Федеральное государственное автономное образовательное учреждение
высшего образования
«Московский государственный юридический университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»

На правах рукописи

Зайцев Дмитрий Игоревич

ТЕОРИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО УСМОТРЕНИЯ

5.1.2. Публично-правовые (государственно-правовые) науки

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, профессор
Старостин Сергей Алексеевич

Москва – 2025

Оглавление

ВВЕДЕНИЕ 3

ГЛАВА 1.
СУЩНОСТЬ АДМИНИСТРАТИВНОГО УСМОТРЕНИЯ 15

§ 1.1. Понятие и признаки административного усмотрения 15

§ 1.2. Интегративные подходы к административному усмотрению 39

§ 1.3. Административное усмотрение в системе публичного усмотрения 52

§ 1.4. Административное усмотрение как научная и учебная категория 64

ГЛАВА 2.
РЕАЛИЗАЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО УСМОТРЕНИЯ 76

§ 2.1. Административное усмотрение в механизме административно-правового регулирования 76

§ 2.2. Административное усмотрение в административно-процессуальной деятельности 91

§ 2.3. Административное усмотрение в отдельных областях государственного управления 117

§ 2.4. Дискреционный нигилизм как отказ от реализации административного усмотрения 138

ЗАКЛЮЧЕНИЕ 154

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ 158

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы диссертационного исследования обусловливается комплексом взаимосвязанных причин доктринального и прикладного характера.

Во-первых, современное состояние теории административного усмотрения в Российской Федерации нельзя признать удовлетворительным. В настоящее время по указанной проблематике отсутствуют диссертационные исследования, подготовленные в рамках научной специальности 5.1.2. «Публично-правовые (государственно-правовые) науки». Ввиду этого до сих пор остаются неизученными или изученными лишь фрагментарно наиболее общие вопросы, связанные с административным усмотрением: понятие и признаки административного усмотрения, место административного усмотрения в системе публичного усмотрения, соотношение административного усмотрения и судебного усмотрения, объемы дискреционных полномочий субъектов исполнительной власти и пр.

Во-вторых, тему исследования актуализируют проблемы в правоприменительной практике. Правильная реализация дискреционных полномочий органов исполнительной власти и их должностных лиц осложнена отсутствием единообразных подходов ученых-правоведов и юристов-практиков к вопросам о месте административного усмотрения в механизме административно-правового регулирования, оптимальных объемах (пределах) административного усмотрения, контроле за дискреционными управленческими решениями, особенностях административного усмотрения в отдельных отраслях (областях) государственного управления и т.д. Таким образом, различные негативные деформации административного усмотрения вплоть до административного произвола, многочисленные нарушения законности и дисциплины в публичном управлении требуют дополнительного осмысления на уровне административно-правовой доктрины.

В-третьих, в современных условиях существенно возрастает роль административного усмотрения для решения задач публичного управления.

Нестабильная международная, внешне- и военно-политическая обстановка диктуют необходимость оперативного реагирования субъектов исполнительной власти на различные угрозы и вызовы. Управленческие решения подобного рода обыкновенно опережают законодательное регулирование, а значит, принимаются в рамках административного усмотрения. Следовательно, административное усмотрение играет важную роль в обеспечении государственного суверенитета на текущем этапе развития российского государства. Данный фактор подчеркивает не только актуальность, но и своевременность научной разработки избранной темы.

Указанные обстоятельства предопределяют необходимость фундаментального изучения административного усмотрения и основных закономерностей его реализации.

Степень научной разработанности темы диссертации нельзя признать удовлетворительной. В настоящее время усмотрение является межотраслевым институтом. В материальных отраслях оно прежде всего выделяется в конституционном, административном, гражданском и уголовном праве. При этом в каждой из соответствующих названным отраслям права наук (за исключением административного права) защищены докторские и (или) кандидатские диссертации, посвященные теории усмотрения в соответствующей отрасли. Равным образом и во всех процессуальных отраслях права – кроме административного процесса – проведены аналогичные исследования. Таким образом, изучение теории административного усмотрения в первую очередь требуется для заполнения образовавшейся научной лакуны.

Отсутствие доктринальных исследований административного усмотрения представляется как минимум странным и с учетом того, что отечественный институт усмотрения в праве и был рожден в недрах русской полицеистики второй половины XIX в. (см., например, работы В.М. Гессена, А.Д. Градовского, И.Т. Тарасова, Б.Н. Чичерина и др.). Анализ административного усмотрения позволит не только восстановить преемственность в изучении этого института, имеющего более чем тысячелетнюю историю практического применения и не

менее чем двухсотлетний опыт теоретического осмысления, но и значительно обогатить межотраслевое понимание усмотрения.

Для полноты картины требуется упомянуть о современных работах административистов в области административного усмотрения. Это: кандидатская диссертация Ю.П. Соловья «Усмотрение в административной деятельности советской милиции» (1982 г.); кандидатская диссертация Т.Г. Слюсаревой «Административное усмотрение в деятельности государственных служащих» (2013 г.); кандидатская диссертация А.В. Гирвиц «Полицейское усмотрение в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации» (2017 г.). Разумеется, в каждой из этих работ на высоком теоретическом уровне рассматривались проблемы административного усмотрения. Однако целевая установка такого рассмотрения все-таки являлась прикладной – авторы, как следует из наименования и содержания их диссертаций, изучали теорию дискреционных полномочий не вообще, а лишь применительно к конкретным видам государственно-управленческой деятельности. Соответственно, глубокое погружение в отечественную и зарубежную теорию административного усмотрения, во-первых, не требовалось для выполнения поставленных перед ними задач, а во-вторых – и не было возможным в силу ограниченного объема диссертации. Поэтому выводы и наработки упомянутых авторов не могут свидетельствовать о том, что на обсуждаемой нами теме можно поставить точку ввиду ее полного научного исчерпания, однако должны, естественно, учитываться при проведении дальнейших исследований в означенной сфере.

Цель диссертационного исследования – раскрыть сущность административного усмотрения, теоретические и практические аспекты его реализации.

Для достижения означенной цели необходимо решить следующие **задачи:**

- изучить основные подходы к пониманию административного усмотрения, сформулировать его авторскую дефиницию;

- сопоставить административное усмотрение и судебное усмотрение;

- определить место и функцию административного усмотрения в механизме административно-правового регулирования;

- выявить особенности реализации административного усмотрения в административно-юрисдикционном и административно-процедурном процессах;

- рассмотреть административное усмотрение как научную и учебную категорию;

- проанализировать специфику реализации административного усмотрения в отдельных областях государственного управления.

Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, возникающие в процессе реализации дискреционных полномочий органов исполнительной власти и их должностных лиц.

Предметом диссертационного исследования выступают научные труды российских и зарубежных ученых, посвященные административному усмотрению.

Методологической основой диссертации являются такие методы, как общенаучные методы (диалектический метод, анализ, синтез, классификация, сравнение, обобщение и другие) и специальные методы (формально-юридический, философско-правовой, историко-правовой, сравнительно-правовой, телеологический, системный и другие). В частности, диалектический метод был использован при сопоставлении права и усмотрения, анализ – при выделении этапов реализации административного усмотрения, сравнение – при сопоставлении административного и судебного усмотрения, формально-юридический метод – при изучении нормативных правовых актов, философско-правовой метод – при изучении философско-правового подхода к административному усмотрению.

Теоретической основой диссертационного исследования прежде всего служат научные труды отечественных правоведов, посвященные административному усмотрению, – А.В. Гирвиц, А.В. Демина, В.Н. Дубовицкого, О.В. Кораблиной, А.П. Коренева, А.В. Куракина, В.М. Манохина, Н.А. Овчинникова, Т.Г. Слюсаревой, Ю.П. Соловья, Ю.Н. Старилова, С.А. Старостина, М.С. Студеникиной, Ю.А. Тихомирова, А.П. Шергина, О.Н. Шерстобоева и других.

По общеправовым вопросам использованы научные труды таких классиков теории государства и права, как С.С. Алексеев, В.В. Лазарев, М.Н. Марченко, Л.А. Морозова, Т.Н. Радько, В.Н. Синюков и др. Автором также использовались работы видных специалистов в области административного права и административного процесса – А.Б. Агапова, А.П. Алехина, Г.В. Атаманчука, Д.Н. Бахраха, С.М. Зубарева, А.А. Кармолицкого, А.Е. Лунева, Ю.И. Мигачева, Л.Л. Попова, Б.В. Россинского, П.П. Серкова, А.И. Стахова, Ю.В. Степаненко, В.П. Уманской, Ц.А. Ямпольской и других.

Кроме того, при проведении настоящего диссертационного исследования анализировались работы таких зарубежных ученых, как A. Barak, R. Dworkin, G. Jellinek, R. Cabrillac, C. O'Donnell, H. Kelsen, H. Koontz, R. Paund, G. Radbruch, F.A. Hayek, H.L.A. Hart, M. van Hoeck, E. Ehrlich, R. Wolf, M. Künnecke, P. Booth, J. Heath, E. Pendleton Herring, R. O'Leary, A.V. Dicey, K.C. Davis, J. Brand, J.L. Mashaw, C.H. Koch Jr.

Нормативную основу исследования составляют международные правовые акты, Конституция Российской Федерации, федеральное законодательство и ведомственные нормативные правовые акты, имеющие отношение к теме диссертационного исследования.

Эмпирическая основа исследования включает в себя материалы судебной и иной правоприменительной практики, официальные публикации государственных органов, сообщения средств массовой информации.

Научная новизна работы проявляется в следующих аспектах.

На основе изучения и сопоставления множества отечественных и зарубежных доктринальных подходов сформирована авторская концепция административного усмотрения. В рамках указанной концепции административное усмотрение впервые предстает не как степень свободы или степень оперативной самостоятельности субъекта исполнительной власти, а как степень доверия, оказываемая данному субъекту. Данный подход коррелирует как с поправками в Конституцию Российской Федерации 2020 г., согласно которым в России создаются условия для взаимного доверия государства и общества (ст. 75^{1}), так и с новейшими

исследованиями доверия в праве, проводимыми В.В. Комаровой, М.А. Егоровой, Н.В. Софийчук, И.Г. Смирновой, Т.В. Сойфер, И.З. Аюшеевой и другими учеными.

Отдельные параграфы диссертации посвящены особенностям реализации административного усмотрения. В частности, выявлена ведущая роль административного усмотрения в механизме административно-правового регулирования, показаны особенности осуществления дискреционных полномочий субъектов исполнительной власти в административно-процедурной и административно-юрисдикционной деятельности.

В диссертации проанализированы проблемы, связанные с реализацией административного усмотрения в условиях современных вызовов и угроз: административное усмотрение в цифровом государственном управлении, административное усмотрение в системе стратегического планирования, административное усмотрение в чрезвычайных ситуациях.

К наиболее **существенным результатам диссертационной работы**, отражающим ее научную ценность и новизну, можно отнести следующие положения.

1. В современной науке выделяются три подхода к административному усмотрению – философско-правовой, политико-правовой и экономико-правовой. Философско-правовой подход выражается в необходимости разумного (целесообразного) использования дискреционных полномочий субъектами исполнительной власти в целях полного и оперативного обеспечения публичных интересов. Политико-правовой подход основывается на том, что указанные публичные интересы могут устанавливаться не только парламентом, но и субъектами исполнительной власти в рамках своих дискреционных полномочий. Экономико-правовой подход заключается в том, что страны с административно-командной экономической системой характеризуются наибольшими (максимальными) объемами дискреционных полномочий субъектов исполнительной власти, а страны с рыночной или смешанной (гибридной) экономической системой – наименьшими (минимальными) объемами дискреционных полномочий субъектов исполнительной власти.

2. Административное усмотрение представляет собой определенную степень доверия, которая оказывается субъекту исполнительной власти в условиях правовой неопределенности со стороны вышестоящего субъекта исполнительной власти или общества в целях полного и оперативного обеспечения публичных интересов.

Основным признаком административного усмотрения является его дуализм (двойственность), который выражается в том, что в рамках своих дискреционных полномочий субъект исполнительной власти может как оправдать оказанное ему доверие, т.е. принять наиболее целесообразное с точки зрения обеспечения публичных интересов управленческое решение, так и не оправдать доверие, приняв такое решение, которое обеспечивает публичные интересы лишь частично или противоречит им.

3. Дискреционные полномочия субъектов исполнительной власти отличаются друг от друга по своим объемам. Объемы дискреционных полномочий выражаются в конкретной степени доверия, оказываемой обозначенным субъектам. При этом термин «объемы дискреционных полномочий» может пониматься в узком и широком смысле. В узком смысле объемы дискреционных полномочий – это конкретная степень доверия, оказываемая отдельному субъекту исполнительной власти, а в широком смысле – конкретная степень доверия, оказываемая нескольким субъектам исполнительной власти, объединенным по какому-либо признаку (территориальному, функциональному и др.).

4. Административное усмотрение отличается от судебного усмотрения по объемам дискреционных полномочий, принадлежащих соответственно субъектам исполнительной власти и судам. Если говорить об объемах дискреционных полномочий в узком смысле (применительно к одному органу), то объемы судебного усмотрения превышают объемы административного усмотрения. Если же понимать объемы дискреционных полномочий в широком смысле (для определенной совокупности органов), то объемы судебного усмотрения уступают объемам административного усмотрения.

5. Функция административного усмотрения в механизме административно-правового регулирования заключается в том, чтобы преодолевать правовую неопределенность при помощи различных способов. Административное усмотрение приводит механизм административно-правового регулирования в движение в тех случаях, когда субъективные права и юридические обязанности участников административно-правовых отношений нельзя реализовать на основании правовых норм.

6. Административное усмотрение реализуется в правовой, неправовой и внеправовой формах. Правовая форма возникает тогда, когда в административно-правовой норме предусмотрено несколько вариантов законного поведения субъекта исполнительной власти, и он выбирает один из этих вариантов. Неправовая (антиправовая) форма появляется, если субъект исполнительной власти сознательно нарушает административно-правовую норму. Внеправовая форма представляет собой действие или бездействие субъекта исполнительной власти в такой сфере общественных отношений, которая еще не урегулирована правом, в связи с чем данное действие или бездействие нельзя признать ни правовым, ни неправовым.

7. Административное усмотрение реализуется как в административно-процедурной деятельности, так и в административно-юрисдикционной деятельности. Если субъект исполнительной власти осуществляет административно-процедурную деятельность, то она так или иначе будет связана с обеспечением прав и свобод граждан, законных интересов организаций, а значит, его дискреционные полномочия будут ориентированы на поиск наиболее лучшего решения из всех возможных. Если субъект исполнительной власти осуществляет административно-юрисдикционную деятельность, которая направлена на ограничение прав и свобод граждан или их объединений, то его административное усмотрение будет тесно связано с правовыми рисками и потому должно заключаться в поиске наименее худшего для граждан или организаций решения.

8. Объемы дискреционных полномочий субъектов исполнительной власти не следует ограничивать при помощи административных процедур, т.к. при снижении

указанных объемов данные субъекты, с одной стороны, не смогут нарушить публичные интересы, а с другой стороны, не смогут и должным образом их обеспечить, что спровоцирует снижение эффективности государственного управления. Вместо этого административные процедуры должны предоставить невластным участникам административно-правовых отношений – физическим и юридическим лицам – такие юридические инструменты, которые позволили бы им быстро и всесторонне защитить свои права, свободы и законные интересы или соблюсти свои обязанности при реализации субъектами исполнительной власти своих дискреционных полномочий.

9. Реализация административного усмотрения обладает определенной спецификой в отдельных областях государственного управления.

В области стратегического планирования выделяются две модели реализации административного усмотрения – романо-германская и англосаксонская. Романо-германская модель, к которой относится и Россия, ориентирует субъектов исполнительной власти на соблюдение правовых норм, поэтому объемы их дискреционных полномочий являются сравнительно небольшими. В англосаксонской модели приоритет отдается достижению целей и задач стратегического планирования, вследствие чего субъекты исполнительной власти характеризуются значительными объемами дискреционных полномочий.

Реализация административного усмотрения в чрезвычайных ситуациях также осуществляется в рамках двух моделей – отечественной и международной (зарубежной). Отечественная модель характеризуется соблюдением юридического принципа «запрещено все, что не разрешено», а международная модель – соблюдение юридического принципа «разрешено все, что не запрещено».

В условиях цифровизации государственного управления некоторые дискреционные полномочия субъектов исполнительной власти гипотетически могут заменяться цифровым административным усмотрением, т.е. усмотрением искусственного интеллекта. Однако такая замена потребует разработки дополнительных способов реализации административного усмотрения, а также предоставления физическим и юридическим лицам дополнительных юридических

инструментов, обеспечивающих защиту их прав, свобод и законных интересов.

10. Контроль за реализацией административного усмотрения заключается в предотвращении, выявлении и анализе случаев административного произвола. Существуют три основных вида контроля за административным усмотрением: судебный контроль, административный (внутренний) контроль и общественный контроль, и два подхода к контролю за административным усмотрением, различающиеся по предмету контроля. Первый подход выражается в том, что контролирующее лицо должно так или иначе признать, соответствовало ли дискреционное решение нормам закона или нет. Согласно второму подходу контролирующее лицо оценивает не соответствие дискреционного решения закону, а соответствие этого решения каким-либо другим критериям – этическим нормам, организационной культуре, миссии и ценностям органа исполнительной власти и т.д.

Поскольку административное усмотрение реализуется в правовой, неправовой и внеправовой формах, наиболее эффективным при осуществлении контроля за реализацией административного усмотрения представляется сочетание указанных подходов.

Теоретическая значимость исследования определяется комплексной, междисциплинарной, межотраслевой разработкой научных основ теории административного усмотрения. В результате исследования получены новые знания в области науки административного права, способствующие разрешению проблем реализации дискреционных полномочий органов исполнительной власти и их должностных лиц. Так, на теоретическом уровне обоснованы недостатки административно-процедурного ограничения объемов дискреционных полномочий субъектов исполнительной власти, выявлены способы и средства преодоления правовой неопределенности в правовых актах управления, обозначены особенности реализации административного усмотрения в административно-процедурной и административно-юрисдикционной деятельности, а также особенности контроля за реализацией административного усмотрения.

Практическая значимость исследования заключается в возможности использования полученных результатов при совершенствовании правового регулирования и реализации административного усмотрения.

Результаты диссертационного исследования используются при преподавании дисциплин «Административное право», «Административная ответственность», «Государственная служба», «Правовые основы государственной службы», «Административная юрисдикция» в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Достоверность и обоснованность результатов диссертационного исследования подтверждается использованием общенаучных и частнонаучных методов познания, а также анализом широкого круга научных источников в области административного, конституционного, информационного и других отраслей права.

Апробация результатов диссертационного исследования осуществлена в порядке обсуждения и одобрения на заседаниях кафедры административного права и процесса имени Л.Л. Попова федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)».

Основные положения и выводы диссертационного исследования докладывались в выступлениях на научных и научно-практических конференциях, в том числе международного уровня, в частности, на: XX Международной научно-практической конференции и XXII Международной научно-практической конференции Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова «Роль права в обеспечении благополучия человека» (Москва, 23-26 ноября 2021 г.); Международной научно-практической конференции «Образовательное право и законодательство: тренды и стратегия развития» (Томск, 25-26 февраля 2022 г.); Международной научно-практической конференции, посвященной памяти доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации, заслуженного юриста Российской Федерации Аврутина Юрия Ефремовича в связи с 75-летием со дня рождения «Актуальные проблемы административного и административно-

процессуального права (Сорокинские чтения)» (Санкт-Петербург, 25 марта 2022 г.); IX Московском юридическом форуме «LegalTech: научные решения для профессиональной юридической деятельности» (Москва, 14-16 апреля 2022 г.); VI Международной научно-практической конференции «Актуальные вопросы применения норм административного права (Кореневские чтения) (к 20-летию образования Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя) (Москва, 28 апреля 2022 г.); III Международной научно-практической конференции «Домашнее насилие: предупреждение и ответственность» (Томск, 18 ноября 2022 г.); XXII Международной научно-практической конференции, XXIII Международной научно-практической конференции Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова «Государство и право России в современном мире» (Москва, 23-25 ноября 2022 г.); Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права (Сорокинские чтения)» (Санкт-Петербург, 24 марта 2023 г.); XXIV Международной научно-практической конференции в рамках XIII Московской юридической недели «Правовое обеспечение суверенитета России: проблемы и перспективы» (Москва, 21-24 ноября 2023 г.); Международной научно-практической конференции, посвященной памяти доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации Сорокина Валентина Дмитриевича в связи со 100-летием со дня рождения «Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права (Сорокинские чтения)» (Санкт-Петербург, 29 марта 2024 г.).

Основные научные результаты диссертации изложены в 24 опубликованных научных работах, 6 из которых опубликованы в ведущих рецензируемых научных журналах, рекомендованных ВАК при Минобрнауки России.

Структура диссертационного исследования состоит из введения, двух глав, объединяющих восемь параграфов, заключения, списка использованных источников.

ГЛАВА 1.
СУЩНОСТЬ АДМИНИСТРАТИВНОГО УСМОТРЕНИЯ

§ 1.1. Понятие и признаки административного усмотрения

Реализация исполнительной власти основывается на нормативных и индивидуальных правовых предписаниях (велениях), содержащихся в законах и подзаконных актах, но не ограничивается только ими. В некоторых случаях общественные отношения, складывающиеся в той или иной сфере государственного управления, оказываются настолько сложными и своеобразными, что для их упорядочивания (приведения к состоянию, которое было предварительно санкционировано публичной администрацией), органам исполнительной власти и их должностным лицам становится недостаточно тех форм и методов осуществления государственного управления, которые традиционно выделяются в административно-правовой науке. Тогда указанным субъектам приходится либо самостоятельно выбирать в качестве модели своего поведения одно из нескольких правовых предписаний, конкурирующих между собой за статус самого юридически сильного регулятора возникших отношений, либо сознательно игнорировать означенные предписания, либо даже откровенно нарушать их. Но вне зависимости от того, какой выбор будет сделан, любое из перечисленных деяний претворится в жизнь *в рамках административного усмотрения*.

В отечественном законодательстве термин «административное усмотрение» не используется. Однако в нем встречаются, хотя и довольно редко, отдельные понятия, близкие к данному термину по своему смыслу. Например, в ст. 7 Федерального закона от 22 декабря 2008 г. № 268-ФЗ «Технический регламент на табачную продукцию» законодатель оперирует понятием «усмотрение федерального органа исполнительной власти»[1], в ст. 90 Налогового кодекса РФ –

[1] См.: Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. № 268-ФЗ «Технический регламент на табачную продукцию» // СЗ РФ. 2008. № 52. Ст. 6223.

понятием «усмотрение должностного лица налогового органа»[2], в ст. 1 Федерального закона от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» – понятием «пределы усмотрения правоприменителя»[3]. К сожалению, эти немногочисленные исключения из парламентского обычая умалчивать об административном усмотрении не позволяют нам сформулировать *легальную дефиницию последнего*. Ввиду этого административное усмотрение сегодня остается преимущественно *доктринальной (теоретической) категорией* административного права и административного процесса, и именно в таком свойстве мы будем изучать его в настоящем диссертационном исследовании.

Термин «дискреционные полномочия» также почти не встречается в российском законодательстве, но редкие исключения все же обнаруживаются. Например, в приказе Федеральной миграционной службы Российской Федерации от 22 января 2009 г. № 3 «Об утверждении Методических рекомендаций по проведению экспертизы проектов нормативных правовых актов в Федеральной миграционной службе на коррупциогенность» дается следующее определение дискреционных полномочий: «Дискреционные полномочия – совокупность прав и обязанностей органа государственной власти, должностных лиц, предоставляющие возможность органу государственной власти или должностному лицу по своему усмотрению определить вид и содержание (полностью или частично) принимаемого управленческого решения, либо предоставляющие возможность выбора по своему усмотрению одного из нескольких предусмотренных ведомственным актом вариантов управленческих решений».

К сожалению, научная ценность этого определения невелика. Могут ли дискреционные полномочия принадлежать не только органам государственной власти, но и государственным органам? Данное определение не дает ответа на этот

---

[2] См.: Налоговый кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.

[3] См.: Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3609.

вопрос. О каких должностных лицах, принимающих управленческие решения, идет речь? Ведь должностные лица есть и в частных организациях, и они тоже принимают управленческие решения. Что означает фраза «по своему усмотрению определить вид и содержание управленческого решения»? Неужели управленческое решение зависит только от желания органа или лица, а не от каких-либо более объективных факторов? С какой целью реализуются дискреционные полномочия, в чьих интересах – в интересах отдельного гражданина или государства в целом, или же вообще лица, принимающего управленческое решение?

Думается, что из-за теоретического несовершенства данное определение практически не употребляется в нормативных правовых актах и не анализируется в научной литературе.

Для полноты изложенных сведений отметим также, что легальное международное определение дискреционных полномочий содержится в Рекомендации 80 (2) Комитета Министров Совета Европы от 11 марта 1980 г. «Об осуществлении дискреционных полномочий административными органами». В данной Рекомендации сказано, что дискреционные полномочия – это «полномочия, предоставляющие административному органу определенную степень свободы при принятии решения, позволяющему ему выбрать из нескольких юридически допустимых вариантов наиболее уместный». Подобные полномочия, как отмечает Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), должны предоставляться государственным должностным лицам в силу «сложности современного общества».

В русском языке слово «усмотрение», как правило, употребляется в двух значениях. С одной стороны, усмотрение представляет собой мнение, суждение или решение по какому-либо спорному вопросу, с другой стороны – процесс формирования (принятия) данного мнения, суждения или решения. При этом в каждом из предложенных толкований подразумевается некая автономная (независимая) интеллектуальная деятельность, связанная с оценкой некоторой противоречивой ситуации и сопутствующих ей обстоятельств.

В иностранных языках для указания на аналогичную деятельность применяется термин «дискреция» (от лат. *discretio*). Понятия «усмотрение» и «дискреция», «судебное усмотрение» и «судебная дискреция», «административное усмотрение» и «административная дискреция», «полномочия по усмотрению» и «дискреционные полномочия», «реализация административного усмотрения» и «реализация дискреционных полномочий» *являются тождественными друг другу*, а потому на протяжении всей нашей работы они будут выступать как синонимы.

В российской юридической доктрине под усмотрением понимается или *свобода действий*, или *выбор решения*, или *оценка обстановки*. Каждый из этих подходов имеет свои достоинства и недостатки, своих сторонников и противников, и ни один из них, соответственно, нельзя признать универсальным. Зато разновидности усмотрения серьезных дискуссий не порождают. Считается, что есть *частное усмотрение* и *публичное усмотрение*. Частное усмотрение распадается на усмотрение физических лиц и усмотрение юридических лиц, а публичное усмотрение – на административное усмотрение и судебное усмотрение (*о месте административного усмотрения в системе публичного усмотрения см. § 1.3 настоящего диссертационного исследования*).

Дискреционные полномочия органов исполнительной власти и их должностных лиц осуществляются в нескольких формах – *правовой*, *неправовой* и *внеправовой*.

Правовое административное усмотрение возникает прежде всего тогда, когда в правовой норме наличествует несколько (т.е. не менее двух) правовых предписаний, по причине чего субъект государственного управления при упорядочивании соответствующих общественных отношений 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 различных нормах одного правового акта, либо в различных

правовых актах, но регулирующих, тем не менее, одни и те же общественные отношения.

Неправовое административное усмотрение появляется в случаях, когда должностное лицо нарушает правовую норму или правовое предписание. Данное нарушение, в свою очередь, опосредует либо административный произвол, либо административную ошибку, либо некоторый недостаток в норме или предписании при условии, что этот недостаток препятствует реализации легальных полномочий, обязанностей, прав, свобод и законных интересов. Таким образом, неправовое усмотрение *de jure* всегда правонарушение, а *de facto* – далеко не всегда. В связи с этим любое деяние в рамках данной формы административной дискреции требует тщательного анализа со стороны компетентных структур для установления виновности или невиновности совершившего его лица.

Наконец, о *внеправовом административном усмотрении* можно говорить, если определенный сегмент общественных отношений еще не охвачен правовым воздействием, из-за чего всякое публично-управленческое решение, принятое властным субъектом в границах данного сегмента, нельзя признать ни правовым, ни неправовым. Поскольку в современном мире законодатель зачастую не успевает запрограммировать или перепрограммировать перманентно усложняющиеся общественные отношения, эта форма осуществления дискреционных полномочий с каждым годом становится все более и более распространенной.

Основную проблему для теории и практики административного права и административного процесса составляют неправовое усмотрение и внеправовое усмотрение. Именно в них сосредоточены наибольшие объемы дискреционных полномочий и именно при их неправильной реализации допускаются самые серьезные и масштабные нарушения прав, свобод и законных интересов граждан.

Для определения понятия и признаков административного усмотрения необходимо обратиться к истории его происхождения. Административное усмотрение исторически возникло не как правовое явление и не в рамках юридического познания. Сперва оно было близко к религиозному институту, затем

– к этическому, и лишь потом на него обратили внимание правоведы. Далее мы подробнее изучим основные этапы становления административного усмотрения.

I. Усмотрение и религия.

По крылатому выражению немецкого философа и правоведа Карла Шмитта (*Carl Schmitt*), «все точные понятия современного учения о государстве представляют собой секуляризированные теологические понятия»[4]. Институт административного усмотрения – одно из наиболее ярких подтверждений данного правила. В настоящей части данного параграфа мы предпримем попытку обосновать этот тезис на историческом материале.

Итак, о сущности и содержании административного усмотрения ученые-правоведы начали дискутировать не позднее второй половины XIX в. Одной из стран, где споры по этим предметам стали особенно оживленными, являлась Австрия. Здесь в 1875 г. был учрежден Высший административный суд, и его практика – разрешение жалоб в сфере публичного управления – порождала немало поводов для обсуждения проблем, связанных с дискреционными полномочиями правительственных органов и их должностных лиц. Однако сколько бы ни полемизировали между собой австрийские юристы, к более или менее общему мнению они прийти не могли. Усмотрение было слишком лабильной, слишком гетерогенной материей: едва ли не в каждом судебном процессе оно обнаруживало свою новую, неведомую ранее сторону. Наконец, в 1895 г. председатель (президент) Высшего административного суда, барон Карл Лемайер (*Karl Freiherr von Lemayer*)[5] вынес своеобразный вердикт многолетним и многочисленным дебатам, провозгласив, что административное усмотрение – это «дьявольский вопрос» (*questio diabolica*)[6].

---

[4] *Шмитт К.* Политическая теология. Сборник / пер. с нем. Заключит. статья и сост. А.Ф. Филиппова. М., 2000. С. 57.

[5] По данным Ю.П. Соловья, административное усмотрение впервые (в 1894 г.) назвал «дьявольским вопросом» кенигсбергский правовед Филипп Цорн (*Carl Ludwig Philipp Zorn*). См.: *Соловей Ю.П.* О достоверности и новизне некоторых результатов современных исследований развития научных представлений об административном усмотрении и полицейском праве // Сибирское юридическое обозрение. 2025. Т. 22. № 1. С. 93–94.

[6] См.: *Евтихиев А.Ф.* Усмотрение (das freie Ermessen) администрации // Журнал Министерства юстиции. 1910. № 5. С. 77–78.

Что подразумевалось под данной сентенцией? Возможно, всего лишь прозрачное указание на то, что человек не в состоянии постичь природу административного усмотрения без помощи нечистой силы (по аналогии с трагедией Гете «Фауст», пик популярности которой пришелся на первую половину XIX в.[7]). Но в ней могли скрываться и иные смыслы, доступные лишь для людей из определенных социальных групп и ускользающие от профанов и неофитов. Продемонстрируем один из таких смыслов. По справедливому замечанию Ю.П. Соловья, слово «усмотрение» (*discretio*) с латыни переводится как «разделение, различение»[8]. Однако в латинском языке есть еще одно слово с тем же наполнением, и это слово – «дьявол» (*diabolus*, образовано от приставки «dia», означающей отделение чего-либо, и корневой основы «bolus» – «часть»[9], т.е. буквально «отделяющий части друг от друга», «расчленяющий»). Думается, что Лемайер – интеллектуал, эрудит, а также католик, которому было доподлинно известно об иезуитском способе изложения собственных мыслей – знал о каждом из упомянутых переводов и использовал в выражении «дьявольский вопрос» изощренную игру слов. В то же время вполне вероятны альтернативные толкования анализируемой фразы. Например: «дьявольский вопрос» – это проблема, расколовшая цех юристов на множество лагерей.

Впрочем, вне зависимости от того, что на самом деле имел в виду австрийский судья, его обращение к религиозной составляющей категории административного усмотрения отнюдь не случайно. Дело в том, что в отличие от языческих верований (политеизма) авраамические религии утверждали строгие правила человеческого существования – *единственно допустимые взгляды* на окружающий человека мир и детерминированные ими социально-поведенческие

---

[7] См.: *Александрова Н.К.* Тема Фауста в литературе Германии: проблема жанрового своеобразия // Многоязычие в образовательном пространстве. 2012. № 4. С. 169.

[8] См.: *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. Монография / под ред. докт. юрид. наук, проф. Р.Л. Хачатурова; докт. юрид. наук, проф. А.П. Шергина. М., 2022. С. 407.

[9] См.: *Вейсман Э.* Немецко-латинский и русский лексикон / пер. И.С. Горлицкого, И.П. Сатарова, П.П. Ильинского. СПб., 1731. С. 425.

установки (догматы, заповеди, заветы и др.). Такие правила назывались символом веры. С этимологической точки зрения, кстати, именно слово «символ» (*symbolus*, образовано от приставки «sym», означающей соединение или присоединение, и корня «bolus» – часть) являлось антонимом к слову «дьявол». В наиболее простом и обобщенном варианте идею символа веры передал русский богослов Игнатий Брянчанинов. Он говорил: «Один путь святой истины ведет во спасение, прочие пути ведут в погибель»[10]. Вот почему любые проявления дуализма, соблазняющие людей свободой выбора, в христианстве и других монотеистических религиях считались или считаются до сих пор греховными и подлежащими искоренению, а такие изначально нейтральные лексемы как «дьявол» или «демон» (в переводе с греческого – «разделяющий»[11]) стали именами собственными (нарицательными) – олицетворением врагов человеческого рода.

Наряду с этим церковь не только критиковала, но и реабилитировала (конечно, спустя длительный период времени) усмотрение вообще и административное и судебное усмотрение в частности. Полагаем, что это произошло по следующей причине. С развитием науки и техники общественные отношения непрестанно усложнялись, и для их упорядочивания все меньше и меньше годились базирующиеся на сакральных текстах нормы права. С одной стороны, они уже не охватывали всего многообразия видов и форм общественных отношений. С другой стороны, данные нормы нельзя было *ни изменить*, *ни отменить*, *ни дополнить* из-за их божественного происхождения. Налицо была патовая ситуация – законодательный тупик. А выход из него напрашивался только один – наделить законодателя и (или) правоприменителя дискреционными полномочиями, позволяющими адаптировать старые правовые нормы к новым жизненным реалиям. В этом плане весьма любопытны исследования А.А. Никитина, который одним из первых (если не первым) из отечественных

---

[10] Цит. по: *Лозинский С.В*. Духовная жизнь мирянина и монаха по творениям и письмам епископа Игнатия (Брянчанинова). М., 1997. С. 23.

[11] См.: *Шанский Н.М*., *Боброва Т.А*. Школьный этимологический словарь русского языка. 5-ое изд., стереотип. М., 2002. С. 70.

ученых признал «роль усмотрения в преодолении архаичности религиозного права»[12].

К сожалению, А.А. Никитин не задался вопросом: почему отдельные лица, пусть даже агенты или представители верховной власти, в некоторый период времени начинают выборочно применять или произвольно толковать священные предписания, и это не вызывает протестов ни у церковных иерархов, ни у населения соответствующего государства? Между тем ответ на данный вопрос проливает свет как на генезис усмотрения, в т.ч. административного и судебного, так и на его природу. И здесь хочется остановиться на нескольких принципиальных моментах. Во-первых, к усмотрению при реализации или толковании религиозно-правовых норм прибегали исключительно *пророки*, т.е. такие люди, которые умели контактировать с божественными силами (например, пророк Мухаммед в исламе), а значит, с позиции верующих усмотрение подобного свойства оказывалось не усмотрением, а полученным свыше откровением (пророчеством). Во-вторых, наравне с пророками существовали и лжепророки, по злому умыслу или недомыслию искажающие религиозные каноны, причем лжепророков всегда было больше, чем истинных пророков. В-третьих, для отделения пророков от лжепророков средневековые теологи разработали специальную процедуру – *discretio spirituum* (с лат. «различение духов» или «распознавание духов»[13]). Расскажем о ней подробнее.

Процедура *discretio spirituum* давала возможность судам и администрациям понять, действительно ли некоторое лицо является пророком. Как полагала профессор Квинслендского университета Сара Фербер (*Sarah Ferber*), «распознавание духов» есть «процесс определения подлинного божественного вмешательства. На вершине этой лестницы подлинности находятся настоящие чудеса, а в самом низу – сомнительные области человеческого мошенничества или,

---

[12] *Никитин А.А.* Правовое усмотрение: теория, практика, техника: дис. … докт. юрид. наук. Саратов, 2021. С. 302.

[13] См.: Communicating with the Spirits / edited by Éva Pócs and Gábor Klaniczay. Hungary, 2005. P. 21–154.

что еще хуже, дьявольские имитации Божьих творений, которые, к сожалению, могут сбить верующих с пути»[14]. Иначе говоря, свидетельством богоизбранности традиционно выступали умения исцелять людей или делать сбывающиеся предсказания, а в более редких случаях – открытие стигматов; доказательством ереси – уличение в занятиях колдовством или в связях с нечистой силой, одержимость, обман верующих. Вместе с тем каких-либо четких критериев выдвинуто не было, поскольку, как проповедовал святой Кассиан Римлянин (*Ioannes Cassianus*), для «различения духов» достаточного лишь одного дара человеку – *дара рассудительности*[15]. Таким образом, несмотря на кажущуюся элементарность процедуры *discretio spirituum*, с ней связаны целые средневековые эпохи (охота на ведьм), исторические личности (Жанна д'Арк, к которой была применена *discretio spirituum*[16]), а также множество социальных институтов и юридических категорий.

Какую роль сыграла обсуждаемая процедура для становления административного и судебного усмотрения? По нашему мнению, крайне существенную. Прежде всего само возникновение *discretio spirituum* являлось частичной секуляризацией дискреции, т.е. допущением церковной властью того, что не только Бог, но и некоторые лица вправе толковать, дополнять и даже игнорировать божественные предписания, хотя и от Его имени. Параллельно с этим признавалось то, что человеческое усмотрение может быть как негативным (отрицательным), т.е. провоцирующим попадание человека в сети греха, так и позитивным (положительным), способствующим, например, передаче дискреционных полномочий достойным (избранным) людям. В результате этого институт веры в высшие силы эластично трансформировался в институт доверия к отдельным лицам. Такое доверие отличалось от веры тем, что зиждилось не на иррациональных, а на рациональных (по крайней мере, формально) началах: чтобы

---

[14] *Ferber S.* Demonic Possession and Exorcism in Early Modern France. Routledge, 2004. P. 10.

[15] См.: *Фокин А.Р.* Духовная рассудительность у преподобного Иоанна Кассиана и в западной аскетической традиции V–VI вв. // Христианское чтение. 2018. № 5. С. 65.

[16] См. об этом: *Тогоева О.И.* Формирование культа святой Жанны д'Арк и политическая культура Франции: XV–XIX вв.: дис. … докт. ист. наук. М., 2013. С. 131–151.

его заслужить, нужно было доказать свою избранность каким-либо поразительным действием – чудом. Наконец, степень доверия, т.е. конкретные объемы дискреционных полномочий (*о термине «объемы дискреционных полномочий см. § 1.3 настоящего диссертационного исследования*), которые могли быть возложены на испытуемое лицо (потенциального пророка), зависела пусть от приблизительного, но все же логичного и убедительного для тогдашнего религиозного сознания критерия – того, насколько сверхъестественным окажется это чудо.

Экстраординарные требования, предъявляемые к пророкам, обуславливались их статусом – принадлежностью к государственной (обыкновенно верховной) власти или элите общества, правом на принятие важнейших управленческих решений. Считалось, что нельзя вручать свою судьбу, судьбу своей семьи, своего города и своей страны в руки тех, кому не доверяешь. Эту нехитрую мысль нелишне вспоминать и в наши дни.

II. Усмотрение и этика.

Предыдущая часть настоящего параграфа открывалась кратким рассказом о споре по поводу сущности административного усмотрения, разгоревшимся в последней четверти XIX в. в Австрии. Здесь же в качестве зачина хочется вспомнить про другой спор по близкому вопросу, произошедший на полвека позже в трансграничном пространстве. В конце 1930-х – начале 1940-х гг. в академической периодике развернулись дебаты между профессором Лондонского университета Германом Файнером (*Herman Finer*) и профессором Гарвардского университета Карлом Фридрихом (*Carl Joachim Friedrich*), предметом которых выступили виды и формы контроля за административным усмотрением государственных служащих. Профессор Файнер утверждал, что контроль за дискреционной деятельностью органов исполнительной власти должен быть исключительно *внешним* и *правовым*, тем самым отдавая предпочтение нормам закона и контрольным процедурам. Профессор Фридрих, напротив, отстаивал необходимость *внутреннего* и *неправового* контроля, ориентирующего чиновников на соблюдение этических норм, профессиональных стандартов и организационной

культуры[17]. Некоторое время спустя позицию первого стали называть «этикой следования правилам» (англ. *compliance-based model*, досл. «модель, основанная на требованиях»), позицию второго – «этикой ответственности» (англ. *integrity-based model*, досл. «модель, основанная на добропорядочности»)[18]. Так был дан старт масштабной дискуссии об этическом измерении свободы действий публичной администрации.

