

УДК 342.92

DOI: 10.19073/2658-7602-2023-20-3-272-284

EDN: YDGMHW



Оригинальная научная статья

Генеалогия административного усмотрения

Д. И. Зайцев 

Университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Российская Федерация

✉ zaytsew93@bk.ru

Аннотация. В статье анализируется взаимодействие между административным усмотрением и основными социальными регуляторами – религией, этикой и правом. Показывается, что исторически усмотрение возникло как религиозный институт, заключающийся в доверии органов государственной власти и их должностных лиц к пророкам – лицам, умеющим контактировать с божественными силами. Отдельно описывается процедура *discretio spirituum*, используемая в Средние века для выяснения того, является ли некоторое лицо пророком или лжепророком. Значимость данной процедуры выражается в частичной секуляризации усмотрения, т. е. допущении церковной властью того, что божественные предписания может толковать, дополнять или игнорировать не только Бог, но и вышеупомянутые лица (пророки). В результате этого признается, что усмотрение может быть как негативным (отрицательным), так и позитивным (положительным); что объемы дискреционных полномочий, предоставленные пророкам, должны находиться в прямой зависимости от степени доверия к ним; что существуют конкретные критерии, в соответствии с которыми устанавливается, какими объемами дискреционных полномочий будут наделяться пророки. По прошествии многих столетий указанная концепция административного усмотрения практически не видоизменяется. Этическая наука воспроизводит ее, практически, буквально: снова говорится о доверии, которое на этот раз предоставляется органам исполнительной власти и их должностным лицам, а также о степени такого доверия, которая обуславливает объемы дискреционных полномочий и детерминирована определенными критериями. Юридическая наука заимствует указанную теорию менее явно, однако и в ней обнаруживаются ее отголоски. В частности, согласно одной из концепций правопонимания право олицетворяет собой недоверие (степень недоверия) между людьми, а поскольку право и усмотрение обыкновенно противопоставляются друг другу, то усмотрение снова дефинируется как доверие (степень доверия). В заключении делается вывод об особой актуальности такого подхода к административному усмотрению по причине того, что с 2020 г. доверие является конституционной категорией.

Ключевые слова: административное усмотрение, дискреционные полномочия, реализация административного усмотрения, реализация дискреционных полномочий, генеалогия административного усмотрения, доверие, недоверие

Для цитирования: Зайцев Д. И. Генеалогия административного усмотрения // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 3. С. 272–284. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-3-272-284>. EDN: <https://elibrary.ru/ydgmhw>

Original scientific article

Genealogy of Administrative Discretion

D. I. Zaitsev 

Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russian Federation

✉ zaytsew93@bk.ru

Abstract. The article analyzes the interaction between administrative discretion and the main social regulators – religion, ethics and law. It is shown that historically discretion arises as a religious institution, consisting in the trust of public authorities and their officials in prophets – people who are able to contact with the divine forces. The procedure of *discretio spirituum*, used in the Middle Ages to determine whether a person is a prophet or a false prophet, is described separately. The significance of this procedure is expressed in the partial secularization of discretion, that is, the assumption by church authorities that the divine injunctions can be interpreted, supplemented, or ignored not only by God, but also by the aforementioned persons (prophets). This recognizes that discretion can be both negative (negative) and positive (positive); that the amounts of discretion granted to prophets must be in direct proportion to the degree of trust in them; and that there are specific criteria according to which to establish what amounts of discretion will be granted to prophets. After many centuries, this concept of administrative discretion has remained virtually unchanged. Ethical science reproduces it almost literally: it again refers to the trust, which this time is granted to executive authorities and their officials, as well as to the degree of such trust, which determines the scope of discretionary powers and is determined by certain criteria. Legal science borrows the above theory less explicitly, but its echoes can be detected there as well. In particular, according to one of the concepts of law understanding the law embodies a distrust (degree of distrust) between the people, and since the law and discretion are usually opposed to each other, discretion is again defined as trust (degree of trust). In the conclusion the conclusion is made about the special relevance of this approach to the administrative discretion because since 2020 the trust is a constitutional category.

Keywords: administrative discretion, discretionary powers, implementation of administrative discretion, implementation of discretionary powers, genealogy of administrative discretion, trust, distrust

For citation: Zaitsev D. I. Genealogy of Administrative Discretion. *Siberian Law Review*. 2023;20(3):272-284. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-3-272-284>. EDN: <https://elibrary.ru/ydgmhw> (In Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Настоящая статья подготовлена в развитие фундаментальной дискуссии об административном усмотрении, начавшейся на страницах научного журнала «Сибирское юридическое обозрение» в конце 2022 г. Сначала обсуждение строилось вокруг смелого высказывания К. В. Давыдова о неудовлетворительном состоянии российской теории административного усмотрения, однако впоследствии, как это

