

Научная статья
УДК 342.6, 342.9
doi: 10.17223/22253513/51/5

Размышления об административном усмотрении

Сергей Алексеевич Старостин¹

¹ *Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина, Москва, Россия, prof.starostin@gmail.com, ORCID 0000-0002-0108-7916*

Аннотация. Статья является продолжением дискуссии, начатой в 2022 г. в журнале «Сибирское юридическое обозрение». Представлены некоторые иные рассуждения об административном усмотрении, основанные как на широком теоретическом и фактологическом материале, так и на богатом правоприменительном опыте автора. Проанализированы различные научные подходы к пониманию сущности и содержания административного усмотрения, современные особенности его практической реализации, ключевые доктринальные и законодательные проблемы.

Ключевые слова: усмотрение, дискреция, административное усмотрение, судебное усмотрение, публичное управление, правовые риски

Для цитирования: Старостин С.А. Размышления об административном усмотрении // Вестник Томского государственного университета. Право. 2024. № 51. С. 58–75. doi: 10.17223/22253513/51/5

Original article
doi: 10.17223/22253513/51/5

Reflections on administrative discretion

Sergey A. Starostin¹

¹ *Moscow State Law University named after O.E. Kutafin, Moscow, Russian Federation, prof.starostin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0108-7916*

Abstract. The article is a continuation of the discussion started in 2022 in the journal "Siberian Legal Review" and it presents some other considerations on administrative discretion, based on both a wide theoretical and factual material, and on the rich law enforcement experience of the author. Various scientific approaches to understanding the essence and content of administrative discretion, modern features of its practical implementation, key doctrinal and legislative problems are analysed. In conclusion, the author's definition of administrative discretion, determination of its place in the system of public law is offered.

The purpose of this article is to develop and deepen the discussion on the problem - the problem of administrative discretion, discretion - which is topical for the Russian administrative-legal theory and legal practice.

During its preparation, the vector of discussion changed several times in the direction of revealing the correlation, interrelation, correlation of administrative discretion,

necessity and possibility of evaluation of scientific activity, and scientometrics. The task was complicated by the fact that it was necessary to link scientometrics and administrative discretion in any reasonable way.

As a result of the study, the author came to the following conclusions.

The first conclusion: administrative discretion should be understood as the choice by public administration of the option of solving a management issue in the form of adopting an administrative act (normative or individual) in conditions of insufficient certainty of the situation and (or) circumstances about which this administrative act is adopted.

The second conclusion: administrative discretion is related not only to administrative law and administrative process, but also to public law in general. In fact, within the framework of administrative discretion is allowed interpretation and application of norms of almost any branch of public law. Another issue is that the subjects of administrative discretion as a general rule are bodies of executive power and their officials. But this is a good thing. These subjects should not be too many, because, as Spinoza said, if everyone had the freedom to interpret public law at his discretion, no state could not exist.

Keywords: discretion, discretion, administrative discretion, judicial discretion, public administration, legal risks

For citation: Starostin, S.A. (2024) Reflections on administrative discretion. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 51. pp. 58–75. (In Russian). doi: 10.17223/22253513/51/5

Целью настоящей статьи является развитие и углубление дискуссии по актуальной для российской административно-правовой теории и юридической практики проблеме – проблеме административного усмотрения, дискреции.

При ее подготовке вектор дискуссии несколько раз изменялся в сторону раскрытия соотношения, взаимосвязи, корреляции административного усмотрения, необходимости и возможности оценки научной деятельности, наукометрии. Задача усложнялась тем, что было необходимо каким-либо разумным образом связать наукометрию и административное усмотрение. Практически в это же время проходил шестой профессорский форум «Наука и образование как основа развития России. Кадры для инновационной экономики» (г. Москва, 14–16 ноября 2023 г.), и мы полагали, что наше участие в нем, в особенности в работе секции «Развитие системы аттестации научных кадров. Наукометрическая оценка научной деятельности. Проблемы и перспективы», упростит решение этой задачи, позволит максимально глубоко погрузиться в проблему наукометрии.

Но наши ожидания не оправдались. Совершенствование оценки результатов научной деятельности, наукометрии свелось в основном лишь к разработке иных баз данных, индексов цитирования. Как было отмечено в основном докладе, уже практически закончена работа над созданием новой платформы международного индекса научного цитирования (МИНЦ). Не очень ясно, чем ее авторам не понравилась действующая система РИНЦ, почему бы просто не поменять первые буквы и добавить языки стран БРИКС, а также несколько отшлифовать в целом удачную и действующую систему.

Таким образом, наша попытка связать административное усмотрение и наукометрию не увенчалась успехом, хотя и, несомненно, является любопытной и привлекательной. Ее привлекательность состоит в попытке измерить и оценить результаты научной деятельности с помощью количественных показателей, баллов, рейтингов [1. С. 16]. Но если и возможно цифрами измерить внешние показатели – количество научных публикаций, индексы цитирования, оригинальность публикаций, то я абсолютно убежден, что измерить таким же образом *содержание и качество научных исследований* нельзя.

Перефразируя Ф.М. Достоевского, административное усмотрение и наукометрия – «два предмета разные, и вот в этом-то и беда». И заблуждаются те ученые, которые верят, что наукометрия способна дать ответ на вопрос о том, насколько качественными являются научные знания.

В нашей статье об этом практически ничего не будет сказано, но не потому, что нам не хочется раскрывать, каким образом административное усмотрение связано с оценкой научной деятельности, а потому, что попросту не представляем, как эти две категории можно связать.

Таким образом, наша цель – рассмотреть проблему содержания и понимания дискреционных полномочий публичной администрации, административного усмотрения не как двух абстрактных научных категорий, а как сугубо практических явлений, выявить их значение для более эффективной административно-юрисдикционной и судебной защиты прав и свобод граждан.

Теперь об основных проблемах дискреции, административного усмотрения.
Во-первых.

