10.17803/1729-5920.2024.210.5.118-129

Введение

Формирование административного усмотрения во многом связано с этапами развития всей отрасли административного права. Законодателям и (или) органам государственной власти, отдельным должностным лицам во все времена приходилось искать ответы на вопросы о пределах и плотности регулирования управленческих отношений. Диапазон мнений варьировался в разные исторические эпохи и в различных правопорядках от полной свободы усмотрения до ее отрицания в максимально допустимой степени. Усмотрение в административном праве часто рассматривается как важнейшая и одна из самых чувствительных конструкций, которая тесно связана с юридическими средствами, обеспечивающими эффективность государственного управления, а также достижение целей, направленных на обеспечение прав и законных интересов граждан и организаций. Любая эффективность и степень обеспеченности прав и интересов требуют должной оценки, а она невозможна без системы критериев, которые бы принимались во внимание заинтересованными правоприменителями и обществом.

Определенную пользу для правильного понимания вариантов оценки административного усмотрения может принести анализ зарубежного опыта. Так, в континентальных странах дискреционные формы публичного управления объясняются внутри теории административных процедур. В частности, она позволила найти место усмотрению в источниках администра-

тивного права, уточнить критерии его оценки, а также связать со смежными юридическими конструкциями. Благодаря ей набор базовых критериев остается однотипным во многих правопорядках, но современное правоприменение часто требует их уточнения, что заставляет задуматься о дополнительных оценочных средствах. В итоге выстраивается более тонкий, опирающийся на конституционные ценности инструментарий, используемый для более точной оценки правомерности реализации дискреционных полномочий.

Важно и то, что российские подходы остаются континентальными по своей природе, но обладают собственной спецификой, связанной с историческими особенностями формирования отечественной системы государственного управления. В таком качестве идентичные для многих стран правовые средства, определяющие пределы административного усмотрения, нуждаются в национальном осмыслении на базе действующих установок.

Базовые критерии проверки дискреционных административных актов

Во второй половине XX столетия утверждается господствующий сейчас подход к дискреции как неотъемлемой и позитивной части управленческой деятельности, а также представление о ее подконтрольности судам. Это утверждение объективировалось в критериях, позволяющих оценить с процессуальной точки зрения право-

мерность реализации дискреционных полномочий. Одним из наиболее заметных путей формализации указанных критериев стала теория административных процедур, которая приобрела магистральное значение в большинстве континентальных правовых систем, хотя отдельные ее элементы угадываются и в иных государствах, даже относящихся к системе общего права¹.

Практическое воплощение этой теории привело к тому, что многие страны приняли законы об административных процедурах или их аналоги, где чаще всего и находятся общие нормы об усмотрении. Так, соответствующий немецкий Закон является наиболее известным и довольно часто воспроизводимым вариантом, в котором закрепляется лаконичная формула о дискреции (§ 40)². Она без труда угадывается в законах некоторых государств, в том числе тех, которые были приняты в последние два десятилетия в центральноазиатских странах. Показательный пример — пп. 6 п. 1 ст. 4 Административного процедурно-процессуального кодекса Республики Казахстан (АППК РК)³. Требования законодателей на первый взгляд весьма простые. Дискреционные полномочия следует реализовывать в пределах, очерченных законом, и для достижения цели, ради которой административный орган получил возможность усмотрения.

Эти критерии не новы, и, безусловно, немецкий законодатель не является их единственным автором. Они представлены также в иных правовых порядках, в том числе сформулированы в судебных позициях и различных юридических доктринах. Для российской доктрины, в частности, важны работы Ю. П. Соловья, который в 1982 г. анализировал их, причем со ссылками, насколько это было возможно, на действовавшие тогда нормы советского права и научные взгляды⁴. В данном контексте цель и легальные пределы дискреционных полномочий формируют каркас формулы, необходимой

для оценки правомерности их реализации, но внутри него находятся дополнительные и часто весьма сложные юридические конструкции. Они различаются в разных странах и зависят от проводимой правовой и управленческой политики, но их ядро относительно стабильно, что связано с их единым предназначением и природой административного усмотрения.

Если законные пределы реализации полномочий относительно понятны, то цель требует более пристального внимания. Начать следует с ретроспективного анализа доктрины административного усмотрения, которая, как представляется, формировалась в четыре этапа⁵. На первом дискреция становится важным элементом государственного управления; считалось, что она осуществляется разумными чиновниками и не подлежит судебному контролю. Второй этап ознаменовался юридикацией усмотрения; оно сопоставлялось с принципами судопроизводства, хотя по-прежнему доказывалось, что свободное усмотрение судом не проверяется. На третьей стадии разделяются административный произвол (с ним отождествляли свободное усмотрение) и собственно административное усмотрение, подконтрольное судам через выработанные доктриной и (или) судебной практикой критерии оценки дискреционного административного акта. В некоторых правовых порядках наблюдались первые попытки кодификации административных процедур, а пределы административной дискреции получали нормативное закрепление.

