

УДК 342.92

DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-2-145-157

EDN: TQIGZQ

*Оригинальная научная статья*

В продолжение дискуссии об административном усмотрении

С. А. Старостин *Университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Российская Федерация*✉ prof.starostin@gmail.com

Аннотация. Статья продолжает дискуссию по актуальной для российской административно-правовой теории и юридической практики проблеме административного усмотрения, организованную редакцией журнала «Сибирское юридическое обозрение» на страницах двух предшествующих номеров журнала с участием П. П. Серкова и Ю. П. Соловья. Автор сосредоточивает свое внимание на состоянии современной отечественной доктрины административного усмотрения, вкладе в ее разработку российских ученых-юристов, необходимости и возможности (в том числе критериях и пределах) ограничения административного усмотрения от других видов усмотрения. Доказывается, что российская юридическая наука демонстрирует, вопреки утверждениям некоторых специалистов, не растерянность перед проблемной категорией усмотрения, а онтологическую и методологическую уверенность, правда, порой доходящую до крайностей. При этом единой российской доктрины дискреции не существует, таких доктрин много, и некоторые ученые вправе претендовать на то, чтобы конкретные доктрины связывались с их именами. Автор обращает внимание на тот факт, что усмотрение вообще и административное усмотрение в частности являются междисциплинарными (межнаучными) категориями, поэтому их прежде всего необходимо избавить от смысловых и содержательных «наслоений» других наук. Чем раньше появится чистая теория усмотрения, тем от большего числа ошибок и рисков будут застрахованы юридическая наука и правоприменительная практика. Во избежание терминологической путаницы и в целях сохранения предметности исследования совершенно важно различать между собой четыре понятия: 1) административное усмотрение; 2) судебный контроль за административным усмотрением; 3) судебное усмотрение; 4) судебное усмотрение при осуществлении судебного контроля за административным усмотрением. Эти понятия имеют определенную связь друг с другом, однако обозначают различные (отчасти даже по своей отраслевой принадлежности) категории, явления, процессы и институты. В качестве вывода указывается, что мотивы каждого дискреционного решения публичной администрации должны быть рано или поздно (лучше рано, чем поздно) преданы огласке. Чтобы это стало реальностью, правовой науке необходимо разработать и предложить действенные юридические гарантии обеспечения прав граждан и их объединений при реализации органами государственной власти своих дискреционных полномочий.

Ключевые слова: административное усмотрение, дискреция, дискреционные полномочия, российская доктрина усмотрения, судебное усмотрение, чрезвычайные административно-правовые режимы

Для цитирования: Старостин С. А. В продолжение дискуссии об административном усмотрении // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 145–157. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-145-157>. EDN: <https://elibrary.ru/tqigzq>

Original scientific article

Continuing the Discussion on Administrative Discretion

S. A. Starostin 

Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russian Federation

✉ prof.starostin@gmail.com

Abstract. The article continues the discussion on the topical issue of administrative discretion for Russian administrative-legal theory and legal practice, organized by the editors of the journal “Siberian Law Review” on the pages of two previous issues of the journal with the participation of P. P. Serkov and Yu. P. Solovey. The Author focuses on the state of the modern domestic doctrine of administrative discretion, the contribution of Russian legal scholars to its development, the need and possibility (including criteria and limits) of delimiting administrative discretion from other types of discretion. It is proved that the Russian jurisprudence demonstrates, contrary to the assertions of some experts, not confusion in the face of the problematic category of discretion, but ontological and methodological certainty, although sometimes reaching extremes. At the same time, there is no single Russian doctrine of discretion, there are many such doctrines, and some scholars have the right to claim that specific doctrines are associated with their names. The Author draws attention to the fact that discretion in general and administrative discretion in particular are interdisciplinary (interscientific) categories, so they must first of all be rid of the semantic and meaningful “layers” of other sciences. The sooner a pure theory of discretion appears, the more mistakes and risks will be insured against by legal science and law enforcement practice. In order to avoid terminological confusion and preserve the subject matter of the study, it is absolutely important to distinguish four concepts: 1) administrative discretion; 2) judicial control over administrative discretion; 3) judicial discretion; 4) judicial discretion in the exercise of judicial control over administrative discretion. These concepts have a certain connection with each other, however, they designate different (partly even by their branch affiliation) categories, phenomena, processes and institutions. As a conclusion, it is indicated that the motives of each discretionary decision of the public administration must sooner or later (better sooner than later) be made public. To make this a reality, legal science needs to develop and offer effective legal guarantees for ensuring the rights of citizens and their associations when public authorities exercise their discretionary powers.

Keywords: administrative discretion, discretion, discretionary powers, Russian doctrine of discretion, judicial discretion, emergency administrative and legal regimes

For citation: Starostin S. A. Continuing the Discussion on Administrative Discretion. *Siberian Law Review*. 2023;20(2):145-157. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-145-157>. EDN: <https://elibrary.ru/tqigzq> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Стимулом и толчком к написанию настоящей статьи послужила недавняя научная публикация, в которой по проблеме административного усмотрения высказались профессор Петр Павлович Серков – как всегда, весьма и весьма фундаментально, и профессор Юрий Петрович Соловей –

немного скромнее, но не менее убедительно¹. Казалось бы, об этой проблеме так много сказано и опубликовано, что она давно потеряла свою актуальность. Но это абсолютно не так: динамично изменяются общественные отношения, весьма активен в этом направлении законодатель, трансформируются цели, мотивы и границы

¹ Серков П. П., Соловей Ю. П. Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. 2022. Т. 19, № 4. С. 374–383. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2022-19-4-374-383>

деятельности должностных лиц публичной администрации. Актуализировались проблемы законности и эффективности принимаемых решений, выбор которых, с одной стороны, направлен на соблюдение публичных интересов, с другой стороны, часто приводит к неверным результатам и ошибкам. Так было в условиях распространения COVID-19, и в настоящее время никто не пытается исправить допущенные тогда ошибки и совершенствовать соответствующие нормативные правовые акты.