Основная наша задача в том, что мы должны договориться о единообразии понимания категорий и терминов и не допустить ситуацию, которая, например, сложилась ровно 60 лет назад, когда Надежда Георгиевна Салищева предложила широкое и узкое понимание административного процесса [2. С. 16–17]. Об этом очень резко высказались А.П. Шергин и менее резко, но более точно П.П. Серков («степень дискуссионности вредит и доктрине, и практике»).

Думается, что нам нужно договориться о терминах и четко решить, что мы будем сегодня и в дальнейшем обсуждать. В противном случае дискуссия может продлиться долгие годы и какого-то общего знаменателя на терминологическом поле так и не появится.

Для уяснения природы административной дискреции, административного усмотрения было бы очевидно недостаточным всего лишь продемонстрировать, какие его стороны являются предметом изучения права, а какие – предметом иных наук (философии, экономики, социологии, истории и многих других). Не менее важно ответить на другие, казалось бы, элементарные вопросы – являются ли эти категории синонимами, к какой отрасли юридического знания (как фундаментального, так и отраслевого, и прикладного) относятся административная дискреция и административное усмотрение? Только ли к административному праву и административному процессу? Возможно, ко всему публичному праву в целом?

Мы должны определиться с тем, насколько современное понимание административного усмотрения соответствует отечественной доктрине административного права, какова цель административного усмотрения, каковы его границы и пределы.

Давайте разберемся.

Удивительно, но в России по-прежнему остается дискуссионным элементарный вопрос – является ли административное усмотрение правовой или неправовой категорией.

Административное усмотрение мы называем административным не потому, что его субъект соблюдает или нарушает нормы административного права и административного процесса, а потому, что в качестве этого субъекта выступает государственная (публичная) администрация, ее органы и должностные лица [З. С. 418].

Конституция РФ заложила ряд фундаментальных принципов организации единой системы публичной власти в РФ (приоритет прав и свобод человека и гражданина, верховенство права и пр.). Данные принципы были конкретизированы в ряде федеральных законов (о Государственном Совете Российской Федерации, об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации и др.).

Помимо принципов единой системы публичной власти, был установлен вектор ее деятельности – взаимодействие органов публичной власти для наиболее эффективного решения задач в интересах населения, проживающего на соответствующей территории (см. ч. 3 ст. 132 Конституции РФ, введенную Законом РФ о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти»).

Главное, содержательное понимание административного усмотрения состоит в том, что чиновник должен иметь выбор, ограниченный рамками права, и поступать он обязан так, как это соответствует интересам гражданина. Если же права гражданина нарушены, то чиновник должен быть привлечен к ответственности, а права гражданина восстановлены.

Таким образом, административное усмотрение по определению всегда правовое. Оно возникает тогда, когда в правовой норме наличествуют правовые предписания, по причине чего субъект государственного управления оказывается вынужден сделать выбор в пользу одного из этих предписаний. Например, согласно ч. 1 ст. 5.61 КоАП РФ, оскорбление, нанесенное гражданином, наказывается административным штрафом в размере от 3 000 до 5 000 руб.

Правовое усмотрение может иметь и более эклектичный источник – множество правовых предписаний, закрепленных либо в разных нормах одного правового акта, либо в разных правовых актах, но регулирующих, тем не менее, одни и те же общественные отношения.

Характерный пример норм об усмотрении в одном акте можно обнаружить в Земельном кодексе РФ:

Статья 39.43. Решение об установлении публичного сервитута

3. Орган, уполномоченный на установление публичного сервитута, вправе по согласованию с правообладателями земельных участков, в отношении которых устанавливается публичный сервитут, и лицом, подавшим ходатайство об установлении публичного сервитута, утвердить иной вариант границ публичного сервитута, чем предусмотренный ходатайством.

Статья 56.6. Решение об изъятии земельных участков для государственных или муниципальных нужд

6. Орган местного самоуправления или орган исполнительной власти, принявшие решение об изъятии, в том числе по результатам выявления правообладателей изымаемой недвижимости и (или) переговоров с ними об изъятии земельных участков, по согласованию с лицом, подавшим ходатайство об изъятии земельных участков (при его наличии), вправе утвердить иной вариант схемы расположения земельного участка.

Статья 95. Земли особо охраняемых природных территорий

5. В целях создания новых и расширения существующих земель особо охраняемых природных территорий органы государственной власти субъектов Российской Федерации вправе принимать решения о резервировании земель, которые предполагается объявить землями особо охраняемых природных территорий, с последующим изъятием таких земель и об ограничении на них хозяйственной деятельности.

Теперь приведем примеры усмотрения, имеющегося в разных актах, но регулирующих одни и те же общественные отношения:

Статья 12 Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации по вопросу оформления в упрощенном порядке прав граждан на отдельные объекты недвижимого имущества»:

Исполнительные органы государственной власти и органы местного самоуправления, предусмотренные статьей 39.2 Земельного кодекса РФ, вправе обеспечивать проведение кадастровых работ, государственного кадастрового учета и государственной регистрации прав граждан на земельные участки, предназначенные для ведения личного подсобного, дачного хозяйства, огородничества, садоводства, строительства гаражей для собственных нужд или индивидуального жилищного строительства, и находящиеся на таких земельных участках объекты капитального строительства.

Статья 3.4 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»:

12. Федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по управлению федеральным имуществом, вправе распоряжаться земельным участком, государственная собственность на который не разграничена, со дня принятия межведомственным коллегиальным органом, образованным в соответствии с Федеральным законом от 24 июля 2008 года № 161-ФЗ «О содействии развитию жилищного строительства», решения о целесообразности осуществления федеральным органом исполнительной власти,

осуществляющим функции по управлению федеральным имуществом, полномочий по распоряжению таким земельным участком в целях, способами и в порядке, которые предусмотрены Федеральным законом от 24 июля 2008 года № 161-ФЗ «О содействии развитию жилищного строительства».