Наконец, на четвертом, современном этапе учитываются результаты предыдущих стадий. Здесь усмотрение окончательно получает официальную форму (законодательную и (или) даже прецедентную), а его содержание описывается сквозь призму управленческой динамики. По словам Э. Шмидта-Ассманна, усмотрение преобразуется из предыдущей «подконтроль-

¹ *De Falko V. Administrative action and procedures in comparative law.* Eleven International Publishing, 2018. P. 10.

² *Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25.05.1976 (25.06.2021)* // URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/BJNR012530976.html> (дата обращения: 23.11.2023).

³ Административный процедурно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 29.06.2020 № 350-VI (ред. от 02.10.2023) // Информационно-правовая система нормативных правовых актов Республики Казахстан «Әділет».

⁴ *Соловей Ю. П.* Усмотрение в административной деятельности советской милиции : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 162–163.

⁵ Более подробно об этом см.: *Шерстобоев О. Н.* Теория административного усмотрения: этапы формирования // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 2. С. 158–173. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-158-173>.

ной перспективы в перспективу действия»; эта конструкция рассматривается как способ конкретизации закона в условиях невозможности легально предусмотреть все вероятные управленческие действия и решения⁶. Органам теперь не позволено реализовывать полномочия по формуле «хочу — делаю, хочу — не делаю». Они обязаны воспользоваться усмотрением там, где это необходимо для достижения легальной цели, а отказ от действия рассматривается как нарушение нормативных предписаний. Именно в этот период усмотрение раскрывается в доктрине, которая акцентирует внимание на творческой роли государственной администрации. Выбор нужного варианта заставляет уполномоченного субъекта взвешивать, уточнять, находить лучшие варианты решений, но не устраняться от их принятия.

Прикладное выражение этого подхода неплохо демонстрируется в позиции Федерального административного суда Германии по делу о надзорном мероприятии и возврате ранее предоставленной финансовой поддержки⁷. Предприниматель «отказался» содействовать инспекторам; его действия были квалифицированы как существенное нарушение норм права (не явился по требованию и пр.); административный орган вынес акт о возврате субсидии. Отменив акт, суд отметил, что законодатель действительно обязал получателей бюджетных средств сотрудничать с проверяющими органами, не препятствовать их законным действиям, но в законе невозможно детализировать каждый случай (в том числе связанный с конфликтами). Поэтому необходимая конкретизация происходит по административному усмотрению с учетом цели надзорного мероприятия. Недействительность административного акта обосновывалась тем, что дискреционные полномочия не были реализованы надлежащим образом. Орган в лице его сотрудников оказался пассивным, усмотрение задействовалось формально, без учета цели, ради достижения которой инспекторы выехали на предприятие. Цель заключалась в удостоверении правильности расходования бюджетных средств; предприниматель не явился по требованию инспекторов, после чего они удалились, зафиксировав невозможность проведения мероприятия. Суд

посчитал, что проверяющая инстанция не исчерпала всех имеющихся возможностей, чтобы получить нужный результат.

Указанный случай характеризуется следующей логической конструкцией: 1) предприниматель получил бюджетную субсидию; 2) административный орган был обязан проверить ее целевое расходование; 3) пассивность при осуществлении проверки не позволила удостовериться в законности освоения полученных от государства денег; 4) в результате обнулилась и основная цель — орган потребовал вернуть субсидию, тем самым перечеркнув экономическое предназначение этой формы поддержки. Роль дискреции в таких ситуациях заключается не в том, чтобы упростить жизнь чиновникам, которые освобождались бы от необходимости бесконечно ждать поднадзорных субъектов и (или) принимать сложные решения, а в понуждении органов власти к поиску наиболее подходящих вариантов, позволяющих достигнуть действительные, первоначальные управленческие цели. Отказ от них, их трансформация здесь обуславливаются принципиальной невозможностью получить нужный результат в имеющихся обстоятельствах. В целом подобный логический ряд опирается не только на позитивное право — его истоки находятся в разумном представлении об обстоятельствах принятия управленческих решений, и в определенной степени он допустим во многих правовых системах.