часто бывает, разветвилось на несколько автономных, но когерентных и крайне актуальных для государственно-правового дискурса тем. Волей случая одна из поднятых уважаемыми авторами тем находится в фокусе наших скромных научных изысканий. Речь идет о проблеме «межнаучного анализа административного усмотрения», поставленной С. А. Старостиным в предыдущем номере¹. Суть проблемы кроется в том, что административное

¹ Старостин С. А. В продолжение дискуссии об административном усмотрении // Сибирское юридическое обозрение. 2023. Т. 20, № 2. С. 149. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2023-20-2-145-157>. EDN: <https://elibrary.ru/tqigzq>

усмотрение возбуждает академическое любопытство не только у юристов, но и у философов, историков, политологов, экономистов, психологов, социологов, а также специалистов во многих иных областях знания, каждый из которых предлагает собственное, дисциплинарное видение ее природы. Мы же, изучая дискрецию с позиций различных социально-гуманитарных наук, с удивлением обнаружили, что многие из них изолированно друг от друга создают в ее отношении совершенно тождественные концепции. В настоящей статье мы попробуем разобрать одну из таких концепций – наиболее интересную и перспективную, но вместе с тем практически неизвестную. При этом в силу лимитированного объема статьи некоторые из положений данной концепции будут очерчены лишь пунктирно, самыми легкими штрихами. Для подробного ознакомления с концепцией рекомендуем обратиться к другим нашим работам.

Надо заметить, что после этой преамбулы название данной статьи – «Генеалогия административного усмотрения» – приобретает двойственное звучание. В широком смысле генеалогия есть *учение о связях*, и прежде всего мы намеревались поведать читателю о корреляциях между дискрецией и отдельными сферами общественной жизни. Однако с учетом сказанного становится очевидным и то, что дискреция *сама по себе* может выступать в качестве цементирующего элемента для этих сфер. Поэтому мы постараемся не впадать в крайности и в адекватных границах проиллюстрировать и тот, и другой симбиозы.

Структурно статья состоит из трех частей, каждая из которых посвящена взаимодействию административного усмотрения с каким-либо социальным регулятором – религией, этикой или правом (хотя из-за высокой степени абстракции исследуемых объектов мы будем говорить не только об административном усмотрении, но и о судебном усмотрении

или об усмотрении как таковом). Пожалуй, на этом во введении стоит поставить точку и перейти к первой части.

УСМОТРЕНИЕ И РЕЛИГИЯ

О сущности и содержании административного усмотрения ученые-правоведы начали дискутировать не позднее второй половины XIX в. Одной из стран, где споры по этим предметам стали особенно оживленными, была Австрия. Здесь в 1875 г. был учрежден Высший административный суд, и его практика – разрешение жалоб в сфере публичного управления – порождала немало поводов для обсуждения проблем, связанных с дискреционными полномочиями правительственных органов и их должностных лиц. Однако сколько бы ни полемизировали между собой австрийские юристы, к более или менее общему мнению они прийти не могли. Усмотрение было слишком лабильной, слишком гетерогенной материей: едва ли не в каждом судебном процессе оно обнаруживало свою новую, неведомую ранее сторону. Наконец, в 1895 г. председатель (президент) Высшего административного суда, барон Карл Лемайер (*Karl Freiherr von Lemayer*) вынес своеобразный вердикт многолетним и многочисленным дебатам, провозгласив, что административное усмотрение – это «дьявольский вопрос» (*questio diabolica*) [1, с. 77–78].

Что подразумевалось под данной сентенцией? Возможно, всего лишь прозрачное указание на то, что человек не в состоянии постичь природу административного усмотрения без помощи нечистой силы (по аналогии с трагедией Гете «Фауст», пик популярности которой пришелся на первую половину XIX в. [2, с. 169]). Но в ней могли скрываться и иные смыслы, доступные лишь для людей из определенных социальных групп и ускользающие от профанов и неофитов. Продемонстрируем один из таких

смыслов. По справедливому замечанию Ю. П. Соловья, слово «усмотрение» (*discretio*) с латыни переводится как «разделение, различие» [3, с. 407]. Однако в латинском языке есть еще одно слово с тем же наполнением, и это слово – «дьявол» (*diabolus*, образовано от приставки “dia”, означающей отделение чего-либо, и корневой основы “bolus” – «часть»², т. е. буквально «отделяющий части друг от друга», «расчленяющий»). Думается, что Лемайер – интеллектуал, эрудит, а также католик, которому было доподлинно известно об иезуитском способе изложения собственных мыслей – знал о каждом из упомянутых переводов и использовал в выражении «дьявольский вопрос» изощренную игру слов. В то же время вполне вероятны альтернативные толкования анализируемой фразы. Например: «дьявольский вопрос» – это проблема, расколовшая цех юристов на множество лагерей.