В 1943 г. увидела свет статья профессора Университета Рузвельта в Чикаго Уэйна Лейса (*Wayne A.R. Leys*) «Этика и административное усмотрение». В ней ученый размышлял о связях между государственным управлением и этикой и приходил к выводу о том, что этика – это искусство совершать мудрый выбор, которое не может не пригодиться тем, кто принимает публично-властные решения в условиях правовой неопределенности. Применительно к исполнительно-распорядительной деятельности, по мнению профессора Лейса, такая неопределенность детерминирует обособление трех видов дискреции:

1) *техническое усмотрение* – выбор средств для достижения конкретного результата (законодатель заранее устанавливает цель действия и критерий, при наступлении которого должно начаться это действие, но оставляет должностному лицу свободу в определении самого действия);

2) *усмотрение при планировании* (социальном планировании) – выбор средств для достижения желаемого результата, а также момента, при котором следует использовать эти средства (законодатель предписывает только конечную цель управленческого действия) – *подробнее об усмотрении при планировании см. § 2.3 настоящей диссертации*;

3) *усмотрение по примирению* – возможность самостоятельного выбора нужного результата (возникает в тех случаях, когда парламент находится в политическом тупике, не позволяющем сформулировать единое и универсальное

---

[17] См.: Handbook of Theories of Public Administration and Management / edited by Thomas A. Bryer. Cheltenham, 2021. P. 31.

[18] См.: Государственная политика и управление. Учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / В.М. Васильева, Е.А. Колеснева, И.А. Иншаков. М., 2017. С. 227.

правило поведения из-за неугасающего конфликта нескольких социальных групп или публичных интересов)[19].

Разумеется, классификация видов административной дискреции, предложенная профессором Лейсом, не являлась строго авторской, а опиралась на исследования его предшественников. Например, усмотрение по примирению было изучено в книге «Государственное управление и общественные интересы» (1936 г.), принадлежащей перу профессора Гарвардского университета Е. Пендлтона Херринга (*E. Pendleton Herring*)[20]. В этом труде обосновывался тезис о том, что бюрократия вправе вырабатывать политические цели и осуществлять политические функции, *опережая запросы* общества или его части[21]. Однако несомненной заслугой профессора Лейса стала успешная попытка охарактеризовать и дифференцировать административное усмотрение в этических категориях.

Но вернемся к контролю за административным усмотрением. Несмотря на то, что правовой (прежде всего – судебный) контроль за реализацией дискреционных полномочий порождает некоторые проблемы теоретического свойства[22], установление его общих контуров (природы и содержания) не вызывает серьезных сложностей. Понятно, что с юридической точки зрения дискреционное решение должно удовлетворять требованиям законности и (или) целесообразности. Значительно труднее ответить на другой вопрос: чему (каким требованиям)

---

[19] См.: *Leys W.A.R.* Ethics and Administrative Discretion // Public Administration Review. 1943. Vol. 3. № 1. P. 18–23.

[20] См.: *E. Pendleton Herring*. Public Administration and the Public Interest. New York, 1936. 416 p.

[21] Подробнее об этом см.: *Зайцев Д.И.* Административное усмотрение в зарубежной науке: политико-правовые аспекты // Роль права в обеспечении благополучия человека. Сборник трудов XX Международной научно-практической конференции «Кутафинские чтения» и XXII Международной научно-практической конференции юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова: в 5 ч. Ч. 5. М., 2022. С. 223–226.

[22] Подробнее об этом см.: *Зайцев Д.И.* Административное усмотрение в зарубежной науке: теоретико-правовые аспекты // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права (Сорокинские чтения). Сборник статей по материалам международной научно-практической конференции, посвященной памяти доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации, заслуженного юриста Российской Федерации Аврутина Юрия Ефремовича в связи с 75-летием со дня рождения / под общ. ред. А.И. Каплунова. СПб., 2022. С. 200–203.

обязано соответствовать данное решение в неправовом – *этическом* – ракурсе?

Здесь надо сделать небольшое отступление. Возможностью поступать по своему усмотрению обладают не только государственные служащие, но и врачи, адвокаты, бухгалтеры, инженеры, специалисты в других профессиональных областях. Как ни странно, но этическое объяснение этой возможности практически дословно воспроизводит ту средневековую логику, которую мы озвучили выше. Так, ассистент Университета Аляски в Анкоридже Терренс Келли (*Terrence M. Kelly*) отмечает, что дискреционные полномочия у вышеперечисленных лиц появляются благодаря особой этической категории – *доверию*. Граждане доверяют свое здоровье врачам, дела и интересы – юристам, свободу – адвокатам, финансовое благополучие – экономистам, безопасность зданий и сооружений – архитекторам, законность и правопорядок – судьям, прокурорам, полицейским. Почему речь идет именно о доверии? Потому что граждане не имеют профессиональных знаний ни в одной из указанных областей и не могут проверить, например, насколько хорошо ведет их бизнес финансовый управляющий.

Следующий аспект штудируемой проблемы – «размеры» усмотрения. По аналогии легко догадаться, что они зависят от степени доверия к тому, кто принимает дискреционные решения. Так, пациенты с высоким уровнем доверия к своим врачам предоставляют им почти неограниченные объемы дискреционных полномочий. Идентичная картина наблюдается в сферах юридических и финансовых услуг, инженерном деле и т.д.[23]

Что же касается государственных служащих, то они взаимодействуют с самой внушительной «группой» граждан – с общественностью, поэтому административное усмотрение в первую очередь опирается на *общественное доверие*. Эта разновидность доверия заключается в ожидании гражданами того, что реализация дискреционных полномочий будет происходить в согласии с буквой или, что более вероятно, духом закона (иностранные авторы нередко подчеркивают, что административное усмотрение «регламентируется» не буквой,

[23] См.: *Kelly T.M.* Professional ethics: a trust-based approach. Lanham, 2018. P. 22, 31.

а духом закона[24]). Если же, как полагает профессор колледжа Льюиса и Кларка Дуглас Морган (*Douglas F. Morgan*), чиновники станут прибегать к «организационным уловкам», чтобы избежать исполнения своих обязанностей или требований общественности, то население непременно воспримет это как *нарушение общественного доверия*[25].

Вместе с тем было бы ошибкой утверждать, что оправдание общественного доверия является единственным критерием этичности административного усмотрения. В сущности, о доверии населения можно говорить лишь при техническом усмотрении, т.к. усмотрение по планированию уже опосредует доверие вышестоящих должностных лиц, а усмотрение по примирению – доверие парламента. Кроме того, доверие нельзя интерпретировать в качестве строго этического феномена – оно наличествует *как юридическая категория* во многих отраслях права (утрата доверия в конституционном праве, злоупотребление доверием в уголовном праве, фидуциарные сделки в гражданском праве и т.д.[26] Таким образом, *этико-правовое выражение* реализации дискреционных полномочий кристаллизуется в институте доверия – доверия общества, а также представителей исполнительной и законодательной власти к лицам, которые принимают управленческие решения.

На наш взгляд, иногда важнее сохранить доверие, чем соблюсти закон. Нарушая закон, чиновник дискредитирует лишь самого себя; нарушая доверие, он делегитимизирует сам закон, а значит, подрывает авторитет верховной власти. Исторически именно такие случаи провоцировали самые страшные социальные потрясения – бунты, мятежи, перевороты, революции. Поэтому агенты исполнительной власти никогда не должны исчерпывать свободой своих действий кредит народного доверия.

---

[24] См., напр.: *Cane P.* Administrative Law. 5th edn. New York, 2011. P. 140.

[25] См.: *Morgan Douglas F.* Varieties of Administrative Abuse: Some Reflections on Ethics and Discretion // Administration & Society. 1987. Vol. 19. Iss. 3. P. 269.

[26] См., напр.: *Аюшеева И.З.*, *Сойфер Т.В.* К вопросу о доверии в гражданском праве // Lex Russica. 2022. Т. 75. № 11. С. 9–20; *Комарова В.В.* Конституционно-правовая доктрина «Доверие» в научной школе российского конституционализма // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 6. С. 29–38.

III. Усмотрение и право.

В западной теории права есть две фундаментальные проблемы, связанные с административным усмотрением и не нашедшие сколько-нибудь удовлетворительного разрешения на протяжении последних столетий.

Первая из них – *административное усмотрение и верховенство закона*. Отправной точкой здесь может послужить знаменитая работа английского юриста А.В. Дайси (*A.V. Dicey*) под названием «Основы государственного права Англии» (1885 г.). В ней утверждается, что господство права в Великобритании «исключает всякий произвол, прерогативу или даже широкую дискреционную власть в руках правительства»[27]. Впоследствии данный признак «интернационализировался», став неотъемлемым атрибутом любого правового государства.

Почему между усмотрением и законностью возникают антагонистические противоречия? По мнению профессора Кеннета Калпа Дэвиса (*Kenneth Culp Davis*)[28], ответ на этот вопрос лежит на поверхности и заключается в том, что «значительная часть дискреционных полномочий является незаконной либо сомнительной по своей законности»[29] (в данной позиции нет негативного оттенка, т.к. профессор Дэвис признает также и то, что именно неформальные дискреционные полномочия представляют собой жизненную силу административного процесса[30]). Таким образом, законодателю приходится выбирать что-то одно: или жесткую дисциплину в деятельности исполнительных органов публичной власти, или гибкость, оперативность и эффективность администрации.

Поскольку в XX в. большинство государств остановилось на втором варианте, автономия чиновников начала угрожать национальным правопорядкам.

---

[27] См.: *Дайси А.В.* Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской Конституции / пер. с 3-го английского издания О.В. Полторацкой под ред. П.Г. Виноградова. СПб., 1891. С. 152.

[28] Профессор Дэвис известен в США как «отец административного права» и наиболее авторитетный специалист по проблемам административного усмотрения. Преподавал в ведущих американских университетах – Гарвардском, Чикагском, Техасском и др.

[29] *Davis K.C.* Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry. Westport, 1980. P. 4.

[30] См.: *Davis K.C.* Administrative Law: Cases, Text, Problems. 6th ed. St. Paul, 1977. P. 440.

Профессор Университета Торонто Джозеф Хит (*Joseph Heath*) объясняет эту опасность на следующем примере. Уголовный закон охватывает собой обширнейший массив общественных отношений в сфере преступления и наказания, однако почти не затрагивает такую их область, как функционирование исправительных учреждений (эта область регулируется административным правом). В результате на «откуп» тюремных администраций отдаются настолько важные вопросы, что фактически именно они (а не суд) определяют строгость уголовной репрессии. «Существование этих крупных административных бюрократий, – резюмирует профессор Хит, – есть неприкрытый вызов верховенству закона»[31].

Вместе с тем встречается и противоположная точка зрения. Профессор Колумбийского колледжа искусств и наук Джеффри Брэнд (*Jeffrey Brand*) обращает внимание на то, что некоторые авторы критикуют верховенство закона за его несовместимость с административным усмотрением[32].

В целом же очевидно, что публичная власть сегодня не может отказаться ни от связанности правом, ни от свободы выбора надлежащего действия (бездействия), принадлежащей административным структурам.

К сожалению, баланс между дискрецией исполнительной власти и господством права до настоящего времени не найден. Но необходимость его поиска сохраняется и осознается научным сообществом. Как полагал профессор Новой школы социальных исследований Александр Хаим Пекелис (*Alexander Haim Pekelis*)[33], «отношение между усмотрением и правилом не статично. Это живое и вечно обновляющееся отношение между творцом и творением. Вывести данное отношение в полный свет политического сознания – вот задача юриста сегодня»[34].

---

[31] *Heath J.* The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State. New York, 2020. P. 255.
[32] См.: *Brand J.* Philosophy of Law: Introducing Jurisprudence. London, 2013. P. 28–29.
[33] Уроженец Российской Империи, эмигрировавший в Западную Европу после революции 1917 г. В 1941 г. переехал в США, где стал первым главным редактором журнала Columbia Law Review иностранного происхождения. В советской и постсоветской России предан забвению.
[34] *Pekelis A.M.* Administrative Discretion and the Rule of Law // Social Research. 1943. № 1. P. 37.

Вторая проблема – *судебный контроль за административным усмотрением*. В сущности, данная проблема опосредует предыдущую: если, как было сказано ранее, дискреция находится вне правового поля, то как (или на каком основании) суд будет проверять законность действий, совершенных в рамках дискреционных полномочий?[35] Профессор Йельского университета Джерри Л. Машоу (*Jerry L. Mashaw*) по этому поводу отмечает, что действия должностных лиц, не влекущие за собой иск, предметом которого выступают общеправовые категории (деликты, контракты, собственность и пр.), являются «юридически невидимыми» для судебной юрисдикции[36].

С другой стороны, если суды не вправе оценивать указанные действия, то как иначе гражданам защищаться от административного произвола? Это, констатирует профессор Гарвардского университета Кристофер Эдли-мл. (*Christopher Edley Jr.*), «равносильно союзу судебной власти с исполнительной, что подрывает систему сдержек и противовесов и отменяет любую прямую судебную ответственность за качество правительственных действий»[37].

Означенная дилемма пока не преодолена зарубежной юридической наукой, но некоторые подходы к ее «разгадке» уже выработаны. Считается, что судебный контроль за усмотрением государственных служащих не только допустим, но и необходим; он установлен во многих странах[38]. Но при этом, как подчеркивает профессор Колледжа Уильяма и Мэри Чарльз Коч-мл. (*Charles Koch Jr.*), суд должен понимать, что свобода требуется органам исполнительной власти в том числе и для того, чтобы допускать ошибки, поэтому следует отличаться

---

[35] Более узкий вопрос в рамках заданного – каковы пределы (границы) судебного вмешательства в решения администрации? Однако это сугубо отраслевая задача, и справиться с ней инструментарием теории права нельзя.

[36] См.: *Mashaw J.L.* Creating the Administrative Constitution: the Lost one hundred years of American administrative law. New Haven, 2012. P. 4-5.

[37] *Edley Jr. C.F.* The Governance Crisis, Legal Theory and Political Ideology // Duke Law Journal. 1991. № 3. P. 600.

[38] См., напр.: *Соловей Ю.П.* Судебный контроль за административным усмотрением // Ежегодник публичного права. Административный процесс. 2015. С. 280–289.

сдержанностью (часто – крайней сдержанностью) при разрешении соответствующих дел[39].

Как видим, каждая из рассмотренных проблем сводится к обнаружению «золотой середины» между взаимоисключающими, но в более или менее равной степени нужными для государства и общества категориями. Соответственно, основным критерием при поиске оптимального соотношения будет являться то, от каких публичных благ государство и общество готовы отказаться, а от каких – не готовы.

Теперь необходимо сделать маленькую оговорку. Как в отечественной, так и в зарубежной юридической литературе презюмируется, что усмотрение и право есть или полные антиподы, или, по крайней мере, различные категории, имеющие в своей природе и общее, и особенное. Между тем истории известны такие моменты или периоды, при которых они являлись *буквально одним и тем же* (в точном соответствии с принципами диалектики), поэтому всецело согласиться с этим постулатом нельзя. Яркий пример – абсолютная монархия. При этой форме правления государство управляется законами, но сами законы принимаются монархом по собственному усмотрению, в рамках безграничных дискреционных полномочий. Так, при описании эпохи Петра I Великого Е.А. Юртаева подчеркивает, что в то время «законом требовалось считать любое или всякое повеление, исходящее от власти (как императора, так и уполномоченных им лиц и учреждений)»[40]. Как видим, абсолютизм растворяет друг в друге дискрецию и право до такой степени, когда их оказывается совершенно невозможно дифференцировать.

Тем не менее, для последних столетий, конечно, усмотрение есть нечто такое, что скорее противостоит законности, нежели обеспечивает или сопровождает ее. Для нас это утверждение имеет в основном методологическую ценность: если мы

---

[39] См.: *Koch Jr. C.H.* Judicial Review of Administrative Discretion // College of William & Mary Law School. Faculty Publications. 1986. № 4. P. 470.

[40] *Юртаева Е.А.* К пониманию закона в дореволюционной России // Журнал российского права. 2010. № 9. С. 86.

знаем, что усмотрение и право являются полярными категориями, то для определения первого достаточно лишь дефинировать второе.

В юридической науке существует концепция правопонимания, которая поможет нам развить и дополнить те гипотезы, которые были изложены в предыдущих частях нашего исследования. Она не имеет общепринятого наименования, хотя довольно проста и вместе с тем самобытна, а заключается в том, что *право рождается из-за недоверия между людьми* и репрезентует собой степень этого недоверия. Например, русский философ Н.А. Бердяев констатировал следующее: «Всякий правовой строй есть узаконенное недоверие человека к человеку, вечное опасение, вечное ожидание удара из-за угла»[41]. Эту линию продолжал профессор Гентского университета Марк ван Хук (*Mark van Hoecke*): он доказывал, что «право <…> основано на недоверии к человеческому поведению»[42]. Цитаты подобного толка можно приводить дальше и дальше, но вряд ли в этом имеется настоятельная нужда, потому что все они, в общем-то, самоочевидны. Ведь и так понятно, что для доверительных отношений жесткие правила не требуются, они им только вредят. Однако приятно увидеть, что мы в очередной раз возвращаемся к исходному пункту: поскольку право – это степень недоверия, то усмотрение – это степень доверия, и чем больше в человеческом обществе одного, тем меньше другого.

Надо сказать, что представленный взгляд на сущность дискреции косвенным образом обнаруживается и в современных российских работах. Так, в 2019 г. Л.А. Шарнина защитила докторскую диссертацию на тему «Усмотрение в конституционном праве», в которой затрагивались и административное, и судебное усмотрение. В диссертации, в частности, признавалось, что если фактор доверия к должностному лицу по каким-либо мотивам перестает учитываться, то «дискреционное начало полностью снимается»[43]. В другом монографическом

---

[41] *Бердяев Н.А*. Философия свободы. Смысл творчества. М., 1989. С. 481.
[42] *Марк ван Хук*. Право как коммуникация / пер. с англ. М.В. Антонова и А.В. Полякова. СПб., 2012. С. 47.
[43] См.: *Шарнина Л.А*. Усмотрение в конституционном праве: дис. … д-ра юрид. наук. М., 2019. С. 183.

исследовании того же автора встречалась и сформулированная выше мысль о том, что для оказания доверия должностному лицу и наделения его дискреционными полномочиями нужно, чтобы это лицо соответствовало конкретным критериям. «Доверие, – справедливо писала ученый, – основано на комплексной оценке качеств: профессиональных и личных»[44]. Жаль, что в целом Л.А. Шарнина не акцентировала своего внимания на корреляции между правом и недоверием и усмотрением и доверием, а коснулась этой проблемы несколько периферийно, ибо в противном случае, вне всякого сомнения, могли бы получиться интересные выводы.

В чем состоит ценность нашего подхода к административному усмотрению?

Во-первых, мы начинаем воспринимать его более гибко. По верному замечанию П.П. Серкова, для дискреции органов исполнительной власти онтологически свойственен дуализм: ее реализация может повлечь за собой как положительные, так и отрицательные последствия[45]. Более того, добавим уже от себя, что одно и то же действие в рамках административного усмотрения может обуславливать незначительные негативные и значительные позитивные результаты одновременно – и наоборот. В таких случаях очень сложно уяснить, являлось ли дискреционное решение законным или незаконным, целесообразным или нецелесообразным, и, следовательно, какая ответственность (позитивная или негативная – награда или наказание) должна наступить после претворения этого решения в жизнь. Если же говорить о категории доверия, то она не имеет строгой привязки к юридической ответственности, поскольку само по себе оказание доверия некоторому лицу предполагает, что это лицо обладает определенным диапазоном действий, из которых может быть выбран отнюдь не лучший вариант. Иначе говоря, при интерпретации дискреции как доверия лицу автоматически гарантируется право на ошибку. Здесь вспоминается, что профессор колледжа Уильяма и Мэри Чарльз Коч-младший (*Charles Koch Jr.*), рассуждая о судебном

---

[44] *Шарнина Л.А.* Категория усмотрения в конституционном праве. Монография. М., 2017. С. 107.
[45] См.: *Серков П.П.*, *Соловей Ю.П.* Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. 2022. Т. 19. № 4. С. 377.

контроле за реализацией административного усмотрения, склонялся к схожей позиции. По его словам, судьи должны понимать, что свобода действий дается органам исполнительной власти в том числе для того, чтобы ошибаться[46].

Во-вторых, крайне важна степень доверия, определяющая объемы дискреционных полномочий (*подробнее о них см. § 1.3 данной диссертации*). Если мы не будем ее учитывать, то рано или поздно придем к тому, что усмотрение федерального министра и усмотрение рядового министерского специалиста – это одно и то же.

Впрочем, и усмотрение лиц, занимающих одинаковые должности в разных ведомствах, может быть различным.

Если лицо служит в органе исполнительной власти позитивной (административно-процедурной) направленности, то его деятельность так или иначе будет связана с непосредственным обеспечением прав и свобод граждан (консультациями населения по различным вопросам, выдачей различных документов, оказанием иных публичных услуг). Следовательно, его дискреционные полномочия будут ориентированы на поиск *наиболее лучшего решения*: сокращения срока ожидания предоставления публичной услуги (при наличии такой возможности), разъяснения наиболее эффективного способа получения определенного документа и т.д. Иначе говоря, гражданин в любом случае получит пользу от общения с должностным лицом, но задача должностного лица в данной ситуации будет заключаться в том, чтобы эта польза была максимальной для гражданина.

Для органов исполнительной власти негативной (административно-юрисдикционной) направленности, напротив, характерно ограничение прав и свобод граждан, поэтому усмотрение их должностных лиц должно заключаться в поиске *наименее худшего решения*. Например, если гражданин содержится в местах лишения свободы, то практически любое решение должностного лица будет приносить гражданину вред, т.к. оно так или иначе будет умалять его права и

---

[46] См.: *Koch Jr. C.H.* Judicial Review of Administrative Discretion // College of William & Mary Law School. Faculty Publications. 1986. № 4. P. 470.

свободы. В данном случае должностное лицо должно ориентироваться на то, чтобы в рамках реализации своих дискреционных полномочий причинить гражданину наименьший вред из возможных.

Наряду с этим при негативном государственном управлении во главу угла всегда будут ставиться риски, т.е. такие факторы, которые неизбежно повлекут за собой отрицательные последствия. Поэтому для эффективного осуществления своих функций сотрудник Министерства внутренних дел, к примеру, обязан пользоваться бóльшим доверием и бóльшими дискреционными полномочиями, нежели работник Министерства культуры (*подробнее об этом см. § 2.2 нашей диссертации*).

В-третьих, нельзя забывать про критерии, которым должно соответствовать должностное лицо для наделения его дискреционными полномочиями. Они могут быть *объективными* (образование, опыт, физические качества и физическая подготовка) и *субъективными* (психологическая совместимость с руководством или коллективом). Но, к сожалению, вряд ли эти критерии когда-либо будут полностью формализованными. В первой части данного параграфа при описании процедуры *discretio spirituum* было показано, что само их установление порой производится выборочно, дискреционно, по каким-то условным или маловразумительным признакам. Так было сотни лет назад, так происходит и сейчас.

Таким образом, научная концепция, характеризующая административное усмотрение как доверие (степень доверия), обладает не только богатой, уходящей в далекое прошлое историей, но и практической применимостью к общественным отношениям, складывающимся в сфере государственного управления. По этой причине она может составить серьезную конкуренцию другим концепциям подобного рода.

Далее необходимо сделать выводы.

В науке права наличествуют три общефилософские категории, которые не имеют непосредственного отношения к юридической материи, однако давно и безоговорочно признаются юристами «своими». Это свобода, справедливость и

доверие. Первая и вторая категории близко знакомы российским правоведам, а третья до настоящих дней пребывает в тени. Ввиду этого нет ничего удивительного в том, что административное усмотрение неоднократно определяли и через свободу, и через справедливость, но ни единого раза – *через доверие*. Но все эти недостатки есть постоянные спутники любой идеи-первопроходца, и если в ней все же присутствует рациональное зерно, то по прошествии времени они отправляются в небытие, уступая место честному, чистому знанию.

На наш взгляд, в последние годы любое научное апеллирование к категории доверия более чем уместно. 14 марта 2020 г. был принят Закон Российской Федерации о поправке к Конституции РФ № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти»[47]. Этот закон дополнил конституцию статьей 75^1, согласно которой в нашей стране создаются условия *для взаимного доверия государства и общества*[48]. В этом плане можно только приветствовать любые юридические исследования доверия. Что же касается административного усмотрения, то думается, что его в полной мере можно толковать и реализовывать как степень доверия, и это существенно укрепит конституционной строй Российского государства.

Таким образом, ***административное усмотрение представляет собой определенную степень доверия, которая оказывается субъекту исполнительной власти в условиях правовой неопределенности со стороны вышестоящего субъекта или общества в целях полного и оперативного обеспечения публичных интересов.***

Основным признаком административного усмотрения является его дуализм (двойственность), который выражается в том, что в рамках своих дискреционных полномочий субъект исполнительной власти может как оправдать оказанное ему доверие, т.е. принять наиболее целесообразное с

[47] См.: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1416.
[48] См.: Конституция Российской Федерации // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://pravo.gov.ru/ (дата обращения: 20.11.2024).

точки зрения обеспечения публичных интересов управленческое решение, так и не оправдать доверие, приняв такое решение, которое обеспечивает публичные интересы лишь частично или противоречит им.

§ 1.2. Интегративные подходы к административному усмотрению

Усмотрение является *междисциплинарной (межнаучной) категорией*. Оно изучается не только юриспруденцией, но и философией, этикой, политологией, экономикой и многими другими социально-гуманитарными науками. В каждой отрасли знаний вырабатываются свои взгляды на дефиницию усмотрения, его виды, признаки и формы реализации. Вместе с тем этот поиск не ведется изолированно. Труды специалистов из разных академических областей не только пересекаются между собой, но и опираются друг на друга, образуя комплексные, интегративные подходы к административному усмотрению. Далее мы рассмотрим *основные интегративные подходы* – политико-правовой, философско-правовой и экономико-правовой.

Однако сначала отметим, что некий исходный труд, посвященный административному усмотрению, путеводная ценность которого являлась бы общепризнанной и от материнского лона которого отталкивались бы все последующие изыскания, до настоящего времени не создан[49]. В этом плане ученые, изучающие дискреционные полномочия органов исполнительной власти и их должностных лиц, сравнительно автономны. У них нет ощущения того, что они, по выражению французского философа Бернара Шартрского (*Bernard de Chartres*), всего лишь «карлики, сидящие на плечах гигантов»[50] (т.е. своих предшественников – великих правоведов прошлого); напротив, они чувствуют себя едва ли не

[49] Применительно к судебному (судейскому) усмотрению такого свойства роль играет работа Председателя Верховного Суда Израиля в 1995–2006 гг. Аарона Барака (*Aharon Barak*) «Судейское усмотрение». См.: *Барак А*. Судейское усмотрение / пер. с англ. М., 1999. 376 с.
[50] См: *Эко У*. Полный назад! / пер. с ит. Е. Костюкович. М., 2012. С. 571.

основателями академических династий – первопроходцами, прокладывающими знаниевую колею сквозь непролазный информационный бурелом. И это состояние, вне всяких сомнений, благоприятствует организации онтологического поиска, проведению первичной диагностики и обнаружению общих закономерностей.

Вместе с тем отсутствие единого теоретического фундамента или хотя бы краеугольного камня провоцирует наступление побочных, негативных эффектов. Главный из них – предметная и методологическая сепарация: каждый ученый анализирует только те области, которые видятся ему наиболее перспективными, и только теми средствами, которые он считает самыми плодотворными. По этой причине результаты, полученные разными исследователями, оказываются подчеркнуто изолированными, практически не имеющими точек пересечения и узлов экстраполяции. В таких поистине симптоматичных условиях можно говорить о совершенствовании индивидуальной мысли, но не о развитии науки как высшей формы коллективной когниции (наука здесь стоит на месте, напоминая воз из басни И.А. Крылова «Лебедь, Щука и Рак»[51]). Очевидно, что для выхода из сложившейся ситуации специалистам в затронутой сфере требуется сделать шаг назад – шаг навстречу друг другу.

И этот шаг был сделан. В 2022–2023 гг. на страницах научного журнала «Сибирское юридическое обозрение» развернулась фундаментальная дискуссия, посвященная проблемам сущности и реализации дискреционных полномочий. Роль вдохновителя и инициатора данной дискуссии взял на себя Ю.П. Соловей – профессор, отдавший разработке означенных проблем более 40 лет жизни. Участие в обсуждении приняла целая плеяда отечественных юристов – П.П. Серков, С.А. Старостин, О.Н. Шерстобоев, С.В. Щепалов и др.[52] Каждый из уважаемых коллег поведал о собственном взгляде на отдельные спорные вопросы, а в

---

[51] См.: *Крылов И.А*. Басни. Полное собрание. Пг., 1915. С. 119–120.

[52] См., напр.: *Серков П.П.*, *Соловей Ю.П.* Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. 2022. Т. 19. № 4. С. 374–383; *Старостин С.А*. В продолжение дискуссии об административном усмотрении// Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 2. С. 145-157; *Щепалов С.В*. Об истоках административного и судебного усмотрения в российской административно-юрисдикционной деятельности // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 3. С. 297–312.

некоторых случаях и произвел академический зондаж концепций своих товарищей по цеху. Однако нельзя исключать того, что для витализации и углубления дискуссии придется отступить еще дальше, на позиции, занятые многие десятилетия назад, с целью не только вникнуть в них, но и ревизовать их. Именно об этих позициях (подходах) мы поговорим далее.

I. Политико-правовой подход к административному усмотрению.

В западных социальных науках административное усмотрение воспринимается не столько как сугубо юридический (административно-правовой) или исключительно политический феномен, сколько как институт, занимающий промежуточное положение между ними. Так, профессор Университета Святого Томаса в Канаде Патрик Малколмсон (*Patrick N. Malcolmson*) презюмирует, что дискреция государственных служащих – это «одна из серых зон, в которых различие между политикой и администрацией размыты»[53].

В чем выражается политико-правовая сущность административного усмотрения?

С одной стороны, отмечает профессор Университета штата Теннеси Джоан Джибран (*Joan M. Gibran*), при демократическом политическом режиме парламент сознательно провоцирует «законодательную расплывчатость» (т.е. правовую неопределенность) с целью обеспечения плюрализма мнений и гипотетической возможности достижения консенсуса по некоторым вопросам[54]. В результате этого правительственные чиновники и «наделяются» – пусть опосредованно, но весьма обширно – дискреционными полномочиями.

Профессора Тилбургского университета Юрген Портер (*Jurgen de Poorter*), Эрнст Хирш Баллин (*Ernst Hirsch Ballin*) и Саския Лаврайсен (*Saskia Lavrijssen*) выдвигают более очевидный, хотя и близкий по смыслу, аргумент. По их мнению, формула «усмотрение как политика» рождается главным образом из-за того, что

---

[53] См.: Encyclopedia of Public Administration and Public Policy / edited by David Schultz. New York, 2004. P. 5.

[54] См.: Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance / edited by Ali Farazmand. Cham, 2018. P. 142.

законодатель не может предугадать все случаи применения какого-либо закона, поэтому специально делегирует свободу выбора надлежащего действия (бездействия) бюрократии[55]. Следствием этого оказывается гибкость, оперативность и эффективность администрации.

Этот тезис, впрочем, нельзя признать ни полностью оригинальным, ни специфически западным. В отечественной юридической науке, к примеру, его обосновала М.С. Студеникина. «Законодатель, – констатировала М.С. Студеникина в 1985 г., – подчас дает возможность практике проверить наиболее целесообразные формы и методы решения возникшей новой проблемы, чтобы затем, после накопления определенного опыта, закрепить в законодательстве лучший вариант как общеобязательный. Другими словами, законодатель <…> предоставляет право на усмотрение»[56].

С другой стороны, при «передаче» своих полномочий парламент неизбежно теряет часть институциональной власти или, по крайней мере, «пространство для маневра», что подчеркивает профессор Университета Торонто Джозеф Хит (*Joseph Heath*)[57]. Дело в том, что в классической теории разделения властей предполагается, что политические решения (в т.ч. облеченные в форму закона) вправе принимать лишь законодательный орган как избранный всей нацией и действующий от ее имени[58]. В рамках же административного усмотрения претворять в жизнь собственную политику начинает и исполнительная ветвь власти.

Отметим, что если в зарубежных странах подобная ситуация, как правило, характеризуется как нужное, но негативное явление, требующее как минимум нормативного «умолчания», то в современной России политическая деятельность

---

[55] См.: Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State / edited by Jurgen de Poorter, Ernst Hirsch Ballin, Saskia Lavrijssen. Tilburg, 2019. P. VIII.
[56] См.: Правоприменение в Советском государстве / отв. ред. И.Н. Кузнецов, И.С. Самощенко. М., 1985. С. 39.
[57] См.: *Heath J.* The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State. New York, 2020. P. 24.
[58] См.: *Carolan E.* The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State. New York, 2009. P. 129.

администрации развертывается вполне легально. Например, в Указе Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» прямо утверждается, что федеральные министерства осуществляют функции по выработке государственной политики[59] (а в положениях о некоторых министерствах встречается термин «выработка и реализация государственной политики»).

Основной политико-правовой проблемой, связанной с административным усмотрением, обыкновенно считается соотношение между автономией чиновников и публичными интересами.

Наиболее остро эта проблема встала во второй четверти XX в. в Соединенных Штатах Америки. Профессор Гарвардского университета Грэм Эллисон (*Graham Allison*) свидетельствует, что именно в 1920–1950-е гг. в республике произошел «бум государственного управления»: беспрецедентное увеличение численности сотрудников федерального правительства вкупе со взрывным ростом расходов на его содержание детерминировали смену формулы «политика перед администрацией» на формулу «администрация перед политикой»[60].

Первой попыткой осмыслить новые реалии публичного властвования стала работа профессора Гарвардского университета Е. Пендлтона Херринга (*E. Pendleton Herring*) под названием «Государственное управление и общественные интересы» (1936 г.)[61]. В ней доказывалось, что в сложившихся условиях бюрократия должна не просто учитывать текущие нужды граждан в границах своего усмотрения, но и творчески интерпретировать, и даже самостоятельно определять их[62]. Речь, таким образом, снова шла о вынужденном вмешательстве агентов исполнительной власти в политическую сферу общества.

---

[59] См.: Указ Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 945.
[60] См.: The Oxford Handbook of Public Policy / edited by Michael Moran, Martin Rein, Robert E. Goodin. New York, 2006. P. 62–63.
[61] См.: *E. Pendleton Herring*. Public Administration and the Public Interest. New York, 1936. 416 p.
[62] См.: *Jay M. Shafritz*, *E.W. Russell*, *Christopher P. Borick*, *Albert C. Hyde*. Introducing Public Administration. New York, 2017. P. 9–10.

В более радикальном духе сходные идеи высказала профессор Канзасского университета Розмари О'Лири (*Rosemary O'Leary*). Она предложила концепцию «партизанского правительства»[63] – опытных управленцев, не одобряющих ни линию правящей партии, ни позицию собственного ведомства, ни взгляды избирателей. Эти «административные партизаны» по своей инициативе борются с несправедливостью внутренней политики, инертностью государственного аппарата и безропотностью населения, прибегая к различным способам – от установления неформальных лоббистских связей с ключевыми законодателями до публикации компрометирующих сведений в СМИ[64].

Данные взгляды, естественно, вызвали беспокойство у многих экспертов и благоприятствовали полемике о необходимости максимального лимитирования дискреционных полномочий. Однако и здесь исследователи указывали, что совершенно отменить такие полномочия нельзя. Так, профессор 3-го Римского университета Джулио Наполитано (*Giulio Napolitano*) акцентировал внимание на том, что ограничение административного усмотрения крайне важно для того, чтобы избежать решений, противоречащих общественным интересам, однако такое ограничение не должно вести к утрате гибкости, позволяющей бюрократическим структурам успешно разрешать дела любой специфики и преодолевать любые трудности[65].

Как видим, вопросы политико-правовой природы административного усмотрения, его корреляции с запросами общества давно и обстоятельно изучаются в зарубежных странах, хотя о каком-либо консенсусе между учеными пока говорить не приходится. Хочется надеяться, что такие же дискуссии рано или поздно активизируются и в Российской Федерации.

II. Философско-правовой подход к административному усмотрению.

---

[63] См.: *O'Leary R*. The Ethics of Dissent: Managing Guerrilla Government. Washington, 2005. 160 p.
[64] См.: *David H*. *Rosenbloom*, *Robert S*. *Kravchuk*, *Richard M*. *Clerkin*. Public Administration: Understanding Management, Politics and Law in the Public Sector. New York, 2015. P. 496–497.
[65] См.: Encyclopedia of Law and Economics / edited by Alain Marciano, Giovanni Battista Ramello. New York, 2019. P. 37.

Многие (если не все) категории теории государственного управления своим происхождением обязаны философской мысли эпохи Просвещения (конец XVII–XVIII вв.)[66]. Институт административного усмотрения – не исключение из данного тезиса: его ключевые начала были выявлены именно в этот исторический период.

В западной публично-правовой науке усмотрение и право обычно противопоставляются друг другу[67]. Демаркационную линию между ними провел немецкий философ Иммануил Кант (*Immanuel Kant*). В трактате «Метафизика нравов» (1797 г.) он определил право как «совокупность условий, при которых произвол одного [лица] несовместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы»[68].

Что понималось Кантом под произволом? Свобода воли (выбора каких-либо действий), которая, во-первых, находится вне правовых рамок, а во-вторых, обуславливается человеческим разумом (как «чистым», так и эмпирическим, т.е. эмоциями и страстями)[69]. Таким образом, произвол для Канта – это скорее нечто положительное, нежели отрицательное.

Более того: нетрудно заметить, что интерпретация термина «произвол», предложенная ученым, практически дословно повторяет наиболее распространенную дефиницию термина «усмотрение». Так, профессор Государственного университета Портленда Филипп Купер (*Phillip J. Cooper*)

---

[66] Разумеется, метафизические «корни» тех или иных административно-правовых институтов можно обнаружить как в учениях античности, так и в воззрениях Средневековья (вплоть до известного высказывания английского философа Альфреда Уайтхеда (*Alfred North Whitehead*) о том, что вся европейская философия представляет собой серию примечаний к Платону – см.: *Whitehead A.N*. Process and Reality: An Essay in Cosmology. 2nd edn. New York, 1978. P. 39). Однако «в одном шаге» от своего современного восприятия они оказались как раз после изучения и описания просветителями.

[67] См.: *Зайцев Д.И.* Административное усмотрение в зарубежной науке: теоретико-правовые аспекты // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права (Сорокинские чтения). Сборник статей по материалам международной научно-практической конференции, посвященной памяти доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации, заслуженного юриста Российской Федерации Аврутина Юрия Ефремовича в связи с 75-летием со дня рождения / Под общ. ред. А.И. Каплунова. СПб., 2022. С. 200–201.

[68] *Кант И*. Метафизика нравов / Иммануил Кант. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 139.

[69] См.: *Ойзерман Т.И*. Философия как история философии. СПб., 1999. С. 272–273.

полагает, что дискреция есть возможность принимать решения, которые не предписаны прямо ни законами, ни Конституцией[70], и такие решения, по мнению профессора Университета Святого Томаса в Канаде Патрика Малколмсона (*Patrick N. Malcolmson*), основываются на персональном суждении индивида (должностного лица) о наилучшем варианте поведения в сложившейся ситуации[71]. Данная позиция поддерживается большинством иностранных авторов.

Истоки же этого подхода, вероятно, лежат в филологической плоскости. Дело в том, что во многих индоевропейских языках понятия «усмотрение» и «произвол» отождествляются. Например, в толковом словаре русского языка под редакцией Д.Н. Ушакова усмотрение означает «действие, решение по собственному желанию, а не по закону; произвол»[72] (а крупный отечественный право- и государствовед А.И. Елистратов относил к административному усмотрению в т.ч. «благожелательный произвол»[73]). Анализируемые лексемы толкуются как синонимы и в английском, французском, испанском и ряде иных языков[74].

Как видим, уже в XVIII в. между правом и «неправом» – дискрецией – была проложена четкая грань, которая не только не стерлась, но и дополнительно выкристаллизовалась в XIX–XX вв. Однако ставить эту дифференциацию в заслугу одному лишь Канту нельзя, т.к. его идеи отчасти предвосхитил, а отчасти и конкретизировал другой просветитель – французский философ Шарль Луи де Монтескье (*Charles Louis de Montesquieu*).

