

**Дмитрий Игоревич  
ЗАЙЦЕВ,**

ассистент кафедры  
административного права  
и процесса

Университета имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)

**zaytsew93@bk.ru**

125993, Россия, г. Москва,  
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

**Антология административного усмотрения**

**Аннотация.** В статье анализируются научные труды, оказавшие существенное влияние на генезис и эволюцию теории административного усмотрения: «О духе законов» Шарля Монтескье (1748 г.), «Основы государственного права Англии» Альберта Дайси (1885 г.) и «Государственное управление и общественные интересы» Пендлтона Херринга (1936 г.). Показывается, что изначально под административным усмотрением понималась разумная (рациональная) деятельность органов исполнительной власти и их должностных лиц, затем административное усмотрение стало противопоставляться праву как таковому, а в последнее время оно все чаще трактуется как творческая деятельность правительства в рамках опережающего дискреционного регулирования. Отдельное внимание уделяется преемственности и экспансии вышеперечисленных идей, их развитию в концепциях других исследователей, в том числе современных, а также их критике. В заключение делается вывод о том, что данные идеи необходимо учитывать при формировании российской теории административного усмотрения.

**Ключевые слова:** административное усмотрение, дискреционные полномочия, органы исполнительной власти, государственное управление.

DOI: 10.17803/2311-5998.2024.117.5.118-124

**Dmitry I. ZAITSEV,**

Assistant of the Department of Administrative Law and Procedure  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

**zaytsew93@bk.ru**

9, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, Russia, 125993

**Anthology of Administrative Discretion**

**Abstract.** The article analyzes scientific works that had a significant influence on the genesis and evolution of the theory of administrative discretion: “The Spirit of Law” by Charles Montesquieu (1748), “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” by Albert Dicey (1885) and “Public Administration and the Public Interest” by E. Pendleton Herring (1936). It is shown that initially administrative discretion was understood as reasonable (rational) activity of executive authorities and their officials, then administrative discretion began to be opposed to law as such, and recently it is increasingly interpreted as creative activity of the government in the framework of anticipatory discretionary regulation. Special attention is paid to the continuity and expansion of the above ideas, their development in the concepts of other

*researchers, including modern ones, as well as their criticism. The conclusion is made that these ideas should be taken into account in the formation of the Russian theory of administrative discretion.*

**Keywords:** *administrative discretion, discretionary powers, executive authorities, public administration.*

**А**дминистративное усмотрение как правовая, неправовая и внеправовая категория находится в фокусе сложных, междисциплинарных теоретических штудий на протяжении двух-трех последних столетий. За это время из печатного станка вышли сотни и тысячи тематических работ, но только единицы из них могли похвастаться подлинно новаторскими интенциями. В настоящей статье мы, опираясь на наши предыдущие исследования, составим небольшую антологию подобного рода идей об административном усмотрении — самых ярких, смелых и выдающихся. При этом мы постараемся дислоцировать их в строгом хронологическом порядке, отразить различные корреляции между ними, а само изложение построить в доброжелательном полемическом ключе.

Начнем с того, 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<sup>1</sup>. 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 великанов»<sup>2</sup> (т.е. своих предшественников — великих правоведов прошлого); напротив, они чувствуют себя едва ли не 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 подчеркнута изолированными, практически не имеющими точек пересечения и узлов экстраполяции. В таких поистине симптоматических условиях можно говорить о совершенствовании индивидуальной мысли, но не о развитии науки как высшей формы коллективной когниции (наука здесь стоит на месте, напоминая

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> См.: Эко У. Полный назад! / пер. с ит. Е. Костюкович. М., 2012. С. 571.



воз из басни И. А. Крылова «Лебедь, Щука и Рак»<sup>3</sup>). 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 обозначенных 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.<sup>4</sup>

Каждый из уважаемых коллег поведал о собственном взгляде на отдельные спорные вопросы, а в некоторых случаях и произвел академический зондаж оригинальных 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 в очередной раз вникнуть в них, но и безжалостно ревизовать их. Именно об этих позициях мы поговорим далее.

