



**Олег Николаевич
ШЕРСТОБОВЕВ,**

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

Дискреционные административные акты в судебной практике: сравнительно-правовой анализ

Аннотация. Административные органы, действуя по усмотрению, имеют определенную свободу, выбирают вариант решения, но эта свобода никогда не является полной, она в определенной степени ограничивается законодательством. Тем не менее суды, проверяя дискреционные административные акты, часто сталкиваются с проблемой оценки их законности. В статье представлены критерии такой оценки. При этом демонстрируются решения, вынесенные в разных странах. Поскольку аргументация судов в отношении дискреционных актов во многом совпадает, такие решения допустимо сравнивать друг с другом. Также однотипная аргументация позволяет сформулировать базис «общей теории административного усмотрения». Во многих правовых системах он будет похожим, но в каждой национальной системе формулируются и отличительные черты этой теории. Среди критериев оценки выделяются соблюдение норм права (законность), достижение управленческой цели, соблюдение требований процедуры, а также материальных оснований. Оценивая дискреционные административные акты, суды пользуются приемами юридической техники. Иногда органы власти публикуют «эталонные решения», которые могут служить ориентирами для административных органов, вынужденных применять свое усмотрение.

Ключевые слова: административное усмотрение, административный акт, судебный контроль, административные процедуры.

DOI: 10.17803/2311-5998.2024.117.5.174-182

Oleg N. SHERSTOBOEV,

Dean of the Faculty of Law, Novosibirsk State University of Economics and Management, Cand. Sci. (Law), Associate Professor
sherson@yandex.ru
56, ul. Kamenskaya, Novosibirsk, Russia, 630099

Discretionary Administrative Acts in Judicial Practice: Comparative Legal Analysis

Abstract. When administrative authorities exercise discretion, they have a kind of freedom to choose one decision. Such freedom however has never been complete due to the fact that laws have limited it. Thus, courts are often faced with the problem of assessing the legality of such decisions. The article has presented the criteria for such the assessment. However, this article demonstrates decisions from different countries. Since their judicial

reasoning is largely similar, such judgments can be compared with each other. Similar reasoning also allows to formulate the foundation of a “general theory of administrative discretion”. This foundation is the same for many legal systems, but each contains distinctive features of this theory. Among the evaluation criteria, compliance with legal rules, (legality), achievement of governance goals, compliance with procedural requirements, as well as material grounds are highlighted. To evaluate discretionary acts, courts must use legal techniques. Authorities sometimes published “reference solutions” that can serve as guidelines for administrative authorities who are forced to exercise their discretion.

Keywords: *administrative discretion, administrative act, judicial control, administrative procedures.*

Критерии оценки дискреционных административных актов позволяют судам проверять законность таких актов. Нужно отметить, что многие национальные доктрины включают сходные подходы к оценке, основанные на внутренней логике судебного процесса и процедуры принятия управленческих решений. В совокупности они формируют общий базис теории административного усмотрения. В статье единые взгляды представлены решениями судов России, Австрии, Германии, Казахстана, КНР.

Начать следует с законности, которая остается наиболее традиционным принципом, необходимым для проверки дискреционных актов. Речь идет о требовании соблюдать «стандарт надлежащего исполнения и соблюдения» правовых норм, но также следовать «целям и задачам общего, отраслевого и процессуального правового регулирования»¹. Мотив цели особенно важен, так как позволяет соотносить регулятивный механизм с деятельностью субъектов управления. Поскольку статус органов закрепляется правовыми нормами, то реализация его параметров, включая цель и полномочия, подчиняется принципу законности. Истоки данной идеи находятся в доктрине рубежа XIX—XX вв.

Так, Э. Бернатцик писал, что суд обязан проверять законность усмотрения, если норма права под страхом санкций обязывает следовать публичному интересу². Дискреционное полномочие включает лишь долю свободы; поступать следует не так, как считаешь нужным, а как нужно ради общего блага.