В этом деле хорошо просматривается разница статусов властного и невластного участников административных правоотношений. Оба субъекта не исполнили требования закона, но суд решил дело в пользу гражданина. Здесь актуализируется профессионализм служащих, реализующих свои полномочия, в связи с чем к ним предъявляются повышенные требования по соблюдению законности. «Права на ошибку» из-за незнания норм и практики их реализации у них нет. Предприниматель также не исполнил легальные указания, но быстро сориентировался в ситуации (проконсультировался с юристом, попытался уже через тридцать минут связаться с инспекторами, направить на предприятие своего представителя). Эти действия не свидетельствуют о его недобросовестности,

⁶ Schmidt-Aßmann E. Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. Berlin; Heidelberg : Springer, 2006. S. 206.

⁷ § 12, 14 Urteil vom 07.04.2022 — BVerwG 3 C 8.21 // URL: <https://www.bverwg.de/de/070422U3C8.21.0> (дата обращения: 24.02.2023).

а значит, права гражданина защищаются принципом защиты доверия. Орган власти, напротив, должен был предпринять все меры для того, чтобы провести проверку. Инспекторы могли разъяснить предпринимателю последствия неявки, предложить найти представителя, возможно, были и иные варианты действия по усмотрению. Фактически же служащие, сделав звонок, зафиксировали отказ предпринимателя и удалились с предприятия.

Установление административной дискреции в законе подчеркивает ее необходимость; в нем также очерчиваются границы усмотрения и одновременно формируются критерии проверки законности его применения/неприменения. В отечественном правовом порядке общий закон, который бы закреплял формы государственного управления, отсутствует⁸. Деятельность органов публичного управления регламентируется конгломератом законов и подзаконных актов. Ключевым источником права в такой ситуации является законодательство о предоставлении публичных услуг⁹, осуществлении государственного контроля (надзора)¹⁰, информировании граждан о деятельности органов государственной власти¹¹, обращениях граждан¹² и некоторые другие. Хотя их нормы в совокупности регулируют отношения, которые, как правило, образуют предмет регулирования зарубежных

законов о процедурах, законодатель не счел нужным определить в них критерии проверки актов, принятых на основании усмотрения. Пожалуй, нормы об усмотрении можно обнаружить лишь в антикоррупционном законодательстве. В них дискреция правоприменителя определяется через запрет устанавливать «необоснованно широкие пределы усмотрения», необоснованного применения «исключений из общих правил», недопустимость «неопределенных», «трудновыполнимых», «обременительных» требований для граждан и организаций¹³. При этом критериев оценки дискреционных актов, принятых в допустимых пределах, антикоррупционное законодательство не предусматривает. В отсутствие общего закона вопросы дискреции могут определяться высшими судами. Не случайно в континентальных правовых порядках, где законы о процедурах действуют относительно давно, неизменно подчеркивается роль судов в формировании должного подхода к административному усмотрению¹⁴. В целом судебный путь имплементации современного подхода характерен для российской правовой системы. Так, в 2022 г. было принято постановление Пленума Верховного Суда РФ № 21 (далее — Постановление № 21), в положениях которого отчетливо угадываются некоторые важные правовые конструкции,

⁸ Необходимо отметить, что проекты законов об административных процедурах ранее вносились в Государственную Думу, но так и не были приняты и не оказали сколько-нибудь серьезного влияния на отечественную доктрину и правоприменение. В связи с этим в статье они не рассматриваются. О таких неудачных попытках принятия законов обстоятельно пишет К. В. Давыдов (*Давыдов К. В. Административные процедуры: российский и зарубежный опыт* : монография. Новосибирск : Академиздат, 2020. С. 408–411).

⁹ Федеральный закон от 27.07.2010 № 210-ФЗ (ред. от 31.07.2023) «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

¹⁰ Федеральный закон от 31.07.2020 № 248-ФЗ (ред. от 25.12.2023) «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5007.

¹¹ Федеральный закон от 09.02.2009 № 8-ФЗ (ред. от 14.07.2022) «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» // СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 776.

¹² Федеральный закон от 02.05.2006 № 59-ФЗ (ред. от 04.08.2023) «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2006. № 19. Ст. 2060.

¹³ Часть 2 ст. 1 Федерального закона от 17.07.2009 № 172-ФЗ (ред. от 05.12.2022) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3609.

¹⁴ См.: *Jellinek W. Verwaltungsrecht*. Berlin, Heidelberg : Springer, 1931. S. 98 ; *Шмидт-Ассманн Э. Кодификация законодательства об административных процедурах: традиции и модели* // Ежегодник публичного права — 2017 : Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М. : Инфотропик Медиа, 2017. С. 344–345 ; *Ченерелли А. Геракл против Лернейской гидры, или Суд и дискреционное административное полномочие* // Журнал административного правосудия. 2021. № 2. С. 29.

включая административное усмотрение с некоторыми конкретизирующими его дополнительными составляющими¹⁵.