Первые доктринальные представления об административном усмотрении сложились к середине XVIII в. во Франции. По мнению О. Н. Шерстобоева, их смысл был «связан с идеей благоразумного усмотрения, т.е. права администрации действовать не на основании закона, а руководствуясь разумом должностных лиц, принимающих решения»<sup>5</sup>. В качестве иллюстрации подобной идеи ученый приводит работу французского философа Вольтера (*Voltaire*) «Метафизический трактат»<sup>6</sup>, в которой содержатся некоторые рассуждения о необходимости управлять государством рационально. Мы в целом солидарны с озвученной версией генезиса учения о дискреционных полномочиях органов исполнительной власти<sup>7</sup>, однако полагаем, что центральной персоной в рассматриваемом контексте выступает другой, не менее легендарный просветитель — философ и правовед Шарль Луи де Монтескье (*Charles Louis de Montesquieu*).

<sup>3</sup> См.: Крылов И. А. Басни // Полное собрание. Пг., 1915. С. 119—120.

<sup>4</sup> См., например: 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.

<sup>5</sup> Шерстобоев О. Н. Теория административного усмотрения: этапы формирования // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 2. С. 160.

<sup>6</sup> См.: Вольтер. Философские сочинения / отв. ред. В. Н. Кузнецов; пер. с фр. С. Я. Шейнман-Топштейн. М., 1988. С. 227—274.

<sup>7</sup> Также о ней см.: Шерстобоев О. Н. Административная дискреция и принцип разумности (часть 1: зарубежный опыт) // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2017. № 4. С. 151—161; Его же. Административная дискреция и принцип разумности (часть 2: российский опыт) // Там же. 2018. № 1. С. 74—83.

В 1748 г. Монтескье напечатал свой *opus magnum* — трактат «О духе законов»<sup>8</sup>, подготовка которого растянулась более чем на 20 лет. Какое отношение этот трактат имеет к усмотрению? Думается, что самое непосредственное. Собственно, вопрос о «духе законов» — это и есть вопрос о дискреционных полномочиях, но в несколько выхолощенном, сублимированном виде. Так, профессор Оксфордского университета Питер Кэн (*Peter Cane*) по этому поводу справедливо констатирует, что административное усмотрение «касается духа закона, а не его буквы»<sup>9</sup>. Поэтому самые ранние исследования «духа законов» в сущности являются и изначальными исследованиями природы дискреции (даже тогда, когда их авторы не вполне отдавали себе отчет в этом) — местами наивными и эклектичными, местами сервильными и ригоричными, но весьма и весьма ценными хотя бы в силу своего почтенного возраста.

Монтескье был уверен в том, что всякое хорошее управленческое решение должно быть разумным. Например, он отмечает, что первые китайские династии правили долго, потому что правили разумно<sup>10</sup>; что Марсельская республика никогда не испытывала потрясений из-за того, что ей руководили разумно<sup>11</sup>; что Александр Македонский был успешным полководцем в связи с тем, что всегда действовал разумно<sup>12</sup>. И напротив: все управленческие решения, которые критикует Монтескье, признаются им необдуманными и несуразными. В частности, по его словам, в отдельных странах налог на товар в 17—18 раз превышает стоимость товара, и подданные ясно осознают, что их государь неразумен<sup>13</sup>.

Таким образом, подход французского писателя состоит в следующем: если есть правовая норма, нужно ее применять; если же ее нет (или она явно противоречит рациональным моделям административного поведения), надлежит поступать разумно (т.е. выборочно, дискреционно)<sup>14</sup>.

К сожалению, Монтескье не раскрыл, как констеллируются столь прославляемое им верховенство закона и не менее одобряемая им рациональность (целесообразность) государственного управления, в рамках которой совершенно не возбраняется пренебрегать буквой закона или попираť ее. Ответ на этот вопрос был дан спустя почти полтора века. В 1885 г. английский юрист Альберт Вэнн Дайси (*Albert Venn Dicey*) опубликовал работу под названием «Основы государственного права Англии». В ней утверждалось, что господство права «исключает всякий произвол, прерогативу или даже широкую дискреционную власть в руках

<sup>8</sup> В первых русских переводах употреблялось название «О разуме законов». См., например: Монтескье Ш. Л. О разуме законов / пер. с франц. В. Крамаренкова. СПб., 1775.

<sup>9</sup> Cane P. Administrative Law. 5th ed. New York, 2011. P. 140.

<sup>10</sup> См.: Монтескье Ш. Л. О духе законов. М., 1999. С. 95.

<sup>11</sup> Монтескье Ш. Л. Указ. соч. С. 104.

<sup>12</sup> Монтескье Ш. Л. Указ. соч. С. 131.

<sup>13</sup> Монтескье Ш. Л. Указ. соч. С. 189—190.