Р. Лаун высказывался еще точнее: 1) любой административный акт связан законом, но в разной степени; 2) в этой части к дискреционным актам применяются все меры, выработанные для проверки актов связанного управления; 3) прежде всего акт зависит от цели, которую орган власти преследует, применяя усмотрение³.

¹ Стариков Ю. Н. От правильного понимания и уважения законности к ее верховенству // Вестник Воронежского государственного университета. Право. 2017. № 3. С. 24.

² Bernatzik E. Rechtsprechung und materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. Wien : Manz, 1886. S. 44—45.

³ Laun R. Das freie Ermessen und seine Grenze. Leipzig und Wien : Franz Deuticke, 1910. S. 262.



Л. Дюги писал об административных актах, которые соответствуют норме права, определяются «социальной целью», направлены на создание «юридического положения»⁴. А. И. Елистратов отстаивал следующую формулу: 1) компетенция действовать по усмотрению закрепляется законодательством; 2) реализуя такие полномочия, нужно соблюдать требования к форме акта; 3) компетенция осуществляется в законных границах для достижения законной цели. Причем цель — это ключевое условие подчинения административного усмотрения закону⁵.

В наше время общий постулат теории усмотрения гласит: принятие и действие дискреционного акта всегда подчиняется определенным правилам. Нормы права, отмечает Ю. П. Соловей, помимо цели и пределов полномочий, закрепляют форму, процедуру и принципы⁶. Так, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 21 (2022 г.) прямо указывается, что суды проверяют правомерность реализации усмотрения, включая обоснованность акта, в том числе с точки зрения законной цели, принципа соразмерности, которые конкретизируют дискреционный диапазон⁷.

В таком случае достигаются материальные результаты, но важно и то, что законность требует соблюдения процедуры принятия акта, чем снижает вероятность выхода за легальные границы поведения. Этот аспект законности хорошо заметен в аргументации австрийского административного суда: 1) усмотрение реализуется после должной оценки всех обстоятельств дела; 2) орган обязан учесть и взвесить важные для принятия решения обстоятельства; 3) опора на неважные обстоятельства в ущерб важным может повлечь нарушение законодательства; 4) поэтому особая роль отводится предварительной стадии принятия дискреционного административного акта, а также его обоснованию⁸.

Законность сводится к простой, распространенной в юриспруденции логике: ничего лишнего, следуем нормам права. Суды концентрируются на поиске нужных норм, их толковании и применении. При этом законность выступает базовым принципом, опорой для иных правовых конструкций, необходимых для определения мысли законодателя. Важную роль здесь играет легальная цель, но со временем подходы к ее определению менялись. Во многих правовых порядках утвердилась идея, которая отрицает пассивную дискрецию: орган для достижения цели обязан применить усмотрение. Теория усмотрения, отметил Э. Шмидт-Ассманн,

⁴ Дюги Л. Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства : лекции, прочитанные в 1908 г. в Высшей школе социальных наук в Париже. М., 1909. С. 77—78.

⁵ Елистратов А. И. Основные начала административного права. М., 1917. С. 156.

⁶ Соловей Ю. П., Серков П. П. Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 2) // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20. № 1. С. 8, 10.

⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2022 № 21 «О некоторых вопросах применения судами положений главы 22 Кодекса административного судопроизводства РФ и гл. 24 Арбитражного процессуального кодекса РФ». П. 16.

⁸ Verwaltungsgerichtshof: 1. März 2016. Ra 2015/11/0106-6 // URL: https://www.ris.bka.gv.at/judikaturentscheidung.wxe?abfrage=vwgh&dokumentnummer=jwr_2015110106_20160301103 (дата обращения 01.05.2024).

преобразуется из предыдущей «подконтрольной перспективы в перспективу действия»⁹. Отказ от действия — это нарушение законодательства.