Впрочем, вне зависимости от того, что на самом деле имел в виду австрийский судья, его обращение к религиозной составляющей категории административного усмотрения отнюдь не случайно. Дело в том, что в отличие от языческих верований (политеизма) авраамические религии утверждали строгие правила человеческого существования – *единственно допустимые взгляды* на окружающий человека мир и детерминированные ими социально-поведенческие установки (догматы, заповеди, заветы и др.). Такие правила назывались символом веры. С этимологической точки зрения, кстати, именно слово «символ» (*symbolus*, образовано от приставки “sym”, означающей соединение или присоединение, и корня “bolus” – часть) являлось антонимом к слову «дьявол». В наиболее простом

и обобщенном варианте идею символа веры передал русский богослов Игнатий Брянчанинов. Он говорил: «Один путь святой истины ведет во спасение, прочие пути ведут в погибель»³. Вот почему любые проявления дуализма, соблазняющие людей свободой выбора, в христианстве и других монотеистических религиях считались или считаются до сих пор греховными и подлежащими искоренению, а такие изначально нейтральные лексемы как «дьявол» или «демон» (в переводе с греческого – «разделяющий»⁴) стали именами собственными (нарицательными) – олицетворением врагов человеческого рода.

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

² Вейсман Э. Немецко-латинский и русский лексикон / пер. И. С. Горлицкого, И. П. Сатарова, П. П. Ильинского. СПб. : Gedruckt in der Kayserl. Academie der Wissenschaften Buchdruckerey, 1731. С. 425.

³ Лозинский С. В. Духовная жизнь мирянина и монаха по творениям и письмам епископа Игнатия (Брянчанинова). М. : Изд-во Моск. Патриархии «Благо», 1997. С. 23.

⁴ Шанский Н. М., Боброва Т. А. Школьный этимологический словарь русского языка. 5-е изд., стереотип. М. : Дрофа, 2002. С. 70.

не первым) из отечественных ученых признал «роль усмотрения в преодолении архаичности религиозного права»⁵.

К сожалению, А. А. Никитин не задавался вопросом: почему отдельные лица, пусть даже агенты или представители верховной власти, в некоторый период времени начинают выборочно применять или произвольно толковать священные предписания, и это не вызывает протестов ни у церковных иерархов, ни у населения соответствующего государства? Между тем ответ на данный вопрос проливает свет как на генезис усмотрения, в том числе административного и судебного, так и на его природу. И здесь хочется остановиться на нескольких принципиальных моментах. Во-первых, к усмотрению при реализации или толковании религиозно-правовых норм прибегали исключительно *пророки*, т. е. такие люди, которые умели контактировать с божественными силами (например, пророк Мухаммед в исламе), а значит, с позиции верующих усмотрение подобного свойства оказывалось не усмотрением, а полученным свыше откровением (пророчеством). Во-вторых, наравне с пророками существовали и лжепророки, по злому умыслу или недомыслию искажающие религиозные каноны, причем лжепророков всегда было больше, чем истинных пророков. В-третьих, для отделения пророков от лжепророков средневековые теологи разработали специальную процедуру — *discretio spirituum* (с лат. «различение духов» или «распознавание духов» [4, р. 21–154]). Расскажем о ней подробнее.

Процедура *discretio spirituum* давала возможность судьям и чиновникам отчетливо понять, действительно ли некоторое лицо является пророком. Как полагала профессор Квинслендского университета

Сара Фербер (*Sarah Ferber*), «распознавание духов» есть «процесс определения подлинного божественного вмешательства. На вершине этой лестницы подлинности находятся настоящие чудеса, а в самом низу — сомнительные области человеческого мошенничества или, что еще хуже, дьявольские имитации Божьих творений, которые, к сожалению, могут сбить верующих с пути» [5, р. 10]. Свидетельством богоизбранности традиционно выступали умения исцелять людей или делать сбывающиеся предсказания, а в более редких случаях — открытие стигматов; доказательством ереси — уличение в занятиях колдовством или в связях с нечистой силой, одержимость, обман верующих. Вместе с тем каких-либо четких критериев выдвинуто не было, поскольку, как проповедовал святой Кассиан Римлянин (*Ioannes Cassianus*), для «различения духов» достаточно лишь одного дара человеку — *дара рассудительности* [6, с. 65]. Таким образом, несмотря на кажущуюся элементарность процедуры *discretio spirituum*, с ней связаны целые средневековые эпохи (охота на ведьм), исторические личности (Жанна д'Арк, к которой была применена *discretio spirituum*⁶), а также множество социальных институтов и юридических категорий.

Какую роль сыграла обсуждаемая процедура для становления административного и судебного усмотрения? По нашему мнению, крайне существенную. Прежде всего само возникновение *discretio spirituum* являлось частичной секуляризацией дискреции, т. е. допущением церковной властью того, что не только Бог, но и некоторые лица вправе толковать, дополнять и даже игнорировать божественные предписания, хотя и от Его имени. Параллельно с этим признавалось

⁵ Никитин А. А. Правовое усмотрение: теория, практика, техника : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2021. С. 302.

⁶ Тогоева О. И. Формирование культа святой Жанны д'Арк и политическая культура Франции: XV–XIX вв. : дис. ... д-ра ист. наук. М., 2013. С. 131–151.