Прежде всего следует обратиться к тезису, приведенному в начале дискуссии: громкому утверждению молодого, но раннего и уже состоявшегося административиста К. В. Давыдова, что отечественная доктрина административного усмотрения «находится в зачаточном состоянии и в основном сводится к несколько растерянной констатации» существования усмотрения, а также «лаконичным замечаниям» о необходимости его ограничения законом [1, с. 58]. Поскольку было бы, как минимум, некорректно обсуждать это утверждение вне контекста той работы, в рамках которой оно прозвучало, мы с большим любопытством ознакомились с указанной работой – статьей «Дискреция и ошибки законодателя», опубликованной в «Журнале административного судопроизводства» [1].

По итогам прочтения данной статьи у нас сложилось твердое впечатление, что мнение К. В. Давыдова нельзя признать ни верным, ни неверным, поскольку оно не подкрепляется вообще никакими аргументами, т. е. является, по сути, голословной и необоснованной констатацией позиции автора, которую крайне сложно, если вообще возможно, подтвердить или опровергнуть хотя бы потому, что не вполне ясно, что подразумевается автором под термином «российская доктрина дискреции». Поговорим обо всем по порядку.

Итак, о неразработанности «российской доктрины дискреции» К. В. Давыдов сообщает нам во втором абзаце своей статьи. При этом он делает сноску на отдельные работы восьми известных и не очень известных отечественных исследователей, написанные ими в период 1968–2014 гг. Выборка этих работ (как временная, так и личностная) отнюдь не репрезентативна, но неоправданно рандомна: ученый ссылается на И. С. Самощенко, А. П. Коренева, А. Н. Жеребцова и некоторых других юристов, но «забывает» про В. Н. Дубовицкого, Ю. А. Тихомирова, Ю. Н. Старилова, Ю. П. Соловья, О. В. Кораблину, Т. Г. Слюсареву, А. В. Гирвиц и очень многих других, не менее авторитетных правоведов.

Думается, что позиции восьми упомянутых в статье авторов, при всем персональном уважении к каждому из них, вряд ли отражают все богатство взглядов на административное усмотрение, которым уже сегодня располагает отечественная административно-правовая наука. Впрочем, в конце сноски К. В. Давыдов пишет «и др.», чем как бы намекает на то, что список названных им авторов легко мог бы быть дополнен и другими, в том числе перечисленными нами учеными. Здесь сразу же возникают два вопроса.

Первый: а допустимо ли такое обобщение? Прежде чем дать ответ, укажем, что еще в 1968 г. И. С. Самощенко с грустью подчеркивал, что советской теории административного усмотрения только предстоит родиться на свет, но тем не менее в 2014 г. после опубликования сотен российских исследований по теме реализации дискреционных полномочий Ю. Н. Мильшин вынужденно признал, что «роды затянулись».

Одной из работ, на которые ссылается К. В. Давыдов, является статья С. Г. Шевцова «Усмотрение, произвол, убеждение: лингвистический, доктринальный и законодательный подходы», опубликованная

в «Евразийском юридическом журнале». В этой статье нет ни «растерянной констатации» существования усмотрения, ни «лаконичных замечаний» о необходимости его ограничения. Напротив, С. Г. Шевцов приходит к более чем конкретным выводам о том, что «вопрос о соотношении правовых категорий усмотрения и произвола до сих пор не получил однозначного разрешения» [2, с. 50], что изложенный в его статье материал свидетельствует, как минимум, о наличии двух взглядов на обсуждаемую проблему, каждый из которых имеет как противников, так и сторонников, но в силу научной обоснованности и той, и другой позиции ни один из лагерей не может взять верх.

Является ли каждая из этих позиций доктриной? Это зависит от того, что сам К. В. Давыдов понимает под этим словом, а он, как уже отмечалось выше, собственной дефиниции не приводит. Нам видится, впрочем, что каждый из представленных взглядов доктринален, поскольку отстаивается правоведами, обладает сущностной целостностью и, несомненно, может влиять на правоприменение. Но в данном случае важно не это, а то, что текст статьи С. Г. Шевцова, практически, не содержит оснований для оценки, данной ему К. В. Давыдовым.

По-своему интересно и обращение К. В. Давыдова к статье студентки Саратовской государственной юридической академии А. С. Черемисиной под названием «Принцип целесообразности в деятельности органов исполнительной власти», опубликованной в журнале «Административное право и процесс» и занимающей всего две журнальные страницы [3]. Не умаляя способностей студентки высказать свою позицию по сложному и дискуссионному вопросу, замечу лишь, что в этой статье отсутствуют какие-либо указания на несформированность доктрины административной дискреции. Но причина в другом: статья посвящена

совершенно иному вопросу. Однако мы не будем удивлены, если обнаружится, что именно в данной работе К. В. Давыдов увидел пресловутую «растерянную констатацию» существования административного усмотрения.