<sup>14</sup> Подробнее об этом см.: Зайцев Д. И. Административное усмотрение в зарубежной науке: философско-правовые аспекты // Образовательное право и законодательство: тренды и стратегия развития : сборник статей Международной научно-практической конференции / под ред. С. В. Ведяшкина, Д. В. Сенниковой. Томск, 2022. С. 107—111.



правительства»<sup>15</sup>. Иначе говоря, право и усмотрение — это практически полные антиподы, и мирное и на паритетных началах сосуществование между ними принципиально невозможно.

Почему между дискрецией и законностью возникают антагонистические противоречия? По мнению профессора Кеннета Калпа Дэвиса (*Kenneth Culp Davis*) — наиболее авторитетного в США специалиста по проблемам административного усмотрения, известного как «отец административного права», все дело в том, что «значительная часть дискреционных полномочий является либо незаконной, либо сомнительной по своей законности»<sup>16</sup> (в данной позиции нет сугубо негативного оттенка, так как профессор Дэвис подчеркивает и то, что именно неформальные дискреционные полномочия представляют собой жизненную силу административного процесса<sup>17</sup>). Соответственно, законодателю нужно выбирать одно из двух: или жесткую дисциплину в деятельности исполнительных органов публичной власти, или гибкость, оперативность и эффективность администрации.

В современном научном мире закрепилось несколько позиций по поводу того, что должно преобладать в публичном управлении — право или усмотрение. Профессор Университета Торонто Джозеф Хит (*Joseph Heath*) обращает внимание на то, что бюрократические структуры с неограниченными объемами дискреционных полномочий «бросают неприкрытый вызов верховенству закона»<sup>18</sup>, и призывает исправить данную ситуацию. Но есть и другие точки зрения, согласно которым само верховенство закона не позволяет быстро и эластично реализовывать дискреционные полномочия органов исполнительной власти. О них рассказывает профессор Колумбийского колледжа искусств и наук Джеффри Брэнд (*Jeffrey Brand*)<sup>19</sup>. Как видим, проблема поиска баланса между правом и усмотрением носит скорее аксиологический, нежели чисто юридический, характер<sup>20</sup>.

Кроме того, нельзя не вспомнить о промежуточной парадигме, принадлежащей перу профессора Новой школы социальных исследований Александра Хаима Пекелиса (*Alexander Haim Pekelis*). Он настаивал на том, что постоянного баланса между законом и дискрецией нет и не может быть вообще. «Отношение между усмотрением и правилом, — писал он, — не статично. Это живое и вечно

<sup>15</sup> *Дэйси А. В.* Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской Конституции / пер. с 3-го англ. изд. О. В. Полторацкой; под ред. П. Г. Виноградова. СПб., 1891. С. 152.

<sup>16</sup> *Davis K. C.* Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry. Westport, 1980. P. 4.

<sup>17</sup> См.: *Davis K. C.* Administrative Law: Cases, Text, Problems. 6th ed. St. Paul, 1977. P. 440.

<sup>18</sup> *Heath J.* The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State. New York, 2020. P. 255.

<sup>19</sup> См.: *Brand J.* Philosophy of Law: Introducing Jurisprudence. London, 2013. P. 28—29.

<sup>20</sup> См. об этом также: *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. СПб., 2022. С. 200—203.

обновляющееся отношение между творцом и творением. Вывести данное отношение в полный свет политического сознания — вот задача юриста сегодня»<sup>21</sup>.

Следующий важный для теории административного усмотрения источник — книга профессора Гарвардского университета Пендлтона Херринга (*E. Pendleton Herring*) «Государственное управление и общественные интересы» (1936 г.)<sup>22</sup>. В ней доказывалось, что в сложившихся условиях бюрократия должна не просто учитывать текущие нужды общества в границах своего усмотрения, но и творчески интерпретировать, и даже самостоятельно определять их<sup>23</sup>. О каких условиях шла речь?

По оценке американского политолога Грэма Аллисона (*Graham Allison*), в 1920—1950-х гг. в США случился «бум государственного управления»: численность государственных служащих федерального правительства и расходы на их содержание увеличились в беспрецедентных масштабах, что повлекло за собой смену формулы «политика перед администрацией» на формулу «администрация перед политикой»<sup>24</sup>. И именно по этой причине профессор Херринг был убежден в том, что исполнительная власть вправе осуществлять не только опережающее правовое регулирование, но и опережающее дискреционное регулирование.