то, что человеческое усмотрение может быть как негативным (отрицательным), т. е. провоцирующим попадание человека в сети греха, так и позитивным (положительным), способствующим, например, передаче дискреционных полномочий достойным (избранным) людям. В результате этого институт веры в высшие силы эластично трансформировался в институт доверия к отдельным лицам. Такое доверие отличалось от веры тем, что зиждилось не на иррациональных, а на рациональных (по крайней мере, формально) началах: чтобы его заслужить, нужно было доказать свою избранность каким-либо поразительным действием – чудом. Наконец, степень доверия, т. е. конкретные объемы дискреционных полномочий, которые могли быть возложены на испытываемое лицо (потенциального пророка), зависела пусть от приблизительного, но все же логичного для религиозного сознания критерия – того, насколько сверхъестественным окажется это чудо.

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

УСМОТРЕНИЕ И ЭТИКА

Предыдущая часть нашей работы открывалась кратким рассказом о споре по поводу сущности административного усмотрения, разгоревшемся в последней четверти XIX в. в Австрии. Здесь же в качестве зачина хочется вспомнить про другой спор по близкому вопросу, произошед-

ший на полвека позже в трансграничном пространстве. В конце 1930-х – начале 1940-х гг. в академической периодике развернулись дебаты между профессором Лондонского университета Германом Файнером (*Herman Finer*) и профессором Гарвардского университета Карлом Фридрихом (*Carl Joachim Friedrich*), предметом которых выступили виды и формы контроля за административным усмотрением государственных служащих. Профессор Файнер утверждал, что контроль за дискреционной деятельностью органов исполнительной власти должен быть исключительно *внешним* и *правовым*, тем самым отдавая предпочтение нормам закона и контрольным процедурам. Профессор Фридрих, напротив, отстаивал необходимость *внутреннего* и *неправового* контроля, ориентирующего чиновников на соблюдение этических норм, профессиональных стандартов и организационной культуры [7, р. 31]. Некоторое время спустя, позицию первого стали называть «этикой следования правилам» (англ. *compliance-based model* – «модель, основанная на требованиях»), позицию второго – «этикой ответственности» (англ. *integrity-based model* – «модель, основанная на добропорядочности»)⁷. Так был дан старт масштабной дискуссии об этическом измерении свободы действий публичной администрации.

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

⁷ Васильева В. М., Колеснева Е. А., Иншаков И. А. Государственная политика и управление : учеб. и практикум для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2017. С. 227.

деятельности, по мнению профессора Лейса, такая неопределенность детерминирует обособление трех видов дискреции:

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

2) *усмотрение при планировании* (социальном планировании) – выбор средств для достижения желаемого результата, а также момента, при котором следует использовать эти средства (законодатель предписывает только конечную цель управленческого действия);

3) *усмотрение по примирению* – возможность самостоятельного выбора нужного результата (возникает в тех случаях, когда парламент находится в политическом тупике, не позволяющем сформулировать единое и универсальное правило поведения из-за неугасающего конфликта нескольких социальных групп или публичных интересов) [8, р. 18–23].

Разумеется, классификация видов административной дискреции, предложенная профессором Лейсом, не являлась строго авторской, а опиралась на исследования его предшественников. Например, усмотрение по примирению было изучено в книге «Государственное управление и общественные интересы» (1936 г.), принадлежащей перу профессора Гарвардского университета Е. Пендлтона Херринга (*E. Pendleton Herring*) [9]. В этом труде обосновывался тезис о том, что бюрократия вправе вырабатывать политические цели и осуществлять политические функции, опережая запросы общества или его части. Однако несомненной заслугой профессора Лейса стала успешная попытка охарактеризовать и дифференцировать административное усмотрение в этических категориях.

Но вернемся к контролю за административным усмотрением. Несмотря на то что правовой (прежде всего – судебный) контроль за реализацией дискреционных полномочий порождает некоторые проблемы теоретического свойства, установление его общих контуров (природы и содержания) не вызывает серьезных сложностей. Понятно, что с позитивистской точки зрения дискреционное решение должно удовлетворять требованиям законности и целесообразности. Значительно труднее ответить на вопрос о том, чему (каким требованиям) обязано соответствовать данное решение в неправовом – *этическом* – ракурсе.

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

Следующий аспект обсуждаемой проблемы – «размеры» усмотрения.

По аналогии с предыдущей частью легко догадаться, что они зависят от степени доверия к тому, кто принимает дискреционные решения. Так, пациенты с высоким уровнем доверия к своим врачам предоставляют им почти неограниченные объемы дискреционных полномочий. Идентичная картина наблюдается в сферах юридических и финансовых услуг, инженерном деле и т. д. [10, р. 22, 31].