Для экономии времени и места мы не станем останавливаться на остальных трудах, на которые сделаны ссылки в статье «Дискреция и ошибки законодателя». Скажем только, что исследования, на которые опирался К. В. Давыдов при вынесении своего «вердикта», скорее, опровергают, нежели подтверждают его точку зрения. Впрочем, вполне возможно, что они показались ему недостаточно убедительными, и это вполне допустимо, если учесть, что автор находится только на начальном этапе приобретения опыта, искушенности и мудрости.

К сожалению, далее по тексту К. В. Давыдов повествует сначала о зарубежном опыте, а затем – о «проблеме правового регулирования дискреции в российской правовой системе», в результате чего его утверждение, вызвавшее резкое несогласие Ю. П. Соловья, «повисает в воздухе» – не раскрывается подробнее, не аргументируется более основательно, не сопоставляется с позициями других исследователей. Спорить с таким утверждением, конечно же, можно, однако спорящее лицо априори оказывается в более невыгодной, проигрышной позиции, так как его автор всегда может заявить, что на самом деле он имел в виду нечто абсолютно иное, нежели то, что только что было опровергнуто.

Теперь *второй вопрос*: выражают ли другие российские ученые ту же позицию, которая, по мнению К. В. Давыдова, присутствует в трудах упомянутых им восьми авторов? Или, иными словами, действительно ли весь вклад отечественной административно-правовой науки в доктрину административной дискреции заключается в тезисе о том, что дискреция есть

и ее необходимо ограничивать законом? Вопрос, на наш взгляд, далеко не праздный и совсем не риторический, тем более, что П. П. Серков уже дал на него, по большому счету, утвердительный ответ. Но чтобы нам самим сколько-нибудь содержательно ответить на этот вопрос, потребуется погрузиться в более абстрактные размышления, нежели те, которые мы привели выше. А именно: что, гипотетически, должно быть сделано (написано), чтобы можно было утверждать, что в российской юридической науке сложилась доктрина административного усмотрения.

Думается, что усмотрение вообще и административное усмотрение в частности являются междисциплинарными (межнаучными) категориями, поэтому их прежде всего необходимо избавить от смысловых и содержательных «наслоений» других наук. Всегда необходимо отдавать себе отчет в том, насколько существенна ошибка в выборе того или иного варианта решения, поведения. В этом плане юрист-исследователь должен четко понимать, что один и тот же институт может одновременно быть правовым, социальным, экономическим, философским, этическим и т. д., однако в его распоряжении как специалиста юридического профиля находится только правовой инструментарий. Чтобы, например, не изучать психологическую сторону вопроса посредством формально-догматического метода, необходимо сначала «отделить зерна от плевел» – разделить психологический и юридический аспекты исследуемой проблемы. Сказанное в полной мере относится и к другим социальным и гуманитарным наукам, представители которых проявляют научный интерес к реализации дискреционных полномочий.

Следует заметить, что работа похожего свойства была осуществлена чуть менее века назад. Мы, разумеется, говорим о «чистой теории права» немецкого юриста Ганса Кельзена, который предпринял

попытку (удачную или нет, не нам судить) хирургическим путем удалить из юридической науки все то, что не имеет прямого и имманентного отношения к праву [4]. Аналогичный труд, вне всякого сомнения, однажды придется провести и применительно к усмотрению (административному, судебному и др.), и чем раньше появится чистая теория усмотрения, тем от большего числа ошибок и рисков будут застрахованы юридическая наука и правоприменительная практика.

К сожалению, в России на протяжении нескольких десятилетий этот фактор обсуждаемой проблемы игнорировался, и лишь в последние годы стали появляться отдельные статьи, посвященные межнаучному анализу административного усмотрения [5–7]. Конечно, этих работ пока немного, поскольку каждая из них представляет собой сложное аналитическое социогуманитарное исследование, требующее от авторов как временных, так и интеллектуальных затрат, но такие работы уже есть, и это не может не внушать оптимизма. Думается, что в ближайшие несколько лет процесс «юридического очищения» административного усмотрения все-таки завершится.

В то же время для уяснения природы административного усмотрения было бы очевидно недостаточным всего лишь продемонстрировать, какие его стороны являются предметом изучения права, а какие – предметом иных наук (философии, экономики, социологии, истории и многих других). Не менее важно ответить на элементарный, на первый взгляд, вопрос о том, к какой отрасли юридического знания (фундаментального, отраслевого, прикладного) относится административное усмотрение: только ли к административному праву и административному процессу, возможно, ко всему публичному праву в целом. И уже на этом этапе обсуждения затронутой темы образуется серьезный повод для научной дискуссии.

С одной стороны, представители некоторых отраслей юридической науки однозначно причисляют все, что связано с реализацией дискреционных полномочий органами исполнительной власти и их должностными лицами, к своей «вотчине». Например, Л. А. Шарнина в докторской диссертации отмечает, что «в конституционном праве наряду с особым, присущим только ему, конституционным усмотрением, существуют традиционно выделяемые виды усмотрения – судебное и административное»².