Дополнительные критерии проверки дискреционных административных актов

Усмотрение конкретизируется не только целью и пределами полномочий. Не менее важное значение для оценки правомерности его реализации приобретают принципы, формирующие фундаментальную основу управленческой деятельности. Их перечень неодинаков в разных правовых порядках и доктринальных взглядах, но содержание и роль в большинстве своем совпадают. В числе зарубежных примеров можно назвать § 39 (2) Закона Австрии об общем административном производстве¹⁶. Указанная норма касается лишь одного аспекта управленческой деятельности — административного расследования. Органу в этой процедуре предписывается руководствоваться регламентами, но при их молчании поступать на основании усмотрения с учетом общих требований закона и максимально возможной целесообразности, скорости, простоты и экономии. В такой ситуации законодатель вручает в руки суда, любой контролирующей инстанции, проверяющей правомерность дискреции, дополнительный к основному инструментарий.

Критерии оценки § 39 (2) носят скорее процедурно-вспомогательный характер и уточняют общие правила реализации дискреционных полномочий. Специальное законодательство об отдельных процедурах оперирует и иными принципами, определяющими правовой порядок страны в целом. Например, австрийский Закон об оружии позволяет ответственному органу воспользоваться усмотрением и позволить заинтересованному гражданину иметь оружие,

использование которого в обычных ситуациях запрещено (например, оборудованное глушителем). Однако указывается, что дискреция реализуется после того, как участник административной процедуры обоснует необходимость такого решения, а его индивидуальные права и интересы будут учтены в той степени, в которой они не причиняют непропорциональный ущерб публичным интересам, направленным на предотвращение опасности, связанной с использованием оружия¹⁷.

Аналогичные принципы опираются на известные фундаментальные требования и распространены во многих государствах. Являясь частью конституционного правового порядка, они должны применяться независимо от упоминания в позитивном отраслевом законодательстве. Они направляют органы власти в нужное русло, формируют цели высшего порядка, чем придают управленческой деятельности содержание, даже в отсутствие более точных регулятивных норм и при реализации дискреционных полномочий. Ю. Н. Стариков верно подметил, что «главные принципы административных процедур» в их конституционном смысле обеспечивают стабильность в системе публичного управления, «создают чрезвычайно высокий уровень правовой защиты субъектов права и взаимоотношений в системе публичного управления», подкрепляют консервативное начало отечественной правовой политики¹⁸.

В таком понимании принципы определяют специфику национального регулирования и одновременно вписывают правовую систему в более широкие правовые контексты, включая правовые семьи. Пропорциональность и защита доверия — это ключевые, хотя и не единственные, принципы, утвержденные во многих странах. Варьируясь по содержанию и даже наименованию, они в целом имеют идентичное назначение¹⁹. Такие конструкции запускают

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2022 № 21 «О некоторых вопросах применения судами положений гл. 22 Кодекса административного судопроизводства РФ и гл. 24 Арбитражного процессуального кодекса РФ» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2022. № 9.

¹⁶ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz. 1991 // URL: <https://www.jusline.at/gesetz/avg/paragraf/39> (дата обращения: 12.01.2024).

¹⁷ Verwaltungsgerichtshof: Ra 2017/03/0051 vom 1. September 2017 // URL: https://www.vwgh.gv.at/rechtsprechung/aktuelle_entscheidungen/2017/ra_2017030051.html?0 (дата обращения: 15.01.2024).

¹⁸ Стариков Ю. Н. Консерватизм правовой политики как гарантия прогресса в сфере административных и иных публичных правоотношений // Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право». 2023. № 1 (52). С. 12. DOI: <https://doi.org/10.17308/law/1995-5502/2023/1/7-32>.

¹⁹ К. В. Давыдов продемонстрировал, что хотя общего перечня принципов административных процедур не существует, тем не менее основополагающие положения повторяются в разных доктринах и право-

механизмы правовой аргументации, нужные для объяснения действительности акта, принятого на основании усмотрения. Обоснованность дискреционного акта, указывает Ю. П. Соловей, заключается в соблюдении ключевых критериев, предъявляемых к этой форме управления, а необоснованность «расценивается как нарушение законности». Без этого качества усмотрение оценивалось бы исключительно на основе формальных правил, связанных с процедурой принятия акта и границами компетенции²⁰. Важно и то, делают вывод А. В. Должиков и А. Ф. Васильева, что на современном этапе государственного развития обоснованность административного акта связывается с конституционным положением об участии граждан в управлении делами государства²¹.