В 1748 г. Монтескье анонимно опубликовал свое самое известное сочинение – «О духе законов». Этот труд крайне важен для нас в силу того, что административное усмотрение, по верному замечанию профессора Оксфордского

---

[70] См.: *Cooper P.J.* Public Law and Public Administration. 3rd edn.

[71] См.: Encyclopedia of Public Administration and Public Policy / edited by David Schultz. New York, 2004. P. 5.

[72] Толковый словарь русского языка. В 3 томах / Под ред. Д.Н. Ушакова. М., 2001. Т. 2. С. 389.

[73] См.: *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. 235.

[74] Подробнее см., напр.: *Шевцов С.Г.* Усмотрение и произвол: комплексный подход к соотношению понятий // Пробелы в российском законодательстве. 2011. № 5. С. 59–63.

университета Питера Кэна (*Peter Cane*), «касается духа закона, а не его буквы»[75]. И хотя Монтескье, как и Кант, не говорил непосредственно об усмотрении, именно в его исследовании было выдвинуто главное требование к реализации дискреционных полномочий.

Как указывалось выше, Кант считал усмотрение продуктом интеллектуальной деятельности человека, его разума. Слово «разум» регулярно употреблялось и Монтескье. Он, в частности, пишет, что первые китайские династии правили долго, потому что правили разумно[76]; что Марсельская республика никогда не испытывала потрясений из-за того, что ей руководили разумно[77]; что Александр Македонский был успешным полководцем в связи с тем, что всегда действовал разумно[78].

И напротив: все, что критикует Монтескье, является необдуманным и нерациональным. Так, сообщает он, в некоторых странах налог на товар в 17–18 раз превышает его стоимость, из-за чего подданные осознают, что их государь неразумен, и наиболее остро ощущают свою несвободу[79] (можно предположить, что здесь имеется в виду тот же самый «всеобщий закон свободы», который мы встретили ранее в определении Канта).

Опираясь на эти и подобные им рассуждения, Монтескье формулирует общие положения о «хорошем» публичном администрировании. «Есть случаи, – утверждает он, – когда власть должна действовать со всею своею силой, и другие, когда она должна действовать, ограничивая себя. Высшее искусство управления состоит в том, чтобы твердо знать, каковы должны быть пределы власти, которую следует применять при различных обстоятельствах»[80].

Речь, как легко догадаться, снова идет об усмотрении. Добавим к этому то, что термин «дискреция» (англ. *discretion*) переводится в т.ч. как «благоразумие»[81],

---

[75] См.: *Cane P.* Administrative Law. 5th edn. New York, 2011. P. 140.
[76] См.: *Монтескье Ш.Л.* О духе законов. М., 1999. С. 95.
[77] См.: *Монтескье Ш.Л.* Указ. соч. С. 104.
[78] См.: *Монтескье Ш.Л.* Указ. соч. С. 131.
[79] См.: *Монтескье Ш.Л.* Указ. соч. С. 189–190.
[80] См.: *Монтескье Ш.Л.* Указ. соч. С. 182.
[81] См.: *Мюллер В.К.* Базовый англо-русский словарь. 80 000 слов и выражений. М., 2014. С. 196.

а труд Монтескье в первых переводах на русский язык (сохранившихся до наших дней) назывался не «О духе законов», а «О разуме законов»[82], – и получим целостное философское представление о властном усмотрении.

Итак, подход Монтескье заключается в следующем: если есть норма закона, нужно ее применять; если таковой нормы нет, следует поступать разумно (выборочно, «дискреционно»). Этот подход был положительно воспринят разными отраслями права. Так, гражданское законодательство активно оперирует понятием «разумность» и его производными – разумными сроками, разумными ценами, разумными расходами, разумностью ожиданий и т.д.[83] В административной науке (как материально-, так и процессуально-правовой в лице административных производств и процедур[84]) используется схожая по смыслу институция – целесообразность[85], которая, в свою очередь, иногда уподобляется административному усмотрению[86]. Аналогичные категории можно найти и во многих других отраслях права и законодательства.

Учениями Канта и Монтескье, конечно, не исчерпывается круг источников, оказавших влияние на современную теорию административного усмотрения. Но именно в их работах были изложены принципиальные позиции, которые сегодня не сможет игнорировать ни один автор, изучающий соответствующие проблемы.

III. Экономико-правовой подход к административному усмотрению.

Административное усмотрение есть, пожалуй, единственный институт административного права и административного процесса, который мотивирует научное любопытство не только у юристов, но и у представителей подавляющего

---

[82] См.: *Монтескье Ш.Л.* О разуме законов / пер. с франц. В. Крамаренкова. СПб., 1775. 424 с.; *Монтескье Ш.Л.* О разуме законов / пер. с франц. В. Крамаренкова. СПб., 1801.

[83] Подробнее см., напр.: *Коновалов А.В.* Принцип разумности в гражданском праве // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 8 (105). С. 11–21.

[84] О «размежевании» этих устоявшихся выражений см.: *Старостин С.А.* О соотношении понятий «административный процесс», «административное производство», «административные процедуры» // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 5. С. 100–106.

[85] См., напр.: Правовое обеспечение государственного управления и исполнительная власть. Учебник для магистров / под ред. С.А. Старостина. М., 2019. С. 118.

[86] См., напр.: Социалистическая законность в советском государственном управлении / под общ. ред. С.С. Студеникина. М., 1948. С. 63.

большинства отраслей социально-гуманитарного знания – философов, историков, политологов, психологов, социологов, криминологов и многих других. Не являются исключением и экономисты. Так, по словам профессора Коннектикутского университета Томаса Мисели (*Thomas J. Miceli*), выбор между правилами и усмотрением в широком смысле считается фундаментальной проблемой философии права, а в узком смысле – проблемой экономического анализа права[87] (и, добавим от себя, *экономического анализа усмотрения*). В настоящем параграфе мы продемонстрируем ведущие экономико-правовые подходы иностранных ученых к вопросу о реализации дискреционных полномочий органов исполнительной власти и их должностных лиц.

В 1944 г. профессор Лондонской школы экономики и политических наук Фридрих фон Хайек (*Friedrich August von Hayek*), позднее ставший нобелевским лауреатом по экономике и видным апологетом австрийской экономической школы[88], опубликовал книгу под названием «Дорога к рабству». В ней он обратил внимание на то, что при плановой экономике, характерной для недемократических режимов, государство не соблюдает никакие сколько-нибудь определенные нормы закона, т.к. его планирующие органы «не могут действовать в стабильной системе координат, задаваемой общими долговременными формальными правилами, не допускающими произвола»[89], потому что любые решения, принимаемые в рамках экономического планирования коллективистского типа, «неизбежно зависят от обстоятельств, меняющихся очень быстро»[90]. В связи с этим единственной надежной опорой авторитарных и тем более тоталитарных режимов оказывается административное усмотрение, вторгающееся сперва в экономическую, а затем и в административно-политическую и социально-культурную сферы

---

[87] См.: *Miceli T.J.* Economics of the law: torts, contracts, property, litigation. New York, 1997. P. 11.
[88] Подробнее о ней см.: *Уэрта де Сото Х.* Австрийская экономическая школа: рынок и предпринимательское творчество / пер. с англ. Б.С. Пинскера под ред. А.В. Куряева. Челябинск, 2009. VIII, 202 с.
[89] *Хайек Ф.* Дорога к рабству / пер. с англ. Ф. Гнездовского. М., 2017. С. 124.
[90] *Хайек Ф.* Указ. соч. С. 125.

государственного управления и остающееся там до тех пор, пока в стране не воцарятся демократия и рыночная экономика.

Конечно, во взгляде профессора Хайека на социалистическое планирование присутствует легкий схематизм и некоторое утрирование (а возможно, и политическая ангажированность – «Дорога к рабству» имела открытую антисоциалистическую направленность), однако в целом этот взгляд возымел сильное воздействие на мировую экономическую мысль. Сторонники австрийской экономической школы и сегодня поддерживают изложенную точку зрения и ее аргументацию. Так, профессор Университета Джорджа Мэйсона Питер Бетке (*Peter J. Boettke*) полагает, что «были все основания подозревать, что при социалистическом строе на вершину власти поднимутся те, кто обладает сравнительным преимуществом в реализации дискреционных полномочий и готовностью претворять в жизнь неприятные решения»[91].

Данный подход проливает свет на то отторжение, которое отдельные исследователи испытывают при упоминании об административном усмотрении. Его причина, как мы теперь видим, кроется не только в том, что дискреция «покушается» на верховенство права, но и в том, что в своих предельных «размерах» она является невольной спутницей антидемократических политических систем (тирании, деспотии, теократии и т.д.).

На этом тезисе нужно остановиться несколько подробнее. В российской теории государства и права принято считать, что авторитарные режимы принципиально отличаются от демократических существенными нарушениями (ограничениями) прав и свобод граждан[92]. Это действительно так, однако с экономико-правовых позиций здесь перепутаны причина и следствие: авторитаризм порождает не произвол, а дискрецию, а уже дискреция обуславливает произвол. Думается, что при описании политических режимов усмотрение не

---

[91] *Boettke P.J.* F.A. Hayek. Economics, Political Economy and Social Philosophy. London, 2018. P. 26.
[92] См., напр.: *Радько Т.Н.*, *Лазарев В.В.*, *Морозова Л.А.* Теория государства и права. Учебник для бакалавров. М., 2018. С. 512; *Марченко М.Н.* Теория государства и права. 2-ое изд., перераб. и доп. М., 2015. С. 325–326; *Щепалов С.В.* Теория государства и права. Конспект лекций. Петрозаводск, 2008. С. 71.

должно быть недостающим звеном в подобного рода логической цепи, и можно смело констатировать, что тоталитарный режим характеризуется наибольшими (максимальными) объемами дискреционных полномочий органов государственной власти, а демократический режим – наименьшими (минимальными) объемами.

Впрочем, корреляция между неограниченной властью и такими же диктаторскими дискреционными полномочиями признается *в отечественной управленческой науке* – правда, пока не на уровне общей закономерности, а в качестве обычного исторического факта. В частности, Г.В. Атаманчук, рассуждая о недавнем прошлом России, отмечает, что «в период революции и социалистического строительства <…> творился дикий произвол в отношении людей, сложившегося уклада жизни и общественных отношений», поскольку тогдашние властные органы предпочитали «управлять не на основе и в соответствии с правом, а уповая на субъективистское усмотрение и волевой прессинг, переходящий часто в элементарное насилие»[93].

Теперь обратимся к другому аспекту обсуждаемой нами проблемы: как демократия влияет на лимитирование дискреционных полномочий органов исполнительной власти? Еще один лауреат Нобелевской премии по экономике, профессор ряда американских вузов Джеймс Бьюкенен (*James McGill Buchanan Jr*.), утверждал по этому поводу следующее. С одной стороны, бюрократы и их лоббисты в парламенте могут манипулировать повесткой дня, добиваясь роста собственных бюджетов (классический пример – министерство обороны, преувеличивающее военную угрозу для своего государства и требующее денежных средств для повышения его оборонного потенциала)[94]. С другой стороны, сменяемость верховной власти и высших чиновников гарантирует, что свобода действий последних не будет *значительно противоречить* интересам населения, ибо в противном случае на очередных выборах победу одержат оппозиционные политические силы[95]. Соответственно, при демократии государственный бюджет

---

[93] *Атаманчук Г.В*. Управление в жизнедеятельности людей (очерки проблем). М., 2008. С. 223.
[94] См.: *Buchanan J.M*. The Logical Foundations of Constitutional Liberty. Indianapolis, 1999. P. 57.
[95] См.: *Buchanan J.M*. Op. cit. P. 56.

должен распределяться если не лучшим, то по крайней мере не худшим способом – из-за того, что административное усмотрение заточено в прокрустовом ложе периодической ротации руководящих лиц.

Как видим, объемы дискреционных полномочий, принадлежащие органам государственной (прежде всего – исполнительной) власти, характеризуют политический строй, сложившийся в данном государстве, *точнее любых других признаков*.

Таким образом, ***в современной науке выделяются три подхода к административному усмотрению – философско-правовой, политико-правовой и экономико-правовой. Философско-правовой подход выражается в необходимости разумного (целесообразного) использования дискреционных полномочий субъектами исполнительной власти в целях полного и оперативного обеспечения публичных интересов. Политико-правовой подход основывается на том, что указанные публичные интересы могут устанавливаться не только законодателем, но и субъектами исполнительной власти в рамках своих дискреционных полномочий. Экономико-правовой подход указывает на то, что страны с административно-командной экономической системой характеризуются наибольшими (максимальными) объемами дискреционных полномочий субъектов исполнительной власти, а страны с рыночной или смешанной (гибридной) экономической системой – наименьшими (минимальными) объемами дискреционных полномочий субъектов исполнительной власти.***

§ 1.3. Административное усмотрение в системе публичного усмотрения

Как отмечалось нами ранее, публичное усмотрение подразделяется на судебное усмотрение и административное усмотрение. В настоящем параграфе мы постараемся выяснить, какое место занимает административное усмотрение в системе публичного усмотрения, как соотносятся административное и судебное

усмотрение в правовой доктрине, какие основные теоретические сложности связаны с вопросами данного соотношения. При этом мы сфокусируемся именно на российской правовой доктрине, т.к. в зарубежных странах, с одной стороны, данные вопросы проработаны еще более основательно (*подробнее об этом см. § 1.4 настоящего диссертационного исследования*), а с другой стороны, для зарубежного правоприменителя данный вопрос не стоит настолько остро в силу того, что определенная правоприменительная практика по дискреционным решениям в иностранных государствах уже давно сформирована.

Итак, вопросы соотношения и разграничения административного и судебного усмотрения штудируются российскими исследователями не один десяток лет. Порой начинает казаться, что они совершенно себя исчерпали, но чуть ли не с каждой новой работой по заявленной теме такие иллюзии пусть понемногу, но все-таки развеиваются. Вскрываются очередные проблемные пласты, обнаруживается несостоятельность тех или иных подходов, предлагаются новые способы решения старых задач… И хотя все это – обычный процесс научного поиска: долгий, запутанный и трудоемкий, каждый автор надеется, что именно ему удастся поставить если не кульминационную, то по крайней мере опорную точку.

В настоящем параграфе мы решили отказаться от столь амбициозной цели и попробовать изучить не столько проблемы, сколько их отображение в академической литературе; судя по всему, такая потребность давно назрела. Конечно, наша работа не станет строго историографической, по ряду позиций будет даны критические замечания и высказаны собственные соображения. Однако общая целевая установка все же выразится в анализе и синтезе *научных взглядов*.

Вторая особенность данного параграфа состоит в том, что мы намерены обсудить именно *проблемные стороны*, связанные с дискреционными полномочиями органов исполнительной и судебной власти, т.е. такие вопросы, которые пока нельзя считать закрытыми. По этой причине мы не станем обращаться к тем сходствам и различиям административного и судебного усмотрения, которые уже давно определены в отечественной юридической науке и

никем не оспариваются. Представляется, что при желании читатели смогут сделать это самостоятельно.

Кроме того, мы предпримем попытку рассматривать все явления, категории и институты, с которыми нам придется столкнуться, *с общетеоретических позиций*, без привязки к текущему моменту времени или конкретному национальному правопорядку. Такой метод при всех своих недостатках позволит не только приблизиться к построению универсальной теории административной и судебной дискреции, но и продемонстрировать российский вклад в эту теорию.

Структурно настоящий параграф выглядит следующим образом. В качестве отправного пункта (критерия) мы сопоставим объемы дискреционных полномочий, принадлежащих органам исполнительной и судебной власти. Далее – перейдем к критерию, выражающемуся в видах (сферах) юридической деятельности, в рамках которых реализуются административное и судебное усмотрение. Затем, с учетом промежуточных выводов, очертим критерий административного и судебного произвола. И в заключении, наконец, подведем итоги, поделившись общим впечатлением от изученных работ.

Критерий 1. Объемы дискреционных полномочий, принадлежащих органам исполнительной и судебной власти.

В российской юридической литературе термин «объем дискреционных полномочий» не имеет единственного, общепризнанного значения и употребляется, как нам думается, в *узком* или *широком* смысле. В первом случае данное словосочетание отождествляется с выражением «пределы (границы) усмотрения», во втором – затрагивает также *всю совокупность дискреционных полномочий*, осуществляемых субъектами усмотрения (применительно к теме нашего исследования – органами исполнительной и судебной власти), т.е. охватывает собой как качественные (вертикальные), так и количественные (горизонтальные) параметры. Ввиду этого сравнение научных взглядов на проблему «размеров» дискреционных полномочий осложняется тем, что одни авторы в своих трудах руководствуются узким толкованием искомого понятия, а другие – широким. Впрочем, если учитывать это обстоятельство, можно выделить

две стержневых точки зрения на вопрос о соотношении административного и судебного усмотрения по объему.

Согласно первой из них, органы исполнительной власти и их должностные лица в качественном аспекте обладают «меньшим» усмотрением, нежели судьи. Один из апологетов этой позиции, В.В. Денисенко, аргументирует ее тем, что «сфера действия судейского усмотрения более обширна, т.к. оно проявляет себя как в публичном, так и в частном праве»[96]. С данным утверждением, разумеется, нельзя не согласиться, хотя и признать его *полностью* верным тоже нельзя. В дополнение к словам В.В. Денисенко хочется отметить, что судьи по своему усмотрению обращаются не только к закону и его аналогии, но и к аналогии права, юридической доктрине, правовым памятникам и т.д. Этот перечень в тех или иных государствах может быть уже или шире, однако он всегда будет «длиннее» того списка источников, на который опираются государственные чиновники при осуществлении административного усмотрения. Причины этого главным образом лежат в практической плоскости и заключаются в следующем:

1) суды обязаны контролировать деятельность администрации, для чего судьям необходимо разбираться в соответствующих вопросах как минимум не хуже чиновников;

2) при этом суды сталкиваются и с другими, более сложными и разнородными делами, чем те, которыми занимаются органы исполнительной власти, что требует дополнительных возможностей для судей;

3) агенты исполнительной власти обычно не располагают достаточным количеством времени для размышления над конфликтной ситуацией, порой они вынуждены принимать решения в течение нескольких секунд (например, полицейский при применении оружия), а судьи вправе рассматривать споры на протяжении месяцев или лет;

4) судебные акты содержат в себе более скрупулезную мотивировочную часть, чем административные;

---

[96] *Денисенко В.В.* Административное и судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: общее и особенное // Общество и право. 2013. № 1. С. 231.

5) администрация традиционно воспринимается как промежуточная инстанция, а суд – как конечная.

Вторая позиция состоит в том, что административное усмотрение отличается от судебного бóльшим объемом. Так, по мнению Е.А. Чабана, последнее «ограничено не только законом, но и судебной практикой высших судебных инстанций»[97]. Данный довод также вызывает несколько возражений. Во-первых, только российские ученые считают, что дискреционные решения не должны противоречить законодательству (хотя и здесь встречаются приверженцы противоположной точки зрения); в большинстве зарубежных стран исследователи оценивают дискрецию как *неправовой* или *внеправовой* институт[98]. Во-вторых, справедливо ли допущение о том, что судебная практика *совершенно не влияет* на функционирование исполнительной власти? Ведь трудно даже представить себе чиновника, решения которого по некоторому кругу дел регулярно отменяются судьями, однако он упорно продолжает выносить идентичные предыдущим вердикты. В-третьих, является ли судебная практика источником права? Если «да», то ей должны следовать и органы исполнительной, и органы судебной власти. Если же «нет», то и те, и другие могут ее игнорировать (разумеется, до известных пределов – как, например, в случае с вышеупомянутым чиновником). Таким образом, анализируемое суждение нельзя признать релевантным ни для стран прецедентного права, ни для государств романо-германской правовой семьи.

Вторую позицию поддерживает и О.В. Кораблина, но уже по иному соображению. Она резюмирует, что «административное усмотрение по сравнению с судебным имеет более широкие рамки <…> поскольку правоприменителей даже по количественному критерию гораздо больше, чем,

---

[97] *Чабан Е.А*. Административное усмотрение: понятие и особенности // Административное право и процесс. 2013. № 11. С. 64–69.

[98] Подробнее см.: *Зайцев Д.И.* Административное усмотрение в зарубежной науке: теоретико-правовые аспекты // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права (Сорокинские чтения). Сборник статей по материалам международной научно-практической конференции, посвященной памяти доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации, заслуженного юриста Российской Федерации Аврутина Юрия Ефремовича в связи с 75-летием со дня рождения / под общ. ред. А.И. Каплунова. СПб., 2022. С. 200–203.

например, судей. В сфере исполнительной власти очевиден большой объем деятельности и ее динамизм, и, конечно, инвариантность поведения всех ее участников»[99]. Речь здесь, как легко догадаться, идет о количественном аспекте дискреционных полномочий. И сказанное не грешит против истины: из трех ветвей власти исполнительная власть действительно была и остается самой многочисленной, поэтому в «суммарном» контексте судебная дискреция явно «проигрывает» административной. На наш взгляд, данная констатация настолько аксиоматична, что не нуждается в дальнейшем обсуждении.

Как видим, если при сопоставлении объемов дискреционных полномочий, принадлежащих органам исполнительной и судебной власти, пользоваться лишь узким толкованием этого понятия, то неизбежно возникнет терминологическая путаница. И напротив, широкое толкование позволяет понять, что в качественном измерении судебное усмотрение многократно превышает административное, а в количественном – радикально уступает ему. Этот вывод в целом может быть распространен на любые страны современного мира, в которых в более или менее отчетливой форме выражен принцип разделения властей.

Критерий 2. Виды (сферы) юридической деятельности, в рамках которых реализуются административное и судебное усмотрение.

Понятие «вид (сфера) юридической деятельности» есть родовая категория для таких терминов, как правотворчество, правоприменение, кодификация, систематизация, конкретизация, интерпретация, контроль, учреждение и пр. (разные российские юристы вкладывают в это понятие различное содержание)[100]. Для нашего исследования интерес прежде всего представляют первые два термина – *правотворчество* и *правоприменение*. Вопрос же, собственно, кроется в следующем: реализация административного/судебного усмотрения – это правотворческая, правоприменительная, «совместная» (и правотворческая, и

---

[99] *Кораблина О.В.* Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспект): дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2009. С. 46.

[100] См. об этом: *Беляев В.П.*, *Русаков И.Б.* К вопросу о видах юридической деятельности: общетеоретический аспект // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия: История и право. 2019. № 1 (30). С. 8–15.

правоприменительная вкупе) или какая-то иная юридическая деятельность? Как и в случае с предыдущей проблемой, в российской науке на этот счет наличествует несколько противостоящих друг другу взглядов.

К.П. Ермакова однозначно относит дискрецию органов исполнительной и судебной власти к правоприменительной деятельности. «Усмотрение как обобщенное явление, – пишет ученый, – находит свое проявление в процессе как правотворчества (усмотрение законодателя, или нормотворческое усмотрение), так и применения права (административное усмотрение, судебное усмотрение и др.)»[101]. Данную позицию можно назвать *классической*, т.к. она опосредует наиболее привычный взгляд на правовое государство и триаду государственных властей: парламент принимает законы, администрация исполняет их, а суд на основании этих законов карает преступников и разрешает споры между гражданами. И эта позиция, несомненно, имеет право на существование – как некая идеально-схематическая модель дифференциации всех видов дискреции по признаку разделения властей. Однако подлинное юридическое бытие далеко от любых идеалов: оно негармонично, диспропорционально и самопротиворечиво. Поэтому более «приземленные» подходы к поднятой нами проблеме гораздо сложнее.

А.А. Никитин считает, что административное усмотрение есть сугубо правоприменительная деятельность (в одной из своих работ ученый даже ставит между ними знак равенства[102]), а судебное усмотрение может объединять в себе правоприменение, правотворчество и интерпретацию (толкование-разъяснение)[103]. Данная точка зрения обладает рядом достоинств. С одной стороны, она иллюстрирует доминирующее в отечественной юридической науке представление

---

[101] *Ермакова К.П.* Усмотрение в праве и законность // Законность: теория и практика. Монография / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Н.В. Субанова. 3-е изд. М., 2020. С. 48.

[102] См.: *Никитин А.А.* Механизм формирования правоприменительного усмотрения // Вопросы российского и международного права. 2021. Т. 11. № 2А. С. 162.

[103] См.: *Никитин А.А.* Правовое усмотрение: теория, практика, техника: дис. … д-ра юрид. наук. Саратов, 2021. С. 463.

о дискреции органов исполнительной власти и их должностных лиц[104]. С другой стороны, весьма ценно, что при создании собственной концепции автор не стал ограничивать себя национальным законодательством и национальной доктриной. Так, говоря о комплексном характере судебной дискреции, А.А. Никитин в качестве примера приводит институт общего права – судебный прецедент, который, по его мнению, является «специфической разновидностью судебного усмотрения», интегрирующей в себе правотворческий и правоприменительный элементы[105]. Кроме того, заслуживает одобрения и выделение третьей составляющей дискреционных полномочий суда – интерпретации.

Диаметрально противоположной позиции придерживается Л.А. Шарнина. Она утверждает, что «судебное усмотрение, в отличие от административного, всегда осуществляется в процессе правоприменения»[106]. Эту очередную попытку лимитировать дискрецию суда по сравнению с дискрецией органов исполнительной власти вряд ли можно поддержать даже с учетом того, что Л.А. Шарнина, по всей видимости, говорит исключительно о российской практике. Ведь и в нашей стране правоведы давно и прямо рассуждают о «судебном правотворчестве» и «судейском праве» на отечественной почве, прецедентном характере отдельных судебных решений и т.д.[107] Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ нередко именуют квазиправотворческими органами. В российских судебных решениях все чаще и чаще звучит выражение «аналогичная правовая позиция». Аргументы в подобном духе можно выдвигать и дальше,

---

[104] Подробнее см.: *Ярковой С.В*. Административное усмотрение в правоприменительной деятельности административно-публичных органов и их должностных лиц // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2017. № 1. С. 144–152.

[105] См.: *Никитин А.А*. Указ. соч. С. 15, 351–356.

[106] *Шарнина Л.А*. Категория усмотрения в конституционном праве. Монография. М., 2017. С. 80.

[107] См., напр.: *Марченко М.Н*. Судебное правотворчество и судейское право. Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2017. С. 346–389; *Васьковский Е.В*. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Том II. Пг., 1914. С. 375–413; *Познышев С.В*. Правотворческая деятельность новых судов в сфере уголовного права и процесса // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Том I. Пг., 1914. С. 414–478; *Верещагин А.Н*. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004. 340 с.; *Верещагин А.Н*. Заметки о судебном нормотворчестве // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 2 (59). С. 136–145.

однако и сказанного хватит для того, чтобы опровергнуть если не сам тезис об отсутствии правотворчества в судебной деятельности, то по крайней мере его *безапелляционность*. Что же касается иностранной практики, то случаев, когда суд *непосредственно* выступает в роли законодателя, более чем достаточно. Например, Верховный Суд Британской Колумбии отказал женщинам, состоявшим в «фактическом браке», в исках о взыскании алиментов с бывших мужей[108], самостоятельно сформулировав соответствующую правовую норму[109].

Вместе с тем и концепцию А.А. Никитина можно подвергнуть критике, но не в части судебного, а в части административного усмотрения, ибо последнее, по убеждению отдельных исследователей, также может реализовываться в рамках правотворческой деятельности. Это мнение высказывалось и обосновывалось еще советскими юристами в 70-х гг. прошлого века. «Представляется правильной, – подытоживал его Ю.П. Соловей в 1982 г., – позиция тех авторов, которые видят наличие усмотрения не только в правоприменительной, но и в правотворческой деятельности органов управления»[110] (здесь подразумевается ведомственное нормотворчество, которое иногда конкретизирует, а иногда и опережает положения законодательства). Данная идея продолжает развиваться и в некоторых современных трудах[111].

На наш взгляд, ответ на вопрос о сферах юридической деятельности вытекает из проблемы объемов дискреционных полномочий. Если мы допускаем, что административное и судебное усмотрение в равной степени осуществляются в правоприменительной и (или) правотворческой деятельности, то это значит, что их объемы в качественном срезе тождественны друг другу. Между тем выше было показано, что суд всегда должен иметь бóльшие дискреционные «возможности»,

---

[108] Wiebe v. Wiebe (1980), Carmichael v. Carmichael (1985).

[109] См.: *Марков П.В*. Условия осуществления судебного усмотрения в странах континентальной и англосаксонской правовой семьи // Юридические исследования. 2012. № 4. С. 73–107.

[110] *Соловей Ю.П.* Усмотрение в административной деятельности советской милиции: дис. … канд. юрид. наук. М., 1982. С. 77.

[111] См., напр.: *Михеева И.В*. Административное усмотрение в ведомственном нормотворчестве России // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в публичном праве. М., 2017. С. 234–246; *Смирнова А.А*. Об усмотрении в административном правотворческом процессе // Журнал российского права. 2017. № 8. С. 92–102.

нежели администрация. Поэтому любая концепция, в которой не соблюдается данное неравенство, является *ошибочной*. Что же касается остальных позиций, то они в лучшем случае могут быть *точными*, а в худшем – *неточными*.

Критерий 3. Административный и судебный произвол.

Дискреционные полномочия органов исполнительной и судебной власти не есть ни абсолютное благо, ни абсолютное зло. «Административное и судейское усмотрение, – замечает по этому поводу И.А. Кравец, – могут быть использованы как для продвижения элементов господства права, так и для их нивелировки и существенного искажения»[112]. Подобного рода негативная деформация дискреционных полномочий именуется *произволом*.

Произвол в отечественной литературе обыкновенно определяется как выход уполномоченного лица за пределы усмотрения, которые по своей юридической природе являются правовыми ограничениями[113]. Данная дефиниция распространяется и на административную, и на судебную дискрецию. Так, А.М. Гаврилов, обобщая позиции российских правоведов, пишет, что административный произвол – это «действия лица, наделенного властными полномочиями, выходящие за пределы легального административного усмотрения»[114]; П.А. Гук утверждает, что «судебный произвол начинается там, где отсутствуют средства ограничения судебного усмотрения»[115].

Думается, что описанный подход к определению административного и судебного произвола в целом верен, однако не вполне полон. Мы полагаем, что произвол как таковой – это выход либо за пределы усмотрения, либо *за рамки того*

---

[112] *Кравец И.А*. Господство права, границы конституционного судебного правотворчества и принцип соразмерности (российский опыт и практика ЕСПЧ) // Правотолкование и проблема судебного правотворчества. Материалы III Всероссийской научно-практической конференции. Симферополь, 2020. С. 27.

[113] См.: *Слюсарева Т.А*. Проблемы определения пределов административного усмотрения государственных служащих // Административное и муниципальное право. 2013. № 4 (64). С. 327.

[114] *Гаврилов А.М*. О соотношении позитивного и негативного административного усмотрения // Вестник Марийского государственного университета. Серия: «Исторические науки. Юридические науки». 2017. Т. 3. № 4 (12). С. 60.

[115] *Гук П.А*. Принципы российского законодательства как технико-юридическое средство ограничения судебного усмотрения // Юридическая техника. 2020. № 14. С. 135.

вида юридической деятельности, в котором реализуется это усмотрение. Приведем пример. Допустим, закон устанавливает, что за безупречную службу государственному служащему каждые четыре месяца назначается премия в размере от трех до пяти должностных окладов. Должностное лицо, определяющее размер такой премии в некотором государственном органе, не наделено нормотворческими полномочиями. Если данное лицо назначит служащему премию в размере двух должностных окладов, оно выйдет за пределы своего усмотрения. Если же это лицо издаст приказ, согласно которому за безупречную службу будет назначаться премия в размере двух должностных окладов, оно выйдет из сферы правоприменения в сферу правотворчества. Почему в данной ситуации мы не говорим, что должностное лицо вышло за пределы своих дискреционных полномочий? Потому что в области правотворческой деятельности полномочия у этого лица *отсутствуют как таковые*. Соответственно, если при дефинировании административного произвола не сделать оговорку о виде юридической деятельности, то получится, что в первом случае произвол имеет место быть, а во втором – нет.

К сказанному следует добавить, что изучение объемов дискреционных полномочий, принадлежащих органам исполнительной и судебной власти, благоприятствует выявлению рисков, связанных с административным и судебным произволом. Административное усмотрение характеризуется колоссальным объемом дискреционных полномочий *в количественном аспекте*, поэтому административный произвол в первую очередь опасен массовыми, но незначительными нарушениями прав и свобод граждан. Судебное усмотрение, напротив, отличается внушительным объемом дискреционных полномочий *в качественном аспекте*, поэтому судебный произвол прежде всего создает угрозу серьезных, хотя и «точечных», правонарушений. Данные особенности необходимо учитывать при выборе форм и методов противодействия административному и судебному произволу.

Теперь, по итогам проведенной работы, сделаем несколько выводов.

Итак, наше исследование способствовало выявлению следующих особенностей российских научных взглядов на проблему соотношения административного и судебного усмотрения.

Во-первых, в отечественной теории усмотрения нет единой, устоявшейся терминологии. Для ее изучения нам пришлось выводить и обосновывать собственное понятие – «объем дискреционных полномочий», придавать ему узкий и широкий смысл. Другие же авторы, как правило, не пробуют подвести свою точку зрения под некий единый с позициями прочих исследователей знаменатель, что несколько затрудняет понимание их взглядов.

Во-вторых, многие отечественные ученые избегают абстрагирования, стараясь привязать каждый теоретический тезис к положениям российского законодательства. Представляется, что подобный метод не вполне содействует познанию сущности административного и судебного усмотрения, т.к. практика должна идти вслед за теорией, но не наоборот.

В-третьих, закономерным результатом предыдущих проблем становится то, что в отечественных работах, посвященных административному и судебному усмотрению, присутствуют абсолютно полярные мнения по одним и тем же вопросам. Такую ситуацию нельзя признать удовлетворительной, потому что она свидетельствует о том, что исследователям не удалось достигнуть тождества мнений даже по самым краеугольным вопросам.

Таким образом, ***дискреционные полномочия субъектов исполнительной власти отличаются друг от друга по своим объемам. Объемы дискреционных полномочий выражаются в конкретной степени доверия, оказываемой означенным субъектам. При этом термин «объемы дискреционных полномочий» может пониматься в узком и широком смысле. В узком смысле объемы дискреционных полномочий – это конкретная степень доверия, оказываемая отдельному субъекту исполнительной власти, а в широком смысле – конкретная степень доверия, оказываемая нескольким субъектам исполнительной власти, объединенным по какому-либо признаку (территориальному, функциональному и др.).***

Административное усмотрение отличается от судебного усмотрения по объемам дискреционных полномочий, принадлежащих соответственно субъектам исполнительной власти и судам. Если говорить об объемах дискреционных полномочий в узком смысле (применительно к одному органу), то объемы судебного усмотрения превышают объемы административного усмотрения. Если же понимать объемы дискреционных полномочий в широком смысле (для определенной совокупности органов), то объемы судебного усмотрения уступают объемам административного усмотрения.

§ 1.4. Административное усмотрение как научная и учебная категория

В предыдущих параграфах при изучении сущности и признаков административного усмотрения мы в основном обращались к научным работам зарубежных ученых, но практически никогда не ссылались на доктринальные позиции отечественных исследователей. Одна из причин этого заключается в том, что в России административное усмотрение не имеет ни строго оформленного научного, ни учебного статуса. Здесь мы расскажем об этом более детально.

Административное усмотрение как научная категория.

24 февраля 2021 г. приказом Министерства науки и высшего образования Российской Федерации № 118 (далее – Приказ № 118)[116] была утверждена новая номенклатура научных специальностей, одной из отличительных черт которой стало укрупнение групп специальностей. В результате этого, в частности, количество специальностей по праву уменьшилось с 15 до 5, а количество областей (направлений) исследования по данным специальностям – с 762 до 172.

[116] См.: Приказ Министерства науки и высшего образования Российской Федерации от 24 февраля 2021 г. № 118 «Об утверждении номенклатуры научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени, и внесении изменения в Положение о совете по защите диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук, утвержденное приказом Министерства образования и науки Российской Федерации от 10 ноября 2017 г. № 1093» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://pravo.gov.ru/ (дата обращения: 31.01.2024).

Значительно сократилось и число упомянутых в паспортах понятий, принципов, институтов и т.д., поскольку теперь со всей очевидностью подразумевалось, что большая их часть должна носить *межотраслевой характер*[117]. К сожалению, некоторые из нарочито междисциплинарных категорий по каким-то причинам не были внесены в эти перечни. В настоящей части данного параграфа мы попробуем выяснить, какую позицию в системе публично-правовых наук занимает одна из таких незаслуженно забытых категорий – *административное усмотрение*.

Но прежде всего предпримем краткий экскурс в историю российского аттестацицонно-экзаменационного процесса. Думается, что без него наши рассуждения могут показаться читателю как минимум отрывочными, а как максимум – спекулятивными.

Итак, прообраз первой отечественной номенклатуры научных специальностей был создан более 200 лет назад. По справедливому мнению Л.А. Зайцевой и И.М. Мацкевича, таковым являлось Положение о производстве в ученые степени, подписанное императором Александром I Благословенным 20 января 1819 г.[118] На основании данного акта выделялись *четыре факультета*: богословский, философский, юридический и медицинский. Каждому из этих факультетов соответствовал свой перечень наук. К юридическим наукам относились: права естественное, частное, публичное и народное; право римское; право российское публичное, гражданское и уголовное; политические экономия, история, статистика и т.д.[119] Но в Положении не указывалось *конкретных областей (направлений) исследования* по каждой из поименованных в нем наук, как это делается сейчас в паспортах научных специальностей, по причине чего на выбор предмета диссертационного труда нередко влияли низменные соображения

---

[117] См.: Новая номенклатура научных специальностей в контексте развития юридической науки и подготовки научных кадров (интервью с Е.Ю. Грачевой) // Российский юридический журнал. 2021. № 2. С. 9–11.

[118] См.: *Зайцева Л.А.*, *Мацкевич И.М.* Еще раз о двухуровневой системе присуждения ученых степеней (история и современность) // Юридическое образование и наука. 2013. № 2. С. 2–13.

[119] См.: Положение о производстве в ученые степени // Сборник постановлений по Министерству народного просвещения. 2-ое изд. СПб., 1875–1876. С. 1249–1250.

молодых ученых – например, «стремление соискателя приблизить защиту диссертации разработкой простейшей научной темы»[120].

В советской России анализируемая ситуация изменилась надолго и к худшему. В 1918 г. номенклатура научных специальностей была попросту упразднена, в 1934 г. – восстановлена, однако вплоть до 1962 г. степени ученым-юристам присваивались по одной-единственной специальности (хотя с 1953 г. для лиц, подготавливающих кандидатскую диссертацию, все же были введены отраслевые специальности)[121]. В романе «Эра милосердия» братьев А.А. Вайнера и Г.А. Вайнера присутствует красноречивая иллюстрация данной практики. «Знаешь, как называется наша специальность? – спрашивает Г. Жеглов у В. Шарапова. – Правоведение!»[122]. И эта фраза далеко не случайна: о возможности существования уголовного или уголовно-процессуального права и как обособленных академических специальностей, и как направленностей или профилей подготовки высшего образования тогда было известно немногим[123].

Первые в истории отечественной системы научной аттестации паспорта научной специальности принимаются в 2001 г.[124] Спустя некоторое время сам институт таких паспортов подвергается критике со стороны ряда представителей академического сообщества[125], признается «проблемной зоной» номенклатуры

---

[120] *Иванов А.Е.* Ученое достоинство Российской Империи. XVIII – начало XX в. Подготовка и научная аттестация профессоров и преподавателей высшей школы. М., 2016. С. 409.

[121] См.: *Балицкий К.С.* Трудовое право. Полный список диссертаций. 1934–2017. М., 2018. С. 4–5.

[122] См.: *Вайнер А.А.*, *Вайнер Г.А.* Эра милосердия: Роман; Город принял! …: Повесть. М., 1988. С. 37.

[123] О драматических штрихах в истории уголовного права и уголовного процесса в СССР в XX в. см.: История юридических наук в России / под ред. О.Е. Кутафина, В.В. Блажеева, Е.Ю. Грачевой, И.М. Мацкевича. М., 2009. С. 445–446, 456–458.

[124] См.: *Романовская О.В.* Проблемы становления правового режима государственной системы научной аттестации // Электронный научный журнал «Наука. Общество. Государство». 2021. Т. 9. № 3. С. 82.

[125] См., напр.: *Якушев А.Н.*, *Мрыхина О.А.* Может ли содержание диссертации соответствовать паспорту научной специальности? // Педагогический журнал Башкортостана. 2012. № 5 (42). С. 47–50; *Протасов В.Н.* Номенклатура научных специальностей для юридических наук 2021 года // Advances in Law Studies. 2021. Т. 9. № 4. С. 1–5.

научных специальностей[126]. Тем не менее, сегодня паспорта служат важнейшим приложением к номенклатуре, на которое обыкновенно ориентируются аспиранты, докторанты и соискатели при написании диссертаций.