Эта позиция необычна сама по себе, но еще необычнее констатирующая интонация предложения, которая дополнительно усиливается посредством использования наречия «традиционно». При этом автор не делает ссылок на работы с соответствующей концепцией, что дает основания считать, что данная концепция уже давно стала «общим местом» конституционно-правовой науки. Между тем в действительности это либо не совсем так, либо, скорее, совсем не так, и оттого вполне справедливо недоумение, которое выразил по поводу отмеченного тезиса известный конституционалист К. В. Арановский в отзыве о диссертации Л. А. Шарниной³.

На наш взгляд, определенные конституционные начала в административном усмотрении есть уже потому, что их не может не быть. Этот довод от противного может показаться несколько легковесным, но при ближайшем рассмотрении станет ясно, что он вполне ценен.

В этом году мы будем отмечать 30-летие Конституции Российской Федерации. В отличие от советских конституций, ее нельзя назвать ни мнимой, ни декларативной: она имеет прямое действие на всей территории нашей стра-

ны, при возникновении необходимости в нее вносятся поправки, а соответствие российских законов конституционно-правовым нормам проверяется Конституционным Судом Российской Федерации. Поэтому можно твердо утверждать, что за прошедшее с 1993 г. время состоялась крупнейшая в отечественной истории конституционализация общественных отношений. А значит, мы не сильно погрешим против истины, если скажем, что все отечественные правовые и так или иначе связанные с ними институты (мы делаем эту оговорку специально для Ю. П. Соловья, который считает, что административное усмотрение не является правовым институтом [8, с. 412]) давно имеют либо непосредственное, либо опосредованное конституционное наполнение. Однако из этого не следует, что, например, фидуциарные сделки или убийства по найму входят в предметную сферу конституционного права.

В российской юридической литературе встречается и другой подход, также привлекающий внимание своей категоричностью: когда ученый-отраслевик заявляет, что в «его» отрасли права административного усмотрения не может быть (не должно быть) по определению. Так, представитель одной из школ финансового права О. Н. Горбунова пишет, что «регулировать финансовую деятельность государства невозможно с помощью норм административного права ни в коем случае», потому что «в таком регулировании немедленно появится усмотрение и волонтаризм», а в финансовом праве «каждая норма... основана на ее экономическом содержании, которое объективно и не зависит от воли людей» [9, с. 87]. Эта точка зрения имеет весьма рациональную аргументацию,

² Шарнина Л. А. Усмотрение в конституционном праве : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019. С. 123.

³ Арановский К. В. Отзыв официального оппонента о диссертации Шарниной Любови Александровны, выполненной по теме «Усмотрение в конституционном праве», на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.02 – конституционное право; муниципальное право. С. 7–8. URL: <https://istina.msu.ru/dissertations/230929374/> (дата обращения: 18.05.2023).

но все-таки нельзя не возразить: как же в таком случае быть с финансовым планированием, неужели и в нем не найдется места для дискреции.

Несмотря на наши замечания, в каждом из приведенных примеров мы видим, что ученые не просто понимают, что такое административное усмотрение, но и имеют уже собственные, причем устоявшиеся, взгляды на эту категорию. Здесь мы не будем характеризовать позиции всего пула отечественных юристов по обсуждаемой проблеме, однако отметим, что и они, как правило, вполне убедительны, даже если полностью или в части противоречат друг другу.

Подведем промежуточные итоги.

Во-первых, в российских работах были предприняты попытки дифференцировать различные составляющие административного усмотрения – философскую, экономическую, этическую и т. д., оставив в ней только те элементы, которые прямо или опосредованно имеют отношение к праву. Да, эта работа не окончена, но и начата она не вчера, что нельзя не поддерживать с эпистемологической точки зрения.

Во-вторых, определенные взгляды на административное усмотрение имеют не только представители административно-правовой, но и конституционно-правовой, финансово-правовой и других отраслевых наук. Кроме того, дискреции посвящены фундаментальные исследования теоретиков права, на которых мы не стали заострять внимание⁴. Таким образом, пока российская юридическая наука демонстрирует не растерянность перед проблемной категорией, а онтологическую и методологическую уверенность, порой доходящую до крайности.

Следующий естественный шаг для формирования доктрины административного усмотрения – отграничение данного вида

усмотрения от других его видов. Чтобы понять, например, как осуществлять контроль за деятельностью судебных органов и органов исполнительной власти, очень важно определиться (как теоретически, так и практически), в чем выражаются сходство и отличия административной дискреции и судебной дискреции. Нетрудно догадаться, что и этот вопрос не был обделен вниманием российских правоведов [10–12], причем складывается впечатление, что судебное усмотрение было изучено даже более тщательно, нежели административное. Кроме того, здесь особенно ценно то, что практическая реализация органами судебной и исполнительной власти своих дискреционных полномочий часто анализируется именно на российской почве, что, с одной стороны, позволяет выявить национальные характеристики административного и судебного усмотрения, а с другой – сделать пусть небольшой, но отечественный вклад в общую (универсальную, всемирную) теорию дискреции.

Нельзя не сказать об изучении зарубежного опыта. Оно требуется в первую очередь для полной или частичной рецепции тех норм или практик, которые могут «прижиться» в российской правовой системе. Такого рода изучение началось еще в советскую эпоху и, становясь с каждым годом все интенсивнее и плодотворнее, продолжается в настоящие дни [8; 13; 14]. Следует признать, что российские ученые-юристы сегодня неплохо знакомы с теми подходами к административному усмотрению, которые существуют в иностранных государствах, и на основе накопленных знаний могут сопоставлять эти подходы, выделять в них положительные и отрицательные стороны, готовить на их основе рекомендации для отечественного правоприменителя. Кроме того, мы уже сейчас можем отличить российские взгляды на реализацию

⁴ См., напр.: *Никитин А. А. Правовое усмотрение: теория, практика, техника* : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2021. 514 с.