В такой логике цель перестает рассматриваться исключительно через исполнение формальных требований (процедуры принятия акта и др.), а от судов требуется исследовать ее материальное значение. Так, суд действовал по формуле: 1) органу недостаточно просто следовать процедуре принятия акта; 2) действия направляются на достижение фактического результата; 3) процедурные нормы защищают интересы предпринимателей, направлены на «уменьшение финансовых рисков и издержек»; 4) именно эти цели нужно иметь в виду, реализуя усмотрение¹⁰.

Аналогичная, но более развернутая аргументация представлена в решении немецкого суда. Административный орган не смог проверить целевое расходование средств государственной субсидии, выданной фермерскому хозяйству, в связи с тем, что предприниматель не явился по требованию на проверяемый объект и не направил представителя; орган принял акт о возврате субсидии. Суд отменил акт по ряду оснований: инспекторы обязаны совершить все возможное для достижения цели проверки; они оказались пассивными, после звонка предпринимателю сразу запустили негативный сценарий; при этом предприниматель уже через полчаса пытался дозвониться до инспекторов, направить представителя. Согласно регламенту, проверяющие отключили служебный телефон для сохранности заряда батареи, но суд не согласился с этим доводом со ссылкой на законную цель: инспекторам следовало найти вариант решения проблемы, сообщить его фермеру, но они выбрали самый простой вариант. Причем пассивность должностных лиц не только не позволила реализовать цель проверки, но и обнулила основную цель, связанную с предоставлением государственной субсидии¹¹.

Российский и немецкий суды сошлись в том, что если администрации поручено обеспечить достижение публичной цели, то она, выбрав лучший способ, обязана это сделать. В российском примере, что уже интересно, суд исследовал пояснительную записку к законопроекту, в которой разъяснялась необходимость предписания, на которое опирался субъект, реализующий дискреционное полномочие. Немецкий суд также проанализировал основную, первоначальную цель, из-за которой была назначена проверка. В таких ситуациях цель и пределы полномочий как критерии оценки дискреционных актов дополняются новыми показателями, а аргументация по поводу их законности усложняется.

Например, в немецком деле, оба участника спора нарушили требования законодательства, но предприниматель все равно действовал добросовестно. В отличие от него, административный орган не пытался отыскать должное решение, хотя формально должностные лица выполнили пункты регламента. В решении

⁹ Schmidt-Aßmann E. Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. Berlin ; Heidelberg : Springer, 2006. S. 206.

¹⁰ Решение Арбитражного суда Забайкальского края от 28.12.2023 по делу № А78-12036/2023.

¹¹ Urteil vom 07.04.2022 BVerwG 3 C 8.21 // URL: <https://www.bverwg.de/de/070422u3c8.21.0> (24.02.2023).



суда видится процессуальный принцип, умноженный на публично-правовые соображения: все сомнения толкуются в пользу слабой стороны правоотношения. То есть гражданину иногда позволяется «добросовестно заблуждаться», тогда как орган чаще всего «права на ошибку» не имеет.

Любое административное дело представляет собой клубок публичных и частных интересов. Распутывая его, приходится взвешивать основные интересы и отбрасывать не имеющие значения. На этом пути могут встретиться случаи с «неоднозначным результатом», когда любое решение вызывает вопросы о справедливости. Здесь можно привести казахстанский пример. Предприниматель под строительство производственного помещения купил муниципальный земельный участок; после этого муниципалитет изменил его разрешенное использование; в итоге собственник не смог согласовать строительство и обжаловал неблагоприятный для него акт в суд. Спорный акт выдержал все проверки: на соразмерность, защиту доверия, пределы компетенции. Дело в том, что защита доверия уступает место иным принципам, если акт затрагивает государственные или общественные интересы, безопасность государства либо может привести к тяжким необратимым последствиям для жизни, здоровья людей (ссылка на п. 4 ч. 6 ст. 84 Административного процедурно-процессуального кодекса Республики Казахстан)¹².