13. Орган местного самоуправления вправе распоряжаться земельным участком, государственная собственность на который не разграничена и распоряжение которым этот орган был не вправе осуществлять в соответствии с пунктом 5 или 6 настоящей статьи, в следующих случаях:

1) межведомственным коллегиальным органом, образованным в соответствии с Федеральным законом от 24 июля 2008 года № 161-ФЗ «О содействии развитию жилищного строительства», принято решение о нецелесообразности осуществления федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по управлению федеральным имуществом, полномочий по распоряжению таким земельным участком;

2) указанным в подпункте 1 настоящего пункта межведомственным коллегиальным органом принято решение о целесообразности осуществления федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по управлению федеральным имуществом, полномочий по распоряжению таким земельным участком и в течение одного года со дня принятия данного решения этот федеральный орган исполнительной власти или по его поручению единый институт развития в жилищной сфере не распорядился таким земельным участком в целях, способами и в порядке, которые предусмотрены Федеральным законом от 24 июля 2008 года № 161-ФЗ «О содействии развитию жилищного строительства»;

3) в течение шести месяцев со дня прекращения в соответствии с пунктом 5 или 6 настоящей статьи права распоряжения органом местного самоуправления таким земельным участком указанный в подпункте 1 настоящего пункта межведомственный коллегиальный орган не принял решение о целесообразности осуществления федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по управлению федеральным имуществом, полномочий по распоряжению таким земельным участком;

4) со дня получения уведомления единого института развития в жилищной сфере о досрочном расторжении заключенных единым институтом развития в жилищной сфере договора аренды земельного участка, государственная собственность на который не разграничена, договора безвозмездного пользования таким земельным участком, в том числе в целях комплексного освоения территории, или о полном выполнении обязательств сторон по этим договорам в отношении таких земельных участков;

5) со дня получения уведомления единого института развития в жилищной сфере об образовании земельных участков из земельного участка, в отношении которого единым институтом развития в жилищной сфере заключен договор комплексного освоения территории, и у лица, с которым единым институтом развития в жилищной сфере заключен этот договор, в от-

ношении таких земельных участков в соответствии с этим договором не возникают обязательства по строительству и иному освоению территории в соответствии с проектом планировки территории.

Таким образом неправового административного усмотрения не может быть.

Вместе с тем значительно чаще встречаются ситуации, когда отношения не урегулированы правом и должностное лицо уже действует по своему усмотрению, вне рамок нормы и выбирает лучшее на его взгляд решение (поведение). Но возможна и другая ситуация: норма есть, и перед чиновником снова выбор – не нарушать норму, либо по каким-то причинам ее нарушить. Но это уже другая ситуация. И другие последствия.

Нарушение всегда опосредует либо административный произвол, либо административную ошибку, либо некоторый недостаток нормы при условии, что этот недостаток препятствует реализации легальных полномочий, обязанностей, прав, свобод и законных интересов. Но это не административное усмотрение, это иная, более широкая управленческая категория, которую можно обобщенно назвать **внеправовым** усмотрением, выбором не только неправового (ошибка, произвол и т.п.) решения, но и решения, когда общественные отношения не урегулированы нормой.

Таким образом, неправовое усмотрение (нарушена норма) всегда правонарушение. В связи с этим любое деяние в рамках данной формы дискреции требует тщательного анализа со стороны компетентных структур для установления виновности или невиновности совершившего его лица.

О внеправовом усмотрении (норма не нарушена) можно говорить, если определенная сфера общественных отношений еще не охвачена правовым регулированием, из-за чего всякое публично-управленческое решение, принятое властным субъектом в границах данного участка, нельзя признать ни правовым, ни неправовым. Поскольку в современном мире законодатель зачастую не успевает запрограммировать перманентно усложняющиеся общественные отношения, эта форма осуществления дискреционных полномочий с каждым годом становится все более и более распространенной.

Именно во внеправовом усмотрении сосредоточены наибольшие объемы дискреционных полномочий и именно при их неправильной реализации допускаются самые серьезные и масштабные нарушения прав, свобод и законных интересов граждан [4. С.18].

Во-вторых.

Являются ли административная дискреция и административное усмотрение синонимами? Полагаем, что являются, и в нашей статье мы и будем использовать их в данном качестве.

Вот несколько определений дискреционных полномочий.

Известно выражение: «Там, где заканчивается закон, начинается тирания». Сегодня его часто заменяют на совершенно иное утверждение: «Там, где заканчивается закон, начинается усмотрение» [5].

Существует множество суждений, смысл которых в том, что «абсолютная свобода (власть) развращает (абсолютно)» [6]. Прочитую по этому

поводу лишь Л.Н. Толстого: «Власть имеющие развратились, потому что имеют власть» [7].

Многие понимают усмотрение, дискрецию как произвол. Например, отечественный правовед А.И. Елистратов рассматривал административное усмотрение в том числе как «благожелательный произвол» [8. С. 220]. Но это абсолютно не так. Дискреция, административное усмотрение возможны только лишь в границах установленных нормами полномочий публичной администрации.

Это, конечно, так, но и совсем не так, административное усмотрение, дискреция могут стать достаточно эффективным инструментом индивидуализации оценок и принятия эффективных решений.

Несколько исторических фактов.

В Римской империи утверждалось, что законы в принципе не могут предусмотреть и вобрать в себя все возможные жизненные ситуации и обстоятельства, а потому был введен в оборот термин «справедливость». По этому поводу юрист Гай писал: «Надо всегда помнить о том, что могут встретиться случаи, когда решение может быть обоснованным, но в то же время таким, что и исполнять несправедливо, и принуждение неуместно».

Что же касается усмотрения, то ему в римском праве была посвящена отдельная формула: «Усмотрение есть знание о том, что является справедливым с точки зрения права» (лат. «Discretio est scire per legem quid sit justum») [9. Р. 38].