Теперь возвратимся к вопросу о месте административного усмотрения в паспорте научной специальности. В паспорте специальности 12.00.14. «Административное право; административный процесс», утвержденном решением Президиума ВАК РФ от 30 января 2015 г. № 3/8 (именно с него хочется начать обсуждение данной проблемы), об административном усмотрении или дискреционных полномочиях органов исполнительной власти и их должностных лиц не было сказано ни слова. Между тем при подготовке этого паспорта О.А. Ястребов предлагал включить в раздел «Области исследований» пункт под названием «Дискреционные полномочия: условия и пределы свободного усмотрения при реализации административно-властных полномочий»[127].

С терминологических позиций данная формулировка не являлась бесспорной. Выражение «свободное усмотрение», вероятно, было заимствовано из немецкой административно-правовой теории[128] и правоприменительной практики[129]. А в нашей стране Ю.П. Соловей еще в 1982 г. рекомендовал отказаться от этой дефиниции[130], и 40 лет спустя его позиция по этому вопросу не просто не претерпела каких-либо изменений, но, пожалуй, стала даже более убедительной[131].

---

[126] См.: *Габов А.В.*, *Мацкевич И.М.* Номенклатура научных специальностей как элемент государственной системы научной аттестации: к постановке вопроса // Мониторинг правоприменения. 2020. № 2 (35). С. 22.

[127] См.: *Мацкевич И.М.*, *Власенко Н.А.* Паспорт специальностей научных работников по юриспруденции. Проект и итоги / отв. ред. Н.И. Аристер. М., 2016. С. 121.

[128] См.: *Мицкевич Л.А.* Очерки теории административного права. Современное наполнение. М., 2015. С. 53, 122, 202, 252, 254, 260.

[129] Например, в решении Первого Сената Федерального конституционного суда ФРГ от 16 июня 1981 г. (1 BvL 89/87) использовалось понятие «свободное усмотрение исполнительной власти» (см.: Избранные решения Федерального конституционного суда Германии / сост. проф., д-р Ю. Швабе, Т. Гайсслер; отв. ред. К. Кроуфорд. М., 2018. С. 353).

[130] См.: *Соловей Ю.П.* Усмотрение в административной деятельности советской милиции: дис. … канд. юрид. наук. М., 1982. С. 13.

[131] См.: *Соловей Ю.П.* Административное усмотрение (сравнительно-правовое исследование) // Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной реальности России. В 12 т. Т. VIII. Административное право в системе современного российского права. Монография

Помимо этого, в настоящие дни не сложилось единообразного понимания и таких лингвистических конструкций, как «условия усмотрения» и «пределы усмотрения».

Думается, что соответствующий пункт научной специальности (при условии его наличия в паспорте специальности) можно было бы назвать без излишеств – «Административное усмотрение». Этот оборот юридической речи более-менее устоялся в отечественном публичном праве и не должен был вызвать серьезных нареканий. Но тут возник бы иной нюанс: административное усмотрение есть, как подчеркивалось ранее, межотраслевая категория, и изучать ее методологическим инструментарием специальности 12.00.14. «Административное право; административный процесс», охватывающей собой, в сущности, одну-две отрасли права, неверно.

Любопытно, что некоторым институтам в паспорте специальности 12.00.14 могло быть посвящено сразу несколько пунктов подряд. Об административной юстиции, к примеру, говорилось в пунктах 2.5. «Административная юстиция», 2.6. «Принципы и система административной юстиции», 2.7. «Процессуальные аспекты административной юстиции» и 2.8. «Сравнительное правоведение проблем административной юстиции»[132]. Чем объяснялась подобная «щедрость»? Неужели одним лишь желанием уменьшить диспропорцию между административным правом (27 пунктов) и административным процессом (22 пункта)?

Сегодня специальность 12.00.14 уходит в прошлое – как отмечалось выше, Приказом № 118 утверждена новая номенклатура специальностей. В паспорте одной из новоявленных специальностей – 5.1.2. «Публично-правовые (государственно-правовые) науки» – *всей отрасли административного права* отведено всего несколько пунктов. Административная юстиция теперь

/ под ред. докт. юрид. наук, проф. Р.Л. Хачатурова; докт. юрид. наук, проф. А.П. Шергина. М., 2022. С. 424–427.

[132] См.: *Мацкевич И.М.*, *Власенко Н.А*. Номенклатура и паспорт научных специальностей по юриспруденции. Сборник документов и иных материалов. М., 2019. С. 79–82.

«соседствует» в рамках одного пункта с административными процедурами, административными производствами и административным судебным процессом[133]. Что же касается административного усмотрения, то ему снова не нашлось места в паспорте специальности.

На наш взгляд, данное обстоятельство – досадное упущение нового паспорта. По оценке Ю.П. Соловья, административное усмотрение остается само собой и тогда, когда публичная администрация реализует нормы уголовного права, уголовно-процессуального, оперативно-розыскного, уголовно-исполнительного, налогового, земельного, градостроительного, воздушного и других, а не только административного[134]. Соответственно, эта разновидность усмотрения, по всей видимости, генетически связана с гораздо большим числом отраслей права, чем практически любой правовой институт. Поэтому она не должна отсутствовать в паспорте *межотраслевой специальности*.

Нам могут возразить, что административное усмотрение затрагивает две специальности сразу – 5.1.2. «Публично-правовые (государственно-правовые) науки» и 5.1.4. «Уголовно-правовые науки», а добавить его в паспорт каждой специальности нельзя. Это действительно так, но вряд ли стоит воспринимать нормы номенклатур и паспортов *буквально*, т.к. в таком случае получилось бы, что усмотрение вообще было запрещено изучать на протяжении всей отечественной истории. В дореволюционной России оно также включалось бы в две группы юридических наук – 1) прав естественного, частного, публичного и народного и 2) права российского публичного, гражданского и уголовного. В советской России дискреция могла бы исследоваться в рамках общей юридической специальности в 1930–1950-е гг., если бы в то время не считалось, что она является или синонимом

[133] Интересно, что если «административный судебный процесс» отнесен к публично-правовым наукам, то «судебный административный процесс» – к цивилистическим наукам.
[134] См.: *Соловей Ю.П.* Указ. соч. С. 418.

целесообразности[135], или проблемой буржуазной юриспруденции[136]. Наконец, в Российской Федерации усмотрение оказывалось бы или не вполне отраслевой, или чересчур межотраслевой категорией.

Кроме того, вряд ли кто-нибудь будет сомневаться в том, что уголовно-правовые науки – это составной элемент публично-правовых наук. Экстрагирование уголовно-правовых наук в отдельную специальность объясняется не научно-классификационными, а практическими потребностями.

На основании сказанного предлагаем изложить пункт 18 паспорта научной специальности 5.1.2 «Публично-правовые (государственно-правовые) науки» следующим образом: «Административные процедуры, административные производства и административное усмотрение. Административный судебный процесс и административная юстиция».

Административное усмотрение как учебная категория.

Ю.А. Тихомиров однажды заметил, что «в книгах по административному праву понятие и явление административного усмотрения “теряются” среди характеристик форм и методов управления, актов административного принуждения и ответственности и т.д. Его не обнаружить и в трудах по теории государства и права, конституционному праву. А ведь речь идет об “одушевляющем импульсе” многих юридических действий и решений…»[137]. Далее мы предпримем попытку раскрыть этот тезис, обратившись к отечественным и иностранным учебникам по административному праву.

В российских работах дискреция органов исполнительной власти практически не освещается[138]. Так, в фундаментальном учебнике

---

[135] См.: *Лунев А.Е.*, *Студеникин С.С.*, *Ямпольская Ц.А.* Социалистическая законность в советском государственном управлении. М., 1948. С. 63.

[136] См.: *Попова В.И.* Социалистическая законность в деятельности местных советов депутатов трудящихся. М., 1954. С. 23; *Старосьцяк Е.* Правовые формы административной деятельности. М., 1959. С. 190.

[137] *Тихомиров Ю.А.* Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4. С. 70.

[138] Наиболее детально в проблему «умолчания» об административном усмотрении в образовательном ракурсе вникнул И.Е. Бочкарев. См.: *Бочкарев И.Е.* Об административном усмотрении в контексте освоения и совершенствования учебной дисциплины

«Административное право» А.Б. Агапова об административном усмотрении не сказано ни слова[139]. В учебнике «Административное право Российской Федерации» Л.Л. Попова и Ю.И. Мигачева анализируемое явление затрагивается только один раз, и то «мимоходом», в контексте ограничения административной ответственности[140]. В большинстве других учебных изданий институт дискреционных полномочий в равной степени игнорируется. Приятной неожиданностью стал разве что учебник А.П. Алехина, А.А. Кармолицкого и Ю.М. Козлова, в котором административному усмотрению было уделено целое предложение[141].

Разумеется, в специализированных исследованиях ситуация оказывается более оптимистичной. Отдельные параграфы по административному усмотрению подготовили Ю.А. Тихомиров в полном курсе административного права и процесса[142], Ю.Н. Старилов в монографии «Административное право. Том 1. История. Наука. Предмет. Нормы»[143], а также М.В. Костенников, А.В. Куракин, А.М. Кононов, Н.Д. Эриашвили в учебнике «Актуальные проблемы административного права и процесса»[144]. Однако перечисленные труды предназначены либо для специалистов в области юриспруденции, либо для обучающихся в юридических вузах на государственно-правовом профиле, и вряд ли когда-нибудь станут достоянием широкого круга студентов.

В государствах Западной Европы и США наблюдается диаметрально противоположная картина. В 1986 г. профессор Колледжа Уильяма и Мэри Чарльз

«Административное право» // Вестник Нижегородского университета имени Н.И. Лобачевского. Право. 2019. № 1. С. 90–102.

[139] См.: *Агапов А.Б.* Административное право. Учебник. 7-ое изд., перераб. и доп. М., 2011. 820 с.

[140] См.: *Попов Л.Л.*, *Мигачев Ю.И.* Административное право Российской Федерации. Учебник. 2-ое изд., перераб. и доп. М., 2019. С. 252.

[141] См.: *Алехин А.П.*, *Кармолицкий А.А.*, *Козлов Ю.М.* Административное право Российской Федерации. Учебник. М., 2003. С. 43.

[142] См.: *Тихомиров Ю.А.* Административное право и процесс. Полный курс. 2-ое изд., доп. и перераб. М., 2005. С. 201–211.

[143] См.: *Старилов Ю.Н.* Административное право. Т. 1. История. Наука. Предмет. Нормы. Монография. Воронеж, 1998. С. 328–335.

[144] См.: *Костенников М.В.*, *Куракин А.В.*, *Кононов А.М.*, *Кононов П.И.*, *Стахов А.И.*, *Эриашвили Н.Д.* Актуальные проблемы административного права и процесса. Учебник. 2-ое изд., перераб. и доп. М., 2015. С. 350–358.

Коч-мл. (*Charles Koch Jr*.) констатировал, что «в административном праве *доминирует* термин «дискреция»[145]. Эта фраза не была ни гиперболой, ни какой-либо иной стилистической фигурой. Приведем конкретные примеры, подтверждающие мнение ученого.

Начнем, пожалуй, с Оксфордского университета. В Великобритании считается, что Оксфорд, «начиная с эпохи Тюдоров, – школа лучших администраторов королевства»[146]. Знают ли будущие английские администраторы, что такое дискреционные полномочия? Знают, и очень подробно. Так, в учебнике «Административное право» профессора Колледжа Сент-Джонс Оксфордского университета Пола Крэйга (*Paul Craig*) слово «усмотрение» и производные от него термины встречаются около 600 раз[147], а в одноименном учебнике декана юридического факультета (отделения) Оксфорда Тимоти Эндикотта (*Timothy Endicott*) – порядка 700 раз[148]. В сущности, о дискреции органов исполнительной власти в указанных изданиях упоминается *чуть ли не на каждой странице*.

Конечно, в странах англосаксонской правовой семьи, тяготеющих к судебным прецедентам и процессуальным нормам[149], предмет административного права выглядит иначе, нежели в России. На сайте Оксфордского университета говорится, что «административное право в основном занимается судебным контролем за деятельностью исполнительной власти»[150]. И в этом плане пристальный интерес английских административистов к реализации дискреционных полномочий – сфере, в которой бюрократия имеет самые широкие возможности для злоупотребления своей властью – представляется более чем оправданным.

---

[145] *Koch Jr. C.H.* Judicial Review of Administrative Discretion // College of William & Mary Law School. Faculty Publications. 1986. № 4. P. 469.
[146] *Загер П.* Оксфорд и Кембридж. Непреходящая история / пер. с нем. В. Агафоновой, Е. Соколовой, К. Савельева. М., 2012. С. 16.
[147] См.: *Craig P.* Administrative Law. 9th ed. London, 2021. 989 p.
[148] См.: *Endicott T.* Administrative Law. 2th ed. NY, 2011. 696 p.
[149] См.: *Давид Р.* Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М., 1988. С. 299, 318–323.
[150] Официальный сайт юридического факультета (отделения) Оксфордского университета. URL: https://www.law.ox.ac.uk/admissions/options (дата обращения: 22.06.2024).

Теперь перейдем к государствам романо-германского ареала (к числу которых принадлежит и Россия).

В юридических вузах Франции – «родине классического административного права»[151] – дискреция изучается менее основательно, чем в Великобритании. Однако в учебных курсах, посвященных анализируемой нами отрасли, она присутствует в обязательном порядке. В Национальной школе администрации (ENA)[152] в модуль по административному праву входили такие темы, как «Концепция дискреционных полномочий», «Дискреционные полномочия и соответствующая им компетенция», «Сфера административного усмотрения» и др.[153] Если же говорить о численных показателях, то, например, в учебнике «Административное право» профессора Сорбонны Пьера-Лорента Фриера (*Pierre-Laurent Frier*) и профессора Университета Ренн-1 Жака Петита (*Jacques Petit*) слово «усмотрение» и родственные с ним понятия используются свыше 50 раз[154], а в учебнике «Общее административное право» профессора Университета Поля Сезанна Жан-Клода Риччи (*Jean-Claude Ricci*) – больше 60 раз[155].

Впрочем, эти данные не дают нам повода сделать какой-либо окончательный вывод, т.к. на юридических факультетах Франции некоторые отрасли публично-правовой науки традиционно преподаются в рамках нескольких учебных курсов. Так, конституционное право (в отечественном понимании этого термина) может подразделяться на основы конституционного права (1), политические институты (2) и права человека (3)[156]. Соответственно, и административное право здесь зачастую распадается на множество взаимосвязанных дисциплин.

---

[151] См.: *Талапина Э.В.* Административное право Франции сегодня // Ежегодник сравнительного правоведения. М., 2004. С. 136.

[152] Национальную школу администрации открыл Шарль де Голль в 1945 г. для того, чтобы упростить доступ французских граждан к высшим государственным должностям. Но в 2021 г. сама Национальная школа была признана чересчур «элитарной», после чего один из выпускников школы – президент Франции Эммануэль Макрон – объявил о ее закрытии.

[153] См.: *Mouhamadou K.A.* Module de droit administratif. 2005. P. 20–22.

[154] См.: *Frier P.-L.*, *Petit J.* Droit administratif. 12th ed. Paris, 2018. 736 p.

[155] См.: *Ricci J.-C.* Droit administratif général. 5th ed. Paris, 2013. 320 p.

[156] По такой же схеме строятся многие французские учебники. См., напр.: *Жакке Ж.-П.* Конституционное право и политические институты. Учебное пособие / пер. с фр. В.В. Маклакова. М., 2002. 363 с.

Точнее всего отношение романо-германских правовых систем к дискреции органов публичной администрации отражают немецкие авторы. В учебнике «Административное право» профессора Гейдельбергского университета Вальтера Еллинека (*Walter Jellinek*), изданном в 1931 г., слово «усмотрение» и связанные с ним дефиниции употребляются более 250 раз[157]; в учебнике «Общее административное право» под редакцией профессоров Вестфальского университета имени Вильгельма II Ханс-Уве Эрихсена (*Hans-Uwe Erichsen*) и Дирка Элерса (*Dirk Ehlers*), изданном в 2010 г., – почти 750 раз[158]. Это трехкратное увеличение демонстрирует общую тенденцию актуализации проблемы административного усмотрения в XX в.

Как видим, и в странах прецедентного, и в странах континентального права (за исключением России) административное усмотрение является одним из центральных институтов в курсе административной науки. А значит, при возникновении необходимости выпускник иностранного юридического вуза сможет более уверенно, а главное – *более умело* противостоять государственной машине, нежели отечественный. По этой причине вспоминается, что в 1978 г. был опубликован роман Ю.О. Домбровского, в котором российский юридический факультет именовался «факультетом ненужных вещей – наукой о формальностях, бумажках и процедурах»[159]. Неужели эта оценка по-прежнему справедлива?

Ввиду всего вышесказанного думается, что в российских учебниках по административному праву и административному процессу должен быть раздел (параграф или глава), характеризующий административное усмотрение, его сущность, содержание и пределы.

Таким образом, ***в зарубежных странах административное усмотрение активно изучается и как научная, и как учебная категория. В России изучение административного усмотрения осуществляется локально, отдельными***

---

[157] См.: *Jellinek W.* Verwaltungsrecht. Berlin, 1931. 571 p.
[158] См.: Allgemeines Verwaltungsrecht / herausgegeben von Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers. Berlin, 2010. 1066 p.
[159] *Домбровский О.Ю.* Факультет ненужных вещей // Новый мир. 1988. № 8. С. 51.

учеными или научными группами, и практически не производится в высших учебных заведениях. С учетом этого предлагается изложить пункт 18 паспорта научной специальности 5.1.2. «Публично-правовые (государственно-правовые) науки» следующим образом: «Административные процедуры, административные производства и административное усмотрение. Административный судебный процесс и административная юстиция», а также включить тему «Административное усмотрение» в рабочие программы учебных дисциплин по административному праву и процессу и в учебники (учебные пособия) по административному праву и процессу.

ГЛАВА 2.
РЕАЛИЗАЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО УСМОТРЕНИЯ

§ 2.1. Административное усмотрение в механизме административно-правового регулирования

Прежде чем говорить о реализации административного усмотрения, т.е. о внешних, процессуальных аспектах его фактического выражения, необходимо определиться с тем, какое место занимает административное усмотрение в механизме административно-правового регулирования, как оно взаимодействует с элементами указанного механизма, для выполнения каких задач предназначено.

Термин «механизм правового регулирования» является достоянием отечественной правовой науки и активно используется с 1966 г., когда его автор, С.С. Алексеев, опубликовал монографию «Механизм правового регулирования в социалистическом государстве»[160]. Ученый выделил в механизме правового регулирования следующие элементы (правовые средства):

1) нормы права;

2) правоотношения;

3) акты реализации прав и обязанностей.

Эта классическая триада может быть использована и для выделения частей, составляющих *механизм административно-правового регулирования*. На наш взгляд, в самом общем виде данные части – это:

1) нормы права (в первую очередь административного права, во вторую – других отраслей права, на основании которых реализуются легальные и дискреционные полномочия органов исполнительной власти и их должностных лиц – *подробнее об этом см. в § 1.1 настоящего диссертационного исследования*);

2) правовоотношения управленческого характера (административно-правовые отношения и некоторые иные правовые отношения);

---

[160] См.: *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. 186 с.

3) акты реализации служебных прав и обязанностей, т.е. правоприменительные акты.

Попробуем определить, проявляется ли административное усмотрение в вышеперечисленных элементах.

Административное усмотрение и нормы права.

Принято считать, что при всем желании законодателя невозможно урегулировать правом все общественные отношения. По ряду причин (естественное несовершенство законодательства, многообразие жизненных ситуаций и опосредующая их сложность общественных отношений, стремительное развитие науки и техники, опережающее законодательное регулирование, и т.д.) в праве всегда будут оставаться лакуны (пробелы), которые можно преодолеть только при реализации дискреционных полномочий.

Наука истории государства и права подтверждает данный тезис. Так, составители Кодекса Хаммурапи старались предусмотреть в нем все мыслимые и немыслимые ситуации. Например, одна из норм Кодекса Хаммурапи звучала 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)». Однако подобных норм все же совершенно не хватало для того, чтобы всецело и всесторонне урегулировать жизнь социума. Очевидно, что для достижения такой цели потребовались бы десятки или сотни тысяч законодательных предписаний.

Интересно, что однажды в истории была предпринята похожая попытка. В 1974 г. было издано Прусское общеземское уложение, которое составители которого попытались уместить все гражданское право в 19 000 статей. Разумеется, несмотря на большой объем уложения, практически тут же возник целый пласт общественных отношений, который не был регламентирован его нормами[161].

Другой аспект анализируемой проблемы – коллизии между нормами. Практика показывает, что в законодательстве всегда есть противоречия, для

[161] См.: *Старостин С.А*. Размышления об административном усмотрении // Вестник Томского государственного университета. Право. 2024. № 51. С. 66.

оперативного преодоления которых также необходимо административное усмотрение.

Административное усмотрение и правоотношения управленческого характера.

Классическое определение правоотношений гласит: правоотношения – это общественные отношения, урегулированные нормами права[162]. Соответственно, если нормы права либо не охватывают собой какой-либо конкретный сегмент общественных отношений, либо оказывают противоречивое воздействие на данный сегмент, правоприменитель вынужден прибегать к усмотрению. Можно ли считать, что в случае реализации усмотрения общественные отношения не являются правовыми, т.к. они не урегулированы нормами права? На наш взгляд, нет. Думается, что все формы социальных взаимоотношений так или иначе урегулированы правом. Другой вопрос, что в ряде случаев *они недостаточно конкретизированы*, т.е. не совсем полно определены. И именно в таких случаях возникают основания для реализации дискреционных полномочий. Таким образом, если не существует комплексов правовых норм, обходящихся без усмотрения, то не существует и правоотношений, где оно не реализуется.

Сказанное применимо и к правоотношениям управленческого характера, однако с оговоркой, что здесь реализуется не частное усмотрение, а разновидность публичного усмотрения – административное усмотрение.

А.А. Никитин предлагает другой тезис в пользу того, что усмотрение *всегда* присутствует в правоотношениях. По его мнению, можно говорить *об общем или базисном усмотрении*, которое представляет собой «решение индивида, основанное на органически присущей любому субъективному праву двувариантности его реализации (реализовывать право и отказаться от реализации права)»[163]. Поскольку в содержании правоотношения обязательно есть

---

[162] См., напр.: *Радько Т.Н., Лазарев В.В., Морозова Л.А.* Теория государства и права. Учебник для бакалавров. М., 2018. С. 253.

[163] См.: *Никитин А.А.* Правовое усмотрение: теория, практика, техника: дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2021. С. 54.

субъективное право и юридическая обязанность, усмотрение не может не проявляться в нем.

Административное усмотрение и правоприменительные акты.

Административное усмотрение находит свое выражение и в правоприменительной деятельности. Данный вопрос был изучен нами ранее (*см. § 1.3 данной диссертации*).

Некоторые современные административисты выделяют и множество других элементов административно-правового регулирования (различных правовых средств)[164]. Мы не станем анализировать их детально, т.к. в них административное усмотрение воплощается еще более ярко и совершенно элементарно (например, в правосознании, правовой культуре или правовой ментальности[165]).

Таким образом, административное усмотрение можно оценивать как субэлемент каждого элемента механизма административно-правового регулирования. А поскольку усмотрение обнаруживается во всех без исключения элементах, можно заключить, что оно является *сквозным субэлементом механизма административно-правового регулирования*.

Основной функцией административного усмотрения в механизме административно-правового регулирования является *преодоление правовой неопределенности*. Рассмотрим эту функцию подробнее.

Итак, неопределенность присутствует *во всех реальных системах* (материальных или физических), известных на сегодняшний день, но отнюдь не всегда в одинаковой форме и степени.

В технических системах неопределенность может быть внутренней или внешней[166]. Первая из них возникает в ситуациях, когда в рамках самой системы наличествует изначально неполная информация. Вторая выражается в качестве

---

[164] См., напр.: *Труфанов М.Е.* Механизм административно-правового регулирования. Монография. Краснодар, 2015. 82 с.

[165] См., напр.: *Синюков В.Н.* Российская правовая система. Введение в общую теорию. М., 2010. С. 221–270.

[166] См.: *Теплоухов С.В*. Методика идентификации и учета неопределенности исходной информации в ситуационных центрах: дис. … канд. техн. наук. Краснодар, 2020. С. 19.

неизвестных или непредсказуемых реакций окружающей среды (как биологической, так и социальной) на функционирование данной системы.

В биологических системах выделяют нечеткие и случайные неопределенности[167], которые, в сущности, дублируют внутреннюю и внешнюю неопределенность в технических системах. Нечеткие неопределенности провоцируются недостатком тех или иных корреспондирующих друг другу сведений (коррелятов/зависимых переменных) о жизнедеятельности системы. Случайные неопределенности, соответственно, обуславливаются такими внешними факторами, которые нельзя спрогнозировать заранее.

В социальных системах дифференцировать неопределенности очень тяжело. Дело в том, что в этих системах одна неопределенность обыкновенно «наслаивается» на другую (другие), причем в неопределенном же порядке, что порождает уникальные (разовые) шансы и риски (*подробнее о них см. следующий параграф диссертации*). Здесь сталкиваются и перемешиваются частности, которые категорически не поддаются генерализации: характер и настроение людей, их интеллектуальный потенциал, образование, уровень культуры, житейский и профессиональный опыт, политические и религиозные взгляды, морально-нравственные установки, интересы, интуиция и т.д., создавая множество сложных и единственных в своем роде социальных инцидентов и юридических казусов. Но отсюда не следует, что в социальных системах всегда больше хаоса и энтропии, чем в технических или биологических, потому что в силу своей иррациональности такие системы способны обнаруживать как минимальную, так и максимальную волю к самоупорядочиванию.

В настоящем параграфе мы сфокусируемся на неопределенности в самой инклюзивной и гетерогенной социальной системе – *системе государственного управления*. Государственное управление претворяется в жизнь в нескольких формах, основной и наиболее распространенной из которых является издание

---

[167] См.: *Liu F.*, *Chen S.*, *Heiner M.*, *Song H.* Modeling biological systems with uncertain kinetic data using fuzzy continuous Petri nets // BMC Systems Biology. 2018. № 42.

правовых актов управления[168]. Ввиду этого именно неопределенность в указанных актах, ее общая характеристика и специфические особенности, будет эпицентром нашего исследования. Апогеем же данного параграфа станет изучение административного усмотрения как средства (способа) преодоления такой неопределенности, демонстрация его положительных и отрицательных сторон.

Вместе с тем мы вынуждены будем также представить на читательский суд весьма обширные пропедевтические рассуждения о праве и правовой неопределенности. Без них наши промежуточные умозаключения могут показаться беспочвенными, а итоговые выводы – спекулятивными.

Итак, начнем с самой маленькой ячейки права – правовой нормы. В юридической науке получила широкое хождение концепция о том, что *любая правовая норма является неопределенной*. Обычно эту концепцию связывают с именем профессора Оксфордского университета Герберта Харта (*Herbert L.A. Hart*). Профессор Харт отмечал, что в каждой норме права существует «ядро» или «сердцевина» (анл. *core*) и «полутень (периферия) неопределенности» (англ. *penumbra of uncertainty*)[169]. Ядро есть явное, самоочевидное, не допускающее нескольких толкований понятие или выражение; полутень – слово или словосочетание, которое в принципе – не из-за дефектов юридической техники или иных оплошностей законодателя, а из-за семантического несовершенства самого языка, на котором изготовлен нормативно-правовой акт – не имеет единого значения. Для целей нашей работы важен следующий вывод, сделанный Хартом в процессе лингвистического препарирования юридической нормы: правоприменитель (а в хартовской интерпретации, ориентирующейся на страны прецедентного права, это прежде всего судья) всегда, во всякой ситуации, независимо от качества законодательства, уровня правопорядка, вида политического режима, иных эквиполентных факторов, будет принимать

---

[168] См.: Административное право. Учебник / под ред. Л.Л. Попова, М.С. Студеникиной. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2018. С. 186.

[169] См., напр.: *Харт Г.Л.А.* Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб., 2007. С. 137–139; *Баженова Е.А.* Философия права Г.Л.А. Харта. Учебное пособие. Владимир, 2016. С. 30.

публично-властные решения, *полностью либо отчасти руководствуясь собственным усмотрением*, ибо только так ему удастся снять расположенную на периферии нормы неопределенность.

Концепция Герберта Харта вряд ли может претендовать на монопольную самодостаточность. Ее истоки, вероятно, нужно искать в области лингвистической философии права – сочинениях Л. Витгенштейна, Г. Райла, Дж. Остина и др., затрагивающих различные парадоксы языкознания. Нелишним здесь будет также обратиться к трудам профессора Гарвардского университета Уилларда Куайна (*Willard Van Orman Quine*), который считал, что не только у каждого народа, но и у каждого человека есть свой язык, который никогда не поймет до конца другой человек[170]. Кроме того, в данном контексте нельзя не вспомнить выдающегося отечественного правоведа Е.В. Васьковского. Он установил четыре формы «неясности» (неопределенности) юридической нормы – темноту, двусмысленность, неточность и неполноту[171]. Первая из этих форм похожа на дефиницию «полутень неопределенности» терминологически, вторая – содержательно.

Тем не менее, заслугой профессора Харта стало не обобщение, а творческое переосмысление идей его предшественников, с акцентированием внимания на неопределенности всех норм всех отраслей права – *неопределенности права как такового*. Для позитивистской теории, по словам профессора Университета Торонто Дэвида Дизенхауса (*David Dyzenhaus*), этот тезис оказался «чрезвычайным положением в миниатюре», т.е. проблемой, которая хотя и не рубит эту теорию на корню, но подвергает сомнению ее монолитность[172]. Что же касается отдельных отраслей права, то тут значимость хартовской концепции в целом не оспаривалась,

---

[170] См., напр.: *Куайн У.В.О.* Слово и объект / пер. с англ. М., 2000. С. 10–12; *Честнов И.Л.* Постклассическая теория права. Монография. СПб., 2012. С. 39.

[171] См.: *Васьковский Е.*В. Цивилистическая методология. Часть I. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. С. 59–62.

[172] См.: *Dyzenhaus D.* Introduction. Why Carl Schmitt? // Carl Schmitt's Critique of Liberalism / edited by David Dyzenhaus. Durham; London, 1998. P. 12.

однако зависела от того, к какой подсистеме права относилась та или иная отрасль – к частному праву или к публичному праву.

В частном праве вопрос о неопределенности никогда не стоял сколько-нибудь остро. Частноправовые отношения являются преимущественно договорными, их субъекты характеризуются автономией воль и юридическим равенством. Определенность же претила бы как фундаментальному цивилистическому принципу – принципу свободы договора, так и динамизму гражданско-правового регулирования, опосредующему лабильность гражданского оборота. Неслучайно римский сенатор Луций Яволен Приск (*Lucius Javolenus Priscus*) вывел формулу «*Omnis definitio in iure civili periculosa est*; *parum est enim*, *ut non subverti posset*» (с лат. «Всякое определение в гражданском праве опасно, благо практически каждое из них можно опровергнуть»), которая с течением времени была закреплена в Дигестах Юстиниана[173].

Совсем иначе обсуждаемый вопрос выглядит *в публичном праве*, где стороны традиционно пребывают в отношениях власти и подчинения. Здесь неопределенность – это худшее из того, что может приключиться с правовой нормой; здесь важны каждая буква и каждый знак препинания. «В публично-правовых отраслях, – пишет по данному поводу Э.Е. Бершицкий, – следует конкретизировать даже те понятия, которые имеют достаточно определенное значение»[174]. И с мнением исследователя нельзя не согласиться. От того, насколько строго и безвариативно правило поведения зафиксировано в законодательстве, зависит то, будет ли это правило применяться в принципе, а значит, будут ли гарантироваться и обеспечиваться права и свободы человека и гражданина, а главное – будут ли государственные управленческие решения исполняться *вообще*. Ведь потеря управления грозит потерей управляемого объекта, потеря государственного управления – потерей государства: переворотом, революцией, распадом, присоединением к другому государству, сопровождаемым

---

[173] D.50.17.202.

[174] *Бершицкий Э.Е.* Правовая определенность и оценочные категории: краткий очерк на примере составов правонарушений в различных отраслях права. М., 2021. С. 103.

масштабными гражданскими конфликтами и массовыми человеческими жертвами. Что может быть страшнее?

Наряду с этим современное публичное право трудно представить совершенно конкретным, без научно-практических комментариев к кодексам, обзоров правовых позиций и судебной практики, актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами, а также, разумеется, регулярных поправок к действующим законам. Отечественные конституционалисты, к примеру, признают, что «многие из конституционно-правовых норм имеют общий характер правового воздействия без конкретизации модели поведения»[175], и подавляющая их часть – бланкетные нормы. Административисты констатируют, что в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях было внесено свыше 600 поправок, причем закон с первой поправкой был подписан Президентом РФ еще до того, как Кодекс вступил в силу[176]. А специалисты по финансовому праву отводят неопределенности настолько серьезную роль, что уже рассматривают ее как самостоятельный финансово-правовой институт[177]. Все эти обстоятельства свидетельствует о том, что ни про полную определенность, ни тем более про какую-либо стабильность в публично-правовых отраслях говорить не приходится.

Наивысшая степень неопределенности, по всей видимости, присуща не финансовому или конституционному праву, а административному. Причина этого кроется в том, что с момента своего возникновения административное право тяготело к подзаконному правовому регулированию, и сегодня, по оценке С.М. Зубарева, правовые акты управления стали «одним из ключевых институтов административного права как управленческого права»[178]. Но если федеральных

---

[175] *Нарутто С.В.*, *Таева Н.Е.*, *Шугрина Е.С.* Конституционное право России. Учебник. 2-е изд. М., 2018. С. 6.

[176] См.: Административная ответственность в области связи и информации. Учебное пособие / отв. ред. А.В. Сладкова. М., 2023. С. 5.

[177] См.: *Бородавина М.К.*, *Рыбакова С.В.*, *Савина А.В.*, *Хахулина А.П.* К вопросу о финансовой неопределенности // Правоприменение. 2020. Т. 4. № 1. С. 75–84.

[178] *Зубарев С.М.* О соотношении акта управления и закона в новых реалиях // Вестник Томского государственного университета. Право. 2022. № 45. С. 70–71.

законов в современной России чуть более десяти тысяч, то подзаконных актов государственных органов – сотни тысяч. При этом качество последних уступает качеству первых, а количество – увеличивается сверхбыстрыми темпами. Так, по подсчетам В.П. Уманской, число правовых актов органов исполнительной власти с каждым годом растет почти на 50%[179].

Если следовать описанной нами ранее концепции Герберта Харта *буквально* (чем больше правовых актов, тем больше неопределенности), то сказанного уже достаточно для того, чтобы доказать, что административное право – самая «неопределенная» отрасль права. Впрочем, можно опереться и на другие аналитические школы лингвистической философии права, однако и в этом случае полученный вывод останется прежним. Приведем пример соответствующего рассуждения. Закон является первичным актом, подзаконный акт – вторичным: он развивает или дополняет положения закона, но одновременно с этим и *искажает их*, пусть даже в самой незначительной степени или в благих целях (исправить ошибки, разрешить коллизии, устранить лакуны). В идеальном юридическом мире закон и подзаконный акт есть два продолжающих друг друга отрезка, расположенных на одной прямой; в правовой реальности эти отрезки соприкасаются, но всегда находятся на пересекающихся прямых. Таким образом, даже малейшие разночтения между законами порой детерминируют антагонистические противоречия в основанных на них актах управления, и лицо, вынужденное принимать решение в соответствии с этими актами, автоматически оказывается в состоянии абсолютной неопределенности.

Американский экономист Фрэнк Найт (*Frank Hyneman Knight*) справедливо утверждал: «Неопределенность – одна из основных реалий жизни. Ее нельзя устранить ни из каких принимаемых решений <…> Однако существует ряд способов уменьшить ее степень»[180]. Какие же способы (средства) придания правовому регулированию конкретности можно обнаружить в юриспруденции?

---

[179] См.: *Уманская В.П.* Система правовых актов органов исполнительной власти: теоретические и прикладные аспекты: дис. … д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 337.
[180] *Найт Ф.* Риск, неопределенность и прибыль / пер. с англ. М., 2003. С. 328.

Самые что ни на есть разные: принципы (справедливость, целесообразность, разумность и др.) и ценности, обычаи и обыкновения, мораль и нравственность, дефиниции (легальные и доктринальные) и конструкции, презумпции и фикции, судебную и иную правоприменительную практику. Но наиболее простой и доступный для каждого агента исполнительной власти способ преодоления правовой неопределенности – это, конечно же, *усмотрение*.

В юридической теории встречаются разные подходы к тому, что из себя представляет усмотрение. В настоящем параграфе мы не будем описывать их. Не станем мы подробно излагать и собственную точку зрения на природу этой категории[181]. Отметим лишь следующее. На наш взгляд, должностное лицо органа исполнительной власти может действовать либо по закону (т.е. в соответствии с некоторым правовым предписанием, санкционирующим единственную модель властного поведения), либо не по закону. В первом случае усмотрения нет, во втором – есть. Напомним, что усмотрение бывает *правовым* (лицо действует в соответствии с правовой нормой, наделяющей его возможностью самостоятельно избирать вариант собственного поведения), *неправовым* (лицо нарушает правовую норму) и *внеправовым* (лицо действует в отсутствии правовой нормы). Для преодоления неопределенности годится каждая из этих трех форм усмотрения.

Равным образом в науке имеется множество позиций по поводу понимания административного усмотрения. Мы солидарны с позицией Ю.П. Соловья, согласно которой административное усмотрение называется административным потому, что *его субъектом выступает публичная администрация*, вне зависимости от того, нормы какой отрасли права она реализует (административного, административно-процессуального, уголовного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного, земельного, воздушного права и пр.)[182]. При этом

---

[181] Подробнее о них см., напр.: *Зайцев Д.И.* Генеалогия административного усмотрения // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 3. С. 272–284.

[182] См.: *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. Монография / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Р.Л. Хачатурова, д-ра юрид. наук, проф. А.П. Шергина. М., 2022. С. 418.

используется такая дискреция исключительно для устранения неопределенности в сфере публичного управления.

Какими достоинствами обладает административное усмотрение как способ конкретизации нормативных предписаний, содержащихся в административных актах?

Во-первых, административное усмотрение позволяет правоприменителю *выбрать любое из средств преодоления неопределенности*, поименованных нами выше, или *совместить их в любой пропорции* (в этом и только этом плане само усмотрение является не средством, а метасредством). Правоприменитель может прибегнуть к принципу целесообразности, сложившейся юридической практике, административному обычаю – либо ко всем средствам сразу, если того требуют обстоятельства.

В иностранной юридической науке есть термин «связанность правом». На наш взгляд, он очень удачен: право действительно связывает, стягивает, сковывает руки правоприменителю. Усмотрение же, напротив, их до известных пределов развязывает, высвобождает, причем в наибольшей степени по сравнению с другими способами преодоления неопределенности. Благодаря этому должностное лицо может соблюдать как свой внутренний, так и «внешний» закон – поступать так, чтобы не поступаться своими убеждениями и в то же время не причинять вреда общественному порядку.

Во-вторых, административное усмотрение мотивирует правоприменителя *пробовать разные методы толкования правовых норм* для придания им конкретности. Очевидно, что для нейтрализации неопределенности помимо стандартных методов толкования (формально-юридического, системного, логического и др.) понадобятся как минимум лингвистический и телеологический (целевой) методы. При помощи лингвистического метода будут уяснены общеупотребительные и специальные значения отдельных слов и выражений, при помощи телеологического метода – прослежены семантико-функциональные связи между данными словами и выражениями в системе «конституция – закон – подзаконный акт». В результате конкретными станут и «периферийные»

неопределенности, и неопределенности, вызванные вторичным характером административных актов.

В-третьих, административное усмотрение позволяет принять решение *быстро*. Реализация дискреционных полномочий, как правило, ни к чему не обязывает правоприменителя, и чаще всего он не несет ни юридической, ни фактической ответственности за свои действия. Вследствие этого процесс выбора средства преодоления неопределенности в правовом акте управления может быть очень оперативным и, что особенно важно, *интуитивным*. Должностное лицо может не задумываться о формальной стороне вопроса, о том, как будет отчитываться или оправдываться за свои поступки, а полностью сконцентрироваться на обстоятельствах дела или даже на самом себе. Как бы странно это на первый взгляд ни звучало, мы уверены, что интуиция играет не последнюю скрипку в управленческом искусстве. Но сам термин «интуиция» мы понимаем так, как его понимает большинство ученых, – как «знания из ниоткуда». Например, американский психолог Эрик Берн (*Eric Lennard Berne*) считает, что «интуиция означает, что мы можем нечто знать, не зная, как мы это узнаем»[183]; канадский специалист по эпистемологии Марио Бунге (*Mario Augusto Bunge*) дефинирует интуицию как «имеющиеся у человека знания, источник и способ которых он не может объяснить»[184].