дискреционных полномочий от зарубежных, что свидетельствует об их качественном обособлении.

Таким образом, напрашивается следующая вывод: единой российской доктрины дискреции действительно не существует, но только по той причине, что этих доктрин много, и некоторые авторы (например, Ю. П. Соловей) вполне могут претендовать на то, чтобы конкретные доктрины связывались с их именами. И пребывают эти доктрины не «в зачаточном состоянии», а в том прекрасном возрасте, когда они могут успешно бороться за место под солнцем.

Нужно, наконец, признать: то, о чем мы сейчас рассуждаем, – это, в общем-то, тривиальные вещи. Ведь изучение административного усмотрения началось еще в Российской Империи, продолжилось в Советском Союзе и в постсоветской России. С учетом традиционно высокого уровня отечественной юриспруденции и российских юристов было бы странно даже предполагать, что за этот гигантский промежуток времени наша юридическая мысль не представила «от себя» по дискутируемой проблеме вообще ничего. Разумеется, данный тезис не соответствует объективной реальности, и выше мы вкратце, опираясь на наши не самые достаточные знания по соответствующему вопросу, продемонстрировали, почему не соответствует.

Теперь попробуем сконцентрироваться на пространной реплике другого участника нашей дискуссии – уважаемого П. П. Серкова. Необходимо отметить, что позиция П. П. Серкова излагается, несомненно, в более сдержанных и деликатных выражениях, чем позиция К. В. Давыдова, хотя, разумеется, определенные менторские нотки проскальзывают и здесь. Впрочем, от Петра Павловича – выдающегося теоретика, но и не менее выдающегося практика – слышать их менее удивительно, нежели от К. В. Давыдова, и даже в какой-то

степени привычно, ибо *Quod licet Iovi, non licet bovi*. В то же время письменная речь П. П. Серкова крайне абстрактна и сложна для восприятия, поэтому заранее извиняемся за потенциальное недопонимание или неправильный пересказ его доктринальных выводов.

Первое и главное, на что нам хочется сразу же обратить внимание читателя: хотя в конце своего монолога П. П. Серков соглашается с К. В. Давыдовым, в действительности в ходе своих рассуждений он опровергает своего визави. Да, в завуалированной, латентной форме, но все-таки опровергает. Поясню свою мысль.

Как уже неоднократно говорилось выше, К. В. Давыдов характеризует состояние отечественной теории административного усмотрения как младенческое или эмбриональное. Однако, по крылатой фразе древнегреческого философа Платона, все познается в сравнении: если у нас что-то плохо, то только потому, что у кого-то это что-то хорошо. На такую постановку вопроса указывают сразу несколько факторов.

Во-первых, употребление выражения «российская доктрина дискреции». Во-вторых, выделение К. В. Давыдовым неких «заблуждений» в отношении тех или иных сторон реализации дискреционных полномочий, которые по мере прочтения его работы оказываются главным образом или в том числе отечественными. Например, молодой ученый отмечает, что проблема «процедурной эйфории» (то есть уверенность в том, что административные процедуры автоматически решат все вопросы, стоящие перед органами исполнительной власти после установления их в надлежащем количестве) «очень ярко себя проявляет во многих постсоветских правовых порядках, в том числе – российском» [1, с. 60], после чего непосредственно обращается к анализу нашего законодательного опыта. В-третьих, в завершении своего труда К. В. Давыдов формулирует «некоторые рекомендации для российского

правопорядка», основанные, в частности, на зарубежных «рациональных концепциях» и «европейских новациях».

Надо признать, что подобный подход с содержательной точки зрения, возможно, более чем инновационный, но с существенной – не вполне оригинальный. Предложения позаимствовать что-то из-за границы, произвести «пересадку» зарубежных институтов на отечественную социальную почву звучали, пожалуй, с самого создания Российского государства. Иногда в этих предложениях обнаруживалось рациональное зерно, и их реализация порой приводила к положительным результатам. Вот только П. П. Серков, как следует из его комментария, подобного рода инициатив применительно к административному усмотрению не приветствует и приветствовать не может.

Дело в том, что согласно П. П. Серкову в зачаточном состоянии находится не только российская, но и зарубежная доктрина административного усмотрения. Он прямо пишет, что уяснение сущности административного усмотрения затрагивает как российскую, так и зарубежные юридические науки, которые сфокусировали «свое исключительное внимание на системе правовых норм и примате субъективных прав»⁵. По данной причине, как выясняется в следующем абзаце, остаются невыявленными «всесторонне выверенные универсальные показатели, характеризующие юридическое содержание административного усмотрения», а без этих показателей, подчеркивается далее, ни о какой доктрине нельзя и речи вести.

Пока мы не спорим и не соглашаемся с Петром Павловичем, ибо вынуждены акцентировать внимание на другом, более важном моменте: его позиция на самом-то деле является полной противоположностью позиции К. В. Давыдова. Данный тезис легко доказывается следующим образом.