Известна и другая формула, свидетельствующая о том, что римляне были далеки от правового фетишизма: «Высшее право есть высшее зло» (лат. «Jus summum saepe summa malitia est»).

Цицирон утверждал, что право должно быть основано на требовании нравственности и закона. Судебный процесс в Древнем Риме состоял из двух стадий: первая – рассмотрение дела у претора, вторая – в суде. На первой стадии, без участия судей, предъявлялись и оценивались доказательства, выдвигались обвинения, решение объявлялось истцу и ответчику. Последний в случае установления его вины становился подсудимым [10. С. 168–175].

По ст. 62 Саксонского зеркала, если судья запрашивал сведения от сторон по своему усмотрению, а не согласно праву, «то это не во вред и не на пользу сторонам».

В XVIII–XIX вв. в европейских странах административное усмотрение не контролировалось ни общими, ни административными судами [11. С. 99]. Такое ограничение создавало условия для произвола и беззакония.

По этому поводу многие отечественные юристы высказались достаточно жестко: «Наша зависимость от административного усмотрения является болезнью, глубоко въевшейся в наш государственный организм... наше право ставит в зависимость от ничем не ограниченного усмотрения администрации удовлетворение жизненных потребностей человека» [12. С. 72–73].

Конечно, всегда предпринимались попытки искусственно ограничить дискрецию. Но все они потерпели крах, а некоторые из них с позиции сегодняшнего дня и вовсе выглядят комично.

Так, составители Кодекса Хаммурапи старались предусмотреть в нем все мыслимые и немыслимые ситуации. Например, одна из норм Кодекса Хаммурапи звучит следующим образом: «Если трактирщица не принимает зерно в качестве оплаты за выпивку, а требует деньги, хотя цена предложенного ей зерна выше, чем цена выпивки, то эту трактирщицу надлежит бросить в воду (т.е. утопить)».

Желание избежать усмотрения еще более явно прослеживалось в Прусском общеземском уложении 1794 г., составители которого попытались уместить все гражданское право в 19 тыс. статей. Разумеется, эта попытка также не увенчалась успехом.

Статьи 17, 21, 27 и 71 Конституционной хартии Франции прямо наделяли короля правом усмотрения в законотворческом процессе (выбор палаты, в которую король может внести не связанный с налогами законопроект, «благоусмотрение» при утверждении законов), назначении пэров Франции и пожалование дворянских титулов.

В Российской империи широкие пределы усмотрения, среди прочего, имели наместнические правления, которым было дано право налагать пени неопределенного размера на «всех непослушных, ропливых, ленивых и медлительных» подданных.

Среди отечественных дореволюционных работ особый интерес представляет монография Н.И. Лазаревского «Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами», в которой рассматривалась юридическая ответственность как должностных лиц, так и судей за «неправильные действия» [13].

В литературе тех лет отмечалось, что обязательные постановления революционного периода в значительной своей части не являлись подзаконными актами, нося характер «революционного правотворчества» [14. С. 955–956], при этом подчеркивалась необходимость ограничения усмотрения местных властей в связи с «укреплением революционной законности и твердого правопорядка» [15. С. 241–244].

Яркий пример неограниченности усмотрения – обязательные постановления местных органов власти и управления в ранней РСФСР. Например, виновные в нарушении обязательного постановления Отдела управления Московского уездного Совета от 19 апреля 1921 г. [16], а также в сбыте недоброкачественных продуктов и их фальсификации подвергались аресту до одного месяца или штрафу по усмотрению Отдела управления.

Еще один пример.

Прекращение Указом Президента РСФСР от 6 ноября 1991 г. деятельности КПСС и КП РСФСР, роспуск их организационных структур означали окончательный отказ Президента от использования легитимных способов решения вопроса – путем передачи его компетентным судебным инстанциям согласно Закону СССР «Об общественных объединениях».

Как и в случаях с Указами от 23 и 25 августа 1991 г., Президент РСФСР предпочел дискреционный метод властвования, вторгся в сферу судебной власти, действовал по своему усмотрению, вышел за пределы полномочий, возложенных на него Конституцией и законами Российской Федерации.

На момент издания Указа – 6 ноября 1991 г., впрочем, как и до этого, Президент РСФСР располагал вполне легитимными средствами решения вопроса о КПСС и КП РСФСР на основе норм Закона СССР «Об общественных объединениях». Однако он не использовал их, а применил сугубо административный порядок, представляющий собой грубое нарушение конституционного права на объединение и основанный на усмотрении и политической целесообразности.

В советское время административное усмотрение приобрело несколько иное содержание – считалось, что в деятельности администрации не должно быть сферы, недоступной для контроля. В этих целях было создано Министерство государственного контроля¹.

Министерство являлось центральным союзно-республиканским органом государственного управления СССР, осуществлявшим контроль за производственной, хозяйственной и финансовой деятельностью государственных, кооперативных, общественных организаций, учреждений, предприятий.

При этом важно отметить, что даже в условиях однопартийной системы целесообразность контроля заключалась не только в претворении в жизнь политики партии; контроль способствовал также и достижению конечных результатов, повышению уровня организованности и ответственности должностных лиц, противодействию коррупции и произволу администрации [17. С. 286]. Как отмечал А.Я. Вышинский, «революционная целесообразность в области осуществления революционной законности есть не что иное, как применение советских законов в соответствии с их революционной целью» [18. С. 70].

Целесообразность закона многими отечественными авторами связывалась не только с процессом законотворчества, но и правоприменения. Главное не в том, следует или не следует выполнять закон, а как целесообразнее исполнить его нормы, потому что закон, ставя перед администрацией цель, не всегда полно и с исчерпывающей полнотой определяет условия и образ действия администрации [19].

Следовательно, в целях защиты граждан от произвола необходимо, чтобы обращение гражданина в орган государственной власти в полной степени соответствовало нормам права.