Вообще с психологической точки зрения дискреционные полномочия осуществляются в два этапа. Первый этап – *интериоризация* – получение и усвоение информации из внешнего социального мира. Второй этап – *экстериоризация* – превращение внутреннего психического решения во внешнее действие. Содержание каждого из этапов во многом скрыто от глаз людей, окружающих правоприменителя. Мы не знаем точно, как и по каким критериям человек воспринимает и оценивает конкретные сведения. Не знаем и того, какой будет его реакция на обретенную информацию. Поэтому попытка рационализировать дискрецию – предположить, что всякое должностное лицо вне

---

[183] *Берн Э.* Введение в психиатрию и психоанализ для непосвященных. СПб., 1992. С. 369.
[184] *Бунге М.* Интуиция и наука. М., 1967. С. 113–114.

зависимости от пола, возраста, опыта, взглядов и т.д. в некоторых обстоятельствах будет действовать одинаково – заранее обречена на провал.

В-четвертых, дискреционное решение не обязано зиждиться на предыдущих дискреционных решениях по аналогичным делам. Конечно, усмотрение может быть «прецедентным», но тогда оно также будет или обычаем, или обыкновением. Однако должностное лицо вправе пренебречь устоявшимися правилами поведения и поступить так, как оно считает нужным. Другими словами, поскольку усмотрение есть деяние, не основанное на законе, оно может совершаться и единожды, и неоднократно. В первом случае дискреция будет уникальной, во втором – не уникальной.

Теперь перейдем к недостаткам административного усмотрения как средства преодоления неопределенности в правовых актах управления.

П.П. Серков недавно отметил, что усмотрение онтологически характеризуется дуалистической природой: оно может как корреспондировать правовому регулированию, так и противоречить ему[185]. Говоря математическим языком, усмотрение – это не какое-нибудь число, а модуль данного числа, перед которым ставится то «плюс», то «минус». В этом смысле дискреционные полномочия гарантируют компетенционную витальность государственного чиновника, но одновременно с этим опосредованно провоцируют его на злоупотребление своими возможностями.

Лучше всего данную особенность описывает выражение «две стороны одной медали»: каждому достоинству соответствует свой недостаток. Так, административное усмотрение «дарует» правоприменителю выбор любого из средств преодоления неопределенности и любого из методов толкования правовых норм – но это не значит, что он выберет лучшие средства и методы, а не худшие. Административное усмотрение зачастую реализуется быстро – но именно стремительность принятия решений есть главный залог административных ошибок (а также неплохой аргумент для объяснения заведомо ошибочных,

---

[185] См.: *Серков П.П.*, *Соловей Ю.П.* Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. 2022. Т. 19. № 4. С. 377.

недобросовестных действий). В рамках административного усмотрения допускается принятие разных решений по совершенно идентичным друг другу делам – но что может быть более опасным коррупциогенным фактором?

Как видим, у административного усмотрения имеется столько же положительных сторон, сколько и отрицательных. Последние, разумеется, нельзя ставить во главу угла. Но и забывать о них тоже не стоит. Пусть это осознанные, пусть необходимые, но все-таки риски. И уровень этих рисков иногда прямо пропорционален числу правовых актов управления, на которые ориентируется правоприменитель. Поэтому неурегулированность некоторой области общественных отношений и, наоборот, зарегулированность этой области могут выступать одинаковым злом. Законодатель всегда должен отыскивать «золотую середину».

В заключение хочется сказать, что правильная реализация административного усмотрения как средства преодоления неопределенности в административных актах будет содействовать устойчивости государственного управления[186]. «Отнюдь не служа источником правовой неопределенности, – утверждал по данному поводу профессор Университета Торонто Джозеф Хит (*Joseph Heath*), – административное усмотрение повышает стабильность и предсказуемость государства, а также его способность к долгосрочным обязательствам»[187]. Следовательно, усмотрение органов исполнительной власти и их должностных лиц в метафизической и метафорической плоскости – это *неопределенность, ведущая к определенности, и нестабильность, ведущая к стабильности*.

Таким образом, ***функция административного усмотрения в механизме административно-правового регулирования заключается в том, чтобы преодолевать правовую неопределенность при помощи различных способов.***

---

[186] О значении и важности категории «устойчивость государственного управления» см.: *Россинский Б.В*. Проблемы государственного управления с позиции теории систем. Монография. М., 2021. С. 199–247.

[187] *Heath J.* The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State. New York, 2020. P. 30.

Административное усмотрение приводит механизм административно-правового регулирования в движение в тех случаях, когда субъективные права и юридические обязанности участников административно-правовых отношений нельзя реализовать на основании правовых норм.

§ 2.2. Административное усмотрение в административно-процессуальной деятельности

Вопрос о реализации дискреционных полномочий органов исполнительной власти и их должностных лиц главным образом сводится к тому, как административное усмотрение проявляет себя в административно-процессуальной деятельности, т.е. на этапе *экстериоризации* – внешнего и динамического выражения некоторого управленческого решения. Конечно, определенное значение имеет и то, что происходит во время *интериоризации*, однако вряд ли соответствующие внутренние процессы подлежат строгому юридическому измерению, т.к. они не только сокрыты от человеческих глаз, но и зачастую опосредуют сиюминутные эмоции, самочувствие и настроение правоприменителя, его отношения с руководством или подчиненными, а также различные иррациональные мотивы и факторы. В сущности, реализация административного усмотрения на этапе интериоризации – это проблема юридической психологии.

Впрочем, справедливости ради следует отметить, что для юридической оценки дискреционного решения важно и то, какое деяние совершило должностное лицо, и то, по какой причине оно совершило это деяние; именно здесь, на наш взгляд, проходит граница между, например, административным произволом и административной ошибкой.

В настоящее время найдены и обоснованы различные подходы к пониманию административно-процессуальной деятельности. Ю.М. Козлов отмечает, что с фактической точки зрения деятельность по управлению и процессуальная деятельность – это одно и то же, любые управленческие действия являются

процессуальными[188]. Д.Н. Бахрах считает, что понятие «административно-процессуальная деятельность» охватывает собой все виды административного процесса[189]. Мы разделяем мнения классиков административно-правовой науки, и в дальнейшем под административно-процессуальной деятельностью будем понимать деятельность, осуществляемую в рамках двух видов административного процесса – *административно-процедурного* и *административно-юрисдикционного*.

В данном параграфе мы попробуем рассмотреть основные особенности реализации дискреционных полномочий в административно-процедурном и административно-юрисдикционном процессах. Представляется, что фундаментальная, сущностная разница между этими видами административного процесса (бесспорная природа процедурного процесса и спорная природа юрисдикционного процесса) обусловит и некоторые отличия между реализацией административного усмотрения в каждом из них. Поскольку сегодня государственное управления все больше обретает бесконфликтный, сервисный характер, сперва будут выявлены отличительные черты административного усмотрения в позитивном государственном управлении, а затем – отличительные черты административного усмотрения в негативном государственном управлении.

Административное усмотрение в административно-процедурной деятельности (позитивном государственном управлении).

Как отмечалось ранее, административное усмотрение является одним из главных камней преткновения современного административного права и административного процесса. Солидарная точка зрения на его сущность, содержание (элементы), формы и методы реализации до сих пор не выработана ни российской, ни зарубежной юридической доктриной. При этом проблемой, требующей от академического сообщества самого пристального внимания, считаются пределы (границы) административного усмотрения, а также способы защиты прав, свобод и законных интересов граждан при осуществлении

---

[188] См.: Административное право / под ред. Ю.М. Козлова, Л.Л. Попова. М., 1999. С. 383.
[189] См.: *Бахрах Д.Н.* Административное право России. М., 2000. С. 306.

дискреционных полномочий органов исполнительной власти и их должностных лиц. В свою очередь, в качестве едва ли не основного способа такой защиты традиционно выступают административные процедуры[190]. Поэтому в настоящей части данного параграфа мы предпримем попытку взглянуть на дискреционные полномочия сквозь призму административных процедур.

В нашей стране господствует специфическое восприятие института административного усмотрения как такового, а тем более – административного усмотрения в административно-процедурной деятельности. Устоялась идея, что связь между этими категориями – дискреционными полномочиями и административными процедурами – выражается исключительно в форме обратной пропорции: чем больше одно, тем меньше другое, и наоборот. Чтобы не быть голословными, приведем некоторые высказывания отечественных ученых в пользу данной позиции. И.Н. Барциц полагает, что назначение административных процедур – «ограничивать произвольное административное усмотрение и вводить легальные критерии действий служащих, должностных лиц, государственных и муниципальных структур, граждан и юридических лиц»[191]. В.М. Капицын

---

[190] В российской административно-правовой науке административные процедуры чаще всего определяются как порядок совершения управленческих действий позитивной направленности (см.: *Попов Л.Л.* Административные процедуры: проблемы теории, законодательства и практики // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 5. С. 97; *Сладкова А.В.* К вопросу об административно-процедурном процессе и административных процедурах // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 5. С. 194). Несколько реже говорится про «позитивные процедуры» и «негативные процедуры», при этом под последними подразумеваются юстиционные и юрисдикционные процедуры (см.: *Давыдов К.В.* Административные процедуры: концепция правового регулирования: дис. … д-ра юрид. наук. Нижний Новгород, 2020. С. 146). Иностранные исследователи, как правило, также классифицируют все административные процедуры на спорные и неспорные (бесспорные); по такому пути развивается и зарубежное законодательство (см.: *Старилов Ю.Н.* Административная реформа и административные процедуры в контексте преодоления «избыточного» административного регулирования // Актуальные вопросы публичного права. 2012. № 7. С. 69). Поскольку отечественный закон об административных процедурах пока не принят, нам придется преимущественно обращаться к теоретическому и нормативному материалу других стран, а поэтому здесь, для удобства и лаконичности изложения, мы вынуждены занять вторую позицию. Соответственно, некоторые выводы, сделанные по итогам этой части параграфа, будут применимы и к следующей части параграфа («Административное усмотрение в административно-принудительной деятельности (негативном государственном управлении)»).

[191] *Барциц И.Н.* Административные процедуры: перспективы правовой регламентации и «чувство меры» // Вопросы государственного и муниципального управления. 2008. № 1. С. 124.

продолжает ту же линию. «В России, – констатирует он, – до сих пор нет закона об административных процедурах, что создает благоприятные условия для административного усмотрения»[192]. Однако процедуры можно прописать не только в законе, отчего до его принятия С.Е. Нарышкин и Т.Я. Хабриева рекомендуют «ввести строго формализованный порядок осуществления большинства действий в органах власти для снижения процента административного усмотрения»[193].

По нашему мнению, данный подход нельзя назвать безупречным. Так, одной из главных предпосылок возникновения административного усмотрения обыкновенно признается многообразие общественных отношений, т.е. конкретных жизненных ситуаций, которые нельзя предусмотреть заранее и облечь в юридические конструкции *ante factum*[194]. Сможет ли закон об административных процедурах уменьшить объемы дискреционных полномочий в подобного рода случаях? Скорее всего, не сможет, а если и сможет, то только поправ права, свободы или законные интересы граждан и (или) государственную дисциплину (должностное лицо отказывается разрешать административное дело по мотиву того, что в законе отсутствует нужная процедура); при первом варианте развития событий будет нарушено *назначение* административных процедур (если понимать его так, как понимает И.Н. Барциц), при втором – собственно *законность*. Следовательно, издание закона об административных процедурах как средства пресечения реализации дискреционных полномочий *в данном контексте* лишено всякого смысла из-за сущностного противоречия: настоящий 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.

---

[192] *Капицын В.М.* Государственная дискреция как проблема конституционного права // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 3. С. 3.

[193] *Нарышкин С.Е., Хабриева Т.Я.* Административная реформа в субъектах Российской Федерации // Журнал российского права. 2008. № 10 (142). С. 13.

[194] См., напр.: *Гирвиц А.В.* Понятие, признаки и классификация административного усмотрения // Вестник Омской юридической академии. 2014. № 4 (25). С. 33; *Денисенко В.В.* Административное и судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: общее и особенное // Общество и право. 2013. № 1 (43). С. 229–230.

Вероятно, по этой причине означенный «антагонистический» подход не приветствуется в ряде зарубежных стран, где невозможно даже представить себе закон об административных процедурах без положений об административном усмотрении. Например, дискреционные полномочия органов исполнительной власти получили *легальное закрепление* в Административном процедурно-процессуальном кодексе Республики Казахстан 2020 г. Его составители, во-первых, дефинировали административное усмотрение как «полномочие <…> принимать в установленных законодательством Республики Казахстан целях и пределах одно из возможных решений на основании оценки их законности» (ст. 4 Кодекса), а во-вторых, дополнительно указали, что реализация дискреционных полномочий должна соответствовать целям этих полномочий и не должна выходить за предусмотренные законом пределы (ст. 11 Кодекса)[195]. Конечно, содержание данных законоположений далеко от технико-юридического совершенства (в сущности, они попросту дублируют друг друга), однако само по себе их наличие в кодифицированном акте есть убедительное свидетельство о том, что административное усмотрение и административные процедуры вполне способны «соседствовать» между собой (по крайней мере, на бумаге).

При этом характерно, что казахстанский законодатель не стал разрабатывать каких-либо национальных механизмов юридической легитимации дискреционных полномочий, а двинулся торным путем: процитированные выше правила об административном усмотрении являются почти дословной рецепцией правовой нормы из § 40 Закона Федеративной Республики Германия об административных процедурах 1976 г. «Если административный орган, – гласит этот параграф, – правомочен действовать по собственному усмотрению, то это право он обязан осуществлять в соответствии с целью предоставленных полномочий и соблюдать установленные законом границы действия по усмотрению»[196]. Как легко понять, в

[195] См.: Кодекс Республики Казахстан от 29 июня 2020 г. № 350-VI // Информационно-правовая система нормативных правовых актов Республики Казахстан. URL: https://adilet.zan.kz/ (дата обращения: 25.12.2024).

[196] Закон об административных процедурах ФРГ // Сборник законодательных актов по административным процедурам. Алматы, 2013. С. 172.

нормах об административном усмотрении Административного процедурно-процессуального кодекса Казахстана и Закона ФРГ об административных процедурах совпадают и условие о цели реализации административного усмотрения, и условие о его пределах.

Вместе с тем вряд ли можно согласиться с тем, что обсуждаемая нами норма *действительно лимитирует* административное усмотрение. Весьма ценное наблюдение по этому поводу сделал К.В. Давыдов. Он заметил, что «сама эта норма, призванная создать правовую основу дискреции, является *дискреционной*», т.к. и цель полномочий, и границы их действия есть неопределенные правовые понятия[197] (*подробнее об административном усмотрении как средстве преодоления правовой неопределенности см. § 2.1 настоящей диссертации*). Иными словами, любая попытка снизить объемы административного усмотрения посредством издания нормативного правового акта влечет за собой одновременное возникновение новых легальных источников для их роста. Эта рекурсивная ловушка обуславливает непредсказуемость *фактического* влияния юридического инструментария на административное усмотрение: административные процедуры могут *не только уменьшить, но и увеличить* дискрецию органов исполнительной власти.

Таким образом, нельзя утверждать, что административное усмотрение и административные процедуры всегда и всюду исключают друг друга. Напротив, в некоторых случаях одно становится причиной появления второго. Ранее мы продемонстрировали, как процедуры «порождают» дискрецию. Но исторически первым был противоположный генезис: именно повышение количественных и качественных параметров административного усмотрения (*подробнее об объемах дискреционных полномочий в качественном и количественном аспектах см. § 1.3 настоящего диссертационного исследования*) детерминировало широкое распространение административно-процедурных практик. Изначально это

[197] *Давыдов К.В.* Административное усмотрение: ошибки правового регулирования и правоприменения (сравнительно-правовой аспект) // Государство и право. 2018. № 7. С. 42.

произошло в некоторых западных странах во второй половине XX в.[198] Как презюмирует Т. Хонда, «в ответ на рост количества административных органов и расширения их полномочий по усмотрению после Второй мировой войны США и европейские страны приняли закон об административных процедурах и усилили защиту прав частных лиц в процессе государственного управления»[199] (*наряду с этим отдельные разновидности административного усмотрения можно воспринимать и как некую «протоформу» административных процедур – подробнее об этом см. далее по тексту*).

Подчеркнем, что и эта ситуация слабо коррелирует с тезисом о том, что между объемами дискреции и административно-процедурной деятельности присутствует обратная зависимость по формуле «начинается процедура – заканчивается усмотрение». Да и идея о том, что усмотрение может быть уничтожено или хотя бы в значительной степени ограничено правом (правовыми средствами), обладает явными признаками юридического фетишизма. Более реалистичной видится иная концепция, согласно которой административные процедуры представляют собой метод относительно эффективного реагирования на негативные аспекты административного усмотрения. В этой связи думается, что принятие законов об административных процедурах преследовало своей целью не столько минимизацию объемов дискреционных полномочий, сколько нейтрализацию отрицательных сторон их реализации при помощи *достижения баланса и поддержания паритета* между анализируемыми институтами.

Надо сказать, что такой взгляд на назначение административных процедур объясняется научно-теоретическими воззрениями на *сущность* административного усмотрения. Принято считать, что усмотрение может претворяться в жизнь как в

---

[198] А первый в мире закон об административных процедурах был принят в 1925 г. в Австрии (см.: *Майле А.Д.* Законодательство об административных процедурах: опыт Германии // Сибирское юридическое обозрение. 2021. Т. 18. № 2. С. 206).

[199] *Хонда Т.* Вопросы и задачи реформирования административной процедуры // Административная реформа в Республике Узбекистан: опыт и проблемы правового регулирования. Материалы международного симпозиума 29-30 сентября 2007 г. Ташкент, 2008. С. 145. Цит. по: *Давыдов К.В.* Административное усмотрение и законодательство об административных процедурах: проблемы теории и судебной практики (сравнительно-правовой анализ) // Ежегодник публичного права 2015. Административный процесс. М., 2015. С. 402.

благоприятном (соответствующим целям и задачам публичной администрации), так и в неблагоприятном (не соответствующим целям и задачам публичной администрации) ключе. Стало быть, при снижении объемов дискреционных полномочий государственных служащих последние, с одной стороны, не смогут *нарушить* публичный интерес, а с другой стороны – не смогут и должным образом его *обеспечить*, т.е. оправдать оказанное им доверие. Поэтому административные процедуры не должны ни «ограничивать», ни «снижать процент» административного усмотрения (как в этом уверены многие отечественные авторы) – они обязаны лишь предоставить всем заинтересованным лицам такой арсенал юридических инструментов, который позволил бы им максимально быстро и полно защитить свои права или соблюсти свои обязанности при реализации иными лицами своей дискреционной власти[200].

Какими же конкретными способами правового воздействия достигается административно-процедурное препятствование произвольному усмотрению?

Первый способ уже был описан нами. Это – *законодательное закрепление требований (критериев) к осуществлению дискреционных полномочий*. Как мы видели, в профильных законах Казахстана и ФРГ в качестве таких требований устанавливаются 1) цель административного усмотрения и 2) его пределы. Разумеется, не возбраняется и использование других критериев, потому что важнее всего здесь сам факт наличия нескольких, пусть даже самых абстрактных, реперных точек, от которых можно будет отталкиваться в дальнейшем, если законность или целесообразность решений должностного лица окажется взятой под сомнение.

Второй способ – *обязанность мотивировать решения, принимаемые в рамках дискреционных полномочий*. Данная обязанность, например, вменяется должностным лицам Германии в § 39 (1) Закона ФРГ об административных процедурах, в силу которого «обоснование решения, принятого по собственному

[200] Из сказанного не следует, впрочем, что усмотрение нельзя ограничить *в принципе* или что административные процедуры *абсолютно* не ограничивают его. Мы всего лишь акцентируем внимание на том, что *миссия* административных процедур заключается не в этом.

усмотрению, должно <…> содержать исходные положения, мотивирующие осуществление административным органом права собственного усмотрения»[201]. О.Н. Шерстобоев также обнаруживает эту обязанность в Типовых правилах административных процедур Европейского Союза 2014 г. (ReNEUAL), где она выступает как «важнейшая гарантия прав невластных участников отношений»[202]. Но наряду с этим необходимость объяснять каждое дискреционное решение на предмет соответствия критериям цели усмотрения и его границам можно охарактеризовать и как гарантию защиты государственных служащих, находящихся в подчиненном отношении к лицу, которое принимает такое решение, от исполнения заведомо противоправных или нецелесообразных распоряжений.

Третий способ – *обжалование дискреционных решений*. Оно предусмотрено, например, в § 49 Федерального закона Швейцарской Конфедерации об административных процедурах 1968 г., который предоставляет право обжаловать такие нарушения федерального законодательства, как злоупотребление свободой административного усмотрения или выход за его границы[203]. И речь тут снова идет о законодательных требованиях, предъявляемых к реализации дискреционных полномочий: злоупотребление свободой усмотрения означает, что орган исполнительной власти или его должностное лицо руководствуется не только целью той нормы, в которой зафиксировано право на усмотрение, а выход за пределы усмотрения – что совершена правоприменительная ошибка, при которой властный субъект выбрал такое правовое последствие, которое преступило за рамки указанной нормы[204].

Нетрудно догадаться, что все способы правового воздействия тесно связаны между собой и в совокупности составляют единый *административно-*

---

[201] См.: Закон об административных процедурах ФРГ // Сборник законодательных актов по административным процедурам. Алматы, 2013. С. 172.

[202] *Шерстобоев О.Н.* Административная дискреция и принцип разумности (часть 1: зарубежный опыт) // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2017. № 4. С. 159.

[203] См.: Федеральный закон об административных процедурах Швейцарской Конфедерации // Сборник законодательных актов по административным процедурам. Алматы, 2013. С. 403.

[204] См.: *Грабенвартер К.* Доктрина свободы усмотрения // Дайджест публичного права. 2016. № 1. С. 26–27.

процедурный механизм, прежде всего направленный на защиту прав, свобод и законных интересов граждан. Кроме того, данных способов может быть гораздо большее количество; мы изучили лишь основные из них.

Двадцать восьмого октября 2022 г. был издан Модельный закон Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств «Об административных процедурах»[205]. В ст. 50 указанного закона под названием «Реализация административного усмотрения» провозглашалось: «В случае, если административный орган при принятии административного акта, совершении действия (бездействии), заключении административного договора наделен административным усмотрением, он обязан осуществлять административное усмотрение в соответствии с законными целями предоставленного полномочия, а также соблюдать иные границы реализации административного усмотрения, установленные национальным законодательством». Таким образом, теперь нормативные предписания о дискреционных полномочиях, долгое время существовавшие в иностранных государствах, закрепляются в законодательном акте СНГ. Возможно, это один из последних шагов к принятию отечественного Федерального закона «Об административных процедурах». Можно предположить, что в этот закон будут включены похожие нормы об административном усмотрении.

Теперь обратимся к проблеме «происхождения» административных процедур из административного усмотрения. С ней связан один из актуальных публично-правовых парадоксов, интересующих нас в контексте избранной темы. Для его описания представим себе следующую ситуацию. Гражданин поступает на государственную службу. В России он предоставляет нанимателю различные документы (о состоянии здоровья, образовании, стаже и др.), подтверждает наличие профессиональных знаний и умений (при прохождении собеседования или тестирования). В зарубежных странах его могут обязать продемонстрировать свои

[205] См.: Модельный закон СНГ «Об административных процедурах» // Официальный сайт Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств. URL: https://iacis.ru/ (дата обращения: 26.12.2024).

личные и рабочие качества альтернативными способами. Например, в США некоторых соискателей просят пройти проверку на полиграфе[206]. В Великобритании – предъявить рекомендации с мест учебы[207]. Во Франции и Германии – окончить дополнительно к уже полученному диплому несколько академических программ[208].

Допустим, кандидат с честью выдержал все испытания и занял искомую должность. Отсюда вытекает, что наниматель от лица государства как бы соглашается с тем, что гражданин в силу имеющихся у него навыков *заслуживает доверия и вправе распоряжаться им по собственному усмотрению*, самостоятельно принимая те или иные управленческие решения. Собственно, и само усмотрение, согласно разработанной нами ранее концепции, есть *определенная степень доверия*, оказываемая чиновникам со стороны государства и общества[209]. Таким образом, после устройства на службу гражданин вправе ожидать доверительного отношения от своего начальника и коллег.

Однако в первый же рабочий день выясняется прямо противоположное. Государственный служащий узнает, что каждое его действие регламентировано строгой процедурой, каждое решение обязано сопровождаться подробной письменной фиксацией (а иногда и аргументацией), а о свободе усмотрения можно попросту забыть. Из-за этого складывается обоснованное впечатление, что государство и общество не только не доверяют ему, но и заранее презюмируют, что при первой же возможности он без зазрения совести нарушит права, свободы и законные интересы других граждан. Но зачем же в таком случае было

---

[206] См., напр.: *Исаева Л.М.* Изменение политики США в XXI в. в отношении проведения психофизиологических исследований с использованием полиграфа в деятельности правоохранительных органов // Вестник Академии экономической безопасности МВД России. 2010. № 8. С. 100–102.

[207] См., напр.: *Сариева Д.С.* Правила приема на государственную службу в зарубежных странах // International Journal of Humanities and Natural Sciences. 2021. № 1–2 (52). С. 178.

[208] См., напр.: *Саликов Д.Х.* Государственная служба в V Республике // Общество, экономика, управление. 2018. Т. 3. № 2. С. 99; *Гвоздев А.В.* Зарубежный опыт подготовки кадров для государственной гражданской службы // Вестник Чувашского университета. 2019. № 2. С. 30.

[209] Об этой концепции см.: *Зайцев Д.И.* Генеалогия административного усмотрения // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 3. С. 272–284. DOI: https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-3-272-284.

устанавливать столь множественные цензы при приеме на службу и испытывать претендентов на лояльность и благонадежность?

Для снятия этого парадокса нужно погрузиться в *историю административных процедур*. К сожалению, в настоящие дни вопрос о появлении административных процедур традиционно сводится к *определению их сущности*. Иначе говоря, ученый предлагает собственную дефиницию административных процедур, после чего отыскивает такой исторический период, в котором они толковались или выражались более или менее схожим образом. Либо же ученый порицает дефиниции своих товарищей по цеху, показывая, что если они истинны, то процедурное регулирование можно обнаружить едва ли не в первобытных обществах (аргумент «от противного»). Так, М.А. Штатина констатирует, что если под административными процедурами понимать исключительно последовательность исполнительно-распорядительных действий, совершаемых наделенными публично-властными полномочиями субъектами, то «уже не кажется удивительным, что некоторые исследователи ведут их отсчет со времен царя Хаммурапи, а иные авторы полагают их еще более древними»[210].

Иронию уважаемого правоведа мы разделяем лишь отчасти. На наш взгляд, *генезис правовых институтов* может затянуться и на десятилетия, и на столетия. Это не одномоментный процесс. А в административных процедурах нечто анахроническое ощущается более чем явственно, хотя скорее интуитивно, нежели умозрительно. Думается, что какая-то связь между процедурами и, например, сакрально-символической традицией римского права или ритуально-церемониальной, обрядовой природой азиатского права безусловно присутствует. Впрочем, здесь мы не будем более детально рассуждать об этом. Тем более что в современной науке государственного управления считается, и не без веских на то оснований, что административные процедуры возникли во второй половине XX в.,

---

[210] *Штатина М.А.* Какой институт административных процедур нужен административному праву? // Актуальные проблемы административного, финансового и информационного права в России и за рубежом: материалы межвузовской научной конференции на базе кафедры административного и финансового права Юридического института Российского университета дружбы народов. Москва, 25 января 2016 г. / отв. ред. А.Р. Батяева. М., 2016. С. 5.

после Второй мировой войны[211]. Но как именно они возникли? Вот вопрос, на который не дают ответа исследователи.

Озвучим собственную версию событий. В разных органах исполнительной власти исторически складывались различные административные обычаи и обыкновения. Они затрагивали режимы службы, служебный распорядок, взаимодействие между служащими, разрешение конфликтов между ними, делопроизводство и пр. Источником этих обычаев, как правило, выступало *административное усмотрение* руководителей данных органов. В тех случаях, когда дискреция опосредовала своенравие руководящих лиц, сложившиеся обычаи препятствовали эффективному несению службы и по естественным причинам отмирали одновременно со сменой начальства. Если же усмотрение детерминировало формирование целесообразных, конструктивных, эргономичных обычаев, то эти обычаи быстро и повсеместно распространялись по остальным государственным учреждениям. Наконец, лучшие из них обретали легальное признание и становились административными процедурами.

Как видим, административные процедуры закрепляют позитивное административное усмотрение (позитивную реализацию административного усмотрения), а негативную дискрецию отторгают. Следовательно, процедуры так же, как и усмотрение, представляют собой некую степень доверия, но уже не к любому агенту исполнительной власти, а только к их начальникам, и не в аморфной форме, а в твердой и неизменной.

Впрочем, на этом этапе пертурбации с административными процедурами не заканчиваются. Они, с одной стороны, с каждым годом начинают охватывать собой все большие и большие сегменты управленческих отношений, оставляя все меньше и меньше пространства для «чистого» административного усмотрения. С другой

---

[211] См.: *Хонда Т.* Вопросы и задачи реформирования административной процедуры // Административная реформа в Республике Узбекистан: опыт и проблемы правового регулирования. Материалы международного симпозиума 29–30 сентября 2007 г. Ташкент, 2008. С. 145. Цит. по: *Давыдов К.В.* Административное усмотрение и законодательство об административных процедурах: проблемы теории и судебной практики (сравнительно-правовой анализ) // Ежегодник публичного права. Административный процесс. М., 2015. С. 402.

стороны, государство и общество, наука и техника прогрессируют не эквиполентно административным процедурам, а гораздо стремительнее. Поэтому рано или поздно административные процедуры перестают удовлетворять как частным, так и публичным интересам. И в этот момент публичная власть обязана пересмотреть свое отношение к процедурам и либо полностью отменить их, либо кардинально исправить таким образом, чтобы чиновники снова были наделены прежними, широкими дискреционными полномочиями.

Судя по всему, мы живем как раз в период подобного перехода. Уже сейчас многие российские и иностранные ученые высказываются в пользу качественной реорганизации административных процедур. Например, профессор Университета Помпеу Фабра Хавьер Барнс (*Javier Barnes*) полагает, что сегодняшние процедуры давно и безнадежно устарели, ввиду чего требуются «новые процедуры», которые смогут органично совмещать в себе нормативные и дискреционные начала[212]. Ни в коем случае не опровергая это суждение, зададимся вопросом: а будут ли «новые процедуры» процедурами вообще?

По нашему мнению, административная дискреция и административные процедуры объективно обречены на то, чтобы периодически сменять друг друга, но сменять не полностью, а частично. Сперва административное усмотрение начинает постепенно «окаменевать», замещаться обычаями и обыкновениями, которые, в свою очередь, медленно, но верно превращаются в процедуры. Затем в процедурах так же неторопливо, но неизбежно вызревают дискреционные элементы, которых с течением времени становится все больше и больше. После этого все повторяется заново. «Пиковые» моменты – моменты почти абсолютного преобладания дискреции над процедурами или процедур над дискрецией – и непродолжительны, и незаметны. Сама же протяженность отдельно взятого «цикла» зависит от скорости эволюционирования государства и общества.

Но данная гипотетическая модель обусловлена не только исторически. Она позволяет справиться с одной из главных проблем, сокрытых в административных

---

[212] См.: *Barnes J.* Introduction. Reform and Innovation of Administrative Procedure // Transforming Administrative Procedures / edited J. Barnes. Seville, 2008. P. 11–41.

процедурах. Но чтобы читателю было понятно, о чем именно пойдет речь, нам следует предварительно в общих чертах пояснить, в чем заключается разница между усмотрением и правом как таковыми.

С управленческой точки зрения право и дискреция отличаются тем, что первое образует собой *единственный социальный регулятор*, а второе – *множество социальных регуляторов*, которое содержит в себе право, но не ограничивается им. При этом правоприменитель при реализации административного усмотрения может прибегнуть только к праву как к социальному регулятору, а может и воспользоваться любыми другими социальными регуляторами. Соответственно, *с фактических позиций* усмотрение может быть как шире, чем право, так и уже – все зависит от личности правоприменителя.

Вместе с тем принято считать, что гомогенное регулирование социального поведения граждан (т.е. такое регулирование, в основе которого лежит только один социальный регулятор – право) есть крупный недостаток государственного управления. «*Jus summum saepe summa malitia est*» (с лат. «Высшее право часто есть высшее зло»)[213] – с этого афоризма римского драматурга Публия Теренция Афра, предостерегающего от правового идеализма и фетишизма, на протяжении многих столетий стартовало обучение в юридических вузах. Конкретизируя данную мысль, итальянский историк юриспруденции Паоло Проди (*Paolo Prodi*) писал: «В тот момент, когда позитивное право начинает полностью регулировать социальную жизнь, проникая во все аспекты жизни человека, которые до этого основывались на разноплановых нормах, общество костенеет и начинает саморазрушаться, потому что лишается возможности дышать, необходимой для его выживания»[214].

Надо сказать, что в зарубежных государствах данная опасность осознается вполне отчетливо. Приблизительно с середины XX в. юридические исследования,

---

[213] См.: Афоризмы античных мудрецов / авт.-сост. Кожевников А.Ю., Линдберг Т.Б. М., 2010. С. 36.

[214] *Проди П.* История справедливости: от плюрализма форумов к современному дуализму совести и права / пер. с ит. И. Кушнаревой; пер. с лат. А. Апполонова. М., 2017. С. 10.

проводящиеся в Европе и США, регулярно посвящаются двум фундаментальным вопросам. Первый из них – *административное усмотрение*, т.е. совокупность социальных регуляторов, при помощи которых государственные служащие принимают управленческие решения. Изучение усмотрения в западных странах достигло таких масштабов, что уже в 1986 г. профессор Колледжа Уильяма и Мэри Чарльз Коч-мл. (*Charles Koch Jr*.) констатировал, что в административном праве *доминирует* термин «дискреция»[215]. Второй вопрос – *собственно социальные регуляторы*, которые можно использовать или вместе с правом, или вместо права. Классический пример – работа профессора Йельского университета Роберта Элликсона (*Robert C. Ellickson*) под названием «Порядок без права: как соседи улаживают споры», изданная в 1991 г. и заслужившая мировую известность[216]. В ней изучались неформальные способы упорядочивания общественных отношений, удачно игнорирующие законодательные нормы. Характерно, что труды аналогичного свойства интенсивно печатаются и по сей день, ибо данная тема по-прежнему не исчерпана.

Но вернемся к административным процедурам. Нет никаких сомнений в том, что они составляют важнейшую часть затронутой проблемы. В некоторый период своего развития административные процедуры превращают государственных служащих чуть ли не в антропоидных роботов, механически действующих по заранее запрограммированным алгоритмам без способности на самое ничтожное отклонение от них. Можно ли назвать такой результат достижением? С социальных позиций – однозначно «нет». В § 2.3 настоящей диссертации мы опишем ситуацию, при которой искусственный интеллект стал предоставлять государственные услуги населению. Граждане оказались крайне недовольны качеством таких услуг, и именно потому, что машина была обделена дискреционной властью и не могла выносить решения на основании своего усмотрения[217]. Ввиду этого думается, что

---

[215] См.: *Koch Jr. C.H.* Judicial Review of Administrative Discretion // College of William & Mary Law School. Faculty Publications. 1986. № 4. P. 469.
[216] См.: *Элликсон Р.* Порядок без права: как соседи улаживают споры. М., 2017. 520 с.
[217] См.: *Зайцев Д.И.* Административное усмотрение в цифровую эпоху // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 11. С. 205.

административные процедуры практически всегда (за исключением краткосрочного «пикового» момента, после которого их регуляторный потенциал падает и наступает временное господство усмотрения) должны содержать в себе дискреционные элементы.

О чем-то подобном в своих трудах рассуждает К.В. Давыдов. Он обращает внимание на то, что законодатель в некоторых странах, в том числе и в России, подвержен «процедурной эйфории» – «маниакальному желанию заурегулировать любую группу административных процедур, минимизировать дискрецию, в идеале сведя ее к нулю»[218]. Между тем, по убеждению автора озвученной цитаты, уничтожить усмотрение нельзя, т.к. оно всегда, тайно или явно, будет наличествовать в любых административных процедурах. Нам хочется в целом солидаризироваться с этой позицией, но с той оговоркой, что административные процедуры все-таки могут полностью ликвидировать дискрецию, однако результатом этого, как отмечалось выше, рано или поздно станет нарушение прав, свобод и законных интересов граждан[219]. Очевидно, что законодателю надо не доводить до такого, а, при обнаружении соответствующих предпосылок, снова предоставлять должностным лицам простор для усмотрения.

В 1990 г. русский историк Л.Н. Гумилев опубликовал сборник лекций, прочитанных им в Москве и Ленинграде в 1980-е гг. Сборник получил название «Конец и вновь начало: популярные лекции по народоведению». Его лейтмотивом стало утверждение о дискретности (прерывности) исторического времени и, как следствие, цикличности (повторяемости) человеческой истории[220]. Кажется, что в ближайшем будущем административное право и административный процесс ожидают аналогичные циклы. Перманентная трансформация общественных отношений будет то «усилять» административные процедуры, уменьшая

---

[218] *Давыдов К.В.* Административное усмотрение: ошибки правового регулирования и правоприменения (сравнитетльно-правовой аспект) // Государство и право. 2018. № 7. С. 43.

[219] См. об этом: *Зайцев Д.И.* Административное усмотрение в административно-процедурной деятельности // Административные процедуры. Учебное пособие / отв. ред. А.В. Сладкова. М., 2024. С. 63–64.

[220] См.: *Гумилев Л.Н.* Конец и вновь начало: популярные лекции по народоведению. М., 2010. С. 19.

административное усмотрение до потенциально уместного минимума, то, наоборот, благоприятствовать превалированию дискреционных полномочий над административно-процедурной материей. В этих условиях у законодателя и правоприменителя останется, в сущности, только одна приоритетная задача – правильно определять точки бифуркации и оперативно реагировать на наступление «дискреционной» или «процедурной» фазы.

Административное усмотрение в административно-принудительной деятельности (негативном государственном управлении).

Административно-принудительная деятельность – это разновидность административно-юрисдикционной деятельности, которая затрагивает права и свободы человека и гражданина особенно ощутимо. Административно-принудительная деятельность обладает материально-процессуальной природой: она охватывает собой как меры административного принуждения, так и порядок их применения.

Основанием для начала административно-принудительной деятельности считается совершение правонарушений, возникновение чрезвычайных ситуаций[221] или других правовых аномалий[222], наступление иных особых условий, предусмотренных нормами права.

Во избежание нарушений субъективных прав и свобод административно-принудительная деятельность традиционно подвергается тщательной нормативно-правовой регламентации. Однако далеко не все конфликтные ситуации можно предусмотреть заранее и заблаговременно урегулировать законодательными предписаниями. Какими бы конкретными ни были уставы, инструкции и положения, пространство для автономного поведения должностного лица сохраняется всегда. Возможность принимать и реализовывать публично-властные

---

[221] См.: *Старостин С.А.* Чрезвычайное положение. Монография. М., 2019. С. 57–89; *Старостин С.А.* Чрезвычайные административно-правовые режимы. Монография. М., 2022. С. 65–69.

[222] См.: *Ардашкин В.Д.* Меры защиты (пресечения) в советском административном праве: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Томск, 1968. С. 7; *Анискина Н.В.* Административное принуждение в уголовно-исполнительной системе Российской Федерации: дис. … канд. юрид. наук. Рязань, 2020. С. 29.

решения в пределах этой «серой зоны» называется *административным усмотрением*[223].

В нашей стране и административное принуждение, и административное усмотрение пока остаются *доктринальными категориями*. Это значит, что в России не издано специальных законов об этих институтах, не упоминаются они *непосредственно* в иных законах и подзаконных актах, но зато проводится их фундаментальная научная разработка. Институт административного принуждения обыкновенно связывают с фамилией Л.Л. Попова, который в 1965 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему «Убеждение и принуждение в административной деятельности советской милиции»[224], институт административного усмотрения – с фамилией Ю.П. Соловья, подготовившего кандидатскую диссертацию на тему «Усмотрение в административной деятельности советской милиции» (1982 г.)[225]. Нетрудно заметить сходство в названиях исследований ученых. Оно объясняется тем, что принуждение и усмотрение в советские годы прежде всего ассоциировалось с правоохранительными органами. Кроме того, указанные работы были написаны в один исторический период. Любопытно, что завершение Л.Л. Поповым своей диссертации практически совпало по времени с началом руководства Л.И. Брежневым Центральным комитетом КПСС, а защита диссертации Ю.П. Соловья – с его окончанием. В этот период советская милиция испытывала продолжительный подъем. Ее деятельность стала специализированной – возникли дежурные части, службы уголовного розыска, профилактики, охраны общественного порядка, борьбы с хищениями социалистической собственности и др. Специализация повлекла за собой не только позитивные организационные преобразования, но и значительные улучшения кадровой политики. Милицейская

---

[223] В данном параграфе мы будем понимать под терминами «усмотрение» и «дискреция», «полномочия по усмотрению» и «дискреционные полномочия», «реализация усмотрения» и «дискреционная деятельность» одно и то же.

[224] См.: *Попов Л.Л.* Убеждение и принуждение в административной деятельности советской милиции: дис. … канд. юрид. наук. М., 1965. 331 с.