По мнению К. В. Давыдова, для устранения если не всех, то очень и очень многих отечественных проблем, связанных с реализацией дискреционных полномочий, достаточно обратиться к иностранной теории и иностранному же опыту, законодательному и правоприменительному. Если же следовать за мыслью П. П. Серкова, то такое обращение ничего не даст, ибо заимствовать в зарубежных странах нечего, всю теорию и практику нужно создавать самим и практически с нуля, без оглядки на кого-либо.

Таким образом, очевидно, что по сравнению с К. В. Давыдовым П. П. Серков выдвигает абсолютно иную концепцию, и весьма странно, что сам Петр Павлович не замечает этого любопытного обстоятельства (впрочем, не исключено, что П. П. Серков попросту не читал статьи К. В. Давыдова, так как Ю. П. Соловей предложил ему оценить лишь одну фразу последнего. В таком случае хочется надеяться, что настоящая работа позволит разграничить и обособить взгляды двух уважаемых исследователей).

Что же касается содержания высказывания П. П. Серкова, то оно, естественно, обстоятельнейшим способом аргументировано, и мы можем дать лишь скромные примечания, своего рода заметки на полях к его тексту, но не более того.

Прежде всего нельзя не упомянуть, что в аргументации Петра Павловича явно присутствует определенный уклон в сторону судебной дискреции, который, вероятно, объясняется повышенным интересом ученого именно к этой разновидности усмотрения, да еще вкупе с некоторым профессионально-должностным его статусом. Например, его суждение о том, что «в деятельности органов правосудия не исключаются элементы усмотрения»⁶, выглядело бы довольно обыденно, если бы оно не располагалось

⁵ Серков П. П., Соловей Ю. П. Указ. соч. С. 377.

⁶ Там же.

между двумя суждениями об административном усмотрении. Между тем судебное усмотрение и административное усмотрение есть, как говорил Ф. М. Достоевский, «два предмета разные».

Нам видится, что во избежание терминологической путаницы и сохранения предметности диалога совершенно необходимо различать четыре понятия. Первое – административное усмотрение. Второе – судебный контроль за административным усмотрением. Третье – судебное усмотрение. И четвертое – судебное усмотрение при осуществлении судебного контроля за административным усмотрением.

Эти четыре понятия, разумеется, имеют определенную связь друг с другом, однако обозначают они различные категории, явления, процессы и институты, различные даже по своей отраслевой принадлежности. В вопросе, поставленном Ю. П. Соловьев, речь шла только о первых двух понятиях: главным образом о первом, в меньшей степени о втором. В ответе же П. П. Серкова непосредственно или опосредованно были затронуты все четыре понятия, причем без строгой их дифференциации. В данном контексте очевидно, что ответ этот при всех своих достоинствах нельзя назвать прямым; его автор рассуждает о чем-то своем, понятном и близком исключительно ему самому.

Думается, что нужно договориться о терминах и четко решить, что мы обсуждаем сейчас, а что обсудим в следующий раз. В противном случае дискуссия может длиться долгие годы, а какого-то общего знаменателя на терминологическом поле так и не появится. И примирить или принудить к примирению участников дискуссии не сможет даже Юрий Николаевич Старилов [15; 16].

И дело здесь не только и не столько в теории. Уже сегодня вопрос о реализации административного усмотрения ста-

новится невероятно важным для практики. Например, в связи с чрезвычайными административно-правовыми режимами.

В марте 2020 г. в целях предупреждения распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19) в г. Москве, в Московской области, а также в регионах Дальнего Востока, Сибири, Урала, Поволжья был введен режим повышенной готовности. Могли ли органы власти ввести какой-нибудь иной режим, например, режим чрезвычайной ситуации? Конечно, могли. А по какой причине был введен именно этот режим, а не другой? Неизвестно.

Следовательно, здесь мы имеем дело с административным усмотрением, выраженным в управленческом дискреционном решении, мотивы которого до сих пор скрыты от широкой общественности. Почему это важно? Потому что каждый чрезвычайный административно-правовой режим ограничивает права, свободы и законные интересы значительного числа граждан России.

Таким образом, с теоретических высот мы отчетливо понимаем, что мотивы каждого дискреционного решения должны быть рано или поздно (лучше рано, чем поздно) преданы огласке, но на практике этого не происходит. И задача науки в данной ситуации – не открывать какие-либо новые горизонты, а предложить реальные юридические гарантии для обеспечения прав населения при реализации органами государственной власти своих дискреционных полномочий. А принимающему решения надо ясно понимать юридические последствия того или иного решения, предвидеть возможные ошибки и понимать степень своей ответственности.

Следующий аспект связан с утверждением П. П. Серкова, красной линией проходящим сквозь все его повествование, о том, что российские органы государственной власти вправе ожидать от отечественной административно-правовой

науки кристальной ясности по вопросу административного усмотрения. По этому поводу хочется заметить, что наша отрасль права, равно как и вся юридическая наука, развивается не в вакууме. Существуют государственный и общественный запросы на изучение тех или иных проблем публично-управленческого свойства, иногда предельно четко формализованные, а иногда лишь « витающие в воздухе ».