Такие споры возможны в любом правопорядке, разрешая их, судам необходимо избегать простых односложных решений. Аргументация на основе принципов запускает сложный регулятивный механизм, при котором задействуются различные юридико-технические приемы. Например, суд не может автоматически констатировать приоритет одного интереса над другим, он обязан оценить конкурирующие интересы в обстоятельствах дела, выявить господствующий интерес и затем сформулировать окончательные выводы. Так, смена целевого назначения участка обосновывалась перспективным развитием территории, с учетом градостроительных актов.

С одной стороны, такие акты обязательны и обойти их ссылкой на защиту доверия действительно невозможно, с другой — если бы предприниматель очевидно знал о планах территориального развития, то он отказался бы от приобретения участка. Кстати, суд обратил внимание на возможность задействовать иные способы правовой защиты. В делах такого типа важно получить максимальную информацию о будущей судьбе участка. Такое правило не должно привязываться к вопросам доступности информации для третьих лиц. Конечно, способ информирования может обсуждаться и, к примеру, включать направление адресату ссылки на сайт; обязанность расшифровки данных (не каждый разберется в специфике картографического языка и проч.).

Если действия органа прикрываются формальной процедурной законностью, но, по сути, не направляются к материальной управленческой цели, то возможны серьезные нарушения норм права¹³. Например, арбитражный суд установил в

¹² Постановление Судебной коллегии по административным делам суда г. Астаны от 27.04.2023 по делу № 7199-23-00-4а/474.

¹³ Об этом, к примеру, см.: *Соловей Ю. П.* Дискреционный характер административного акта как обстоятельство, исключающее судебную проверку его законности // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2019. № 4. С. 77.

действиях регионального министерства чрезмерный формализм. Логика суда заключается в формуле: 1) акт был принят исключительно по формальным основаниям, материальная сторона дела не выяснялась; 2) министерство не направляло «запросов к обществу о даче пояснений и уточнений относительно неясностей и опечаток»; 3) в итоге был нарушен принцип поддержания доверия к закону и действиям государства¹⁴. Фактически суд констатировал: прежде чем принять неблагоприятный акт, нужно сделать вывод об объективной, а не процедурной невозможности принятия благоприятного акта (хотя данная терминология в судебном решении не использовалась).

Разные правопорядки демонстрируют ряд опорных для учения об административном усмотрении правовых конструкций. В их числе выделяются правовые принципы, сложные юридические составы, нормы-цели и нормы-дефиниции. В связи с этим процесс оценки правомерности дискреционных актов включает набор приемов юридической техники. Здесь следует отметить и проблему неопределенных правовых понятий. Она известна всем правовым системам, но самостоятельное значение и место рядом с теорией административного усмотрения она заняла в немецкой юридической доктрине. Традиционно утверждается, что такие понятия, их толкование не являются частью усмотрения. Властный субъект, интерпретируя понятие, не выбирает лучший вариант решения, он лишь конкретизирует содержание нормы и открывает вариант, который имел в виду законодатель, формулируя правило поведения¹⁵.

Тем не менее неопределенное правовое понятие может встраиваться в регулятивный механизм, допускающий усмотрение. Йоханн Вебер приводит такой пример: административный орган применил дискрецию и установил критерии оценки соответствия претендентов на должность государственной службы. Данные критерии могут предусматривать оценочный диапазон, а их содержание будет выявляться с помощью юридико-технического инструментария¹⁶. В любом случае без приемов юридической техники проверить дискреционный административный акт невозможно.

Простым и показательным примером является австрийское решение, в котором суд применил известное правило о соотношении общей и специальной правовых норм. Дело касалось права гражданина владеть оружием неустановленного образца. Аргументация заключалась в нескольких последовательных выводах: 1) общее правило запрещает гражданам иметь оружие, оборудованное глушителем; 2) орган вправе отступить от этого правила, т.е. задействовать дискреционное полномочие; 3) поскольку дискреционная оговорка допускается в интересах гражданина, то он сам обязан обосновывать необходимость отступления от общего правила (гражданин, которому необходимо оружие с глушителем, сам формулирует цель, для

¹⁴ Решение Арбитражного суда Республики Ингушетия от 18.12.2023 по делу № А18-1979/2023.