[225] См.: *Соловей Ю.П.* Усмотрение в административной деятельности советской милиции: дис. … канд. юрид. наук. М., 1982. 229 с.

тема доминировала и в культурном ландшафте Союза ССР в обозначенное двадцатилетие. Именно при Л.И. Брежневе был опубликован сборник Л.И. Шейнина «Записки следователя» (1965 г.) и роман братьев Вайнеров «Эра милосердия» (1975 г.), вышли на советский экран сериалы «Рожденная революцией» (1974–1977 гг.) и «Место встречи изменить нельзя» (1979 г.), а также большинство фильмов из цикла «Следствие ведут ЗнаТоКи» (1971–2002 гг.). Все это не могло не сказаться на престиже профессии, интересе к ней как советских граждан вообще, так и представителей академического сообщества в частности.

Вместе с тем именно в очерченный период в отечественной административно-правовой науке наметился сильный уклон в сторону управленческой деятельности милиции. Конечно, данная деятельность невероятно важна, без нее попросту невозможно вообразить нормальное функционирование государства. Однако ей государственное управление не исчерпывается. Принуждение и усмотрение применяются многими другими органами государственной власти и должностными лицами. К сожалению, административно-принудительная деятельность этих органов и лиц при реализации ими своих дискреционных полномочий до сих пор не изучена в должной степени. Поэтому в настоящей части параграфа мы попробуем рассказать об административном усмотрении в административно-принудительной деятельности в самых общих чертах, без строгой привязки к какому-либо министерству или ведомству, но, разумеется, базируясь на научных трудах по соответствующей проблематике.

Как соотносятся административное усмотрение и административное принуждение? По мнению С.А. Старостина, принуждение структурно распадается на *объективный элемент*, включающий в себя степень общественной опасности некоторой ситуации и законодательные предписания, регламентирующие правовой статус должностного лица, обязанного нейтрализовывать подобные угрозы, и *субъективный элемент* – дискреционные полномочия этого должностного лица[226]. Этот подход следует поддержать. От себя лишь добавим, что административное

[226] См.: *Старостин С.А.* Административно-правовое принуждение: проблемы теории // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 6. С. 51.

усмотрение в административно-принудительной деятельности может раскрываться *как материальный институт* (выбор конкретных мер принуждения) или *как процессуальный институт* (выбор порядка применения данных мер).

Теперь перейдем к *основным особенностям* административного усмотрения при осуществлении административного принуждения.

1. Как известно, административно-процедурная деятельность реализуется в рамках позитивного государственного управления, административно-юрисдикционная деятельность (и, как следствие, административно-принудительная деятельность) – в рамках негативного государственного управления[227]. Усмотрение используется и в той, и в другой деятельности, но отличается *по своему вектору*. Если должностное лицо служит в органе исполнительной власти позитивной направленности, то его функции будут так или иначе связаны с обеспечением прав и свобод граждан, а его дискреционные полномочия будут ориентированы на поиск *наиболее лучшего решения*. Для органов исполнительной власти негативной направленности, 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 *рисковая 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[228].

---

[227] См.: *Мицкевич Л.А.*, *Васильева А.Ф.* Современное состояние института государственного контроля (надзора) в сфере предпринимательской деятельности // Государства и право. 2015. № 10. С. 35–36.

[228] См.: *Зайцев Д.И.* Генеалогия административного усмотрения // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 3. С. 281–282.

2. Административное усмотрение в позитивном и негативном государственном управлении отличается также *по объемам дискреционных полномочий*, принадлежащих государственному служащему[229]. Поскольку административно-принудительная деятельность, как было сказано ранее, непременно сопровождается рисками, то для ее успешного осуществления должностному лицу требуется больший объем дискреционных полномочий, нежели для осуществления административно-процедурной деятельности.

3. В свою очередь, увеличенные «размеры» усмотрения государственного служащего сами по себе оказываются рисковым фактором, но *не внешним*, *а внутренним*. По справедливому суждению П.П. Серкова, дискреции исполнительной власти онтологически свойственен дуализм: ее претворение в жизнь может привести и к положительным, и к отрицательным последствиям[230]. Говоря математическим языком, усмотрение – это не некоторое число, а модуль некоторого числа, перед которым иногда ставится «плюс», а иногда – «минус». Поэтому наделяя государственного чиновника повышенными дискреционными полномочиями, мы не только гарантируем его компетенционную витальность, но и в каком-то смысле провоцируем его на нарушение прав и свобод граждан.

4. Принятие дискреционных решений в административно-принудительной деятельности производится, как правило, в условиях критической нехватки времени и принципиальной неполноты (недостаточности) информации. Порой должностное лицо вынуждено мгновенно оценивать обстановку и так или иначе реагировать на выявленные за считанные секунды обстоятельства (например, при необходимости использовать огнестрельное оружие[231]). Но даже и в нормальном рабочем режиме государственные служащие нередко сталкиваются со срочными

---

[229] О термине «объемы дискреционных полномочий» см.: *Щепалов С.В.*, *Зайцев Д.И.* Административное и судебное усмотрение в российской науке: проблемы соотношения // Вестник Томского государственного университета. Право. 2022. № 46. С. 109–111.

[230] См.: *Серков П.П.*, *Соловей Ю.П.* Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. 2022. Т. 19. № 4. С. 377.

[231] См.: *Беликин В.В.*, *Косиковский А.Р.*, *Зарыпов В.З.* Применение сотрудниками полиции огнестрельного оружия – мера административного принуждения // Труды Академии управления МВД России. 2012. № 4 (24). С. 49–52.

делами, неравномерной нагрузкой и напряженным графиком, что не всегда позволяет им до конца вникнуть в суть конфликтных ситуаций.

5. В то же время административное усмотрение часто опирается не столько на объективный анализ окружающей правоприменителя действительности, сколько на его отдельные субъективные соображения, исходящие от профессионального и житейского опыта, физического и духовного развития, темперамента, социального статуса, ценностных установок, даже настроения в данный момент времени – в общем, всего того, что обобщенно дефинируют как «человеческий фактор». Полностью уйти от этого фактора нельзя, можно лишь частично нивелировать его проявления (гипотетически также можно сменить субъекта административного усмотрения с человека на робота, но в настоящие дни это не представляется возможным[232]).

6. Помимо познавательной деятельности, реализация административного усмотрения включает в себя *творческую деятельность* – интеллектуальное построение и волевое осуществление кардинально новой модели поведения (в случае, если должностное лицо в некоторой регулярно повторяющейся ситуации эксплуатирует одну и ту же модель поведения, об административном усмотрении уже говорить нельзя). Психологически дискреционные полномочия осуществляются в два этапа. Первый этап – *интериоризация*, т.е. получение и усвоение информации из внешнего социального мира. Второй этап – *экстериоризация* – превращение внутреннего психического решения во внешнее действие. В административно-принудительной деятельности данные этапы могут происходить по очереди, одновременно и даже меняться друг с другом местами (когда правоприменитель сначала реагирует на некий внешний раздражитель и только потом осознает, что, собственно, приключилось).

7. Административно-принудительная деятельность характеризуется сравнительно высоким количеством административных ошибок, допускаемых в ходе реализации дискреционных полномочий. «Государственные органы и их

---

[232] См.: *Зайцев Д.И.* Административное усмотрение в цифровую эпоху // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 11. С. 199–208.

должностные лица, – пишет в данном контексте Н.А. Бочарникова, – абсолютно легально могут совершать те или иные действия, которые, явно или нет, противоречат целям их деятельности, в том числе и административные ошибки. Это обусловлено наличием <…> альтернативы поведения (усмотрения)»[233]. 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.

8. За неправильные (ошибочные) или незаконные действия (бездействие) при осуществлении дискреционных полномочий юридическая ответственность *обычно не наступает*. Здесь учитываются – если не формально, то по крайней мере фактически – и правоприменительные риски, и скорость, с которой должно быть вынесено дискреционное решение, и регулярная нехватка информации, и личностные качества правоприменителя, и творческий характер его деятельности, и многие другие аспекты. На первый взгляд данное отсутствие юридической ответственности кажется вполне справедливым: государственные служащие работают в условиях перманентного стресса, выполняют важные государственно- или социально значимые функции, поэтому они должны иметь право на ошибку. Но такое право вкупе с внушительными дискреционными полномочиями государственных чиновников создает очевидные предпосылки к безнаказанному совершению должностных правонарушений, что в административно-принудительной деятельности ни в малейшей степени не допустимо.

9. Административное усмотрение бывает *средством (метасредством) преодоления неопределенности* в правовых актах, закрепляющих меры административного принуждения и порядок их применения. Правоприменитель, найдя в указанных актах коллизии, дефекты, лакуны, оценочные категории и иные формы выражения неопределенности, может без особого труда устранить их,

---

[233] *Бочарникова Н.А.* Административная ошибка: правовое содержание, значение и основные направления преодоления: дис. … канд. юрид. наук. Воронеж, 2012. С. 204.

прибегнув к одному из средств преодоления неопределенности: принципам (справедливость, целесообразность, разумность и др.) и ценностям, обычаям и обыкновениям, морали и нравственности, дефинициям (легальным и доктринальным) и конструкциям, презумпциям и фикциям, судебной и иной правоприменительной практике, а также к административному усмотрению[234]. При этом сам выбор средства преодоления неопределенности из описанного инструментария тоже будет производиться при помощи административного усмотрения, которое в данном случае станет не средством, а метасредством преодоления неопределенности.

10. Административное усмотрение мотивирует правоприменителя пробовать *разные методы толкования* неопределенных правовых норм, содержащихся в актах, посвященных той или иной плоскости административно-принудительной деятельности. Так, помимо стандартных методов толкования (формально-юридического, системного, логического и др.) уместно обращаться к лингвистическому и телеологическому (целевому) методу. При помощи лингвистического метода будут уяснены общеупотребительные и специальные значения отдельных слов и выражений, при помощи телеологического метода – прослежены семантико-функциональные связи между данными словами и выражениями в правовых актах разной юридической силы (конституции, законах, подзаконных актах).

11. В отличие от судебных решений в некоторых странах, дискреционные решения агентов исполнительной власти не носят ни прецедентного, ни квазипрецедентного характера. Соответственно, должностные лица государственной администрации не обязаны ни следовать своим предыдущим дискреционным решениям в области административного принуждения, ни что-либо знать о таких же решениях, принятых иными лицами. С одной стороны, в данной особенности нет ничего негативного, она всего лишь опосредует природу административного усмотрения как творческой деятельности. С другой стороны, в

[234] См.: *Власенко Н.А*. Проблемы правовой неопределенности. Курс лекций. М., 2022. С. 77–117.

возможности каждый раз поступать по-новому кроется серьезный коррупциогенный фактор. По этой причине думается, что даже в дискреционной деятельности должно наблюдаться определенное единообразие.

12. Иногда в административно-принудительной деятельности принимают участие сразу несколько должностных лиц, облеченных дискреционных полномочиями. В таком случае несколько дискреционных решений, вынесенных по одному и тому же поводу, могут «столкнуться» друг с другом, породив *дискреционный конфликт*. Урегулирование данного конфликта, как бы странно это ни звучало, будет зависеть исключительно от усмотрения его сторон.

Как видим, административное усмотрение в административно-принудительной деятельности есть подлинное оружие в руках правоприменителя. Но как узнать, будет ли оно использоваться в благих или низменных целях? Вероятно, для этого нужно сконцентрировать внимание на личности правоприменителя. Не только на его компетентности, не только на его профессионализме, но на чертах биографии, психологическом складе, мировоззрении, правосознании, интересах и т.д. И лишь тогда станет ясно, заслуживает ли человек оказания доверия, т.е. предоставления ему определенных объемов дискреционных полномочий.

Таким образом, ***административное усмотрение реализуется как в административно-процедурной деятельности, так и в административно-юрисдикционной деятельности. Если субъект исполнительной власти осуществляет административно-процедурную деятельность, то она так или иначе будет связана с обеспечением прав и свобод граждан, законных интересов организаций, а значит, его дискреционные полномочия будут ориентированы на поиск наиболее лучшего решения из всех возможных. Если субъект исполнительной власти осуществляет административно-юрисдикционную деятельность, которая направлена на ограничение прав и свобод граждан или их объединений, то его административное усмотрение будет тесно связано с правовыми рисками и потому должно заключаться в поиске наименее худшего для граждан или организаций решения.***

Объемы дискреционных полномочий субъектов исполнительной власти не следует ограничивать при помощи административных процедур, т.к. при снижении указанных объемов данные субъекты, с одной стороны, не смогут нарушить публичные интересы, а с другой стороны, не смогут и должным образом их обеспечить, что спровоцирует снижение эффективности государственного управления. Вместо этого административные процедуры должны предоставить невластным участникам административно-правовых отношений – физическим и юридическим лицам – такие юридические инструменты, которые позволили бы им быстро и всесторонне защитить свои права, свободы и законные интересы или соблюсти свои обязанности при реализации субъектами исполнительной власти своих дискреционных полномочий.

§ 2.3. Административное усмотрение в отдельных областях государственного управления

Реализация административного усмотрения обладает определенной спецификой не только в административно-юрисдикционной и административно-процедурной деятельности, но и на более «низком» уровне – в отдельных областях государственного управления. Наиболее яркие особенности реализации административного усмотрения обнаруживаются в таких областях, как управление в системе стратегического планирования, управление при возникновении чрезвычайных ситуаций и цифровое управление (цифровая трансформация системы государственного управления, создание электронного правительства и т.д.). Исследуем дискреционные полномочия органов исполнительной власти и их должностных лиц в означенных областях несколько подробнее.

Административное усмотрение в системе стратегического планирования.

До сегодняшних дней в отечественной управленческой науке не ставилась проблема усмотрения органов исполнительной власти в свете стратегического

планирования[235]. В настоящем параграфе мы попробуем очертить ее наиболее общие контуры.

Начнем с того, что усмотрение и планирование как категории публичного управления есть полные антиподы, совершенно исключающие друг друга. Этот тезис удачно иллюстрируется следующим историческим фактом. Первым отечественным документом стратегического планирования считается план государственной электрификации России (ГОЭЛРО) 1920 г.[236] Его авторы (комиссия ГОЭРЛО) провозглашали: «Приступая к деятельной работе по созданию планомерного обобществленного хозяйства РСФСР, мы отнюдь не можем <…> целиком вверить себя инстинкту народных масс, произволу и усмотрению отдельных руководящих личностей»[237]. Соответственно, ограничение (или даже упразднение) дискреционных полномочий органов государственной власти и их должностных лиц было одной из целей плана ГОЭЛРО.

С теоретической точки зрения усмотрение и планирование равным образом оказываются антагонистическими институтами. Так, профессора Калифорнийского университета в Лос-Анджелесе (UCLA) Гарольд Кунц (*Harold Koontz*) и Сирил О'Доннелл (*Cyril J. O'Donnell*), специализирующиеся на вопросах частного и публичного менеджмента, полагают, что «планирование – это заблаговременно принятые решения о том, что делать, когда делать и кто это будет делать»[238]. Другими словами, при планировании между принятием решений и их поэтапной реализацией протекает некоторый – как правило, длительный[239] –

---

[235] За исключением отдельных исследований, в которых означенная проблема либо попросту констатировалась, либо бегло рассматривалась в контексте смежных вопросов. Некоторые из этих исследований используются в данной работе.

[236] См.: Система стратегического планирования в Российской Федерации. Учебное пособие / отв. ред. Ю.В. Степаненко. М., 2021. С. 3, 7–9.

[237] План электрификации РСФСР. Доклад VIII-ому Съезду советов Государственной комиссии по электрификации России. 2-ое изд. М., 1955. С. 33.

[238] См.: *Koontz H.*, *O'Donnell C.* Principles of Management: An Analysis of Managerial Functions. 5th ed. New York, 1972. P. 113.

[239] По утверждению Г.В. Атаманчука, «наиболее распространено планирование на 25, 20, 15, 10, 5 лет в зависимости от масштабности, сложности и ресурсозатратности решаемой проблемы» (см.: *Атаманчук Г.В.* Теория государственного управления. Учебник. М., 2010. С. 149). Но на практике встречаются и более долгие планы. Например, программа развития центральных и западных районов Китая была разработана к 1999 г. со сроком претворения в жизнь до 2050 г.

период времени, а лица, исполняющие эти решения, не могут «отклониться» от заранее поставленных (внутренних) задач[240]. Усмотрение же имеет диаметрально противоположные параметры: решение находится и осуществляется *здесь и сейчас*, с учетом текущей (оперативной) обстановки, т.е. опирается, по выражению Ю.П. Соловья, «на “внешние” предметы, в качестве которых выступают фактические обстоятельства конкретной правоприменительной ситуации»[241].

Таким образом, определение направлений развития какой-либо сферы или отрасли публичного администрирования не должно сочетаться с некоторым персональным управленческим решением, не подкрепленным экономическим анализом, статистическими выкладками, зарубежным опытом и т.д. Вместе с тем из сказанного не следует, что дискреция органов государственного управления не может присутствовать на *подготовительном* этапе (проведения организационных и иных мероприятий) или на этапе *выполнения* плана, особенно долгосрочного, т.к. в противном случае внешне- или внутриполитические пертурбации создали бы препятствия для достижения целей и задач стратегии развития (социально-экономического, научно-технологического и пр.). Профессор Фрайбергской горной академии Рэйнер Вульф (*Rainer Wolf*) в одной из своих статей говорил по данному поводу следующее:

«Стратегическое планирование <…> связано с неопределенностью будущего и внешними обстоятельствами, поэтому необходима наибольшая свобода усмотрения управляющего субъекта. Планирование учитывает изменяющиеся

(см.: Актуальный опыт зарубежных стран по развитию государственных систем стратегического планирования / А.В. Клименко, В.А. Королев, Д.Ю. Двинских, Н.А. Рычкова, И.Ю. Сластихина. Ч. 2. М., 2016. С. 25). А в Федеральном законе от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» планы и прогнозы выстраиваются на несколько непривычный 6-летний срок (подробнее об этом см.: *Старостин С.*А. О подмене понятий в государственном управлении // Вестник Томского государственного университета. Право. 2019. № 32. С. 85–86).

[240] Конечно, в эти задачи могут (а иногда и должны) вноситься коррективы, но не самими исполнителями. Так, Государственный плановый комитет Совета Министров СССР «все время пересчитывал собственные планы» и, как пишет С.Г. Кара-Мурза, «было бы странно, если бы Госплан этого не делал – это прямо входило в его обязанности» (*Кара-Мурза С.Г.* Народное хозяйство СССР. М., 2012. С. 16–17).

[241] *Соловей Ю.П.* Усмотрение в административной деятельности советской милиции: дис. … канд. юрид. наук. М., 1982. С. 22.

обстоятельства, отсюда требуется возможность изменения планового решения, вплоть до отказа от принятия планового акта, если еще на этапе подготовки он утратил актуальность»[242].

Характерно, что с озвученных строк начинается подраздел статьи, озаглавленный немецким правоведом как «Парадокс планирования». И действительно: с одной стороны, стратегическое планирование стремится свести объем дискреционной власти к минимуму, а с другой – его результативность и эффективность напрямую зависят от широты усмотрения, предоставленной участникам планирования. Поэтому при воплощении плана могут смениться как субъекты административного усмотрения, так и формы его реализации, однако дискреция как таковая никуда не исчезнет.

Перейдем от теории к практике. В современном мире выделяются две модели административного усмотрения в системе стратегического планирования, в целом соответствующие континентальной правовой семье и семье общего права.

Первая из них – романо-германская модель («*усмотрение при планировании*»[243]). Профессор Халлского университета Мартина Кюннеке (*Martina Künnecke*) отмечает, что в Германии есть три разновидности административного усмотрения – «обычное», усмотрение при толковании неопределенных юридических понятий и усмотрение при планировании. Последнее дает органам исполнительной власти наибольшую свободу действий, т.к. оно a) зиждется не столько на правовых нормах, сколько на целях и задачах, изложенных в плане; b) требует установления баланса интересов между различными хозяйствующими

---

[242] См.: *Wolf R.* «Planung auf Zeit» – eine neue Chance für die Stadtentwicklung? // Die Gemeinde. Verfassung, Planung, Wirtschaft und das kommunale Selbstverwaltungsrecht. Festschrift zum 70. Geburtstag von Heiko Faber. Tübingen, 2007. S. 207. Цит. по: *Кудряшова Е.В.* Правовое регулирования стратегического планирования в сфере государственных финансов. Монография / отв. ред. И.И. Кучеров. М., 2020. С. 39–40.

[243] Термин «усмотрение при планировании» активно употребляется в немецкой административной науке. См., напр.: *Штобер Р.* Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок = Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Weltwirtschafls- und Binnenmarktrechts / пер. с нем. М., 2008. С. 297; *Рихтер И.*, *Шупперт Г.Ф.* Судебная практика по административному праву. Учебное пособие / пер. с нем. М., 2000. С. 38–39, 76–85.

субъектами, что является крайне наукоемким процессом; с) практически не подлежит судебному контролю (считается, что риски того или иного плана должен оценивать не суд, а исключительно публичная администрация)[244].

Вторая модель – англосаксонская («*планирование при усмотрении*»[245]). Характеризуется тем, что исполнительной власти гарантированы «самые широкие возможности для усмотрения в сфере планирования»[246]. Профессор Шеффилдского университета Филипп Бут (*Philip Booth*) называет три причины этого. Во-первых, главным ориентиром для британского планирования всегда являлось достижение целей и задач, а не применение правовых норм. Однако, во-вторых, и сама сущность прецедентного права способствовала наличию внушительных дискреционных полномочий у судей и, как следствие, у чиновников (поскольку административные решения основывались на судебных). Кроме того, в-третьих, общее право традиционно концентрировалось не на материальных, а на судебно-процессуальных нормах, поэтому об актах, так или иначе регламентирующих функционирование публичной администрации, не могло быть и речи[247].

К какой из моделей относится Россия? Однозначно сказать трудно. С нормативно-правовых позиций, конечно, дискреция здесь наблюдается при планировании (а не наоборот) – например, допускается привлечение или не привлечение научных организаций в качестве участников стратегического планирования[248], принятие или не принятие бюджетного прогноза

---

[244] См.: *Künnecke M.* Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison. Berlin, 2007. P. 78–81.

[245] «Планирование при усмотрении» – так можно *условно* обозначить доминирующий в Англии и США подход к дискреционным полномочиям органов исполнительной власти в области стратегического планирования, чтобы подчеркнуть колоссальную свободу, принадлежащую этим органам.

[246] *Кудряшова Е.В.* Проблема свободы усмотрения органов исполнительной власти в сфере административного планирования // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2009. № 3. С. 18.

[247] См.: *Booth P.* The control of Discretion: Planning and the Common-Law tradition // Planning Theory. 2007. Vol. 6. № 2. P. 141–142.

[248] См.: *Добкин А.Г.* О правовом регулировании состава участников стратегического планирования на федеральном уровне // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2019. № 6. С. 183.

представительными органами муниципальных образований[249] и т.д. Но в действительности, как констатируют С.А. Старостин и А.Г. Добкин со ссылкой на отчет Счетной палаты РФ, ни один из утвержденных планов деятельности федеральных органов исполнительной власти на 2019–2024 гг. не соответствует требованиям законодательства; в планы не включена большая часть показателей, за которые данные органы несут ответственность; при этом в 2017–2018 гг. ни один орган не смог достичь плановых значений всех одобренных показателей[250] (этим фактом, вероятно, и объясняется более чем скромная «выборка» показателей в следующих планах). Данная ситуация скорее напоминает англосаксонскую модель, нежели романо-германскую.

На наш взгляд, в целях повышения эффективности и результативности системы стратегического планирования в Российской Федерации необходимо остановиться на одной из описанных моделей. Каждая из них, разумеется, имеет и свои достоинства, и свои недостатки, однако сам срок существования континентальной и «прецедентной» моделей доказал их жизнеспособность.

Административное усмотрение в чрезвычайных ситуациях.

Проблема административного усмотрения при наступлении экстраординарных событий – его роли вообще и его соотношения с правом в частности – была поставлена не менее века назад. В 1912 г. члены Всероссийского национального союза (одной из политических партий Российской Империи, действовавшей в 1908–1917 гг.) заявили, что «вопрос о чрезвычайных обстоятельствах есть вопрос не права, а вопрос факта, усмотрения»[251]. Несколько позднее аналогичные суждения прозвучали в юридических исследованиях. Так, немецкий философ и правовед Карл Шмитт (*Carl Schmitt*) утверждал, что

---

[249] См.: *Константинович Д.А.* Федеральный закон «О стратегическом планировании в Российской Федерации» как организационно-правовая основа национальной системы стратегического управления // Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева. 2016. № 1. Т. 2. С. 32–33.

[250] См.: *Старостин С.А.*, *Добкин А.Г.* О планах деятельности федеральных органов исполнительной власти как документах стратегического планирования // Вестник Томского государственного университета. Право. 2021. № 41. С. 79–80.

[251] Националисты в 3-ей Государственной Думе. СПб., 1912. С. 124.

чрезвычайное положение рассекает правопорядок на его составные части – «право» и «порядок», которые начинают противостоять друг другу[252], после чего главе государства или его административно-территориальной единицы не остается ничего иного, кроме как принимать управленческие решения по собственному усмотрению и на свой страх и риск. В настоящем параграфе мы попробуем пунктирно охарактеризовать *современные научные позиции*, посвященные реализации дискреционных полномочий в экстремальных ситуациях.

Прежде всего обратимся к академическому восприятию административного усмотрения полицейских органов в нормальных (повседневных) условиях в разных странах. Если сравнивать ординарные *легальные* и ординарные *дискреционные* полномочия «стражей» правопорядка по уровню их значимости, то отечественная управленческая мысль обыкновенно отдает предпочтение первым, а зарубежная – последним. В этом плане весьма показателен следующий пример. В 1982 г. Ю.П. Соловей установил, что сотрудники советской милиции готовы несколько сбалансировать строгость решения, выносящегося в отношении правонарушителя, в зависимости от конкретных фактических обстоятельств, но, «конечно, не до такой степени, чтобы игнорировать закон»[253]. В тот же период времени иностранные правоведы отстаивали не просто альтернативную, а дословно противоположную точку зрения. Так, в 1980 г. профессор Университета Миссисипи Билл Рид (*Bill Reed*) выразил доминирующую в западной юридической науке позицию, согласно которой «полиция <…> может считать, что строгое исполнение закона *более вредно*, чем его игнорирование»[254]. Эти подходы к объемам и содержанию дискреции правоохранительных структур в целом сохранились и в XXI в.

Вместе с тем существует тезис, не вызывающий возражений ни у той, ни у другой стороны. Это – постулат об увеличении пределов (границ)

---

[252] См.: *Шмитт К.* Политическая теология. Сборник / пер. с нем. Заключит. статья и сост. А.Ф. Филиппова. М., 2000. С. 25.

[253] *Соловей Ю.П.* Усмотрение в административной деятельности советской милиции: дис. … канд. юрид. наук. М., 1982. С. 127.

[254] *Reed B.* Issues and Trends in Police Discretion: A Tool for Police at Every Level of Authority // Police Chief. 1980. № 47. P. 54.

административного усмотрения при наступлении экстраординарных обстоятельств (стихийных бедствий, военных конфликтов, восстаний против правительства и т.д.). «Чрезвычайная ситуация, – говорит профессор Университета Британской Колумбии Джослин Стейси (*Jocelyn Stacey*), – является одним из ярких образчиков использования свободы усмотрения»[255]. Близкие мнения высказываются и в России. «В чрезвычайных обстоятельствах, – пишет Т.Н. Шмидт, – сфера усмотрения и дискреционных полномочий расширяется и обуславливается самим предметом правового регулирования – нестабильными, кризисными <…> общественными отношениями»[256]. И действительно: разве не очевидно, что любое экстремальное происшествие требует оперативного реагирования, исключающего громоздкие парламентские процедуры и тягучие думские прения, т.е. законодательное урегулирование ситуации как таковое?[257] Однако при определении форм подобного реагирования коренное противоречие между вышеприведенными взглядами вырисовывается вновь.

Российская доктрина исходит из того, что любые экстраординарные полномочия должны быть закреплены в законе[258]. Как подчеркивает по этому поводу С.А. Старостин, «общедозволительный тип правовой регламентации противоречит сути чрезвычайного правового режима регулирования»[259]. В этой связи все меры и ограничения, которые могут вводить органы публичной власти РФ в особых условиях, перечислены в Федеральном конституционном законе от 30

---

[255] *Stacey J.* The Constitution of the Environmental Emergency. Portland, Oregon, 2018. P. 35.

[256] *Шмидт Т.Н.* Чрезвычайное правовое регулирование как самостоятельный вид правового регулирования: к постановке проблемы // Алтайский вестник государственной и муниципальной службы. 2017. № 15. С. 51.

[257] Наиболее убедительная иллюстрация этого риторического вопроса – Конституция Французской Республики, согласно ст. 16 которой «главе государства предоставляется в экстремальных условиях огромная дискреция» (*Краснов М.А.* Законодательно закрепленные полномочия Президента России: необходимость или сервилизм? // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 4 (83). С. 1).

[258] Что, в сущности, апеллирует к ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, согласно которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом. См.: Конституция Российской Федерации, принятая всенародным голосованием 12 декабря 1993 г., с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г. М., 2022. 32 с.

[259] *Старостин С.А.* Чрезвычайные административно-правовые режимы. Монография. М., 2022. С. 83.

мая 2001 г. № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении»[260]. К их числу относятся: приостановление полномочий региональных органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, усиление охраны объектов, обеспечивающих жизнедеятельность населения, введение комендантского часа, эвакуация материальных и культурных ценностей и др.

Международное право провозглашает обратное – в целях нейтрализации внутренних и внешних угроз агенты исполнительной ветви власти вправе не только реализовывать все предоставленные им законом полномочия, но и значительно превышать их, руководствуясь античной максимой «*necessitas legem non habit*» (с лат. «необходимость не знает закона»)[261]. Исключением являются действия, нарушающие некоторые из основных прав человека, которые не подлежат ограничению ни при каких условиях[262]. Соответственно, по верному замечанию С.В. Лебедя, отечественная парадигма чрезвычайного управления зиждется на принципе «запрещено все, что не разрешено», а интернациональная – на принципе «разрешено все, что не запрещено»[263]. В иностранных государствах, как правило, также господствуют «международные» воззрения на допустимость пренебрежения позитивным правом в особых случаях.

Таким образом, свобода действий применительно к чрезвычайному законодательству России описывается формулой «*intra legem*» (с лат. «в рамках закона»): при возникновении чрезвычайной ситуации компетентное лицо может выбрать лишь те управленческие решения, которые прямо предусмотрены в специальном нормативно-правовом акте. Данный подход опосредует классические отечественные представления об административном усмотрении как о сугубо правовой категории[264]. Что же касается чрезвычайного регулирования в

---

[260] См.: Федеральный конституционный закон от 30 мая 2001 г. № 3 ФКЗ «О чрезвычайном положении» // СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2277.

[261] См.: *Агамбен Дж*. Homo Sacer. Чрезвычайное положение. М., 2011. С. 7.

[262] Таковыми являются исключительно права и свободы первого поколения (личные) – право на жизнь, достоинство, гражданство, свобода совести и т.д.

[263] См.: *Лебедь С.В*. Международно-правовые основы обеспечения прав человека в условиях чрезвычайного положения. М., 2003. С. 22.

[264] На правовой характер административного усмотрения указывали еще советские правоведы, например, А.П. Коренев и В.Н. Дубовицкий (см.: *Коренев А.П*. Нормы административного права

зарубежных странах, то здесь скорее можно упомянуть о формуле «*contra legem*» (с лат. «против закона»), близкой к шмиттовской конфронтации между правом и порядком: уполномоченные органы борются с экстремальными угрозами так, как будто закона не существует вовсе. Этот подход, в свою очередь, отражает традиционную для западных стран оценку административного усмотрения как неправового (или внеправового) института[265].

На практике, впрочем, разница между изученными нами моделями обнаруживается далеко не всегда хотя бы из-за того, что российский закон о чрезвычайном положении наделяет правоприменителя достаточно широким комплексом правовых средств – мер и ограничений, в результате чего его дискреционные полномочия могут совершенно не отличаться от аналогичных полномочий должностных лиц в странах, где само установление таких мер и ограничений отдается на «откуп» органов исполнительной власти.

Административное усмотрение в области цифрового государственного управления.

По мнению классика управленческой мысли, профессора Герберта Саймона (*Herbert A. Simon*), «сердце» административной деятельности – это принятие решений[266]. Иногда решения содержатся в законах и подзаконных актах *непосредственно* (собственно, большинство норм права и являются «вердиктами» по конкретным, хотя и индивидуально неперсонифицированным, спорам или неоднозначным ситуациям), и для их легитимизации субъекту управления достаточно лишь сослаться на подобающие нормативные предписания. В других

и их применение. М., 1978. С. 73–78; *Дубовицкий В.Н.* Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск, 1984. С. 51–52, 69–70). Кардинального пересмотра этой позиции с тех пор не произошло.

[265] Подробнее об этом см.: *Зайцев Д.И.* Административное усмотрение в зарубежной науке: теоретико-правовые аспекты // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права (Сорокинские чтения). Сборник статей по материалам международной научно-практической конференции, посвященной памяти доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации, заслуженного юриста Российской Федерации Аврутина Юрия Ефремовича в связи с 75-летием со дня рождения / под общ. ред. А.И. Каплунова. СПб., 2022. С. 200–201.

[266] См.: *Simon H.A.* Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations. 4th ed. New York, 1997. P. XI.

случаях законодатель не дает управляющему лицу готового или единственного выхода из конфликтного положения, поэтому правоприменитель вынужден искать его самостоятельно, руководствуясь личным усмотрением. Такое усмотрение называют *административным*, а полномочия по его реализации – *дискреционными*.

Административное усмотрение есть одна из запутаннейших страниц в теории административного права и административного процесса. Дискуссии о его сущности, содержании (элементах), пределах (границах), формах и методах реализации и т.д. не утихают почти полтора века. Сегодня же, из-за развития информационно-коммуникационных технологий и их безудержной экспансии едва ли не во все сферы публичного управления, административные производства и процедуры, эти проблемы усугубляются *дополнительно* – из-за новелл законодательства, посвященных электронным приемным и электронным обращениям, государственным информационным системам, ответственности за их неисправности и сбои, виртуальным личностям (цифровым образам) граждан и государственных служащих, их публичным комментариям в социальных сетях и др. Но если фундаментальные вопросы, связанные с правовой природой и особенностями осуществления дискреционных полномочий, отечественными учеными разрабатывались неоднократно[267], то точки соприкосновения административного усмотрения и цифрового пространства оказались обделены вниманием российской юридической науки. Цель настоящей части данного параграфа – ликвидировать этот пробел.

Вряд ли можно рассказывать об изменениях, происходящих с административным усмотрением в XXI в., без упоминания о метаморфозах,

---

[267] Из последних трудов по этой теме см.: *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. Монография / под ред. докт. юрид. наук, проф. Р.Л. Хачатурова; докт. юрид. наук, проф. А.П. Шергина. М., 2022. С. 407–454; *Шерстобоев О.Н.* Административное усмотрение в случае отмены административного акта // Административное право и процесс. 2022. № 1. С. 15–21; *Головина Ю.П.* Административное усмотрение при применении мер принуждения органами исполнительной власти // Административное право и процесс. 2022. № 6. С. 61–64.

которые претерпевал его основной носитель – класс государственных чиновников. Но прежде всего оговоримся, что далее речь пойдет об исторической судьбе самой внушительной группы агентов исполнительной власти – служащих, которые прямо, «лицом к лицу» взаимодействуют с населением. Это полицейские, пожарные, учителя, врачи, работники почты, учреждений социального обслуживания и т.д.[268] В западных социальных науках перечисленных лиц именуют «уличными бюрократами» (англ. *«street-level bureaucrats»*)[269].

Принято считать, что деятельность бюрократов уличного уровня характеризуется чрезмерной степенью личного усмотрения, которая, впрочем, жизненно необходима для того, чтобы успешно справляться с большой загруженностью и сложными делами[270]. Но есть и другой, не менее веский фактор – за многими из административных дел стоят человеческие судьбы. Поэтому сотрудники государственного сектора нижнего звена ощущают свою персональную ответственность гораздо более остро, чем их высокопоставленные коллеги, работающие с обезличенной аналитикой, и в ряде случаев не могут себе позволить слепо следовать букве закона.

С развитием информационно-коммуникационных технологий на смену уличным бюрократам пришли т.н. «экранные бюрократы» (англ. «*screen-level bureaucrats*»). Они реализовывали те же управленческие функции, но делали это «либо через компьютерный экран, либо в присутствии компьютерного экрана»[271]. Сперва ИКТ использовались только для того, чтобы фиксировать информацию

---

[268] В Российской Федерации большинство из них не находится на государственной службе.

[269] Концепцию уличных бюрократов выдвинул профессор Майкл Липски (*Michael Lipsky*). Он полагал, что именно эти чиновники есть подлинные выразители публичной власти – по крайней мере, с точки зрения широкой массы населения, которая не имеет контактов с элитой чиновного мира. Соответственно, какую бы внутреннюю политику не проводило государство, граждане будут воспринимать ее главным образом через поведение и отношение к ним «рядовых» государственных служащих. Подробнее см.: *Lipsky M*. Street-Level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services. New York, 1980. 244 p.

[270] См. об этом: *Moore S.T*. The theory of street-level bureaucracy: a positive critique // Administration & Society. 1987. № 19. P. 74–94.

[271] *Bovens M*., *Zouridis S*. From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control // Public Administration Review. 2002. № 2. P. 177.

(например, управленческое решение) на мониторе и аккуратно и разборчиво отображать ее на бумаге при помощи принтера. Потом для документов были созданы унифицированные текстовые шаблоны («рыбы»), в которые требовалось ввести или записать от руки определенные сведения (Ф.И.О. заявителя, его дату рождения, место жительства и т.д.). Спустя еще некоторое время рассмотрение дела стало исчерпываться тем, чтобы загрузить нужные данные в систему, поскольку обработку информации и вынесение решения уже осуществляла машина. А с распространением Интернета подобного рода загрузкой данных смогли заниматься даже граждане (естественно, применительно к отдельным процедурам позитивного управленческого процесса)[272].

Таким образом, на этом этапе можно было говорить о пертурбациях *формы* исполнительно-распорядительной деятельности, но не ее *содержания*. Содержание же модифицировалось несколько позднее, с возникновением «системных бюрократов» (англ. *«system-level bureaucrats»*). Здесь мы не будем подробно разбирать концепцию бюрократии системного уровня, но отметим ее отличительное свойство. Если экранные бюрократы являлись одной из сторон властных отношений с гражданами, но для таких отношений были необходимы электронные средства, то системные бюрократы *сами стали медиаторами* при взаимодействии граждан с машинами (информационными системами)[273]. «Бюрократия, – резюмировал по схожему поводу И.А. Исаев, – идеальный тип машины, состоящей из людей и инструкций, которая вполне может быть заменена техническими средствами»[274].

В качестве примера системной бюрократии обычно приводят службы, обеспечивающие соблюдение правил дорожного движения. Так, в Москве нарушение данных правил фиксируется камерой фото- и видеофиксации, после чего качество полученных материалов оценивается оператором; если качество

---

[272] Подробнее см.: *Zouridis S.*, *van Eck M.*, *Bovens M.* Automated Discretion // Discretion and the Quest for Controlled Freedom / edited by Tony Evans, Peter Hupe. Cham, 2020. P. 316.
[273] См.: *Considine M.*, *McGann M.*, *Ball S.*, *Nguyen P.* Can Robots Understand Welfare? Exploring Machine Bureaucracies in Welfare-to-Work // Journal of Social Policy. 2022. March. P. 523.
[274] *Исаев И.А.* Технологии власти. Власть технологий. Монография. М., 2019. С. 66.

материалов удовлетворяет проверяющего, то постановление о правонарушении изготавливается и направляется на подпись инспектору ГИБДД автоматически. Понятно, что эффективность и результативность такого способа обеспечения правопорядка не вызывает сомнений, хотя участие человека в изложенном процессе сведено к минимуму.

Коренные преобразования, постигшие исполнительную власть в целом и государственную службу в частности, не могли не сказаться на институте административного усмотрения.

В академической среде есть несколько авторитетных суждений касательно того, что случилось с дискрецией органов исполнительной власти и их должностных лиц после обособления и генезиса новых бюрократических «поколений».

Доминирующий подход заключается в том, что с появлением бюрократов на уровне экрана административное усмотрение государственных служащих уменьшилось. Причиной этого традиционно называется цифровизация[275], которая якобы значительно сузила компетенцию чиновников (и, как следствие, их обязанности и полномочия), взяв «на себя» различные простейшие управленческие функции – подготовку и оформление документов, поиск, сбор и сортировку нужной информации и пр. Менее распространенное мнение выражается в том, что экранные бюрократы продолжают пользоваться свободой действий даже в оцифрованной рабочей среде, в целом сохраняя за собой тот же объем полномочий[276].