Что же касается государственных служащих, то они взаимодействуют с самой внушительной группой граждан – общественностью, поэтому административное усмотрение в первую очередь опирается на *общественное доверие*. Эта разновидность доверия заключается в ожидании гражданами того, что реализация дискреционных полномочий будет происходить в согласии с буквой или, что более вероятно, духом закона (иностранцы авторы нередко подчеркивают, что административное усмотрение «регламентируется» не буквой, а духом закона [11, р. 140]). Если же, как полагает профессор колледжа Льюиса и Кларка Дуглас Морган (*Douglas F. Morgan*), чиновники станут прибегать к «организационным уловкам», чтобы избежать исполнения своих обязанностей или требований общественности, то население непременно воспримет это как *нарушение общественного доверия* [12, р. 269].

Вместе с тем было бы ошибкой утверждать, что оправдание общественного доверия является единственным критерием этичности административного усмотрения. В сущности, о доверии населения можно говорить лишь при техническом усмотрении, так как усмотрение по планированию уже опосредует доверие вышестоящих должностных лиц, а усмотрение по примирению – доверие парламента. Кроме того, доверие нельзя интерпретировать в качестве строго этического феномена – оно наличествует как *юридическая категория* во многих отраслях права

(утрата доверия в конституционном праве, злоупотребление доверием в уголовном праве, фидуциарные сделки в гражданском праве и т. д.) [13; 14] Таким образом, *этико-правовое выражение* реализации дискреционных полномочий кристаллизуется в институте доверия – доверия общества, а также представителей исполнительной и законодательной власти к лицам, которые принимают управленческие решения.

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

УСМОТРЕНИЕ И ПРАВО

Название последней части настоящей статьи может натолкнуть читателя на мысль о том, что теперь мы станем противопоставлять дискрецию и закон. Это действительно так, но прежде необходимо сделать маленькую оговорку. Как в отечественной, так и в зарубежной юридической литературе обыкновенно презюмируется, что усмотрение и право есть или полные антиподы, или, по крайней мере, различные категории, имеющие в своей природе и общее, и особенное. Между тем истории известны такие моменты или даже целые периоды, при которых они являлись, *буквально, одним и тем же* (в точном соответствии с принципами диалектики), поэтому всецело согласиться с озвученным постулатом нельзя. Яркий пример – абсолютная монархия. При этой форме правления государство управляется законами, но сами законы

издаются монархом по собственному усмотрению, в рамках почти безграничных дискреционных полномочий. В данном контексте весьма показательна сцена из фильма (сериала) «Союз спасения» (Россия, 2019–2022 гг.), в которой император Николай I торжественно провозглашает: «*Высочайшая воля – это и есть закон*». Аналогичный тезис выдвигается в тематических научных трудах. Так, при описании эпохи Петра I Великого Е. А. Юртаева подчеркивает, что в то время «законом требовалось считать любое или всякое повеление, исходящее от власти (как императора, так и уполномоченных им лиц и учреждений)» [15, с. 86]. Подобного рода характеристику можно дать любому самодержавному государству. Таким образом, абсолютизм растворяет друг в друге дискрецию и право до степени, при которой их уже нельзя дифференцировать.

Тем не менее для последних столетий усмотрение есть нечто такое, что, скорее, противостоит законности, нежели обеспечивает или сопровождает ее. В юридической науке устоялось мнение, что отправной точкой для такого подхода послужил трактат профессора Оксфордского университета А. В. Дайси (A. V. Dicey) «Основы государственного права Англии» (1885 г.). В нем декларировалось, что господство права в Великобритании «исключает всякий произвол, прерогативу или даже широкую дискреционную власть в руках правительства» [16, с. 152]. Тут возникает вопрос: почему усмотрение и верховенство закона вступают в антагонистические противоречия? По словам «отца американского административного права» и наиболее авторитетного в США специалиста по проблемам административного усмотрения, профессора Кеннета Калпа Дэвиса (Kenneth Culp Davis), ответ на этот вопрос лежит на поверхности и выражается в том, что «значительная часть дискреционных полномочий либо незаконна, либо сомни-

тельна по своей законности» [17, р. 4]. Для нас эти утверждения имеют методологическую ценность: если мы знаем, что усмотрение и право являются полярными категориями, то для определения первого достаточно лишь дефинировать второе.

В юридической науке существует концепция правопонимания, которая поможет нам развить и дополнить те гипотезы, которые были изложены в предыдущих частях нашего исследования. Она не имеет общепринятого наименования, хотя довольно проста и вместе с тем самобытна. Заключается эта концепция в том, что *право рождается из-за недоверия между людьми* и репрезентует собой степень этого недоверия (здесь наблюдается прямая пропорциональность: чем больше уровень недоверия в обществе, тем более конкретным, детальным и мелочным становится правовое регулирование). Например, русский философ Н. А. Бердяев констатировал следующее: «Всякий правовой строй есть узаконенное недоверие человека к человеку, вечное опасение, вечное ожидание удара из-за угла» [18, с. 481]. Эту линию продолжал профессор Гентского университета Марк ван Хук (Mark van Hoecke), который доказывал, что «право... основано на недоверии к человеческому поведению» [19, с. 47]. Цитаты подобного свойства можно приводить и дальше, но вряд ли в этом имеется особенная нужда, потому что все они, в общем-то, очевидны. Ведь и так понятно, что для доверительных отношений жесткие правила не требуются, они им только вредят. Однако приятно увидеть, что мы в очередной раз возвращаемся к исходному пункту: поскольку право – это степень недоверия, то усмотрение – это степень доверия, и чем больше в человеческом обществе одного, тем меньше другого.