Сходные идеи в более радикальном свете выдвинула профессор Канзасского университета Розмари О'Лири (*Rosemary O'Leary*). Она предложила концепцию «партизанского правительства» — группы опытных и патриотично настроенных управленцев, не разделяющих взгляды правящей партии, руководителей своего ведомства и населения страны в целом и пытающихся тайно и автономно претворять в жизнь собственную политику<sup>25</sup>. Подобные воззрения вызвали беспокойство у многих экспертов: они детерминировали национальную полемику о лимитировании дискреционных полномочий<sup>26</sup>, а также оказали некоторое влияние на становление теории о правительственном заговоре в американской культуре (например, в романах Стивена Кинга, сериале «Секретные материалы» и др.)<sup>27</sup>.

Проведем инвентаризацию сказанного. В качестве стержневых фигур административно-дискреционного дискурса прошлых лет мы предлагаем Шарля Монтескье, Альберта Дайси и Пендлтона Херринга, представляющих, соответственно, Францию, Великобританию и Америку. С тезисами, обоснованными в их трудах, можно соглашаться или не соглашаться, но игнорировать их уже нельзя.

<sup>21</sup> *Pekelis A. M. Administrative Discretion and the Rule of Law // Social Research. 1943. № 1. P. 37.*

<sup>22</sup> См.: *Herring E. P. Public Administration and the Public Interest. New York, 1936.*

<sup>23</sup> См.: *Shafritz J. M., Russell E. W., Borick C. P., Hyde A. C. Introducing Public Administration. New York, 2017. P. 9—10.*

<sup>24</sup> См.: *The Oxford Handbook of Public Policy / edited by Michael Moran, Martin Rein, Robert E. Goodin. New York, 2006. P. 62—63.*

<sup>25</sup> См.: *O'Leary R. The Ethics of Dissent: Managing Guerrilla Government. Washington, 2005.*

<sup>26</sup> См. об этом: *Зайцев Д. И. Административное усмотрение в зарубежной науке: политико-правовые аспекты // Роль права в обеспечении благополучия человека : сборник докладов XI Московской юридической недели: XX Международная научно-практическая конференция и XXII Международная научно-практическая конференция юридического факультета Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова : в 5 ч. М., 2022. Ч. 5. С. 223—226.*

<sup>27</sup> См., например: *Понкин И. В. Концепт глубинного государства (deep state) // Право и государство. 2019. № 3 (84). С. 43—60.*



Данный вывод особенно значим с учетом того, что в настоящее время формируется самобытная российская теория административного усмотрения, и ее разработчикам, как нам кажется, следует понимать, какие из сконструированных ранее гипотез и постулатов они намерены поддерживать, а какие — опровергать.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Зайцев Д. И.* Административное усмотрение в зарубежной науке: политико-правовые аспекты // Роль права в обеспечении благополучия человека : сборник докладов XI Московской юридической недели: XX Международная научно-практическая конференция и XXII Международная научно-практическая конференция юридического факультета Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова : в 5 ч. — М., 2022. — Ч. 5. — С. 223—226.
2. *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. — СПб., 2022. — С. 200—203.
3. *Зайцев Д. И.* Административное усмотрение в зарубежной науке: философско-правовые аспекты // Образовательное право и законодательство: тренды и стратегия развития : сборник статей Международной научно-практической конференции / под ред. С. В. Ведяшкина, Д. В. Сенниковой. — Томск, 2022. — С. 107—111.
4. *Понкин И. В.* Концепт глубинного государства (deep state) // Право и государство. — 2019. — № 3 (84). — С. 43—60.
5. *Серков П. П., Соловей Ю. П.* Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. — 2022. — Т. 19. — № 4. — С. 374—383.
6. *Старостин С. А.* В продолжение дискуссии об административном усмотрении // Сибирское юридическое обозрение. — 2023. — Т. 20. — № 2. — С. 145—157.
7. *Шерстобоев О. Н.* Административная дискреция и принцип разумности (часть 1: зарубежный опыт) // Вестник ВГУ. — Серия : Право. — 2017. — № 4. — С. 151—161.
8. *Шерстобоев О. Н.* Административная дискреция и принцип разумности (часть 2: российский опыт) // Вестник ВГУ. — Серия : Право. — 2018. — № 1. — С. 74—83.
9. *Шерстобоев О. Н.* Теория административного усмотрения: этапы формирования // Сибирское юридическое обозрение. — 2023. — Т. 20. — № 2. — С. 160.
10. *Щепалов С. В.* Об истоках административного и судебного усмотрения в российской административно-юрисдикционной деятельности // Сибирское юридическое обозрение. — 2023. — Т. 20. — № 3. — С. 297—312.