¹⁵ Брокер Л. Оценочное понятие в административном праве // Ежегодник публичного права — 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. М., 2017. С. 263.

¹⁶ Вебер Й. Противоречивое соотношение правовых понятий: неопределенное правовое понятие, оценочный диапазон и усмотрение на основе двух примеров из судебной практики Федерального административного суда // Ежегодник публичного права — 2017. С. 301—306.



достижения которой орган воспользуется усмотрением); 4) тем не менее эта цель не должна причинить непропорциональный ущерб публичным интересам, направленным на предотвращение опасности, связанной с использованием оружия¹⁷. Решение примечательно также порядком определения управленческой цели. Она сначала формулируется невластным субъектом, затем ее важность и допустимость оценивается административным органом, который принимает дискреционный акт.

В практике разных стран присутствует еще один прием оценки правомерности административного усмотрения. Условно он выражается формулой «делай по образцу». Решение сложной задачи часто вызывает стремление воспользоваться уже имеющимся опытом. Здесь все просто: если кто-то, когда-то уже решал аналогичные проблемы, то почему бы не воспользоваться прошлой аргументацией? Тем более что вывод соответствует известным принципам единства судебной практики, доверия к государству и его органам.

В России, к примеру, функцию образцов выполняют правовые позиции из обзоров судебной практики Верховного Суда РФ, постановлений его пленумов. В частности, в п. 18 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 21 (2022 г.) закрепляются общие подходы к административному усмотрению, но там же приводится пример о решениях и действиях органа местного самоуправления, принятых, совершенных в связи с организацией дорожного движения. Следует отметить, что прием «действуй по образцу» таит в себе серьезную проблему: усмотрение — это выбор наилучшего решения, исходя из фактических обстоятельств и с учетом достижения законной цели; не всегда условия принятия эталонного акта совпадают с фактами, на которые опирается оцениваемое решение. В таких ситуациях решение по образцу может оказаться слишком формальным и даже ошибочным. Примером формализма является дословное воспроизведение позиции постановления Пленума Верховного Суда РФ без привязки к фактическим обстоятельствам дела.

Действия «по образцу» в наибольшей степени раскрыты в доктрине административного права КНР. Здесь органы государственной власти обязаны отбирать типичные случаи применения административного усмотрения и периодически обнародовать их. Требования к этой процедуре могут закрепляться в нормативных правовых актах. Например, в провинции Хунань перечень эталонных дел обновляется не реже одного раза в год, а все органы должны ссылаться на типичные решения или обосновывать причину невозможности такой ссылки¹⁸.

Перечень эталонных решений напоминает российские обзоры судебной практики, но с яркой китайской спецификой. Так, в них может содержаться общий вывод, который, скорее, напоминает моральный императив, чем правовое

¹⁷ Verwaltungsgerichtshof: 1. September 2017. Ra 2017/03/0051-5 // URL: https://www.ris.bka.gv.at/judikaturentscheidung.wxe?abfrage=vwgh&dokumentnummer=jwr_2017030051_20170901I01 (дата обращения 01.05.2024).

¹⁸ 湖南省规范行政裁量权办法. 2009年11月12日湖南省人民政府令第244号公布2022年10月8日湖南省人民政府令第310号修改自2010年4月17日起施行 [Меры провинции Хунань по стандартизации административных полномочий, утв. Постановлением Народного Правительства провинции Хунань от 12.11.2009 № 244] // URL: https://www.hunan.gov.cn/hnszf/xhgg/zfgz/202110/t20211009_20738961.html (дата обращения: 01.05.2024).