Надо сказать, что предложенный взгляд на сущность дискреции косвенным образом обнаруживается и в современных российских работах. Так, в 2019 г.

Л. А. Шарнина защитила докторскую диссертацию на тему «Усмотрение в конституционном праве», в которой затрагивались и административное, и судебное усмотрение. В диссертации, в частности, признавалось, что если фактор доверия к должностному лицу по каким-либо мотивам перестает учитываться, то «дискреционное начало полностью снимается»⁸. В другом монографическом исследовании того же автора встречалась и сформулированная выше мысль о том, что для оказания доверия должностному лицу и наделения его дискреционными полномочиями нужно, чтобы это лицо соответствовало конкретным критериям. «Доверие, – справедливо писала ученый, – основано на комплексной оценке качеств: профессиональных и личных» [20, с. 107]. Жаль, что в целом Л. А. Шарнина не акцентировала своего внимания на корреляции между правом и недоверием и усмотрением и доверием, а коснулась этой проблемы несколько периферийно, ибо в противном случае, вне всякого сомнения, могли бы получиться интересные выводы.

В чем состоит ценность представленного подхода к административному усмотрению?

Во-первых, мы начинаем воспринимать его более гибко. По верному замечанию П. П. Серкова, для дискреции органов исполнительной власти онтологически свойственен дуализм: ее реализация может повлечь за собой как положительные, так и отрицательные последствия⁹. Более того, одно и то же действие в рамках административного усмотрения может обуславливать незначительные негативные и значительные позитивные результаты одновременно, и наоборот. В таких случаях очень сложно уяснить, являлось ли дискреционное решение законным или не-

законным, целесообразным или нецелесообразным, и какая ответственность (позитивная или негативная) обязана наступить после претворения этого решения в жизнь. Если же говорить о категории доверия, то она не имеет строгой привязки к юридической ответственности, поскольку само по себе оказание доверия некоторому лицу предполагает, что это лицо обладает определенным диапазоном действий, из которых может быть выбран отнюдь не лучший вариант. Иначе говоря, при интерпретации дискреции как доверия лицу автоматически гарантируется право на ошибку. Здесь вспоминается, что профессор колледжа Уильяма и Мэри Чарльз Коч-младший (*Charles Koch Jr.*), рассуждая о судебном контроле за реализацией административного усмотрения, склонялся к сходной позиции. По его мнению, судьи должны понимать, что свобода действий дается органам исполнительной власти в том числе для того, чтобы ошибаться [21, р. 470].

Во-вторых, крайне важна степень доверия, определяющая объемы дискреционных полномочий. Если мы не будем ее учитывать, то рано или поздно придем к тому, что усмотрение федерального министра и усмотрение министерского специалиста начального уровня – это одно и то же. Впрочем, и усмотрение лиц, занимающих одинаковые должности в разных ведомствах, может быть различным. Если лицо служит в органе исполнительной власти позитивной направленности, то его деятельность так или иначе будет связана с обеспечением прав и свобод граждан, а его дискреционные полномочия будут ориентированы на поиск *наиболее лучшего решения*. Для органов исполнительной власти негативной направленности, напротив, характерно ограничение прав и свобод граждан, поэтому усмотрение

⁸ Шарнина Л. А. Усмотрение в конституционном праве : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019. С. 183.

⁹ Серков П. П., Соловей Ю. П. Административное усмотрение: вопросы и ответы (часть 1) // Сибирское юридическое обозрение. 2022. Т. 19, № 4. С. 377. DOI: <https://doi.org/10.19073/2658-7602-2022-19-4-374-383>. EDN: <https://elibrary.ru/ldaimf>

их должностных лиц согласно принципу гуманизма должно заключаться в поиске *наименее худшего решения*. Наряду с этим при негативном государственном управлении во главу угла всегда будут ставиться риски, т. е. такие факторы, которые неизбежно повлекут за собой отрицательные последствия, а значит, могут потребовать от государственных служащих совершения нейтрализующих их действий. Поэтому для эффективного осуществления своих функций сотрудник Министерства внутренних дел, например, обязан пользоваться большим доверием и большими дискреционными полномочиями, нежели работник Министерства культуры.