Признание принципов в конституциях и закрепление их в законах — это важный этап конституционализации административных процедур²², но этот процесс окажется завершенным только после того, как их станут использовать суды, оценивающие дискреционные акты, и, что не менее значимо, административные органы. Тем не менее их нормативное закрепление полезно, так как нечто не рождается из ничего. Часто суды предпочитают не замечать соразмерность, защиту доверия, если они не упоминаются в источниках права, актах высших судов. В России, к примеру, представление о доверии к государству и его органам впервые было сформулировано Конституционным Судом РФ, а затем, в том числе через акты Верховного Суда РФ, проявилось в практике судов, разрешающих споры с участием публичных субъектов. Тем не менее несмотря на то, что

существование этого принципа не вызывает сомнения, на нижних, первичных уровнях правоприменения он по-прежнему применяется фрагментарно²³. После того как в 2020 г. в Конституции РФ появилась статья 75.1, содержащая формулу о «взаимном доверии государства и общества», данный принцип обрел позитивную форму, а процесс его имплементации, безусловно, ускорился.

Конечно, с момента установления законодательных норм и (или) разъяснений высшей судебной инстанции ситуация может кардинально не измениться (во всяком случае сразу). При этом игнорировать обязательные указания суды также не могут, и, как результат, они вынуждены ссылаться на новые правила, включать их в мотивировочные части своих решений. В итоге практика шаг за шагом меняется, а усмотрение связывается с сопутствующими конструкциями, где и проявляется его истинное содержание. Этот процесс можно продемонстрировать казахстанским примером. АППК РК был принят в середине 2020 г., и к настоящему времени административные суды активно ссылаются на его нормы; иногда это происходит технически, но часто новые положения об усмотрении позволяют мотивировать их выводы.

Например, судебная коллегия по административным делам сослалась на законную цель и пределы компетенции как основные критерии оценки административного усмотрения, но дополнила, что «все сомнения, противоречия и неясности законодательства... об административных процедурах толкуются в пользу участника административной процедуры» (ст. 11, 12 АППК РК)²⁴. В другом деле решение суда

вых системах, а «сердцевина» административного права чаще всего остается единой. Значительную роль в этом играют конституции и международные нормы. См.: *Давыдов К. В.* Административные процедуры: российский и зарубежный опыт : монография. Новосибирск : Академиздат, 2020. С. 90.

²⁰ Соловей Ю. П. Указ. соч. С. 164–165.

²¹ Должиков А., Васильева А. «Почему? По кочану!»: принцип обоснованности в административном праве // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 6 (157). С. 61. DOI: 10.21128/1812-7126-2023-6-33-65.

²² И. А. Кравец справедливо указывает, что конституционализация сказывается на «сфере регулирования и реализации конституционных субъективных прав, свобод и обязанностей», что заставляет государства совершенствовать защитные механизмы, включая судебные (см.: *Кравец И. А.* Конституционное право и телеология: предмет и метод метаотрасли, сферы конституционализации и межотраслевой гармонизации // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 11. С. 140).

²³ Кустов С. С. Принцип защиты доверия: формирование доктрины и практики правоприменения в России // Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право». 2023. № 2 (53). С. 55–60. DOI: <https://doi.org/10.17308/law/19955502/2023/2/53-61>.

²⁴ Постановление Судебной коллегии по административным делам Западно-Казахстанского областного суда от 13.04.2023 по делу № 2799-23-00-4а/84.

оказалось более обстоятельным, усмотрение оценивалось с точки зрения базовых и дополнительных критериев. В данном решении имеется анализ цели и пределов полномочий, а также сопутствующих правовых конструкций: защиты доверия и пропорциональности. Предприниматель заключил договор купли-продажи земельного участка, находившегося в муниципальной собственности, но затем из-за административного отказа не смог использовать его для строительства объекта согласно первоначальному целевому назначению. Суд отклонил требования предпринимателя. Отмечалось, что защита доверия уступает место иным принципам, если «акт затрагивает государственные или общественные интересы, безопасность государства либо может привести к тяжким необратимым последствиям для жизни, здоровья людей» (пп. 4 ч. 6 ст. 84 АПК РК), а непропорциональности воздействия суд не обнаружил. Важно, что в указанном решении отмечается, что у собственника участка остаются иные возможности защиты прав, в том числе и судебные²⁵.

Приведенные примеры в целом свидетельствуют о проникновении идей административных процедур и современного представления об усмотрении в правовую систему страны. Они не единичные, и следующим этапом станет обобщение практики, формирование общих подходов реализации норм АПК РК. В российской практике аналогичные подходы также представлены, но государство следует иному пути включения их в правовую систему. Отсутствие закона об административных процедурах не позволяет судам ссылаться на нормы права, которые бы закрепляли административное усмотрение и иные сопутствующие легальные конструкции. В таких условиях главным ориентиром остается судебная практика, и прежде всего акты высшей судебной инстанции.