заклучение. К примеру, Верховный народный суд КНР подвел итог по одному из таких дел, обратив внимание, что в результате решения суд и прокуратура, объединив усилия, обеспечили законность в сфере защиты экологии в бассейне р. Хуанхэ; это продемонстрировало «активный надзор», «открытость судебной системы», поддержало «справедливость»¹⁹.

Цель конкретного управленческого дела, реализуемая административным органом по усмотрению, дополняется общими задачами. Они направляются на обеспечение справедливости, блага народа, задачи сохранения правопорядка в установленной сфере в целом. Так, суд обратил внимание административного органа на обязанность обеспечить сохранность памятника, даже при отсутствии у органа необходимых полномочий²⁰. Иными словами, если памятник истории разрушается, то органы не должны спорить о полномочиях, а обязаны найти способ и сохранить имеющий общественную ценность объект. Указанная практика, безусловно, вызывает интерес и частично может воспроизводиться в иных правопорядках, но только после более тщательного изучения их совместимости с национальными доктринами.

Итак, дискреционные административные акты — это важнейший инструмент достижения управленческих целей, тесно связанный с эффективностью государственного управления. В судебной практике разных стран выработаны относительно идентичные подходы к оценке правомерности их принятия и действия. Прежде всего значительную роль в этом процессе выполняют правовые принципы: законности, пропорциональности, защиты доверия (законных ожиданий), запрета излишнего формализма и др.

Законная цель — это центральное звено проверки законности дискреционного административного акта. При этом цель не должна выводиться исключительно ссылкой на соблюдение процедуры, не менее важны и материальные основания, которые опираются на цель, ради достижения которой дискреционные полномочия были предоставлены.

Оценивая правомерность дискреционного административного акта, конечно, не следует забывать о приемах юридической техники.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Брокер Л. Оценочное понятие в административном праве // Ежегодник публичного права — 2017 : Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. — М. : Инфотропик Медиа, 2017. — С. 260—271.
2. Вебер Й. Противоречивое соотношение правовых понятий: неопределенное правовое понятие, оценочный диапазон и усмотрение на основе двух приме-

¹⁹ 淮格尔: “两长”同庭履职 共护黄河安澜 // 中国法院网首页 (Официальный сайт судов КНР) // URL: <https://www.chinacourt.org/article/detail/2024/03/id/7853541.shtml> (дата обращения: 22.03.2024).

²⁰ 未及时督促整治致文保单位受损加剧行政单位被判继续履行监督管理职责 [Официальный сайт судов КНР] // URL: <https://www.chinacourt.org/article/detail/2024/03/id/7846741.shtml> (дата обращения: 22.03.2024).



- ров из судебной практики Федерального административного суда // Ежегодник публичного права — 2017 : Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. — М., 2017. — С. 296—306.
3. *Дюги Л.* Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства : лекции, прочитанные в 1908 г. в Высшей школе социальных наук в Париже. — М., 1909.
 4. *Елистратов А. И.* Основные начала административного права. — М., 1917.
 5. *Соловей Ю. П., Серков П. П.* Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 2) // Сибирское юридическое обозрение. — 2023. — Т. 20. — № 1. — С. 6—24.
 6. *Соловей Ю. П.* Дискреционный характер административного акта как обстоятельство, исключающее судебную проверку его законности // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2019. — № 4. — С. 72—99.
 7. *Старилов Ю. Н.* От правильного понимания и уважения законности к ее верховенству // Вестник Воронежского государственного университета. — Право. — 2017. — № 3. — С. 18—40.
 8. *Bernatzik E.* Rechtsprechung und materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien. — Wien : Manz, 1886.
 9. *Laun R.* Das freie Ermessen und seine Grenze. — Leipzig und Wien : Franz Deuticke, 1910.
 10. *Schmidt-Aßmann E.* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. — Berlin; Heidelberg, 2006.