В-третьих, нельзя забывать про критерии, которым должно соответствовать должностное лицо для наделения его дискреционными полномочиями. Они могут быть *объективными* (образование, опыт, физические качества и физическая подготовка) и *субъективными* (психологическая совместимость с руководством или коллективом). Но, к сожалению, вряд ли эти критерии когда-либо будут полностью формализованными. В первой части нашей статьи при описании процедуры *discretio spirituum* было показано, что само их установление порой производится выборочно, дискреционно, по каким-то условным, приблизительным признакам. Так было сотни лет назад, так происходит и сейчас: не каждый чиновник способен внятно объяснить, по какой причине одни его сослуживцы вызывают доверие, а другие – нет. Об этой проблеме – проблеме интуитивного доверия или недоверия к руководителю, подчиненному, коллеге, кандидату на должность – говорилось в одной из песен В. С. Высоцкого: «Приходится слышать нередко / Сейчас, как тогда: / Ты бы пошел с ним в разведку? / Нет или да?»¹⁰.

Таким образом, научная концепция, характеризующая административное усмотрение

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

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В науке права наличествуют три общеправовые категории, которые не имеют непосредственного отношения к юридической материи, однако давно и безоговорочно признаются юристами в качестве «своих». Это свобода, справедливость и доверие. Первая и вторая категории российским правоведам знакомы очень близко, а третья до настоящих дней пребывает в тени. Ввиду этого нет ничего удивительного в том, что административное усмотрение неоднократно определяли и через свободу, и через справедливость, но ни единого раза – *через доверие*. В настоящей статье мы предприняли именно такую попытку: может быть, не вполне удачную, не особенно убедительную, в чем-то сумбурную и противоречивую. Но все эти недостатки есть постоянные спутники любой идеи-первопроходца, и если в ней все же присутствует рациональное зерно, то по прошествии времени они отправляются в небытие, уступая место честному, чистому знанию.

На наш взгляд, в последние годы любое научное апеллирование к категории доверия оправдано. 14 марта 2020 г. был принят Закон Российской Федерации о поправке к Конституции России № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти»¹¹. Этот закон дополнил Конституцию статьей 75.1, согласно которой в нашей стране создаются

¹⁰ Высоцкий В. Песни и стихи : [в 2 т.]. Нью-Йорк : Литературное зарубежье, 1981. Т. 1. С. 110.

¹¹ Рос. газ. 2020. 16 марта.

условия для взаимного доверия государства и общества. Соответственно, теперь доверие стало конституционной категорией, которая посредством процесса конституционализации российского права обязана наполнять его отрасли. В этом плане можно только приветствовать любые от-

раслевые юридические исследования доверия. Что же касается административного усмотрения, то думается, что его в полной мере можно толковать и реализовывать как степень доверия, и это существенно укрепит конституционный строй Российского государства.

Список литературы

1. Евтихийев А. Ф. Усмотрение (das freie Ermessen) администрации // Журнал Министерства юстиции. 1910. № 5. С. 77–101.
2. Александрова Н. К. Тема Фауста в литературе Германии: проблема жанрового своеобразия // Многоязычие в образовательном пространстве : сб. ст. / сост. и ред.: Т. И. Зеленина, Л. М. Малых. Ижевск : Изд-во «Удмуртский университет», 2012. С. 166–169.
3. Соловей Ю. П. Административное усмотрение (сравнительно-правовое исследование) // Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной правовой реальности России : в 12 т. М. : Юрлитинформ, 2022. 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. С. 407–454.
4. Communicating with the Spirits / ed. by É. Pócs, G. Klaniczay. Budapest : New York : Central European University Press, 2005. Vol. 1. 296 p.
5. Ferber S. Demonic Possession and Exorcism in Early Modern France. London : New York : Routledge, 2004. 227 p.
6. Фокин А. Р. Духовная рассудительность у преподобного Иоанна Кассиана и в западной аскетической традиции V–VI вв. // Христианское чтение. 2018. № 5. С. 62–72. DOI: <https://doi.org/10.24411/1814-5574-2018-10108>
7. Handbook of Theories of Public Administration and Management / ed. by T. A. Bryer. Cheltenham : Northampton : Edward Elgar Publishing, 2021. 360 p. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781789908251>
8. Leys W. A. R. Ethics and Administrative Discretion // Public Administration Review. 1943. Vol. 3, № 1. P. 10–23. DOI: <https://doi.org/10.2307/973098>
9. Pendleton Herring E. Public Administration and the Public Interest. New York : McGraw-Hill Book Company, 1936. 416 p.
10. Kelly T. M. Professional Ethics: A Trust-Based Approach. Lanham : Lexington Books, 2018. 159 p.
11. Cane P. Administrative Law. 5th ed. Oxford : Oxford University Press, 2011. 496 p.
12. Morgan D. F. Varieties of Administrative Abuse: Some Reflections on Ethics and Discretion // Administration & Society. 1987. Vol. 19, iss. 3. P. 267–284. DOI: <https://doi.org/10.1177/009539978701900301>
13. Аюшеева И. З., Соيفер Т. В. К вопросу о доверии в гражданском праве // Lex Russica. 2022. Т. 75, № 11 (192). С. 9–20. DOI: <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2022.192.11.009-020>
14. Комарова В. В. Конституционно-правовая доктрина «Доверие» в научной школе российского конституционализма // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 6. С. 29–38. DOI: <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2022.94.6.029-038>
15. Юртаева Е. А. К пониманию закона в дореволюционной России // Журнал российского права. 2010. № 9 (165). С. 83–98.
16. Дайси 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. : Изд. Л. Ф. Пантелеева, 1891. 370 с.
17. Davis K. C. Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry. Westport : Greenwood Press, 1980. 233 p.
18. Бердяев Н. А. Философия свободы. Смысл творчества. М. : Правда, 1989. 607 с.
19. Хук М. ван. Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова, А. В. Полякова. СПб. : Издат. дом С.-Петербург. гос. ун-та : Университет. издат. консорциум, 2012. 288 с.
20. Шарнина Л. А. Категория усмотрения в конституционном праве : моногр. М. : Проспект, 2017. 240 с.
21. Koch Jr. C. H. Judicial Review of Administrative Discretion // The George Washington Law Review. 1986. Vol. 54, № 4. P. 469–511.