Так, неблагоприятствующий акт регионального министерства был признан незаконным со ссылкой на п. 18, 21 Постановления № 21. Помимо цитат, арбитражный суд разъяснил, что орган не смог реализовать цель, ради достижения которой ему были предоставлены полномочия, а его решение опиралось исключительно на формальные основания, тогда как

материальная сторона дела не выяснялась. Министерство, в частности, не направляло «запросов к обществу о даче пояснений и уточнений относительно неясностей и опечаток». В итоге, как посчитал суд, оказался нарушенным принцип поддержания доверия к закону и действиям государства²⁶. В этом деле исследовалась цель регулирования, а также вопросы доверия, а усмотрение оценивалось как динамическая конструкция, направленная на поиск наиболее верного пути принятия благоприятствующего акта (хотя указанная терминология судом не использовалась). Только после перебора всех позитивных возможностей органу дозволялось принять неблагоприятствующее решение.

Еще в одном деле арбитражный суд указал на необходимость проверки законности акта, принятого на основании усмотрения (отказ в лицензии на продажу алкоголя)²⁷. Львиная доля мотивировочной части решения отведена формальной законности, суд перечисляет нормы права и правовые позиции иных судов. Тем не менее суд использует телеологический способ толкования норм законодательства. Для этого была изучена пояснительная записка к проекту закона, который был принят и стал обязательным для органа, вынесшего спорное решение. Суд пришел к выводу, что: 1) властному субъекту недостаточно просто следовать процедуре при принятии акта; 2) все его действия должны быть нацелены на достижение легального результата; 3) процедурные правила направлены на защиту интересов предпринимателей, на «уменьшение финансовых рисков и издержек»; 4) именно этим целям и следует подчинить действия органа, осуществляемые в рамках административной процедуры.

Отказ в лицензии исключительно по формальным основаниям суд посчитал неправомерным. Перед тем как вынести неблагоприятствующий акт, орган обязан был предпринять усилия и попытаться разрешить формальные проблемы, например уточнить данные, запросить документы, в том числе по каналам межведомственного взаимодействия. В данном случае поведение органа оказалось недостаточным для обеспечения прав лицензиата. Суд отметил, что если бы орган направил повторный

²⁵ Постановление Судебной коллегии по административным делам суда г. Астаны от 27.04.2023 по делу № 7199-23-00-4а/474.

²⁶ Решение Арбитражного суда Республики Ингушетия от 18.12.2023 по делу № А18-1979/2023.

²⁷ Решение Арбитражного суда Забайкальского края от 28.12.2023 по делу № А78-12036/2023.

запрос после того, как общество исправило ранее выявленные недочеты, то у субъекта предпринимательства был бы шанс предоставить дополнительную информацию и получить нужный результат. Указанное решение интересно и тем, что в нем есть отсылка к п. 17 Постановления № 21, где фиксируется запрет излишнего формализма, даже при применении административного усмотрения. Следует подчеркнуть, что спор был связан с тем, что орган действовал строго по процедуре, но не задействовал усмотрение, которое позволило бы дополнить недостающее регулирование применительно к конкретному случаю.

Нужно отметить, что приведенные примеры вовсе не свидетельствуют об окончательно сложившейся практике. Имплементация доктрины, тем более такой сложной, как административное усмотрение, требует времени и слаженной работы законодателя, судов, ученых. Даже указанные случаи демонстрируют разницу в подходах и то, что суды пока не располагают единой теорией (набором тестов) о проверке правомерности дискреционного административного акта. Так, во втором российском примере суд полностью воспроизвел положения Постановления № 21 об усмотрении, чем заявил необходимость оценить цель, компетенцию, а также пропорциональность административного акта. Далее аргументация выстраивалась вокруг цели, а вопросы пропорциональности в мотивировочной части не разрешались. В целом суд обошелся и без них, его решение было вынесено по телеологическим соображениям и оказалось законным, обоснованным и справедливым, но в этом случае непонятно, зачем было ссылаться на пропорциональность. Скорее всего, перед нами техническое цитирование обязательного положения, которое не воспринимается как важное для разрешения дела, что отчасти связано с недостаточной доктринальной проработкой соответствующей проблемы.

В одном из приведенных выше примеров демонстрируется интересная ситуация (казахстанский случай): предприниматель приобрел в собственность у муниципалитета земельный участок, который он собирался использовать для строительства производственной базы, что на момент приобретения допускалось; затем собственник попытался оформить разрешение

на строительство, но получил отказ, поскольку по градостроительному плану участок оказывался в охранной зоне, где возведение новых построек запрещалось. Аналогичная ситуация возможна в самых разных правовых порядках. Так, в России имеется проблема городских лесов. Участки, выкупавшиеся у муниципалитетов под строительство, после перехода собственности объявлялись городскими лесами. В результате хозяйственная деятельность на данных территориях замораживалась. При этом решение принималось тем же муниципалитетом, который еще недавно с удовольствием продавал участок и, возможно, прямо, а иногда по умолчанию гарантировал беспрепятственное строительство. В итоге предприниматель получал негативный акт со ссылкой на лесное и природоохранное законодательство, соблюдение которого перевешивает любые экономические соображения. Напрашивается вопрос: а разве нельзя было заранее предупредить покупателя о предполагаемом, вероятном изменении правового режима?