На наш взгляд, последняя позиция ближе к истине. Ведь сущность дискреции кроется вовсе не в том, чтобы выбрать, поместить ли заглавие документа по левому краю страницы или посередине, а в том, чтобы принимать решения, которые будут сказываться на правах и обязанностях отдельного человека или группы лиц.

---

[275] Об этом термине и его употреблении в российских правовых актах см.: *Зубарев С.М.* Правовые риски цифровизации государственного управления // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 6. С. 23–32.

[276] См.: *de Boer N.*, *Raaphorst N.* Automation and discretion: explaining the effect of automation on how street-level bureaucrats enforce // Public Management Review. 2021. May. P. 12.

Однако такие полномочия у экранных бюрократов никуда не исчезли, поэтому нельзя утверждать, что их усмотрение сократилось. Более того: поскольку диджитализация ускорила течение многих управленческих процессов, то у должностных лиц образовалось свободное время, которое можно было потратить на разрешение индивидуальных дел. Соответственно, их усмотрение *в качественном измерении* осталось прежним, а *в количественном* – увеличилось (при «повышении» производительности труда) или не изменилось[277].

С другой точки зрения, когда у государственных служащих ограничивается «пространство для маневра» – пусть даже по самым третьестепенным вопросам – они по психологическим мотивам начинают рефлекторно совершать более стандартизированные и стереотипные поступки, что в положительном ключе сказывается на административных издержках граждан[278]. Это очень интересный аргумент, который демонстрирует, что на свободу выбора чиновников влияют не только непосредственные, но и косвенные стимулы. Впрочем, вряд ли данный довод можно признать универсальным, уместным «для всех случаев жизни», т.к. он корреспондирует лишь определенному психологическому типу людей.

Не менее дискуссионной видится проблема административного усмотрения у бюрократов системного уровня. С одной стороны, они фактически изолированы от алгоритмов принятия решений, т.к. должны всего-навсего контролировать электронные процессы и оценивать их промежуточные и (или) итоговые результаты. С другой стороны, они же и разрабатывают и обновляют эти алгоритмы, деревья решений и модули, поэтому их дискреционная власть воплощается в выборе терминов и дефиниций, а также этапов, команд, методов и т.д.[279] Иными словами, если уличные бюрократы имеют свободу действий *в рамках*

---

[277] Подробнее о качественном и количественном аспектах объемов дискреционных полномочий см.: *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.

[278] См.: *Marinho M.O.* Considerations about the use of algorithms for bureaucracy and the burdens for citizens // Conference: «IX Encontro de Administração Pública da ANPAD – EnAPG 2022». Rio de Janeiro, 2022. P. 1.

[279] См.: *Bovens M.*, *Zouridis S.* Op. cit. P. 181.

некоторых правил (инструкций, регламентов, приказов), то системные бюрократы – свободу *в установлении этих правил*. В каком из данных вариантов усмотрение больше, а в каком – меньше? Окончательного ответа пока нет и, думается, не может быть. Все зависит от конкретной правовой ситуации.

Одной из самых репрезентативных иллюстраций лимитирования административного усмотрения в публично-управленческой деятельности является цифровая трансформация государственных услуг.

Цифровизация (оцифровка) государственных услуг[280], начавшаяся с приходом экранных бюрократов, представляет собой электронное опосредование этих услуг, в результате которого *административное человекочитаемое право* (административно-материальные и административно-процессуальные нормы) преобразовывается в *административное машиночитаемое право* (программируемый код или юридически значимые метаданные), а прочая правовая информация (правоприменительные, научно-технические, справочные материалы) – в стандартные компьютерные данные[281]. В литературе обыкновенно подчеркивается, что диджитализация способствует более простому и широкому доступу к государственным услугам, а также снижает административное бремя[282]. Некоторые исследователи дополнительно констатируют, что электронные государственные услуги являются залогом сохранения окружающей среды, т.к. для их оказания зачастую не требуются бумажные документы[283].

Наивысшей продуктивности цифровые государственные услуги достигли в

---

[280] В зарубежной доктрине под государственными (публичными) услугами понимаются как услуги, предоставляемые уполномоченными правительственными учреждениями, так и любые иные услуги, оказываемые по государственной лицензии и с государственным финансированием (софинансированием) институтами гражданского общества, организациями социального обеспечения, дошкольными учреждениями и пр. См.: *Jarke J.* Co-creating Digital Public Services for an Ageing Society. Evidence for User-centric Design. Bremen, 2021. P. 20.

[281] См.: *Lindgren I.*, *van Veenstra A.F.* Digital government transformation: a case illustrating public e-service development as part of public sector transformation // Proceedings of the 19th Annual International Conference on Digital Government Research – Dgo '18. 2018. May. P. 2, 4.

[282] См., напр.: *Muravska T.*, *Stacenko S.*, *Zeibote Z.* Digitalisation in the Regional Context: The Case of E-Government Services in Latvia // Studia Europejskie – Studies in European Affairs. 2018. № 4. P. 259.

[283] См., напр.: *Burlacu S.*, *Popescu M.L.*, *Diaconu A.*, *Sârbu A.* Digital Public Administration for Sustainable Development // European Journal of Sustainable Development. 2021. № 10. P. 33.

период системной бюрократии, когда целый ряд административных процедур был полностью автоматизирован. Так, сегодня в тестовых центрах Республики Узбекистан водительские удостоверения выдают почти без вмешательства человека: теоретический экзамен сдается на специальной компьютерной программе, практический – на подготовленном для этого автодроме, а экзаменатором в каждом из случаев выступает искусственный интеллект[284]. Примечательно, что эта инновационная модель оценки знаний и навыков автомобилиста позволила нивелировать риски правонарушений *практически до нуля*, что особенно ценно для такой коррупциогенной сферы общественных отношений как получение водительских прав.

Вместе с тем в управленческой науке уже звучат голоса о том, что все достоинства онлайн-услуг уравновешиваются их недостатками[285]. В русле темы нашего исследования хочется обратить внимание лишь на одну отрицательную сторону этого института – пожалуй, самую неожиданную. В то время, когда существовали только уличные бюрократы, считалось, что их усмотрение есть пусть и целесообразная, но негативная черта. Однако с открытием «рынка» цифровых государственных услуг выяснилось обратное. Потребители публичных услуг быстро разочаровались в них именно из-за того, что теперь они не могли надеяться на дискреционную власть государственных служащих, благодаря которой проблемы граждан улаживались максимально гибко и оперативно, без формализма и буквоедства. Машина оказалась не в состоянии «войти в положение», дать доброжелательный совет или хотя бы пообещать помочь. В этой связи государственные услуги подверглись *стигматизации* – мнение о них у солидной доли граждан (прежде всего – пожилых людей) было безнадежно испорчено[286].

Следовательно, в определенной свободе действий поставщиков

---

[284] См.: *Прокопов М.С.* Цифровизация предоставления государственных услуг ГИБДД // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 6. С. 194–195.
[285] См.: *Andersson C.*, *Hallin A.*, *Ivory C.* Unpacking the digitalisation of public services: Configuring work during automation in local government // Government Information Quarterly. 2021. № 39. P. 1.
[286] См.: *Prokop C.*, *Tepe M.* Talk or type? The effect of digital interfaces on citizens' satisfaction with standardized public services // Public Administration. № 100 (2). P. 427–433.

государственных услуг заинтересованы и сами поставщики, и потребители этих услуг. Полная цифровизация дискреционных практик при предоставлении онлайн-услуг пока не видится возможной в т.ч. и поэтому[287]. Однако в дальнейшем, при развитии искусственного интеллекта и возникновении цифрового административного усмотрения, этот вопрос обязательно будет поднят вновь.

Полную или фрагментарную замену дискреционных полномочий уличных бюрократов информационно-коммуникационными технологиями обозначают как «цифровое усмотрение», «искусственное усмотрение», «автоматизированное усмотрение»[288] и т.д. Пока эти дефиниции носят условный характер, потому что до настоящего времени цифровое административное усмотрение балансирует на грани между фактом и фикцией.

Усмотрение человека и усмотрение машины сильно отличаются друг от друга. Опытным путем было обнаружено, что искусственный интеллект имеет преимущество перед человеческим в плане решения задач, характеризующихся высокой степенью неопределенности, но низкой сложностью. И наоборот: разум людей сохраняет приоритет при столкновении с более сложными, но менее неопределенными вопросами[289]. Если, к примеру, роботу нужно будет найти некоторое число в диапазоне от 1 до 10 000 методом простой подстановки чисел, то он сделает это за несколько секунд, в то время как человеку для выполнения той же задачи потребуются долгие часы. Но имеет ли отношение способность быстро или сверхбыстро осуществлять техническую работу к реализации административного усмотрения?

Вероятно, цифровая дискреция будет уместна в тех областях функционирования исполнительной власти, где гражданин, попавший в затруднительную ситуацию, сможет самостоятельно выявить способы ее

---

[287] См.: *Busch P.A.*, *Eikebrokk T.R.* Digitizing Discretionary Practices in Public Service Provision: An Empirical Study of Public Service Workers' Attitudes // Proceedings of the 52nd Hawaii International Conference on System Sciences. 2019. January. P. 3130–3139.

[288] См.: *de Boer N.*, *Raaphorst N.* Op. cit. P. 6.

[289] См.: *Bullock J.B.* Artificial Intelligence, Discretion, and Bureaucracy // The American Review of Public Administration. 2019. № 49. P. 6.

преодоления (образно говоря, верный числовой диапазон) и предложить их роботу. Когда же, напротив, для поиска выхода из такой ситуации понадобятся специальные знания и профессиональные навыки, агентом публичной администрации должен быть человек, а не машина.

Другая проблема внедрения искусственного интеллекта в публично-управленческие процессы заключается в том, что он не вмещается ни в рамки классических административно-правовых конструкций (компетенция, полномочия, ответственность, правонарушение, наказание), ни в сферу общечеловеческих ценностей (мораль, нравственность, совесть, справедливость, солидарность и др.). В этом смысле взаимодействие с машиной *a priori* непредсказуемо, ибо она может посчитать оптимальной такую рекомендацию, которая для человека окажется элементарно неприемлемой.

Кроме того, машину нельзя научить неизбирательному забвению. Робот может забыть все, что ему было известно, забыть «от сих до сих» или не забыть ничего[290]. Между тем именно лишняя, избыточная информация есть главное препятствие для творческого мышления[291]. Человек творит только потому, что помнит важное (вечное) и не помнит (или прощает) преходящее. Отсюда следует, что по ряду «дискреционных» направлений контакт между гражданами и машинами будет как минимум неполноценным. Ведь и государственное управление в целом, и его отдельные составляющие (например, государственные услуги) нередко рассматривают в качестве *совместного творчества* чиновников и граждан, а краеугольным камнем такого сотворчества как раз и является дискреция[292].

---

[290] Проблема цифровой памяти выражается в том, что нейросеть, умеющую решать определенные задачи, трудно переучить, т.к. для этого она должна *частично* удалить то, что ей уже было известно, но сберечь некоторые знания и навыки, нужные для достижения новых целей. Согласно современным исследованиям, для такого рода «консолидации памяти» машину требуется на непродолжительное время погрузить в состояние, аналогичное биологическому сну. См.: AI uses artificial sleep to learn new task without forgetting the last // New Scientist. URL: https://www.newscientist.com/ (дата обращения: 11.11.2024).

[291] Подробнее см.: *Миронов В.В.*, *Иванов А.В.* Философия. Введение в метафизику и онтология. Учебник. М., 2014. С. 175–176.

[292] См.: *Muravska T.*, *Stacenko S.*, *Zeibote Z.* Op. cit. P. 256–259.

Если же допустить, что искусственный интеллект все-таки получит достаточную свободу выбора в исполнительно-распорядительной деятельности, то одновременно с этим образуется *четвертое поколение бюрократов*, которое предварительно можно назвать «контрольной бюрократией» (англ. *«control-level bureaucrats»*). Рискнем предположить, что на данном этапе граждане станут общаться с машинами напрямую, без какого-либо посредничества со стороны государственных служащих. Последние же будут лишь проверять решения роботов, причем исключительно в тех случаях, когда на них поступят жалобы от граждан[293].

Настоящее исследование привело нас к нескольким выводам.

Во-первых, административное усмотрение обладает ценностью как для чиновников, так и для граждан. Сам по себе этот факт, вероятно, не «перевешивает» хорошо известные недостатки данного института, связанные с произволом и коррупцией. Но его нельзя не учитывать при выработке и реализации политики дальнейшей цифровизации публичного сектора.

Во-вторых, административное усмотрение – это человеческий атрибут. Современные информационные системы умеют учиться и изображать познавательную активность, но робот и дискреция вместе не уживаются. Наука может пытаться опровергнуть этот тезис, однако последнее слово останется за гражданами.

В-третьих, члены парламента также исходят из того, что одобренные ими акты станут приводить в действие люди, а не роботы, для чего намеренно используют в них неопределенные юридические нормы (оценочные категории, принципы, рамочные законы и т.д.)[294]. «Хотя толкование соответствующих терминов, – пишет в этом контексте А.А. Никитин, – может представлять

---

[293] Трудно догадаться, когда появится бюрократия контрольного уровня. Но уже сейчас ученые заявляют о том, что «системы управления <…> *застряли* в третьем бюрократическом поколении» (*Paulin A*. Digitalisation vs. Informatisation. Different Approaches to Governance Transformation // CEE e|Dem and e|Gov Days 2018. № 331. P. 257).

[294] См. об этом: *Власенко Н.А*. Проблемы правовой неопределенности. Курс лекций. М., 2022. С. 42–57.

определенные сложности для правоприменителя, законодатель сознательно идет на их включение в правовую норму, предполагая, что толковать и применять эту норму будет человек, а не машина»[295].

И в-четвертых. Несмотря на цифровую трансформацию государственного управления, отчетливой тенденции к ограничению или расширению административного усмотрения нет. Вместе с тем очевидно, что в отдельных областях публичного властвования объемы дискреционных полномочий варьируются в сторону уменьшения (например, в сфере оказания онлайн-услуг), что не всегда встречает понимание у населения. Думается, что для обретения более точных оценок следует форсировать изучение цифровых аспектов реализации административного усмотрения, в том числе на базе национальных законодательств и практик.

Таким образом, ***реализация административного усмотрения обладает определенной спецификой в отдельных областях государственного управления.***

В области стратегического планирования выделяются две модели реализации административного усмотрения – романо-германская и англосаксонская. Романо-германская модель, к которой относится и Россия, ориентирует субъектов исполнительной власти на соблюдение правовых норм, поэтому объемы их дискреционных полномочий являются сравнительно небольшими. В англосаксонской модели приоритет отдается достижению целей и задач стратегического планирования, вследствие чего субъекты исполнительной власти характеризуются значительными объемами дискреционных полномочий.

Реализация административного усмотрения в чрезвычайных ситуациях также осуществляется в рамках двух моделей – отечественной и международной (зарубежной). Отечественная модель характеризуется соблюдением юридического принципа «запрещено все, что не разрешено», а

---

[295] *Никитин А.А*. Правовое усмотрение в условиях цифровизации юридической деятельности // Права человека в условиях цифровой трансформации общества и государства. Сборник статей / сост. А.И. Овчинников, А.Г. Кравченко, С.С. Полубат. Ростов-на-Дону, Таганрог, 2021. С. 81.

международная модель – соблюдением юридического принципа «разрешено все, что не запрещено».

В условиях цифровизации государственного управления некоторые дискреционные полномочия субъектов исполнительной власти гипотетически могут заменяться цифровым административным усмотрением, т.е. усмотрением искусственного интеллекта. Однако такая замена потребует разработки дополнительных способов реализации административного усмотрения, а также предоставления физическим и юридическим лицам дополнительных юридических инструментов, обеспечивающих защиту их прав, свобод и законных интересов.

§ 2.4. Дискреционный нигилизм как отказ от реализации административного усмотрения

Государственное управление в XXI в. претерпевает болезненные пертурбации. Управленческие решения, спускающиеся по исполнительской вертикали, все чаще напоминают метеориты, попавшие в земную атмосферу: они постепенно, на каждом нижестоящем этаже публичной администрации, теряют свою изначальную идею, свой первичный замысел, и когда реализуются уже непосредственно, «на земле», то порой почти не затрагивают те общественные отношения, на которые их проецировали разработчики, а то и приводят к прямо противоположным результатам по сравнению с теми, которые были запланированы на высшем уровне. Нормы законов и подзаконных актов, являющиеся в данном контексте *стратегическими и тактическими публичными управленческими решениями* соответственно[296], страдают от административных аберраций особенно сильно. Из-за письменной формы своего выражения они не могут ни изменяться по

[296] См.: *Зубарев С.М.* Стратегические акты управления как форма управленческого решения в области обеспечения национальной безопасности и государственного суверенитета Российской Федерации: проблемы иерархии // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2024. № 5. С. 28.

устному распоряжению субъекта управления, ни корректироваться в процессе осуществления права при возникновении подобной надобности. Вследствие этого руководящие лица в своей правоприменительной практике регулярно оказываются перед диалектическим выбором: *исполнить закон*, приняв опрометчивое или некомпетентное решение, *или нарушить закон*, приняв оптимальное решение?

По нашему мнению, ответить на данный вопрос односложно («да, исполнить» – «нет, нарушить») нельзя. Необходимо отталкиваться от конкретной жизненной ситуации и сопутствующих ей обстоятельств. Однако некоторые ученые-правоведы, государственные и муниципальные служащие, а также лица, замещающие государственные должности, придерживаются другой точки зрения. Они считают, что закон должен соблюдаться *всегда и в любом случае*, вне зависимости от того, какие фактические последствия может детерминировать такое соблюдение[297]. Для научной идентификации этого подхода был найден удачный термин – *дискреционный нигилизм*.

Понятие и признаки дискреционного нигилизма.

В юридический тезаурус термин «дискреционный нигилизм» ввел С.В. Щепалов[298] (авторство этого термина вряд ли можно оспорить, т.к. ни в русском, ни в других основных европейских языках аутентичного понятия не обнаруживается[299]). К сожалению, ученый не предложил какого-либо определения для данного явления, поэтому мы попытаемся дефинировать его самостоятельно. Дискреционный нигилизм – это *деформация правосознания правоприменителя* (субъекта исполнительной власти), выражающаяся в негативном отношении к административному усмотрению – как собственному, так и других правоприменителей, а также в умышленном отказе, полном или частичном, от претворения дискреционных полномочий в жизнь. В отличие от правового

---

[297] См., напр.: *Белоусова В.В.* Решения органов местного самоуправления в области земельных отношений // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2024. № 5. С. 67.

[298] Известный российский правовед, кандидат юридических наук, доцент, судья Верховного Суда Республики Карелия. См.: *Щепалов С.В.* Об истоках административного и судебного усмотрения в российской административно-юрисдикционной деятельности // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 3. С. 299.

[299] Впрочем, автор будет искренне рад любым уточняющим комментариям по этому вопросу.

нигилизма, который прежде всего характерен для невластных субъектов административного права (граждан), заключается в отрицательном восприятии юридической материи и провоцирует совершение правонарушений[300], нигилизм дискреционный присущ властным субъектам, состоит в критической оценке административного усмотрения и попирает скорее дух права, нежели его букву.

Назовем и раскроем важнейшие признаки дискреционного нигилизма.

Первое. Если административное усмотрение представляет собой обращение правоприменителя к любым социальным регуляторам (помимо объективного права) – от чрезвычайных ситуаций до личной интуиции – для принятия управленческого решения, то дискреционный нигилизм опосредует такое специфическое когнитивно-аксиологическое воззрение, согласно которому право в современном мире выступает даже не главным, но единственным регулятором. Вера, истина и справедливость; долг, честь и совесть; этика, мораль и нравственность; идеология, культура и менталитет; обычай, традиция и ритуал; сострадание, милосердие и гуманизм – эти и многие другие персональные и общественные ориентиры, аккумулируемые человечеством на протяжении тысячелетий, безоговорочно отвергаются при возникновении самого незначительного конфликта с положительным правом. При этом право отнюдь не идеализируется, и его применитель с легкостью нарушает права человека, если такое нарушение соответствует законодательным предписаниям. Стало быть, при дискреционном нигилизме диагностируется девиантный тип административного поведения, зиждящийся на позитивистской (нормативистской) концепции правопонимания в худшем ее истолковании.

Второе. Дискреционный нигилизм позволяет должностному лицу формально снять с себя юридическую и иную социальную ответственность за вынесенные им управленческие решения, переложив эту ответственность на законодателя (нормотворца), государство или общество в целом. Оправдывая свое

---

[300] См. об этом: *Матевосова Е.К.* Правовой нигилизм в России и его причины // Актуальные проблемы российского права. 2011. № 3 (20). С. 22–30; *Матевосова Е.К.* Доктрина правового нигилизма // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6 (43). С. 1037–1043.

не самое эффективное или не самое целесообразное решение, правоприменитель-нигилист сошлется или на правовые нормы, или на сложившуюся практику их реализации, или на рекомендации начальника по их реализации, которые якобы не оставили ему никакого выбора. Если же правовое регулирование некоторых социальных отношений еще не установлено, это может послужить поводом для бездействия.

Полагаем, что неготовность брать на себя ответственность за дискреционные решения в ряде случаев оказывается защитной реакцией бюрократической психики на нестандартные ситуации. Агенты исполнительной власти заранее исходят из того, что для них риск наступления неблагоприятных последствий от неординарного дискреционного решения в разы превышает аналогичный риск от решения заурядного, повседневного, правового. А для склада мышления определенной части российского чиновничества данная презумпция, кажется, вообще свойственна исторически[301]. А.П. Чехов вложил ее в уста одного из персонажей своих рассказов, который при любых отклонениях от социальных норм (даже от правил хорошего тона) тревожился и повторял – «Как бы чего не вышло…!»[302]

Третье. Дискреционный нигилизм – порок не столько индивидуального, сколько коллективного правосознания. Им могут быть поражены управленческие сообщества любых масштабов – отделы, управления, департаменты, самостоятельные министерства или ведомства, сотрудники которых работают вместе, рука об руку, и из-за этого, как правило, буквально спаяны чувством солидарной ответственности. Административная ошибка, допущенная одним из таких сотрудников, бросает тень непрофессионализма и халатности на все

---

[301] Несмотря на то, что дореволюционное законодательство неизменно оставляло чиновникам простор для дискреционной деятельности. Например, в ст. 96 Учреждения для управления губерний Всероссийской Империи от 7 ноября 1775 г. наказывалось налагать пеню на «всех непослушных, роптивых, ленивых и медлительных», однако не объяснялось, кто к этим «категориям» относится и каков размер этой пени. См.: *Зокиров Т.З.* Предпосылки принципа федерализма в правовом регулировании административной ответственности (на примере управленческих решений) // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2024. № 5 (117). С. 201.

[302] См.: *Чехов А.П.* Человек в футляре // Русская мысль. 1898. Кн. VII. Июль. С. 120–131.

структурное подразделение, в котором он трудится, или даже на всю социальную группу, членом которой он является. Например, если проступок одного полицейского становится достоянием гласности, то в общественном мнении сразу же кристаллизуется постулат о том, что подобные проступки в правоохранительных органах совершаются постоянно. Что уж говорить о более серьезных правонарушениях. Вот почему многие весьма добропорядочные служащие органов публичной власти чаще всего стараются принимать такие управленческие решения, которые максимально полно основаны на правовых нормах, хотя точно знают, что иные решения, не предусмотренные законодателем или предусмотренные им лишь частично, привели бы к лучшему – самому оптимальному для всех сторон регулируемого общественного отношения – результату.

По справедливому суждению Ю.П. Соловья, «осуществление публичной администрацией дискреционных полномочий <…> таит в себе наибольшую угрозу правам, свободам и законным интересам граждан, правам и законным интересам организаций»[303]. Но в рамках настоящей работы и с учетом сказанного нами ранее к этим словам хочется добавить, что административное усмотрение опасно и для правоприменителя, который реализует его, а иногда и для всех его «товарищей по цеху». Ввиду этого дискреционные полномочия нередко воспринимаются государственными и муниципальными служащими в качестве обоюдоострого инструмента, к которому им если и нужно прибегать, то в самых юридически патовых или безвыходных ситуациях. Таким образом, дискреционный нигилизм индуцируют как личные правоприменительные фобии, так и ведомственные страхи.

При желании можно выделить и другие атрибуты обсуждаемой нами категории – начиная с того, что дискреционный нигилизм парализует

---

[303] См.: *Серков П.П.*, *Соловей Ю.П.* Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. 2022. Т. 19. № 4. С. 375–376.

государственную волю[304], и заканчивая тем, что дискреционный нигилизм легитимизирует дефекты правового регулирования[305]. Но для целей данного исследования, пожалуй, достаточно тех его свойств, которые уже были озвучены. А теория дискреционного нигилизма, мы уверены, будет строиться дальше, и с течением времени несущие конструкции дополнятся мельчайшими деталями.

Дискреционный нигилизм в правоприменительной практике.

Проблема дискреционного нигилизма в первую очередь связана с управленческими решениями *конкретных субъектов исполнительной власти*[306]. Как отмечал Л.Л. Попов, «хорошо отлаженный, обеспеченный всем необходимым, дисциплинированный госаппарат в общей эффективности, результативности управленческой деятельности занимает лишь 17-20%. Все остальное зависит от характера и содержания работы каждого государственного служащего, каждого чиновника <…> Ведь очень часто здесь, как говорил один из классиков, – по форме все правильно, а по существу – издевательство»[307]. В качестве иллюстрации данных слов приведем пример инцидента, распространенного в России в недавнем прошлом, когда формальное, бездумно-механическое применение нормативных предписаний обуславливало наступление опасных или трагических последствий.

В соответствии с отечественным законодательством при проезде в общественном транспорте пассажир обязан оплачивать проезд. Если оплата произведена не была, пассажир должен покинуть салон транспортного средства по требованию кондуктора (контролера, водителя). Данные или схожие с ними нормы наличествуют, например, в правилах пользования означенным транспортом в

---

[304] О государственной воле см.: *Радько Т.Н.* Теория государства и права. Учебник для бакалавров. М., 2015. С. 52–53.
[305] Подробнее об этих дефектах см.: *Понкин И.В.* Девиантология государственного управления. Учебник. М., 2023. С. 106–120.
[306] О термине «субъект исполнительной власти» см.: Административное право Российской Федерации. Учебник / отв. ред. С.М. Зубарев, Л.Л. Попов. В 2 т. Т. 1. М., 2024. С. 96–129.
[307] *Попов Л.Л.* Ренессанс государственного управления в России. Избранное. М., 2015. С. 47.

Москве[308], Санкт-Петербурге[309], Челябинске[310], Туле[311] и многих других городах нашей страны. Никаких исключений применительно к отдельным категориям граждан в указанных актах до последнего времени не закреплялось. По причине этого на протяжении прошедшего десятилетия (2010–2019 гг.)[312] происходили следующие типовые инциденты.

25 декабря 2019 г. в Новосибирске кондуктор высадил из автобуса 10-летнюю школьницу, у которой была с собой карта учащегося, но отсутствовала справка школьника. Девочка очутилась одна на пустыре, рядом с лесом и неподалеку от стоянки дальнобойщиков, в темное время суток и в леденящую температуру. А из-за разряженного мобильного телефона ей не удалось связаться с родственниками по сотовой связи[313].

В 2018 г. в Тюмени кондуктор высадил из автобуса 11-летнюю школьницу, после чего ей пришлось добираться до дома пешком в течение 5 часов, в темноте и на холоде[314], а в Новокузнецке в 35-градусный мороз из автобуса была высажена другая 11-летняя школьница[315]. В 2017 г. кондуктор высадила из электрички 13-летнюю девочку, которая осталась наедине с нетрезвым и незнакомым ей мужчиной

---

[308] См.: Постановление Правительства Москвы от 2 сентября 2008 г. № 797-ПП «Об утверждении правил пользования наземным городским транспортом общего пользования (трамваями, троллейбусами, автобусами) в городе Москве» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://pravo.gov.ru/ (дата обращения: 24.07.2025).

[309] См.: Приказ Комитета по транспорту Санкт-Петербурга от 18 декабря 1997 г. № 332 «Об утверждении правил пользования наземным пассажирским транспортом» // СПС «Кодекс». URL: https://docs.cntd.ru/ (дата обращения: 24.07.2025).

[310] См.: Правила пользования трамваями и троллейбусами маршрутов регулярных перевозок городского сообщения ООО «ЧелябГЭТ» // Официальный сайт ООО «ЧелябГЭТ». URL: https://chelget.ru/ (дата обращения: 24.07.2025).

[311] См.: Правила пользования наземным городским транспортом общего пользования (трамваями, троллейбусами, автобусами), утвержденные директором МКП «Тулгорэлектротранс» 14 декабря 2023 г. // Официальный сайт МКП «Тулгорэлектротранс». URL: https://tulatrans.ru/ (дата обращения: 24.07.2025).

[312] Данный период не привязан к каким-то конкретным событиям или памятным датам и выбран только для удобства читательского восприятия и нашего повествования.

[313] См.: КП – Новосибирск. URL: https://www.nsk.kp.ru/daily/27073.4/4143191/ (дата обращения: 25.07.2025).

[314] См.: Телеканал «РЕН ТВ». URL: https://ren.tv/news/v-rossii/360806 (дата обращения: 25.07.2025).

[315] См.: КП – Кемерово. URL: https://www.kem.kp.ru/daily/26785/3819493/ (дата обращения: 25.07.2025).

на пустынной платформе в лесу в 85 км от Москвы (при этом в ближайшие часы других электричек в Москву не шло)[316].

Данные случаи носили систематический характер. В средствах массовой информации были размещены сотни сообщений о чрезмерной «бдительности» кондукторов подобного рода. Однако основная часть таких происшествий, судя по всему, не получала публичной огласки из-за своей латентности. С учетом этого разумно предположить, что в 2010-х гг. кондукторы высадили из общественного транспорта тысячи, а может быть, и десятки тысяч детей в условиях, которые со всей очевидностью угрожали их жизни, здоровью и безопасности. Сколько из них пропало без вести, скольких уже никогда не увидят родственники и друзья? Сейчас об этом можно только гадать.

Интересно, что на публикации об описанных нами случаях в СМИ нередко реагировали представители различных государственных и муниципальных органов. Многие из них заявляли, что административное поведение кондукторов было незаконным, что проводятся проверки и возбуждаются уголовные дела. Правда, в дальнейшем в прессе снова озвучивались полностью идентичные предыдущим сведения о высадке из общественного транспорта несовершеннолетних граждан. Это свидетельствовало о том, что правоприменительная практика коренным образом не менялась.

Расскажем о некоторых мерах, предпринимавшихся в отношении кондукторов. В 2010 г. в Екатеринбурге контролер около 10 часов вечера высадила из трамвая 13-летнюю школьницу с разряженным мобильным телефоном, которая предъявила билет учащегося, но забыла справку из школы. После того, как Уполномоченный по правам человека Свердловской области обратилась в трамвайно-троллейбусное управление с сообщением об этой ситуации, его руководство пообещало, что в рамках ежемесячного инструктажа с кондукторами будет усилена та его часть, в которой разъясняются правила взаимодействия с

[316] См.: Телеканал «Москва 24». URL: https://www.m24.ru/videos/ehlektrichki/13072017/149693 (дата обращения: 25.07.2025); КП – Москва. URL: https://www.msk.kp.ru/daily/26704.4/3729206/ (дата обращения: 25.07.2025).

детьми[317]. В 2018 г. в Красноярском крае из автобуса высадили 10-летнего мальчика, он пошел пешком и застудил ноги. После проверки с сотрудниками перевозчика был проведен очередной не имеющий карательного характера инструктаж[318].

Теперь обратимся к материалам судебной практики. В 2014 г. в Кирове кондуктор самовольно произвела с карточек двух школьников оплату льготного проезда, а затем высадила их как безбилетников. Отец одного из мальчиков пытался добиться возбуждения уголовного дела, но получил от правоохранительных органов отказ. Единственное, что ему удалось сделать, – взыскать с перевозчика компенсацию моральных расходов в судебном порядке. Решение суда было перевозчиком обжаловано[319]. В 2019 г. в Санкт-Петербурге кондуктор высадил двух несовершеннолетних школьниц из троллейбуса, за что был привлечен к дисциплинарной ответственности в виде выговора и лишен месячной премии. С означенным решением кондуктор не согласился и обратился в суд с требованием об его отмене[320]. Но эти казусы – исключение, а не правило. Подавляющее большинство анализируемых нами случаев в судах не рассматривалось.

Как видим, кондукторов либо не наказывали вовсе, либо наказания (взыскания) были крайне редкими, мягкими и несопоставимыми с общественной опасностью их деяний. Более того, сами кондукторы обыкновенно были уверены в том, что вели себя правильно, в точном соответствии с законом и своими должностными инструкциями. Рискуя навлечь на себя гнев читателей, мы вынуждены солидаризироваться с их позицией: фактическая безответственность

---

[317] См.: Постановление Областной думы и Палаты представителей Законодательного собрания Свердловской области от 17 февраля 2011 г. № 180-СПП «О докладе о деятельности Уполномоченного по правам человека Свердловской области в 2010 году» // СПС «Консультант Плюс». URL: https://www.consultant.ru/ (дата обращения: 26.07.2025).

[318] См.: Доклад Уполномоченного по правам ребенка в Красноярском крае от 30 апреля 2019 г. «О соблюдении прав и законных интересов детей в Красноярском крае в 2018 году» // СПС «Консультант Плюс». URL: https://www.consultant.ru/ (дата обращения: 26.07.2025).

[319] См.: Апелляционное определение Кировского областного суда от 10 июля 2014 г. по делу № 33-2188 // СПС «Консультант Плюс». URL: https://www.consultant.ru/ (дата обращения: 26.07.2025).

[320] См.: Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 12 августа 2021 г. по делу № 33-13107/2021 // СПС «Консультант Плюс». URL: https://www.consultant.ru/ (дата обращения: 26.07.2025).

кондукторов объяснялась всего лишь тем, что *они на самом деле ничего не нарушали*. В правовых нормах отсутствовала четкая градация лиц, которых можно высаживать, и лиц, которых высаживать запрещено. Но и законодатель в этом виноват не был, поскольку, на наш взгляд, подобную дифференциацию *нельзя было установить в принципе*.

Так, в 2016 г. Уполномоченный при Президенте РФ по правам ребенка А.Ю. Кузнецова обратилась к министру транспорта РФ М.Ю. Соколову с просьбой запретить кондукторам высаживать детей в холодную погоду[321]. Затем Министерство транспорта РФ направило в адрес руководителей российских субъектов телеграмму, в которой указывалось на недопустимость «высадки детей в условиях низких температур»[322]. Естественно, кардинального перелома сложившейся практики данная рекомендация не произвела, да и не могла произвести. Вместо этого она вызвала шквал вопросов от перевозчиков. Какая температура считается низкой, а какая – нет? Является ли некоторая температура одинаково низкой для всех регионов? Можно ли высаживать ребенка, если температура не низкая, но ребенок простужен или плохо себя чувствует? Как оценить состояние здоровья ребенка в текущем моменте? Наконец, неужели жизни и здоровью детей угрожает только погода? Нужно ли принимать во внимание время суток, местность, обстановку, криминогенность и иные факторы?

Здесь, очевидно, активировалась классическая рекурсивная ловушка, хорошо известная специалистам по административным процедурам: стараясь детально урегулировать некоторые общественные отношения и придумывая все больше правил, нормотворец не уменьшает, а *увеличивает правовую неопределенность*[323]. Вероятно, органы публичной власти и их должностные лица разгадали этот парадокс, т.к. в последующие 5 лет никаких знаковых инициатив по данному

---

[321] См.: Интерфакс. URL: https://www.interfax.ru/russia/540661 (дата обращения: 27.07.2025).
[322] См.: Милосердие. URL: https://www.miloserdie.ru/news/mintrans/ (дата обращения: 27.07.2025).
[323] См.: Административные процедуры. Учебное пособие / отв. ред. А.В. Сладкова. М., 2024. С. 65.

поводу не наблюдалось[324], а школьников по-прежнему продолжали высаживать из транспорта без каких-либо санкций в отношении кондукторов, контролеров и водителей.

Ю.Н. Старилов недавно констатировал, что «усмотрение, несомненно, присутствует на всех этапах функционирования публичной администрации»[325]. Вряд ли кто-нибудь из ученых, занимающихся административным правом и административным процессом, не поддержит утверждение уважаемого правоведа. Что же касается законодателя и правоприменителя, то иной раз складывается впечатление, что они о дискреции и дискреционных полномочиях не знают практически ничего. В этом контексте весьма символичен финал нашей истории. Федеральным законом от 24 февраля 2021 г. № 26-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта”» был наложен запрет на высадку пассажиров, не достигших 16-летнего возраста[326]. Ответственность за нарушение данного запрета была закреплена в Кодексе РФ об административных правонарушениях (ч. 2.1 ст. 11.33)[327].

Тем самым законодатель отказался от одной крайности и ввел в действие другую крайность. Если раньше кондукторы могли высаживать детей в любых условиях, то теперь они не вправе этого делать ни при каких условиях. Данный итог не видится нам сколько-нибудь приемлемым. Легализация безбилетного проезда –

---

[324] Разве что следует вспомнить проект федерального закона 2019 г., в котором предлагалось предоставить право бесплатного проезда в общественном транспорте всем гражданам в возрасте от 5 до 16 лет. См.: Проект федерального закона № 721177-7 «О внесении изменений в Федеральный закон “Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта”» (внесен депутатами Государственной Думы ФС РФ С.М. Мироновым, О.Н. Епифановой, О.А. Ниловым, Г.З. Омаровым, Д.А. Иониным) // СПС «Консультант Плюс». URL: https://www.consultant.ru/ (дата обращения: 27.07.2025).

[325] *Старилов Ю.Н.* Административное усмотрение: нормативная правовая полноценность в контексте дискуссии об административных процедурах // Административное право и процесс. 2024. № 11. С. 58.

[326] См.: Федеральный закон от 24 февраля 2021 г. № 26-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта”» // СЗ РФ. 2021. № 9. Ст. 1473.

[327] См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях // СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 1.

а фактически узаконился именно он – не подготавливает несовершеннолетних к взрослой жизни, но прививает чувство безнаказанности и ощущение особого отношения к ним, а также косвенно побуждает к игнорированию других правовых норм. С управленческой точки зрения гораздо логичнее было бы официально признать наличие у кондукторов дискреционных полномочий, наделив их *правом самостоятельно решать*, можно ли высаживать ребенка или нет. Мы убеждены в том, что российский социум давно созрел и для понимания необходимости подобных правотворческих починов, и для осознания нехитрой догмы о том, что административное усмотрение есть управленческое «соломоново решение», «золотая середина» для урегулирования целого ряда нетривиальных эксцессов.

Для предмета настоящего параграфа мы избрали один из самых элементарных примеров выражения дискреционного нигилизма в обыденной жизни. Но таких примеров настолько много во всех сферах и областях (отраслях) государственного управления, что и десятка монографий не хватит даже для их поверхностной репрезентации. Пытаться устранять дискреционный нигилизм точечно, в ручном режиме, а тем более при помощи новеллизации законодательства (в рассмотренном нами случае – откровенно запоздавшей и в конце концов так и не сумевшей справиться с проблемой подростков-безбилетников) – это сизифов труд, унизительный для касты парламентариев. Выход напрашивается один: увеличить объемы дискреционных полномочий всех субъектов исполнительной власти и параллельно с этим усилить судебный и общественный контроль за реализацией административного усмотрения. Первые шаги на означенном пути уже сделаны[328].

Таким образом, дискреционный нигилизм отсылает нас одновременно и к прошлому, и к будущему.

С одной стороны, о том, что не всякое управленческое решение нужно согласовывать с буквой закона, что это решение может вступить с этой буквой в открытый конфликт и выйти из него победителем, юристы знали еще тысячи лет

---

[328] См.: *Соловей Ю.П.* Развитие правовых позиций Пленума Верховного Суда Российской Федерации о судебной проверке законности реализации административного усмотрения // Сибирское юридическое обозрение. 2024. Т. 21. № 4. С. 533–560.

назад. В своих «Размышлениях об административном усмотрении» С.А. Старостин цитирует культового римского правоведа Гая (*Gaius*), который 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»[329]. К сожалению, с каждым следующим этапом общественного развития и такие случаи, и *сама возможность их возникновения* предавались забвению, поэтому всю историю юриспруденции – от монументального естественного до прагматического позитивного права – можно изобразить как становление и апофеоз дискреционного нигилизма.

С другой стороны, дискреционный нигилизм как категория публично-правовой реальности отчетливо коррелирует с государственным суверенитетом, его обеспечением и защитой[330]. В современных исследованиях показывается, что «необоснованное ограничение государством фундаментальных прав и свобод человека и гражданина представляет собой угрозу государственному суверенитету»[331]. Но разве не такие ограничения порождает дискреционный нигилизм? Вопрос, конечно, риторический. Допустим, есть некоторое государство, в котором законы соблюдаются неукоснительно, но в соответствии с ними хронически нарушаются права граждан, причем государственными же агентами. Очевидно, что законы в этом государстве и составляются, и применяются не в интересах его населения, а в интересах кого-то еще, например, второго государства. Следовательно, у второго государства суверенитет объективно присутствует, а у первого – отсутствует[332]. Как видим, суверенность различных стран можно установить по дискреционно-нигилистическому критерию. При этом дискреционный нигилизм как психологическая черта отдельно взятого

---

[329] *Старостин С.А.* Размышления об административном усмотрении // Вестник Томского государственного университета. Право. 2024. № 51. С. 65.