Представляется, что, к сожалению, административное усмотрение пока не относится к числу подобного рода проблем. Если говорить про государственный запрос, то в России не выделяется грантов на изучение усмотрения, оно не указывается в государственных заданиях на научно-исследовательскую работу. С общественным запросом дело обстоит еще проще: в юридической сфере граждан волнует построение правового государства в целом и законность действий органов публичной власти в частности (отсюда настоящая лавина жалоб, в том числе и в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, на нарушение закона государственными чиновниками и государственными органами), но никак не административное усмотрение. Рискнем предположить, что большая часть из них даже и не вполне понимает, что это такое. В этом плане ученым невыгодно заниматься данной темой, поэтому все, что связано с научным осознанием дискреции в сегодняшней России, является продуктом интеллектуальной деятельности горстки энтузиастов.

Таким образом, органы государственной власти вправе ожидать прорывных правовых исследований в таких областях, как противодействие коррупции, генетика и биотехнологии, интеллектуальная собственность, защита прав и свобод человека и гражданина и т. д., потому что именно эти области обозначаются ими как приоритетные и изучение именно этих областей ими поддерживается материально. К сожалению, административное усмотрение

в число этих областей до сих пор включено не было, а значит, у академических представителей российского юридического цеха нет ни моральной, ни формальной обязанности по его изучению.

Как и К. В. Давыдов, П. П. Серков в своих рассуждениях почти не руководствуется отечественными работами по рассматриваемой теме. В его ответе на вопрос Ю. П. Соловья содержится лишь пять ссылок на научные труды, два из которых принадлежат перу самого П. П. Серкова. Остальные работы написаны И. А. Гизатуллиным, О. В. Соболевым и С. В. Щепаловым. Не ставя под сомнение академическую квалификацию данных авторов, нужно напомнить, что есть немало других славных фамилий, которые мы назвали выше. Нельзя, как нам кажется, заявить, что эти ученые не внесли никакого вклада в теорию административного усмотрения, не сказав ни слова о конкретных тезисах, выдвинутых ими в своих работах, и не объяснив, в чем именно заключается несостоятельность этих тезисов.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Очевидно, что в отечественной теории административного усмотрения присутствуют некоторые лакуны и противоречия, на что справедливо указал П. П. Серков. И в этом плане российским административистам есть куда расти и к чему стремиться. Но где этих лакун и противоречий нет? Мы знаем, что зарубежные правоведы изучают дискреционные полномочия органов исполнительной власти и их реализацию более полутора веков. При этом каждый год в иностранной научной прессе публикуются новые и новые исследования по административному усмотрению, авторы которых иногда соглашаются, иногда дополняют, а иногда и опровергают выводы своих предшественников. Но никто из них пока не заявлял (по крайней мере нам это не известно), что административное усмотрение нужно

изучать «с чистого листа», без оглядки на все то, что было открыто ранее.

Завершить статью хочется фразой выдающегося дореволюционного правоведа

Н. М. Коркунова. «Русскому юристу, – писал он, – стыдно не знать своих предшественников. Много или мало они сделали, мы должны это знать» [17, с. 232].

Список литературы

1. Давыдов К. В. Дискреция и ошибки законодателя // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 2. С. 57–65.
2. Шевцов С. Г. Усмотрение, произвол, убеждение: лингвистический, доктринальный и законодательный подходы // Евразийский юридический журнал. 2011. № 11 (42). С. 48–52.
3. Черемисина А. С. Принцип целесообразности в деятельности органов исполнительной власти // Административное право и процесс. 2013. № 3. С. 66–67.
4. Кельзен Г. Чистое учение о праве (2-е изд., 1960) / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лезова. СПб. : АЛЕФ-Пресс, 2015. 542 с.
5. Волох С. А. Психология профессионального усмотрения в правоприменительной деятельности МВД: к постановке проблемы // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2018. № 1 (77). С. 197–200.
6. Зайцев Д. И. Административное усмотрение в зарубежной науке: политико-правовые аспекты // Роль права в обеспечении благополучия человека : сб. тр. XX междунар. науч.-практ. конф. «Кутафинские чтения» и XXII междунар. науч.-практ. конф. юрид. факультета МГУ имени М. В. Ломоносова : в 5 ч. Ч. 5. М. : Издат. центр Ун-та имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 2022. С. 223–226.
7. Шарнина Л. А. Административное усмотрение в сфере экономики: основания и пределы // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13, № 5. С. 151–173.
8. 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 : моногр. / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Р. Л. Хачатурова; д-ра юрид. наук, проф. А. П. Шергина. М. : Юрлитинформ, 2022. С. 407–454.
9. Горбунова О. Н. Избранное. М. : РГУП, 2017. 543 с.
10. Денисенко В. В. Административное и судебное усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: общее и особенное // Общество и право. 2013. № 1 (43). С. 229–234.
11. Марков П. В. О соотношении административного и судебного усмотрения // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2011. № 5. С. 85–95.
12. 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. DOI: <https://doi.org/10.17223/22253513/46/8>
13. Шерстобоев О. Н. Административная дискреция и принцип разумности (часть 1: зарубежный опыт) // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2017. № 4 (31). С. 151–161.
14. Зайцев Д. И. Административное усмотрение в зарубежной науке: теоретико-правовые аспекты // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права (Сорокинские чтения) : сб. ст. по материалам междунар. науч.-практ. конф., посвященной памяти д-ра юрид. наук, проф., заслуж. деятеля науки Рос. Федерации, заслуж. юриста Рос. Федерации Аврутина Юрия Ефремовича в связи с 75-летием со дня рождения / под общ. ред. д. ю. н., проф. А. И. Каплунова. СПб. : С.-Петерб. ун-т МВД Рос. Федерации, 2022. С. 200–203.
15. Стариков Ю. Н. О двух главных современных направлениях развития российского административного и административно-процессуального законодательства (тезисы) // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2014. № 3 (18). С. 6–10.
16. Стариков Ю. Н. Установление административного судопроизводства в КоАС РФ как специальная форма реализации конституционно-правовой нормы и как главный результат модернизации административно-процессуального законодательства // Актуальные проблемы административного судопроизводства : материалы всерос. науч.-практ. конф. (Омск, 28 нояб. 2014 г.) / отв. ред. Ю. П. Соловей. Омск : Омск. юрид. акад., 2015. С. 224–249.
17. Коркунов Н. М. История философии права. СПб. : Тип. А. С. Суворина, 1908. VI, 431 с.