Проблема связана с тем, что в фактический состав таких дел вплетаются частно- и публично-правовые регулятивные режимы. Сделка относится к сфере гражданского права, а все последующие решения и отказы составляют предмет административного права. Приобретение участка осуществляется с учетом диспозитивных начал, тогда как последующие изменения его режима относятся к публичной прерогативе; покупая участок, предприниматель не получает гарантии сохранения его публичного режима. Так, в одном из судебных решений справедливо подчеркивается, что «суды не вправе в отсутствие... доказательств нарушения администрацией законодательства при рассмотрении заявления общества обязывать заинтересованное лицо в качестве устранения нарушения прав заявителя изменять границы городских лесов»²⁸. Указанная позиция традиционна, но если бы предпринимателей заранее информировали обо всех вероятных публично-правовых последствиях своих приобретений, то их права оказались бы более обеспеченными.

В этом смысле преддоговорные процедуры должны носить административно-правовой характер, с обязанностями должностных лиц предоставлять невластным субъектам все данные

²⁸ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12.09.2022 № Ф04-4890/2022 по делу № А45-28564/2021.

о судьбе объектов сделок, в том числе предполагаемой²⁹. Все акты в отношении участков, принятые после перехода собственности, следуют увязывать с управленческими действиями (бездействием) до совершения сделок. В этом случае ссылки на то, что у предпринимателя имелась возможность самостоятельно запросить или получить какую-то информацию, просчитать последствия, а также на пресловутый предпринимательский риск должны вытесняться неисполнением органом власти своих административных обязанностей, которые имели существенное значение для решения о приобретении участка.

Заключение

Формула оценки правомерности реализации дискреционных полномочий включает два базовых критерия (цель, для достижения которой такие полномочия предоставлены, и нормативные пределы реализации указанных полномочий) и дополнительные критерии (конкретизирующие базовые критерии). Прежде всего к последним относятся принципы, определяющие процедурные вопросы государственного (публичного) управления. Среди них особое место занимают пропорциональность и защита доверия (в ином прочтении — защита законных (правомерных) ожиданий). Их реализация также нуждается в собственных формулах. Например, этой цели служит конструкция благоприятствующих и неблагоприятствующих административных актов.

Административное усмотрение часто определяется в общих законах, нормы которых закрепляют режим форм государственного

управления, по крайней мере административного акта. В таком законодательстве отражаются конструкции, призванные ограничить возможности администрации действовать по усмотрению, задаются критерии оценки правомерности дискреционных административных актов. Кодификация административных процедур — это не единственный путь формализации административного усмотрения. Важную функцию в данном процессе выполняют суды, которые формулируют основополагающие позиции о критериях оценки усмотрения администрации. Такие позиции носят самостоятельный характер, в некоторых странах они затем отражаются в законах об административных процедурах.

Практика ряда государств, например Казахстана, демонстрирует, что принятие общих норм об усмотрении стимулирует суды к применению критериев, позволяющих проверить дискреционные формы государственного управления. Тем не менее закон без должной правоприменительной системы и доктринального обоснования проверочной формулы может оставаться в «спящем» или «дремлющем» состоянии.

Законы, обеспечивающие принятие управленческих решений, закрепляющие процедуры реализации форм государственного управления, позволяют уточнить предмет административно-правового регулирования, отграничить его от иных сфер, в которых административные органы выступают субъектами иных отраслей права. Тем самым обеспечивается должная процессуальная форма защиты прав граждан и организаций, вступающих в отношения с этими органами.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Давыдов К. В. Административные процедуры: российский и зарубежный опыт : монография. Новосибирск : Академиздат, 2020. 516 с.

Должиков А., Васильева А. «Почему? По кочану!»: принцип обоснованности в административном праве // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 6 (157). С. 33–65.

Кравец И. А. Конституционное право и телеология: предмет и метод метаотрасли, сферы конституционализации и межотраслевой гармонизации // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 11. С. 131–147.

²⁹ Административный характер преддоговорной работы вполне допустим в ситуациях, в которых требуется учитывать публичный интерес. См., например: Поваров Ю. С. Административно-дискреционный порядок определения необходимости предварительного согласования совершения иностранными инвесторами сделок // Государственная власть и местное самоуправление. 2023. № 12. С. 39–44.