References

1. Evtikhiev A. F. Discretion (das freie Ermessen) of the Administration. *Journal of the Ministry of Justice*. 1910;5:77-101. (In Russ.).
2. Aleksandrova N. K. The Theme of Faust in German Literature: The Problem of Genre Originality. In: Zelenina T. I., Malykh L. M. (Eds.). *Multilingualism in the Educational Space*. Izhevsk: Udmurt University Publ.; 2012. P. 166–169. (In Russ.).

3. 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.).
4. Pócs É., Klaniczay G. (Eds.). *Communicating with the Spirits. Vol. 1*. Budapest, New York: Central European University Press; 2005. 296 p.
5. Ferber S. *Demonic Possession and Exorcism in Early Modern France*. London, New York: Routledge; 2004. 227 p.
6. Fokin A. R. Discernment in St. John Cassian and Western Ascetic Tradition of the Fifth and Sixth Centuries. *Christian Reading*. 2018;5:62-72. DOI: <https://doi.org/10.24411/1814-5574-2018-10108> (In Russ.).
7. Bryer T. A. (Ed.). *Handbook of Theories of Public Administration and Management*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publ.; 2021. 360 p. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781789908251>
8. Leys W. A. R. Ethics and Administrative Discretion. *Public Administration Review*. 1943;3(1):10-23. DOI: <https://doi.org/10.2307/973098>
9. Pendleton Herring E. *Public Administration and the Public Interest*. New York: McGraw-Hill Book Company; 1936. 416 p.
10. Kelly T. M. *Professional Ethics: A Trust-Based Approach*. Lanham: Lexington Books; 2018. 159 p.
11. Cane P. *Administrative Law*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press; 2011. 496 p.
12. Morgan D. F. Varieties of Administrative Abuse: Some Reflections on Ethics and Discretion. *Administration & Society*. 1987;19(3):267-284. DOI: <https://doi.org/10.1177/009539978701900301>
13. Ayusheeva I. Z., Soyfer T. V. The Issue of Trust in Civil Law. *Lex Russica*. 2022;75(11):9-20. DOI: <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2022.192.11.009-020> (In Russ.).
14. Komarova V. V. The Constitutional and Legal Doctrine of “Trust” in the Scientific School of Russian Constitutionalism. *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. 2022;6:29-38. DOI: <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2022.94.6.029-038> (In Russ.).
15. Yurtaeva E. A. On Interpretation of the Law in Pre-Revolutionary Russia. *Journal of Russian Law*. 2010;9:83-98. (In Russ.).
16. Dicey A. V. *Fundamentals of Public Law in England: Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. St. Petersburg: L. F. Pantelev Publ.; 1891. 370 p. (In Russ.).
17. Davis K. C. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Westport: Greenwood Press; 1980. 233 p.
18. Berdyaev N. A. *Philosophy of Freedom. The Meaning of Creativity*. Moscow: Pravda Publ.; 1989. 607 p. (In Russ.).
19. Hoecke M. van. *Law as Communication*. St. Petersburg, St. Petersburg State University Publ. House, University Publishing Consortium; 2012. 288 p. (In Russ.).
20. Shamina L. A. *Category of Discretion in Constitutional Law*. Moscow: Prospekt Publ.; 2017. 240 p. (In Russ.).
21. Koch Jr. C. H. Judicial Review of Administrative Discretion. *The George Washington Law Review*. 1986;54(4):469-511.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Дмитрий Игоревич Зайцев, ассистент кафедры административного права и процесса Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) (ул. Садовая-Кудринская, 9, Москва, 125993, Российская Федерация); ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-1852-0368>; e-mail: zaytsew93@bk.ru

ABOUT THE AUTHOR

Dmitry I. Zaitsev, Assistant of the Administrative Law and Social Security Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (9 Sadovaya-Kudrinskaya st., Moscow, 125993, Russian Federation); ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-1852-0368>; e-mail: zaytsew93@bk.ru

Поступила | Received
16.06.2023

Поступила после рецензирования
и доработки | Revised
03.07.2023

Принята к публикации | Accepted
03.07.2023