References

1. Davydov K. V. Discretion and Some Errors of the Legislator. *Journal of the Administrative Proceedings*. 2017;2:57-65. (In Russ.).
2. Shevtsov S. G. Discretion, Arbitrariness, Persuasion: Linguistic, Doctrinal and Legislative Approaches. *Eurasian Law Journal*. 2011;11:48-52. (In Russ.).

3. Cheremisina A. S. The Principle of Feasibility in the Activity of Agencies of Executive Power. *Administrative Law and Procedure*. 2013;3:66-67. (In Russ.).
4. Kelsen H. *Pure Theory of Law (2nd ed., 1960)*. St. Petersburg: Alef-Press; 2015. 542 p. (In Russ.).
5. Volokh S. A. Psychology of Professional Discretion in Law Enforcement Activities of the Ministry of Internal Affairs. *Bulletin of St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. 2018;1:197-200. (In Russ.).
6. Zaitsev D. I. Administrative Discretion in Foreign Science: Political and Legal Aspects. In: *The Role of Law in Ensuring Human Well-Being. Part 5*. Moscow: Kutafin Moscow State Law University Publ. Centre; 2022. P. 223–226. (In Russ.).
7. Sharnina L. A. Administrative Discretion in the Economic Sphere: Grounds and Limits. *Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 2018;13(5):151-173. (In Russ.).
8. Solovey Yu. P. Administrative Discretion (Comparative Legal Research). In: Khachaturov R. L., Shergin A. P. (Eds.). *Formation and Development of Branches of Law in the Historical and Modern Legal Reality of Russia. Vol. VIII. Administrative Law in the System of Modern Russian Law*. Moscow: YurLitinform Publ.; 2022. P. 407–454. (In Russ.).
9. Gorbunova O. N. *Selected Works*. Moscow: Russian State University of Justice Publ.; 2017. 543 p. (In Russ.).
10. Denisenko V. V. Administrative and Judicial Discretion in Affairs Production About Administrative Offenses: General and Special. *Society and Law*. 2013;1:229-234. (In Russ.).
11. Markov P. V. Administrative and Judicial Discretion. *Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 2011;5:85-95. (In Russ.).
12. Shehepalov S. V., Zaitsev D. I. Administrative and Judicial Discretion in Russian Science: Problems of Correlation. *Tomsk State University Journal of Law*. 2022;46:107-118. DOI: <https://doi.org/10.17223/22253513/46/8> (In Russ.).
13. Sherstoboev O. N. Administrative Law and Principle of Reasonableness (Part 1: Foredegin Experience). *Proceedings of Voronezh State University. Series: Pravo*. 2017;4:151-161. (In Russ.).
14. Zaitsev D. I. Administrative Discretion in Foreign Science: Theoretical and Legal Aspects. In: Kaplunov A. I. (Ed.). *Actual Problems of Administrative and Administrative Procedural Law (Sorokin Readings)*. St. Petersburg: Saint Petersburg University of the Ministry of the Interior of Russia Publ.; 2022. P. 200–203. (In Russ.).
15. Starilov Yu. N. About Two Main Ways of Modern Development of Russian Administrative and Administrative Procedural Legislation (Thesis). *Proceedings of Voronezh State University. Series: Pravo*. 2014;3:6-10. (In Russ.).
16. Starilov Yu. N. Establishment of Administrative Legal Proceedings in the Code of the Russian Federation on Administrative Offenses as a Special Form of Implementation of the Constitutional Legal Norm and as the Main Result of the Modernization of Administrative Procedural Legislation. In: Solovey Yu. P. (Ed.). *Actual Problems of Administrative Legal Proceedings*. Omsk: Omsk Law Academy Publ.; 2015. P. 224–249. (In Russ.).
17. Korkunov N. M. *History of Philosophy of Law*. St. Petersburg: A. S. Suvorin Publ. House; 1908. VI, 431 p. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Сергей Алексеевич Старостин, профессор кафедры административного права и процесса Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) (ул. Садовая-Кудринская, 9, Москва, 125993, Российская Федерация), доктор юридических наук, профессор; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0108-7916>; e-mail: prof.starostin@gmail.com

ABOUT THE AUTHOR

Sergei A. Starostin, Professor of the Department of Administrative Law and Process of the Kutafin Moscow State Law University (9 Sadovaya-Kudrinskaya st., Moscow, 125993, Russian Federation), Doctor of Legal Sciences, Professor; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0108-7916>; e-mail: prof.starostin@gmail.com

Поступила | Received
20.04.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
04.05.2023

Принята к публикации | Accepted
05.06.2023