Однако должностное лицо, принимающее решение, должно обладать некоторой свободой действий для учета многих нюансов и внешних обстоятельств, которые в нормах права учесть невозможно. Всегда надо отдавать себе отчет в том, насколько существенное значение имеет ошибка в выборе того или иного решения, поведения, и каковы юридические последствия этой ошибки, какова ответственность за нее.

¹ Создан 15 марта 1946 г., в соответствии с Законом СССР от 15 марта 1946 г. «О преобразовании Совета Народных Комиссаров СССР в Совет Министров СССР и Совета Народных Комиссаров союзных и автономных республик – в советы Министров союзных и автономных республик».

Теперь несколько современных примеров административного усмотрения:

– приказом Банка России 1996 г. в связи с нецелесообразностью функционирования Главного управления ЦБ РФ (Банка России) по Ямало-Ненецкому автономному округу приказ о его создании отменен [20];

– распоряжением Правительства Москвы в связи с нецелесообразностью дальнейшей реализации признано утратившим силу распоряжение Правительства Москвы «О реализации проекта жилой застройки первой очереди Люберецких полей аэрации» [21];

– распоряжением администрации Санкт-Петербурга признано нецелесообразным реорганизация Государственного учебно-производственного автотранспортного предприятия Комитета по образованию Санкт-Петербурга» [22].

И таких примеров огромное количество.

Приведенные ситуации со стороны могут показаться несколько эклектичными и разнородными, однако они отражают сущность дискреции и административного усмотрения – сложную, противоречивую и, разумеется, пока еще не сложившуюся систему. Об этом не следует забывать, потому что в ней могут обнаружиться ответы на многие вопросы, которые будут поставлены в исследованиях административного усмотрения других авторов.

Кроме того, дискреционные решения, административное усмотрение не могут быть сведены только лишь к праву публичной администрации по своему внутреннему убеждению, самостоятельно оценить все факторы и многообразие сложившихся обстоятельств и принимать наиболее правильные решения, которые ей предоставлены.

В-третьих.

Усмотрение – характерный признак и необходимый элемент государственного управления. Главной предпосылкой его возникновения является многообразие общественных отношений, конкретных жизненных ситуаций, которые нельзя предусмотреть заранее и облечь в юридические конструкции.

Однако некоторые исследователи считают, что такую ситуацию нельзя признать нормальной. По их мнению, общественные отношения должны регулироваться правом, а не дискрецией. В качестве способа для ограничения или искоренения дискреции такие исследователи предлагают административные процедуры. Однако сможет ли закон об административных процедурах действительно лимитировать дискрецию? Думается, что нет. Представим себе ситуацию: должностное лицо отказывается разрешать административное дело на основании того, что в законе отсутствует необходимая процедура, а к собственному усмотрению он прибегать не вправе. Очевидно, что в данном случае не просто снизится эффективность государственного управления, а вообще вся государственная машина перестанет работать.

Таким образом, принятие закона об административных процедурах как средства пресечения реализации дискреционных полномочий в данном контексте не является панацеей, потому что оно лишено всякого смысла из-за

сущностного противоречия: закон станет действовать лишь тогда, когда в него будут инкорпорированы нормы об административном усмотрении, однако именно против административного усмотрения должны быть направлены остальные нормы закона [23. С. 62–68].

В-четвертых.

Важнейшим, онтологическим свойством административного усмотрения является его дуалистический характер. Он заключается в том, что дискреционные решения могут приводить и к благоприятным, и к неблагоприятным последствиям. Выражаясь языком формальных наук, усмотрение – это не столько некоторое число, сколько модуль этого числа, при снятии которого перед числом может оказаться как положительный, так и отрицательный знак. Вот почему наделение государственного чиновника дискреционной властью не только гарантирует компетенционную витальность последнего, но и в известном смысле провоцирует его на поправание прав, свобод и законных интересов граждан.

Если усмотрение так или иначе связано с числовыми величинами, у него должны быть конкретные объемы (также их называют пределами, границами, размерами и т.д.). Объемы дискреционных полномочий можно сопоставлять, опираясь на качественный или количественный критерии. В качественном измерении отражается совокупность полномочий, принадлежащих отдельному органу власти или должностному лицу, в количественном измерении – совокупность полномочий, которые возложены на всех властных субъектов, функционирующих на определенной территории.

Объемы дискреционных полномочий необходимо устанавливать для того, чтобы знать характер и масштабы исходящих от них рисков. Так, объемы судебного усмотрения в качественном аспекте многократно превышают объемы административного усмотрения, а в количественном аспекте значительно уступают им. Отсюда следует, что судебный произвол угрожает правопорядку нарушениями, которые существенно ограничивают права и свободы граждан, но совершаются сравнительно нечасто, а административный произвол опасен массовыми, но не настолько тяжкими по степени своей общественной опасности деликтами. Данные особенности нужно учитывать при противодействии публичному произволу [24. С. 107–118].

В-пятых.

Административное усмотрение реализуется как в административно-процедурной, так и в административно-юрисдикционной сфере. Отличие между этими двумя реализациями заключается лишь в векторе дискреционной деятельности, векторе усмотрения.

Так, поскольку функции должностного лица органа исполнительной власти связаны с обеспечением прав и свобод граждан, то его дискреционные полномочия будут ориентированы на поиск *наиболее лучшего решения*.

В ином случае для органов исполнительной власти, наоборот, характерны функции по ограничению прав и свобод граждан, поэтому усмотрение их должностных лиц в соответствии с принципом гуманизма будет заключаться в поиске *наименее худшего решения*.

Ввиду этого дискреционная административно-юрисдикционная деятельность всегда есть рискованная деятельность, ибо в ней содержатся такие факторы, которые неизбежно влекут за собой отрицательные последствия как минимум для одной из сторон административного правоотношения (например, применение к гражданину мер административного принуждения, сопротивление гражданина при применении к нему мер административного принуждения), что может потребовать от государственного служащего совершения пресекающих их действий.