- Кустов С. С. Принцип защиты доверия: формирование доктрины и практики правоприменения в России // Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право». 2023. № 2 (53). С. 53–61.
- Поваров Ю. С. Административно-дискреционный порядок определения необходимости предварительного согласования совершения иностранными инвесторами сделок // Государственная власть и местное самоуправление. 2023. № 12. С. 39–44.
- Соловей Ю. П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982. 229 с.
- Стариков Ю. Н. Консерватизм правовой политики как гарантия прогресса в сфере административных и иных публичных правоотношений // Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право». 2023. № 1 (52). С. 7–32.
- Ченерелли А. Геракл против Лернейской гидры, или Суд и дискреционное административное полномочие // Журнал административного правосудия. 2021. № 2. С. 29–34.
- Шерстобоев О. Н. Теория административного усмотрения: этапы формирования // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 2. С. 158–173.
- Шмидт-Ассманн Э. Кодификация законодательства об административных процедурах: традиции и модели // Ежегодник публичного права — 2017 : Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М. : Инфотропик Медиа, 2017. С. 332–362.
- De Falko V. *Administrative action and procedures in comparative law*. Eleven International Publishing, 2018. 280 p.
- Jellinek W. *Verwaltungsrecht*. Berlin, Heidelberg : Springer, 1931. 612 S.
- Schmidt-Aßmann E. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin; Heidelberg : Springer, 2006. 470 S.

REFERENCES

- Chenerelli A. Hercules against the Lernaean Hydra, or the Court and Discretionary Administrative Authority. *Zhurnal administrativnogo pravosudiya*. 2021;2:29-34. (In Russ.).
- Davydov KV. *Administrative procedures: Russian and foreign experience: A monograph*. Novosibirsk: Akademizdat Publ.; 2020. (In Russ.).
- De Falko V. *Administrative action and procedures in comparative law*. Eleven International Publishing; 2018.
- Dolzhikov A, Vasilyeva A. «Why? Just Because!» The principle of validity in administrative law. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*. 2023;6(157):33-65. (In Russ.). DOI: 10.21128/1812-7126-2023-6-33-65.
- Jellinek W. *Verwaltungsrecht*. Berlin, Heidelberg: Springer; 1931.
- Kravets IA. Constitutional law and teleology: Subject matter and method of meta-discipline, scope of constitutionalization and interdisciplinary harmonization. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2018;11:131-147. (In Russ.).
- Kustov SS. The principle of protecting trust: Formation of the doctrine and practice of law enforcement in Russia. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya «Pravo» [Proceedings of Voronezh State University. Law Series]*. 2023;2(53):53-61. (In Russ.). DOI: <https://doi.org/10.17308/law/19955502/2023/2/53-61>.
- Povarov YuC. Administrative and discretionary procedure for determining the need for prior approval of transactions by foreign investors. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie [State Power and Local Self-Government]*. 2023;12:39-44. (In Russ.).
- Schmidt-Assmann E. Codification of legislation on administrative procedures: Traditions and models. In: *Yearbook of Public Law — 2017: Discretion and evaluative concepts in administrative law*. Moscow; Infotropik Media Publ.; 2012. Pp. 332–362. (In Russ.).
- Schmidt-Aßmann E. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin: Heidelberg: Springer; 2006.
- Sherstoboev ON. Theory of administrative discretion: Stages of formation. *Sibirskoe yuridicheskoe obozrenie [Siberian Law Review]*. 2023;20(2):158-173. (In Russ.). DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-158-173>.
- Solovey YuP. Discretion in the administrative activities of the Soviet police. Cand. Diss. (Law). Moscow; 1982. (In Russ.).
- Starikov YuN. Conservatism of legal policy as a guarantee of progress in the field of administrative and other public legal relations. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya «Pravo» [Proceedings of Voronezh State University. Law Series]*. 2023;1(52):7-32. (In Russ.). DOI: <https://doi.org/10.17308/law/1995-5502/2023/1/7-32>.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Шерстобоев Олег Николаевич, кандидат юридических наук, доцент, декан юридического факультета Новосибирского государственного университета экономики и управления
д. 56, Каменская ул., г. Новосибирск 630099, Российская Федерация
sherson@yandex.ru

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Oleg N. Sherstoboev, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Dean of the Faculty of Law,
Novosibirsk State University of Economics and Management, Novosibirsk, Russian Federation
sherson@yandex.ru

Материал поступил в редакцию 18 января 2024 г.

Статья получена после рецензирования 3 марта 2024 г.

Принята к печати 15 апреля 2024 г.

Received 18.01.2024.

Revised 03.03.2024.

Accepted 15.04.2024.