[330] См.: *Ситник А.А.*, *Поляков М.М.* Система и структура публично-правового обеспечения внутреннего государственного суверенитета // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2024. Т. 15. № 4. С. 949-963.

[331] *Zubarev S.M.*, *Troshev D.B.* The Concept and Essence of Public Law Enforcement of State Sovereignty // Kutafin Law Review. 2024. Vol. 11. No. 3. P. 589.

[332] Что, кстати, инспирирует в нем обстановку, близкую к революционной.

государственного служащего, не занимающего высокой должности, опасности для государственного суверенитета не создает. Но дискреционный нигилизм как системное явление, пронизывающее все уровни публичной власти, заставляет задуматься о том, сохраняет ли государство свою независимость.

Любопытно, что в определенные исторические моменты в юридических науках выдвигались гипотезы о том, что государственного суверенитета в его классическом понимании уже не существует, что суверенитет ограничивается, уменьшается, делится, трансформируется и т.д.[333] Позволим себе предположить, что иногда указанные теории подпитывались ростом дискреционно-нигилистических настроений. В абсолютных монархиях, например, властью традиционно широко использовались дискреционные полномочия, и об «ограниченном суверенитете» не могло быть и речи. А с распространением республиканских взглядов, популяризацией в юридической мысли концепций верховенства закона и правового государства, крайней, доведенной до фанатизма или автоматизма степенью которых и является дискреционный нигилизм, начали разрабатываться учения о «размывании» государственного суверенитета.

Фактор дискреционного нигилизма необходимо учитывать и при непосредственном обеспечении государственного суверенитета, в котором административное усмотрение играет одну из центральных ролей. Если при наступлении экстраординарных событий на ключевых государственных постах окажутся личности, придерживающиеся дискреционно-нигилистической идеологии, государство рискует утратить свою автономию навсегда.

Для Российской Федерации в сложившихся на сегодняшний день условиях политического, информационного, санкционного и иного давления вопрос о дискреционном нигилизме и его соотношении с государственным суверенитетом обладает поистине глобальной, архитектонической значимостью. С.М. Зубарев справедливо утверждает, что российским юристам «следует оценить влияние

---

[333] См.: *Овсепян Ж.И.* Основные научные концепции суверенитета: классические учения и развитие современного правопонимания // Известия Национальной академии наук Белоруссии. 2016. № 4. С. 99–109.

новых вызов и угроз на дискреционные управленческие решения в области обеспечения внутреннего государственного суверенитета, способы защиты прав и свобод граждан при их реализации, дискреционный нигилизм и иные связанные с ним деформации правосознания государственных служащих»[334].

Итак, дискреционный нигилизм лишь на первый взгляд может выглядеть как частный, единичный случай в правоприменительной практике, или как неприятное, но все же вполне допустимое отклонение в административном поведении. В действительности при достижении им некоторых пороговых значений (т.е. критических показателей, которые отличаются друг от друга на разных уровнях публичной администрации) произойдет фатальный сбой в государственном механизме, в результате которого под угрозу будет поставлено само государственное бытие и существование нации. Вот почему мы убеждены в том, что *дискреционный нигилизм и государственный суверенитет*, *дискреционный нигилизм и национальная безопасность*, *дискреционный нигилизм и чрезвычайные ситуации* – это наиболее актуальные векторы изучения дискреционно-нигилистической проблематики. Будущее принадлежит тем странам, которые сумеют обуздать дискреционно-нигилистический максимализм, не обрушив наряду с этим законность и правопорядок.

С.С. Алексеев однажды с горечью произнес, что в Советском Союзе функционировало «двухэтажное право» (право официальное, позитивное, низшее и право невидимое, партийное, высшее), которое «в сопоставлении с правом царской России стало <…> шагом назад»[335]. Не оспаривая данный тезис, отметим, что советская система тем не менее смогла доказать свою жизнестойкость, в т.ч. в связи с интенсивным использованием административного усмотрения (другой вопрос – какую цену пришлось заплатить за консервацию этой системы). «Усмотрение, – более 50 лет назад написал Ю.А. Тихомиров, – в его

---

[334] *Зубарев С.М.* Административное право в системе публично-правового обеспечения внутреннего государственного суверенитета Российской Федерации // Российская правовая система: в поисках национальной идентичности. Сборник докладов XIV Московской юридической недели. В 6 ч. Ч. 2. Москва, 26–29 ноября 2024 года. М., 2025. С. 71.

[335] *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 502, 508, 512.

положительном смысле обозначает <…> оперативную самостоятельность в принятии решения»[336]. Но сегодня, в демократической России, из-за более чем благих намерений органов публичной власти по построению «одноэтажного права» никакого «положительного смысла» у дискреции как будто бы и нет. А дискреционный нигилизм – это уже совсем не шаг назад. Это шаг в пропасть.

Что хочется сказать в завершение? ***Отечественной публично-правовой парадигме (при всех ее достоинствах) с катастрафической остротой не хватает эластичности. За треть века, истекшую с момента распада СССР, правоприменитель научился соблюдать законы. Похоже, настало время учиться их нарушать.***

[336] *Тихомиров Ю.А*. Управленческое решение. М., 1972. С. 143.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В отличие от физических или математических законов, которые устанавливаются лишь однажды и не пересматриваются уже никогда, законы общественной жизни, законы публичного права со временем обыкновенно меняются, и то, что для государственного управления сотни и тысячи лет назад было прописной истиной, сегодня может оказаться заведомой ложью. Однако во все исторические периоды, во все минувшие эпохи существовал институт, не претендующий ни на объективность, ни на непогрешимость, и тем не менее использующийся ничуть не менее активно, чем государственное право. Это – *административное усмотрение*.

Но если в прошлом административное усмотрение воспринималось как одна из побочных форм государственного управления, то в настоящие дни оно нередко характеризуется как *главная, ключевая составляющая* административного права и административного процесса. Немаловажную роль в формировании таких представлений сыграла т.н. инструментальная юриспруденция.

Инструментальная юриспруденция зиждется на простом принципе: если строителю нужно вбить гвоздь, он берет в свои руки не мастерок, а молоток. «Право здесь, – справедливо констатирует В.А. Слыщенков, – обладает ценностью лишь как средство, т.е. не имеет собственной ценности»[337]. Иначе говоря, государственное строительство, а значит, и государственное управление могут обеспечиваться исключительно юридическими нормами только тогда, когда право опережает развитие общественных отношений или, по меньшей мере, не отстает от него ни на шаг, т.е. остается *универсальным инструментом* социальной инженерии. В человеческой истории синхроничность подобного рода сохранялась примерно до XIX–XX веков. Затем история начала ускоряться: при переходе к каждому новому типу общества (от аграрного к промышленному и от промышленного к

[337] *Слыщенков В.А.* Методы сравнительного правоведения: значение для постсоветской юриспруденции // Проблемы постсоветской теории и философии права: перспективы свободного общества. Сборник статей. М., 2018. С. 238.

информационному) периоды времени между эпохальными открытиями, кардинальным образом перекраивавшими основы социального взаимодействия, становились все меньше и меньше[338]. Ввиду этого юриспруденция постепенно переставала выполнять привычную для себя функцию некоего поводыря или конвоира общества, характерную, в частности, для полицейского права, и принималась покорно оформлять уже фактически сложившиеся общественные отношения. И именно в данных условиях на первый план вышло административное усмотрение, которое стало единственным институтом, способным наиболее эффективно обеспечивать государственное управление на фоне перманентной социальной турбулентности.

Вместе с тем реализация административного усмотрения сопряжена с различными рисками и проблемами, пути минимизации и преодоления которых еще не найдены ни в юридической доктрине, ни в правоприменительной практике. Прежде всего указанные риски и проблемы касаются компетенции правоохранительных («силовых») структур.

Дискреционные полномочия правоохранительной системы в целом и органов государственной безопасности в частности – это глубинный проблемный пласт современной теории прав человека. Так, профессор Университета Висконсина Герман Гольдштейн (*Herman Goldstein*)[339] был уверен в том, что полицейское усмотрение «ужасающе в той степени, в которой оно может нарушать свободы гражданина, вторгаться в его личную жизнь, внезапно и прямо воздействовать на него»[340]. Если же с аналогичной правозащитной позиции взглянуть на работу тайной полиции, то она, вероятно, представится сущим кошмаром. Дело в том, что ее компетенция – как констатируется, например, в обобщающем данный вопрос

---

[338] См.: *Розов Н.С.* Ускорение истории: причинные механизмы и пределы // Общественные науки и современность. 2015. № 6. С. 151–162.

[339] Один из крупнейших криминологов США, автор концепции проблемно-ориентированной полиции (см. следующую сноску). В 2018 г. был удостоен самой престижной награды в мире в области криминологии – Стокгольмской премии по криминологии. Подробнее о нем см.: *Knutson K.* Policing pioneer, law school professor Herman Goldstein dies at 88 // University of Wisconsin–Madison. Official website. URL: https://news.wisc.edu/policing-pioneer-law-school-professor-herman-goldstein-dies-at-88/ (дата обращения: 21.09.2024).

[340] *Goldstein H.* Problem-Oriented Policing. New York, 1990. P. XII.

докладе Венецианской комиссии от 15 декабря 2015 г. «О демократическом надзоре за секретными службами» – чаще всего является *полностью дискреционной*, что позволяет соответствующим ведомствам не только максимально жестко попирать права подозрительных лиц, но и совершать это без какого-либо контроля со стороны парламента и суда[341]. Другими словами, силовые структуры, призванные охранять наиболее важные права человека, имеют наибольшие же возможности для поражения этих прав – бесконтрольного, безнаказанного и систематического[342].

Данный парадокс хорошо известен как восточный архетипический образ: герой-протагонист борется с драконом, убивает его, после чего сам превращается в дракона[343]. В советской литературе этот сюжет отчасти пересказал Е.Л. Шварц в пьесе «Дракон»[344]. О чем-то похожем размышлял и немецкий философ Фридрих Ницше (*Friedrich Wilhelm Nietzsche*), когда писал: «Кто сражается с чудовищами, тому следует остерегаться, чтобы самому при этом не стать чудовищем»[345]. При желании можно найти множество идентичных суждений и фабул.

К сожалению, в настоящее время в демократических государствах отсутствуют механизмы, которые одновременно бы обеспечивали максимальную плодотворность повседневной работы полиции (тайной полиции) и гарантировали соблюдение прав граждан. Чаще всего при обсуждении данной проблемы говорят лишь о необходимости поддержания баланса частных и публичных интересов, т.е. о том, что каждая из сторон (граждане и государство) должны чем-то поступиться, чем-то пожертвовать друг для друга. По нашему мнению, такая позиция является «транзитной», промежуточной, паллиативной, и с течением времени должна быть

---

[341] См.: European Commission for Democracy through Law. Report on the Democratic Oversight of the Security Services. Strasbourg, 2015. P. 18.

[342] Затронутая проблема охватывает и международное измерение. Например, французский философ и политик Ален де Бенуа (*Alain de Benoist*) подчеркивал, что «право на коллективную безопасность [государств] <…> может повлечь серьезные ограничения индивидуальных свобод» (*Бенуа А*. По ту сторону прав человека. В защиту свобод / пер. с франц. С. Денисова. М., 2015. С. 77).

[343] См., напр.: Драконова табличка (дунганская сказка) // Сказки народов Китая / пер. с китайского. М., 1961. С. 132–135.

[344] См.: *Шварц Е.Л.* Собрание сочинений. Т. 2. М., 2010. С. 89–166.

[345] *Ницше Ф.* По ту сторону добра и зла. Сочинения. М., 2002. С. 629.

существенно скорректирована *в пользу каждой из сторон*. Ведь успешное функционирование специальных служб относится и к интересам частных лиц, а охрана и защита прав граждан – к государственным интересам. Дальнейшие исследования административного усмотрения обязаны теоретически обосновать и практически выстроить такую модель взаимодействия общества и государства, при которой частные и публичные интересы в означенной плоскости сольются воедино.

Большинство остальных дискуссионных вопросов, связанных с «негативным» административным усмотрением, с худшей составляющей дискреционных полномочий органов исполнительной власти и их должностных лиц, были изучены на страницах настоящего диссертационного исследования. Риски от цифрового административного усмотрения, административного усмотрения в чрезвычайных ситуациях, дискреционного нигилизма и многие другие, угрожающие как нормальной жизнедеятельности населения, так и всему государству, государственному суверенитеу, подверглись тщательному теоретическому административно-правовому анализу. В будущем на его основе представляется уместным и целесообразным организовывать и доктринальные, и прикладные научные разработки.

Проведенное нами исследование продемонстрировало, что родовой категорией для административного усмотрения выступает доверие. Без доверия невозможно управлять ни государством, ни министерством, ни его департаментом или отделом, ни даже сколько-нибудь небольшим коллективом. Дискреция рождается тогда, когда есть доверие, и умирает, когда доверие исчезает. Этот вывод является самым ценным для настоящей диссертации, ее краеугольным камнем, на котором покоятся другие положения. Полагаем, что последующие академические изыскания, посвященные административному усмотрению, могут также опираться на категорию доверия и продолжать развивать ту линию, которая была начата в нашей работе.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

I. Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://pravo.gov.ru/ (дата обращения: 20.11.2024).
2. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1416.
3. Федеральный конституционный закон от 30 мая 2001 г. № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении» // СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2277.
4. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях // СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 1.
5. Налоговый кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.
6. Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. № 268-ФЗ «Технический регламент на табачную продукцию» // СЗ РФ. 2008. № 52. Ст. 6223.
7. Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3609.
8. Федеральный закон от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 26. Ст. 3378.
9. Федеральный закон от 24 февраля 2021 г. № 26-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта”» // СЗ РФ. 2021. № 9. Ст. 1473.
10. Указ Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 945.
11. Приказ Федеральной миграционной службы Российской Федерации от 22 января 2009 г. № 3 «Об утверждении Методических рекомендаций по

проведению экспертизы проектов нормативных правовых актов в Федеральной миграционной службе на коррупциогенность» // СПС «Консультант Плюс».

12. Модельный закон СНГ «Об административных процедурах» // Официальный сайт Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств. URL: https://iacis.ru/ (дата обращения: 26.12.2024).
13. Закон об административных процедурах ФРГ // Сборник законодательных актов по административным процедурам. Алматы, 2013.
14. Федеральный закон об административных процедурах Швейцарской Конфедерации // Сборник законодательных актов по административным процедурам. Алматы, 2013.
15. Кодекс Республики Казахстан от 29 июня 2020 г. № 350-VI // Информационно-правовая система нормативных правовых актов Республики Казахстан. URL: https://adilet.zan.kz/ (дата обращения: 25.12.2024).

II. Научные статьи, монографии, учебники

1. Административное право. Учебник / под ред. Л.Л. Попова, М.С. Студеникиной. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2018.
2. Административное право / под ред. Ю.М. Козлова, Л.Л. Попова. М., 1999.
3. Административное право Российской Федерации. Учебник / отв. ред. С.М. Зубарев, Л.Л. Попов. В 2 т. Т. 1. М., 2024.
4. Административные процедуры. Учебное пособие / отв. ред. А.В. Сладкова. М., 2024.
5. *Агапов А.Б.* Административное право. Учебник. 7-ое изд., перераб. и доп. М., 2011.
6. *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001.
7. *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966.

8. *Алехин А.П.*, *Кармолицкий А.А.*, *Козлов Ю.М.* Административное право Российской Федерации. Учебник. М., 2003.
9. *Атаманчук Г.В.* Теория государственного управления. Учебник. М., 2010.
10. *Атаманчук Г.В.* Управление в жизнедеятельности людей (очерки проблем). М., 2008.
11. *Аюшеева И.З.*, *Сойфер Т.В.* К вопросу о доверии в гражданском праве // Lex Russica. 2022. Т. 75. № 11.
12. *Баженова Е.А.* Философия права Г.Л.А. Харта. Учебное пособие. Владимир, 2016.
13. *Барак А.* Судейское усмотрение / пер. с англ. М., 1999.
14. *Барциц И.Н.* Административные процедуры: перспективы правовой регламентации и «чувство меры» // Вопросы государственного и муниципального управления. 2008. № 1.
15. *Бахрах Д.Н.* Административное право России. М., 2000.
16. *Беляев В.П.*, *Русаков И.Б.* К вопросу о видах юридической деятельности: общетеоретический аспект // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия: История и право. 2019. № 1 (30).
17. *Бенуа А.* По ту сторону прав человека. В защиту свобод / пер. с франц. С. Денисова. М., 2015.
18. *Бердяев Н.А.* Философия свободы. Смысл творчества. М., 1989.
19. *Бершицкий Э.Е.* Правовая определенность и оценочные категории: краткий очерк на примере составов правонарушений в различных отраслях права. М., 2021.
20. *Бочкарев И.Е.* Об административном усмотрении в контексте освоения и совершенствования учебной дисциплины «Административное право» // Вестник Нижегородского университета имени Н.И. Лобачевского. Право. 2019. № 1.
21. *Васьковский Е.В.* Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Том II. Пг., 1914.

22. *Васьковский Е.В*. Цивилистическая методология. Часть I. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901.
23. *Верещагин А.Н*. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004.
24. *Верещагин А.Н*. Заметки о судебном нормотворчестве // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 2 (59).
25. *Габов А.В*., *Мацкевич И.М*. Номенклатура научных специальностей как элемент государственной системы научной аттестации: к постановке вопроса // Мониторинг правоприменения. 2020. № 2 (35).
26. *Гаврилов А.М*. О соотношении позитивного и негативного административного усмотрения // Вестник Марийского государственного университета. Серия: «Исторические науки. Юридические науки». 2017. Т. 3. № 4 (12).
27. *Головина Ю.П*. Административное усмотрение при применении мер принуждения органами исполнительной власти // Административное право и процесс. 2022. № 6.
28. Государственная политика и управление. Учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / В.М. Васильева, Е.А. Колеснева, И.А. Иншаков. М., 2017.
29. *Грабенвартер К*. Доктрина свободы усмотрения // Дайджест публичного права. 2016. № 1.
30. *Гук П.А*. Принципы российского законодательства как технико-юридическое средство ограничения судебного усмотрения // Юридическая техника. 2020. № 14.
31. *Давид Р*. Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М., 1988.
32. *Давыдов К.В.* Судебный контроль за дискреционными административными актами: европейский опыт // Актуальные вопросы публичного права. 2014. № 5 (29).

33. *Дайси А.В.* Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской Конституции / пер. с 3-го английского издания О.В. Полторацкой под ред. П.Г. Виноградова. СПб., 1891.

34. *Денисенко В.В.* Административное и судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: общее и особенное // Общество и право. 2013. № 1.

35. *Дубовицкий В.Н.* Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск, 1984.

36. *Евтихиев А.Ф.* Усмотрение (das freie Ermessen) администрации // Журнал Министерства юстиции. 1910. № 5.

37. *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).

38. *Ермакова К.П.* Усмотрение в праве и законность // Законность: теория и практика. Монография / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Н.В. Субанова. 3-е изд. М., 2020.

39. *Жакке Ж.-П.* Конституционное право и политические институты. Учебное пособие / пер. с фр. В.В. Маклакова. М., 2002.

40. *Зайцева Л.А.*, *Мацкевич И.М.* Еще раз о двухуровневой системе присуждения ученых степеней (история и современность) // Юридическое образование и наука. 2013. № 2.

41. *Зубарев С.М.* Административное право в системе публично-правового обеспечения внутреннего государственного суверенитета Российской Федерации // Российская правовая система: в поисках национальной идентичности. Сборник докладов XIV Московской юридической недели. В 6 ч. Ч. 2. Москва, 26–29 ноября 2024 года. М., 2025.

42. *Зубарев С.М.* О соотношении акта управления и закона в новых реалиях // Вестник Томского государственного университета. Право. 2022. № 45.

43. *Зубарев С.М.* Правовые риски цифровизации государственного управления // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 6.

44. *Зубарев С.М.* Система контроля в сфере государственного управления. Монография. М., 2022.
45. *Зубарев С.М.* Стратегические акты управления как форма управленческого решения в области обеспечения национальной безопасности и государственного суверенитета Российской Федерации: проблемы иерархии // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2024. № 5.
46. *Иванов А.Е.* Ученое достоинство Российской Империи. XVIII – начало XX в. Подготовка и научная аттестация профессоров и преподавателей высшей школы. М., 2016.
47. *Игнатьев А.С.* Усмотрение как правовая общетеоретическая категория и алгоритм его отраслевого анализа (на примере сферы судебного конституционного контроля): дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2015.
48. Избранные решения Федерального конституционного суда Германии / сост. проф., д-р Ю. Швабе, Т. Гайсслер; отв. ред. К. Кроуфорд. М., 2018.
49. *Исаев И.А.* Технологии власти. Власть технологий. Монография. М., 2019.
50. История юридических наук в России / под ред. О.Е. Кутафина, В.В. Блажеева, Е.Ю. Грачевой, И.М. Мацкевича. М., 2009.
51. *Кант И.* Метафизика нравов / Иммануил Кант. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2. М., 1965.
52. *Комарова В.В.* Конституционно-правовая доктрина «Доверие» в научной школе российского конституционализма // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 6.
53. *Коновалов А.В.* Принцип разумности в гражданском праве // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 8 (105).
54. *Коренев А.П.* Нормы административного права и их применение. М., 1978.
55. *Кораблина О.В.* Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспект): дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2009.

56. *Костенников М.В.*, *Куракин А.В.*, *Кононов А.М.*, *Кононов П.И.*, *Стахов А.И.*, *Эриашвили Н.Д.* Актуальные проблемы административного права и процесса. Учебник. 2-ое изд., перераб. и доп. М., 2015.

57. *Кравец И.А.* Господство права, границы конституционного судебного правотворчества и принцип соразмерности (российский опыт и практика ЕСПЧ) // Правотолкование и проблема судебного правотворчества. Материалы III Всероссийской научно-практической конференции. Симферополь, 2020.

58. *Куайн У.В.О.* Слово и объект / пер. с англ. М., 2000.

59. *Лунев А.Е.*, *Студеникин С.С.*, *Ямпольская Ц.А.* Социалистическая законность в советском государственном управлении. М., 1948.

60. *Марк ван Хук.* Право как коммуникация / пер. с англ. М.В. Антонова и А.В. Полякова. СПб., 2012.

61. *Марков П.В.* Условия осуществления судебного усмотрения в странах континентальной и англосаксонской правовой семьи // Юридические исследования. 2012. № 4.

62. *Марченко М.Н.* Теория государства и права. 2-ое изд., перераб. и доп. М., 2015.

63. *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судейское право. Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2017.

64. *Матевосова Е.К.* Правовой нигилизм в России и его причины // Актуальные проблемы российского права. 2011. № 3 (20).

65. *Матевосова Е.К.* Доктрина правового нигилизма // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6 (43).

66. *Мацкевич И.М.*, *Власенко Н.А.* Паспорт специальностей научных работников по юриспруденции. Проект и итоги / отв. ред. Н.И. Аристер. М., 2016.

67. *Мацкевич И.М.*, *Власенко Н.А.* Номенклатура и паспорт научных специальностей по юриспруденции. Сборник документов и иных материалов. М., 2019.

68. *Мицкевич Л.А*. Очерки теории административного права. Современное наполнение. М., 2015.

69. *Михеева И.В*. Административное усмотрение в ведомственном нормотворчестве России // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в публичном праве. М., 2017.

70. *Миронов В.В*., *Иванов А.В*. Философия. Введение в метафизику и онтология. Учебник. М., 2014.

71. *Монтескье Ш.Л*. О духе законов. М., 1999.

72. *Мюллер В.К*. Базовый англо-русский словарь. 80 000 слов и выражений. М., 2014.

73. *Нарутто С.В*., *Таева Н.Е*., *Шугрина Е.С*. Конституционное право России. Учебник. 2-е изд. М., 2018.

74. *Никитин А.А*. Механизм формирования правоприменительного усмотрения // Вопросы российского и международного права. 2021. Т. 11. № 2А.

75. *Никитин А.А*. Правовое усмотрение: теория, практика, техника: дис. … д-ра юрид. наук. Саратов, 2021.

76. *Никонов М.А*. Судейское усмотрение: уголовно-процессуальные аспекты: дис. … канд. юрид. наук. М., 2014.

77. *Ницше Ф*. По ту сторону добра и зла. Сочинения. М., 2002.

78. *Овсепян Ж.И.* Основные научные концепции суверенитета: классические учения и развитие современного правопонимания // Известия Национальной академии наук Белоруссии. 2016. № 4.

79. *Ойзерман Т.И*. Философия как история философии. СПб., 1999.

80. *Папкова О.А*. Судейское усмотрение в гражданском процессе: дис. … канд. юрид. наук. М., 1997.

81. *Пархоменко Д.А*. Усмотрение в уголовном праве: дис. … канд. юрид. наук. М., 2015.

82. *Познышев С.В*. Правотворческая деятельность новых судов в сфере уголовного права и процесса // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Том I. Пг., 1914.

83. *Понкин И.В.* Девиантология государственного управления. Учебник. М., 2023.

84. *Попов Л.Л.* Ренессанс государственного управления в России. Избранное. М., 2015.

85. *Попов Л.Л.*, *Мигачев Ю.И.* Административное право Российской Федерации. Учебник. 2-ое изд., перераб. и доп. М., 2019.

86. *Попова В.И.* Социалистическая законность в деятельности местных советов депутатов трудящихся. М., 1954.

87. Правоприменение в Советском государстве / отв. ред. И.Н. Кузнецов, И.С. Самощенко. М., 1985.

88. Правовое обеспечение государственного управления и исполнительная власть. Учебник для магистров / под ред. С.А. Старостина. М., 2019.

89. *Проди П.* История справедливости: от плюрализма форумов к современному дуализму совести и права / пер. с ит. И. Кушнаревой; пер. с лат. А. Апполонова. М., 2017.

90. *Протасов В.Н.* Номенклатура научных специальностей для юридических наук 2021 года // Advances in Law Studies. 2021. Т. 9. № 4.

91. *Радько Т.Н.* Теория государства и права. Учебник для бакалавров. М., 2015.

92. *Радько Т.Н.*, *Лазарев В.В.*, *Морозова Л.А.* Теория государства и права. Учебник для бакалавров. М., 2018.

93. *Розов Н.С.* Ускорение истории: причинные механизмы и пределы // Общественные науки и современность. 2015. № 6.

94. *Романовская О.В.* Проблемы становления правового режима государственной системы научной аттестации // Электронный научный журнал «Наука. Общество. Государство». 2021. Т. 9. № 3.

95. *Россинский Б.В.* Проблемы государственного управления с позиции теории систем. Монография. М., 2021.

96. Система стратегического планирования в Российской Федерации. Учебное пособие / отв. ред. Ю.В. Степаненко. М., 2021.

97. *Серков П.П.*, *Соловей Ю.П.* Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. 2022. Т. 19. № 4.

98. *Синюков В.Н.* Российская правовая система. Введение в общую теорию. М., 2010.

99. *Ситник А.А., Поляков М.М.* Система и структура публично-правового обеспечения внутреннего государственного суверенитета // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2024. Т. 15. № 4.

100. *Слыщенков В.А.* Методы сравнительного правоведения: значение для постсоветской юриспруденции // Проблемы постсоветской теории и философии права: перспективы свободного общества. Сборник статей. М., 2018.

101. *Слюсарева Т.А*. Проблемы определения пределов административного усмотрения государственных служащих // Административное и муниципальное право. 2013. № 4 (64).

102. *Смирнова А.А*. Об усмотрении в административном правотворческом процессе // Журнал российского права. 2017. № 8.

103. *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. Монография / под ред. докт. юрид. наук, проф. Р.Л. Хачатурова; докт. юрид. наук, проф. А.П. Шергина. М., 2022.

104. *Соловей Ю.П.* О достоверности и новизне некоторых результатов современных исследований развития научных представлений об административном усмотрении и полицейском праве // Сибирское юридическое обозрение. 2025. Т. 22. № 1.

105. *Соловей Ю.П.* Развитие правовых позиций Пленума Верховного Суда Российской Федерации о судебной проверке законности реализации административного усмотрения // Сибирское юридическое обозрение. 2024. Т. 21. № 4.

106. *Соловей Ю.П.* Судебный контроль за административным усмотрением // Ежегодник публичного права. Административный процесс. 2015.

107. *Соловей Ю.П.* Усмотрение в административной деятельности советской милиции: дис. … канд. юрид. наук. М., 1982. 229 с.

108. Социалистическая законность в советском государственном управлении / под общ. ред. С.С. Студеникина. М., 1948.

109. *Старилов Ю.Н.* Административное право. Т. 1. История. Наука. Предмет. Нормы. Монография. Воронеж, 1998.

110. *Старилов Ю.Н.* Административное усмотрение: нормативная правовая полноценность в контексте дискуссии об административных процедурах // Административное право и процесс. 2024. № 11.

111. *Старостин С.А.* В продолжение дискуссии об административном усмотрении// Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 2.

112. *Старостин С.А.* О соотношении понятий «административный процесс», «административное производство», «административные процедуры» // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 5.

113. *Старостин С.А.* Размышления об административном усмотрении // Вестник Томского государственного университета. Право. 2024. № 51.

114. *Старосьцяк Е.* Правовые формы административной деятельности. М., 1959.

115. *Талапина Э.В.* Административное право Франции сегодня // Ежегодник сравнительного правоведения. М., 2004.

116. *Тихомиров Ю.А.* Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4.

117. *Тихомиров Ю.А.* Административное право и процесс. Полный курс. 2-ое изд., доп. и перераб. М., 2005.

118. *Тихомиров Ю.А.* Управленческое решение. М., 1972.

119. *Труфанов М.Е.* Механизм административно-правового регулирования. Монография. Краснодар, 2015.

120. *Уманская В.П.* Система правовых актов органов исполнительной власти: теоретические и прикладные аспекты: дис. … д-ра юрид. наук. М., 2014.

121. *Уэрта де Сото Х.* Австрийская экономическая школа: рынок и предпринимательское творчество / пер. с англ. Б.С. Пинскера под ред. А.В. Куряева. Челябинск, 2009.

122. *Хайек Ф.* Дорога к рабству / пер. с англ. Ф. Гнездовского. М., 2017.

123. *Харт Г.Л.А.* Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб., 2007.

124. *Хасаншин Р.И.* Категория «усмотрение» в гражданском праве Российской Федерации: дис. … канд. юрид. наук. Казань, 2017.

125. *Чабан Е.А.* Административное усмотрение: понятие и особенности // Административное право и процесс. 2013. № 11.

126. *Честнов И.Л.* Постклассическая теория права. Монография. СПб., 2012.

127. *Шарнина Л.А.* Категория усмотрения в конституционном праве. Монография. М., 2017.

128. *Шарнина Л.А.* Усмотрение в конституционном праве: дис. … д-ра юрид. наук. М., 2019.

129. *Шевцов С.Г.* Усмотрение и произвол: комплексный подход к соотношению понятий // Пробелы в российском законодательстве. 2011. № 5.

130. *Шерстобоев О.Н.* Административное усмотрение в случае отмены административного акта // Административное право и процесс. 2022. № 1.

131. *Шерстобоев О.Н.* Административная дискреция и принцип разумности. Часть 1 (зарубежный опыт) // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2017. № 4.

132. *Шерстобоев О.Н.* Дискреционные административные акты: проблемы определения и судебного контроля // Журнал российского права. 2022. Т. 26. № 6.

133. *Шмитт К.* Политическая теология. Сборник / пер. с нем. Заключит. статья и сост. А.Ф. Филиппова. М., 2000.

134. *Штатина М.А.* Какой институт административных процедур нужен административному праву? // Актуальные проблемы административного, финансового и информационного права в России и за рубежом: материалы межвузовской научной конференции на базе кафедры административного и финансового права Юридического института Российского университета дружбы народов. Москва, 25 января 2016 г. / отв. ред. А.Р. Батяева. М., 2016.

135. *Щепалов С.В.* Об истоках административного и судебного усмотрения в российской административно-юрисдикционной деятельности // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 3.

136. *Щепалов С.В.* Теория государства и права. Конспект лекций. Петрозаводск, 2008.

137. *Юртаева Е.А.* К пониманию закона в дореволюционной России // Журнал российского права. 2010. № 9.

138. *Якушев А.Н.*, *Мрыхина О.А.* Может ли содержание диссертации соответствовать паспорту научной специальности? // Педагогический журнал Башкортостана. 2012. № 5 (42).

139. *Ярковой С.В.* Административное усмотрение в правоприменительной деятельности административно-публичных органов и их должностных лиц // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2017. № 1.

140. Allgemeines Verwaltungsrecht / herausgegeben von Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers. Berlin, 2010.

141. *Andersson C.*, *Hallin A.*, *Ivory C.* Unpacking the digitalisation of public services: Configuring work during automation in local government // Government Information Quarterly. 2021. № 39.

142. *Barnes J.* Introduction. Reform and Innovation of Administrative Procedure // Transforming Administrative Procedures / edited J. Barnes. Seville, 2008.

143. *de Boer N.*, *Raaphorst N.* Automation and discretion: explaining the effect of automation on how street-level bureaucrats enforce // Public Management Review. 2021. May.

144. *Boettke P.J.* F.A. Hayek. Economics, Political Economy and Social Philosophy. London, 2018.

145. *Booth P.* The control of Discretion: Planning and the Common-Law tradition // Planning Theory. 2007. Vol. 6. № 2.

146. *Bovens M.*, *Zouridis S.* From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control // Public Administration Review. 2002. № 2.

147. *Brand J.* Philosophy of Law: Introducing Jurisprudence. London, 2013.

148. *Buchanan J.M.* The Logical Foundations of Constitutional Liberty. Indianapolis, 1999.

149. *Bullock J.B.* Artificial Intelligence, Discretion, and Bureaucracy // The American Review of Public Administration. 2019. № 49.

150. *Burlacu S.*, *Popescu M.L.*, *Diaconu A.*, *Sârbu A.* Digital Public Administration for Sustainable Development // European Journal of Sustainable Development. 2021. № 10.

151. *Busch P.A.*, *Eikebrokk T.R.* Digitizing Discretionary Practices in Public Service Provision: An Empirical Study of Public Service Workers' Attitudes // Proceedings of the 52nd Hawaii International Conference on System Sciences. 2019. January.

152. *Cane P.* Administrative Law. 5th edn. New York, 2011.

153. *Carolan E.* The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State. New York, 2009.

154. Communicating with the Spirits / edited by Éva Pócs and Gábor Klaniczay. Hungary, 2005.

155. *Considine M.*, *McGann M.*, *Ball S.*, *Nguyen P.* Can Robots Understand Welfare? Exploring Machine Bureaucracies in Welfare-to-Work // Journal of Social Policy. 2022. March.

156. *Cooper P.J.* Public Law and Public Administration. 3rd edn.

157. *Craig P.* Administrative Law. 9th ed. London, 2021.

158. *David H. Rosenbloom*, *Robert S. Kravchuk*, *Richard M. Clerkin*. Public Administration: Understanding Management, Politics and Law in the Public Sector. New York, 2015.

159. *Davis K.C.* Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry. Westport, 1980.

160. *Davis K.C.* Administrative Law: Cases, Text, Problems. 6th ed. St. Paul, 1977.

161. *Dyzenhaus D.* Introduction. Why Carl Schmitt? // Carl Schmitt's Critique of Liberalism / edited by David Dyzenhaus. Durham; London, 1998.

162. *Edley Jr. C.F.* The Governance Crisis, Legal Theory and Political Ideology // Duke Law Journal. 1991. № 3.

163. Encyclopedia of Law and Economics / edited by Alain Marciano, Giovanni Battista Ramello. New York, 2019.

164. Encyclopedia of Public Administration and Public Policy / edited by David Schultz. New York, 2004.

165. *Endicott T.* Administrative Law. 2th ed. NY, 2011.

166. *E. Pendleton Herring*. Public Administration and the Public Interest. New York, 1936.

167. European Commission for Democracy through Law. Report on the Democratic Oversight of the Security Services. Strasbourg, 2015.

168. *Ferber S.* Demonic Possession and Exorcism in Early Modern France. Routledge, 2004.

169. *Frier P.-L.*, *Petit J.* Droit administratif. 12th ed. Paris, 2018.

170. Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance / edited by Ali Farazmand. Cham, 2018.

171. *Goldstein H.* Problem-Oriented Policing. New York, 1990.

172. Handbook of Theories of Public Administration and Management / edited by Thomas A. Bryer. Cheltenham, 2021.

173. *Heath J.* The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State. New York, 2020.

174. *Jay M. Shafritz*, *E.W. Russell*, *Christopher P. Borick*, *Albert C. Hyde*. Introducing Public Administration. New York, 2017.

175. *Jarke J.* Co-creating Digital Public Services for an Ageing Society. Evidence for User-centric Design. Bremen, 2021.

176. *Jellinek W.* Verwaltungsrecht. Berlin, 1931.

177. Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State / edited by Jurgen de Poorter, Ernst Hirsch Ballin, Saskia Lavrijssen. Tilburg, 2019.

178. *Kelly T.M.* Professional ethics: a trust-based approach. Lanham, 2018.

179. *Koch Jr. C.H.* Judicial Review of Administrative Discretion // College of William & Mary Law School. Faculty Publications. 1986. № 4.

180. *Koontz H.*, *O'Donnell C.* Principles of Management: An Analysis of Managerial Functions. 5th ed. New York, 1972.

181. *Künnecke M.* Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison. Berlin, 2007.

182. *Leys W.A.R.* Ethics and Administrative Discretion // Public Administration Review. 1943. Vol. 3. № 1.

183. *Lindgren I.*, *van Veenstra A.F.* Digital government transformation: a case illustrating public e-service development as part of public sector transformation // Proceedings of the 19th Annual International Conference on Digital Government Research – Dgo '18. 2018. May.

184. *Lipsky M.* Street-Level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services. New York, 1980.

185. *Liu F.*, *Chen S.*, *Heiner M.*, *Song H.* Modeling biological systems with uncertain kinetic data using fuzzy continuous Petri nets // BMC Systems Biology. 2018.

186. *Marinho M.O*. Considerations about the use of algorithms for bureaucracy and the burdens for citizens // Conference: «IX Encontro de Administração Pública da ANPAD – EnAPG 2022». Rio de Janeiro, 2022.

187. *Mashaw J.L*. Creating the Administrative Constitution: the Lost one hundred years of American administrative law. New Haven, 2012.

188. *Miceli T.J*. Economics of the law: torts, contracts, property, litigation. New York, 1997.

189. *Moore S.T*. The theory of street-level bureaucracy: a positive critique // Administration & Society. 1987. № 19.

190. *Morgan Douglas F*. Varieties of Administrative Abuse: Some Reflections on Ethics and Discretion // Administration & Society. 1987. Vol. 19. Iss. 3.

191. *Mouhamadou K.A*. Module de droit administratif. 2005.

192. *Muravska T*., *Stacenko S*., *Zeibote Z*. Digitalisation in the Regional Context: The Case of E-Government Services in Latvia // Studia Europejskie – Studies in European Affairs. 2018. № 4.

193. *O'Leary R*. The Ethics of Dissent: Managing Guerrilla Government. Washington, 2005.

194. *Paulin A*. Digitalisation vs. Informatisation. Different Approaches to Governance Transformation // CEE e|Dem and e|Gov Days 2018. № 331.

195. *Pekelis A.M*. Administrative Discretion and the Rule of Law // Social Research. 1943. № 1.

196. *Prokop C*., *Tepe M*. Talk or type? The effect of digital interfaces on citizens' satisfaction with standardized public services // Public Administration. № 100 (2).

197. *Reed B*. Issues and Trends in Police Discretion: A Tool for Police at Every Level of Authority // Police Chief. 1980. № 47.

198. *Ricci J.-C*. Droit administratif général. 5th ed. Paris, 2013.

199. *Simon H.A*. Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations. 4th ed. New York, 1997.

200. *Stacey J*. The Constitution of the Environmental Emergency. Portland, Oregon, 2018.

201. The Oxford Handbook of Public Policy / edited by Michael Moran, Martin Rein, Robert E. Goodin. New York, 2006.

202. *Whitehead A.N.* Process and Reality: An Essay in Cosmology. 2nd edn. New York, 1978.

203. *Wolf R.* «Planung auf Zeit» – eine neue Chance für die Stadtentwicklung? // Die Gemeinde. Verfassung, Planung, Wirtschaft und das kommunale Selbstverwaltungsrecht. Festschrift zum 70. Geburtstag von Heiko Faber. Tübingen, 2007.

204. *Zouridis S.*, *van Eck M.*, *Bovens M.* Automated Discretion // Discretion and the Quest for Controlled Freedom / edited by Tony Evans, Peter Hupe. Cham, 2020.

205. *Zubarev S.M., Troshev D.B.* The Concept and Essence of Public Law Enforcement of State Sovereignty // Kutafin Law Review. 2024. Vol. 11. No. 3.