Административное усмотрение отличается еще и по объемам дискреционных полномочий: поскольку административно-принудительная деятельность непременно сопровождается рисками, то для ее успешного осуществления должностному лицу требуется больший объем дискреционных полномочий, нежели для осуществления административно-процедурной деятельности [25. С. 281–282].

В-шестых.

Административное усмотрение представляет собой ярко выраженную межотраслевую категорию. Необходимо подчеркнуть, что при описании форм административного усмотрения речь идет не только об административном материальном и процессуальном праве и его нормах, но и о иных отраслях права (уголовном, уголовно-процессуальном, уголовно-исполнительном, земельном, воздушном праве и др.) и их нормах.

Надо понимать, что один и тот же институт может одновременно быть правовым, социальным, экономическим, философским, этическим и т.д., однако в распоряжении специалиста юридического профиля находится только правовая инструментарий. Соответственно, для того чтобы, например, не изучать психологическую сторону вопроса посредством формально-догматического метода, необходимо сначала развести между собой психологический и юридический аспекты исследуемой проблемы. Сказанное в полной мере относится и к другим социальным и гуманитарным наукам, представители которых проявляют научный интерес к реализации дискреционных полномочий.

Необходимо сущностное отграничение административного усмотрения от других видов усмотрения.

Во избежание терминологической путаницы следует различать между собой четыре понятия: 1) административное усмотрение; 2) судебное усмотрение; 3) судебный контроль за административным усмотрением; 4) судебное усмотрение при осуществлении судебного контроля за административным усмотрением. Эти четыре понятия, разумеется, имеют определенную связь друг с другом, однако обозначают различные (отчасти даже по своей отраслевой принадлежности) категории, явления, процессы и институты.

В-седьмых.

Административное усмотрение (в особенности в рамках административно-принудительной деятельности) характеризуется сравнительно высо-

ким количеством административных ошибок, допускаемых в ходе реализации дискреционных полномочий. В научной литературе отмечается, что государственные органы и их должностные лица абсолютно легально могут совершать те или иные действия, которые прямо или косвенно противоречат целям их деятельности, в том числе и административные ошибки, что обусловлено наличием альтернативы поведения (усмотрения). Но если с юридической точки зрения административные ошибки есть однозначно негативный феномен, который в идеале нужно ликвидировать напрочь, то с управленческих позиций административные ошибки относятся к транзакционным издержкам – отрицательным, но неотъемлемым спутникам процесса принятия оперативных управленческих решений, от которых никогда не удастся избавиться.

В завершение настоящей статьи сделаем два вывода.

Первый вывод: под административным усмотрением следует понимать выбор публичной администрацией варианта решения управленческого вопроса в форме принятия административного акта (нормативного или индивидуального) в условиях недостаточной определенности ситуации и (или) обстоятельств, по поводу которых и принимается данный административный акт.

Второй вывод: административное усмотрение связано не только с административным правом и административным процессом, но и с публичным правом вообще. Ведь в рамках административного усмотрения допускается толкование и применение норм чуть ли не любой отрасли публичного права. Другой вопрос, что субъекты административного усмотрения по общему правилу являются органами исполнительной власти и их должностными лицами. Но это и хорошо. Данных субъектов не должно быть слишком много, ведь, как говорил Спиноза, если бы каждый имел свободу толковать публичное право по своему усмотрению, ни одно государство не смогло бы существовать.

Вместе с тем из сказанного следует, что административисты вряд ли имеют право на монополизацию административного усмотрения. Дискреционные полномочия органов исполнительной власти и их должностных лиц – это межотраслевая категория, которую могут плодотворно изучать специалисты по конституционному праву, уголовно-исполнительному праву, финансовому праву и т.д. Надеемся, что настоящая статья станет прологом к дальнейшим межотраслевым дискуссиям, посвященным реализации дискреционных полномочий органами публичной администрации.

Список источников

1. Руководство по наукометрии: индикаторы развития науки и технологии, второе издание / М.А. Акоев, В.А. Маркусова, О.В. Москалева, В.В. Писляков ; под. ред. М.А. Акоева. Екатеринбург : Изд-во Урал. ун-та, 2021. 250 с.

2. Ведяшкин С.В. К вопросу об административном процессе // Правовые проблемы укрепления российской государственности : сб. ст. Всерос. науч.-практ. конф. Томск, 2022. С. 16–17.

3. Соловей Ю.П. Административное усмотрение (сравнительно-правовое исследование) // Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной правовой реальности России : в 12 т. Т. VIII: Административное право в системе современного российского права / под ред. Р.Л. Хачатурова, А.П. Шергина. М., 2022. С. 407–454.

4. Зайцев Д.И. Административное усмотрение как средство преодоления неопределенности в правовых актах управления // Законы России: опыт, анализ, практика. 2024. № 1. С. 15–27.

5. Ernst K. Pakuscher. The Use of Discretion in German Law. URL: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3895&context=uclev>

6. Ключевский В.О. Сочинения : в 9 т. М. : Мысль, 1987–1990.

7. Толстой Л.Н. Полн. собр. соч. : в 90 т. М. : Худ. лит., 1928–1958.

8. Елистратов А.И. Административное право. Лекция 1-ая. Задача административного права и его общественное значение // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 5 (21). С. 218–220.

9. Halkerston P. A Collection of Latin Maxims & Rules, in Law and Equity. Edinburgh, 1823. 218p.

10. Гридин С.И. История возникновения административного процесса в Древнем Риме // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 11 (99). С. 168–175.

11. Щепалов С.В. Административное выдворение нелегального мигранта и судебное усмотрение // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 11. С. 97–107.

12. Лазаревский Н. Административное усмотрение // Право. 1990. № 41, 42.

13. Лазаревский Н. Ответственность за убытки, причиненными должностными лицами. Догматическое исследование. СПб., 1905. URL: <https://viewer.rsl.ru/ru/rs101003727959?page=7&rotate=0&theme=white>.

14. Ривлин А.Л. О пределах административного усмотрения в области издания обязательных постановлений и наложения взысканий за их нарушение // Вестник советской юстиции. 1925. № 24 (58). С. 955–957.

15. Зокиров Т.З. Принцип законности в советском уголовном праве и процессе в 1920–1930-х гг. // IV Студенческий юридический форум : сб. докл. и тез. выступлений участников : в 4 т. / под общ. ред. А.В. Сладковой. 2017. С. 241–244.

16. Было принято во исполнение декрета СНК от 29 марта 1921 г. и постановления президиума Моссовета от 4 апреля 1921 г. «О продаже и обмене продуктов сельского хозяйства и изделий из них».

17. Тарасов А.М. Государственный контроль в советский период: его сущность и этапы развития. СПб. : Записки горного университета, 2003. С. 281–286.

18. Вышинский А.Я. Революционная законность на современном этапе. М., 1933. 104 с.

19. Лунев А.Е., Студеникин С.С., Ямпольская Ц.А. Социалистическая законность в советском государственном управлении. М., 1948. 136 с.

20. Приказ Банка России от 1 октября 1996 г. № 02-369 «Об отмене Приказа Центрального банка Российской Федерации» от 8 июля 1993 г. № 02-112 «О создании Главного управления Центрального банка Российской Федерации (Банка России) по Ямало-Ненецкому автономному округу». URL: <https://nalogcodex.ru/zakonodatelstvo/prikaz-banka-rossii-ot-01.10.1996-n-02-369?ysclid=lsld7ig18q1243188> (дата обращения: 11.01.2024).

21. Распоряжение Правительства Москвы от 24 мая 2010 г. № 990-РП «О признании утратившим силу распоряжения Правительства Москвы от 8 декабря 2008 г. № 2900-РП». URL: <https://www.mos.ru/authority/documents/doc/17805220/?ysclid=lsldjawd4d355040927> (дата обращения: 11.01.2024).

22. Распоряжение Администрации Санкт-Петербурга от 30 апреля 2002 г. № 714-ра «О признании утратившим силу распоряжения губернатора Санкт-Петербурга от

17.01.2000 № 26-п». URL: <https://docs.cntd.ru/document/8361958?ysclid=lsdhkx3070446488057> (дата обращения: 11.01.2024).

23. Административные процедуры : учеб. пособие / отв. ред. А.В. Сладкова. М. : Проспект, 2024. 328с.

24. Щепалов С.В., Зайцев Д.И. Административное и судебное усмотрение в российской науке: проблемы соотношения // Вестник Томского государственного университета. Право. 2022. № 46. С. 107–118.

25. Зайцев Д.И. Генезис административного усмотрения // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 3. С. 272–284.

References

1. Akoev, M.A., Markusova, V.A., Moskaleva, O.V. & Pislyakov, V.V. (2021) *Rukovodstvo po naukometrii: indikatory razvitiya nauki i tekhnologii* [A Guide to scientometrics: Indicators of Science and Technology Development]. 2nd ed. Ekaterinburg: Ural Fderal University.

2. Vedyashkin, S.V. (2022) К вопросу об административном процессе [On the administrative process]. In: Vedyashkin, S.V., Geymbukh, N.G., Zhuravlev, M.M. & Kuznetsov, S.S. (eds) *Pravovye problemy ukrepleniya rossiyskoy gosudarstvennosti* [Legal Problems of Strengthening Russian Statehood]. Tomsk: Tomsk State University. pp. 16–17.

3. Solovey, Yu.P. (2022) Administrativnoe usmotrenie (sravnitel'no-pravovoe issledovanie) [Administrative discretion (comparative legal research)]. In: Khachaturov, R.L. & Sherigin, A.P. (eds) *Formirovaniye i razvitiye otrasley prava v istoricheskoy i sovremennoy pravovoy real'nosti Rossii* [The formation and development of branches of law in the historical and modern legal reality of Russia]. Vol. 8. Moscow: Yurlitinform. pp. 407–454.

4. Zaytsev, D.I. (2024) Administrativnoe usmotrenie kak sredstvo preodoleniya neopredelenosti v pravovykh aktakh upravleniya [Administrative discretion as a means of overcoming uncertainty in legal acts of management]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*. 1. pp. 15–27.

5. Pakuscher, E.K. (n.d.) *The Use of Discretion in German Law*. [Online] Available from: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3895&context=uchlev>

6. Klyuchevskiy, V.O. (1987–1990) *Sochineniya* [Works]. Moscow: Mysl'.

7. Tolstoy, L.N. (1928–1958) *Polnoe sobranie sochineniy: v 90 t.* [Complete Works: in 90 vols]. Moscow: Khudozhestvennaya literatura.

8. Elistratov, A.I. (2016) Administrativnoe pravo. Lektsiya 1-aya. Zadacha administrativnogo prava i ego obshchestvennoye znachenie [Administrative law. Lecture 1. The task of administrative law and its social significance]. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina (MGYuA)*. 5(21). pp. 218–220.

9. Halkerston, P. (1823) *A Collection of Latin Maxims & Rules, in Law and Equity*. Edinburgh: [s.n.].

10. Gridin, S.I. (2022) Istoriya vozniknoveniya administrativnogo protsesssa v Drevnem Rime [History of the emergence of the administrative process in Ancient Rome]. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina (MGYuA)*. *Pravovoe obespechenie natsional'noy bezopasnosti*. 11(99). pp. 168–175.

11. Shchepalov, S.V. (2022) Administrativnoe vydvorenie nelegal'nogo migranta i sudebnoye usmotrenie [Administrative expulsion of an illegal migrant and judicial discretion]. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina (MGYuA)*. 11. pp. 97–107.

12. Lazarevskiy, N. (1990) Administrativnoe usmotrenie [Administrative discretion]. *Pravo*. 41, 42.

13. Lazarevskiy, N. (1905) *Otvetstvennost' za ubytki, prichinennymi dolzhnostnymi litsami. Dogmaticheskoe issledovanie* [Liability for losses caused by officials. Dogmatic research]. St. Petersburg: [s.n.]. [Online] Available from: <https://viewer.rsl.ru/ru/rsl01003727959?page=7&rotate=0&theme=white>.

14. Rivlin, A.L. (1925) O predelakh administrativnogo usmotreniya v oblasti izdaniya obyazatel'nykh postanovleniy i nalozheniya vzyskaniy za ikh narushenie [On the limits of administrative discretion in issuing mandatory regulations and imposing penalties for their violation]. *Vestnik sovetskoy yustitsii*. 24(58). pp. 955–957.
15. Zokirov, T.Z. (2017) Printsip zakonnosti v sovetskom ugovnomnogo prave i protsesse v 1920–1930-kh gg. [The principle of legality in Soviet criminal law and procedure in the 1920–1930s]. In: Sladkova, A.V. (ed.) *IV Studencheskiy yuridicheskiy forum* [The Fourth Student Legal Forum]. Tambov: TPS. pp. 241–244.
16. The Soviet of People's Commissars. (1921) Decree of the Soviet of People's Commissars of March 29, 1921.
17. Tarasov, A.M. (2003) Gosudarstvennyy kontrol' v sovetskiy period: ego sushchnost' i etapy razvitiya [The state control in the Soviet period: its essence and stages of development]. *Zapiski gornogo universiteta*. pp. 281–286.
18. Vyshinskiy, A.Ya. (1933) *Revolutsionnaya zakonnost' na sovremennom etape* [Revolutionary Legality at the Present Stage]. Moscow: [s.n.].
19. Lunev, A.E., Studenikin, S.S., & Yampolskaya, Ts.A. (1948) *Sotsialisticheskaya zakonnost' v sovetskom gosudarstvennom upravlenii* [Socialist legality in Soviet public administration]. Moscow: USSR Ministry of Justice.
20. The Bank of Russia. (1993) *Prikaz Banka Rossii ot 1 oktyabrya 1996 g. № 02-369, Ob otmene Prikaza Tsentral'nogo banka Rossiyskoy Federatsii ot 8 iyulya 1993 g. № 02-112 O sozdanii Glavnogo upravleniya Tsentral'nogo banka Rossiyskoy Federatsii (Banka Rossii) po Yamalo-Nenetskomu avtonomnomu okrugu* [Order No. 02-369 of the Bank of Russia dated October 1, 1996, On the cancellation of Order No. 02-112 of the Central Bank of the Russian Federation dated July 8, 1993, On the creation of the Main Directorate of the Central Bank of the Russian Federation (Bank of Russia) for the Yamalo-Nenets Autonomous Okrug]. [Online] Available from: <https://nalogcodex.ru/zakonodatelstvo/prikaz-banka-rossii-ot-01.10.1996-n-02-369?ysclid=Ishd7ig18q1243188> (Accessed: 11th January 2024).
21. The Moscow Government. (2008) *Rasporyazhenie Pravitel'stva Moskvy ot 24 maya 2010 g. № 990-RP "O priznanii utrativshim silu rasporyazheniya Pravitel'stva Moskvy ot 8 dekabrya 2008 g. № 2900-RP"* [Order No. 990-RP of the Moscow Government of May 24, 2010, On declaring Order No. 2900-RP of the Moscow Government of December 8, 2008, as invalid]. [Online] Available from: <https://www.mos.ru/authority/documents/doc/17805220/?ysclid=Ishdjawd4d355040927> (Accessed: 11th January 2024).
22. The Administration of St. Petersburg. (2000) *Rasporyazhenie Administratsii Sankt-Peterburga ot 30 aprelya 2002 g. № 714-ra "O priznanii utrativshim silu rasporyazheniya gubernatora Sankt-Peterburga ot 17.01.2000 N 26-r"* [Order No. 714-ra of the Administration of St. Petersburg dated April 30, 2002, On recognizing Order No. 26-r of the Governor of St. Petersburg dated January 17, 2000, as invalid]. [Online] Available from: <https://docs.cntd.ru/document/8361958?ysclid=Ishdkx3070446488057> (Accessed: 11th January 2024).
23. Sladkova, A.V. (ed.) (2024) *Administrativnye protsedury* [Administrative Procedures]. Moscow: Prospekt.
24. Shchepalov, S.V. & Zaytsev, D.I. (2022) Administrative and judicial discretion in Russian Science: problems of correlation. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 46. pp. 107–118. (In Russian). DOI: 10.17223/22253513/46/8
25. Zaytsev, D.I. (2023) Genealogy of administrative discretion. *Sibirskoe yuridi-cheskoe obozrenie – Siberian Legal Review*. 20(3). pp. 272–284. (In Russian). DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-3-272-284

Информация об авторе:

Старостин С.А., профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) (Москва, Россия). E-mail: prof.starostin@gmail.com; ORCID: 0000-0002-0108-7916; ResearcherID: 10.17223/22253513/32/7

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Information about the author:

Starostin S.A., Moscow State Law University named after O.E. Kutafin (Moscow, Russian Federation). E-mail: prof.starostin@gmail.com; ORCID: 0000-0002-0108-7916; ResearcherID: 10.17223/22253513/32/7

The author declares no conflicts of interests.

*Статья поступила в редакцию 11.01.2024;
одобрена после рецензирования 25.02.2024; принята к публикации 18.03.2024.*

*The article was submitted 11.01.2024;
approved after reviewing 25.02.2024; accepted for publication 18.03.2024.*