

Дискреционный характер административного акта как обстоятельство, исключающее судебную проверку его законности



Ю.П. Соловей

профессор, Сибирский юридический университет, заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 644010, Российская Федерация, Омск, ул. Короленко, 12. E-mail: rektor@siblu.ru



Аннотация

Предметом исследования в настоящей статье выступают законодательные нормы, определяющие границы судебной проверки законности осуществления органами и должностными лицами публичной администрации дискреционных полномочий, прежде всего п. 3 ч. 1 ст. 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации. Согласно закону судья отказывает в принятии административного искового заявления, если «из административного искового заявления об оспаривании нормативного правового акта, акта, содержащего разъяснения законодательства и обладающего нормативными свойствами, решения или действия (бездействия)» публичной администрации «не следует, что этими актом, решением или действием (бездействием) нарушаются либо иным образом затрагиваются права, свободы и законные интересы административного истца». Цель исследования состоит в доказывании, что п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ в толковании, придаваемом ему судебной практикой, вопреки заявленной законодателем позиции не только чрезмерно сужает границы судебной проверки законности тех административных актов, которые имеют дискреционный характер, а фактически исключает возможность подобной проверки. С опорой на диалектический, формально-логический, исторический, формально-юридический методы познания, метод толкования права и результаты анализа материалов судебной практики автор приходит к выводу о несоответствии п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ положениям Конституции Российской Федерации и необходимости его исключения из КАС РФ. Предлагаемая законодательная мера позволит привести КАС РФ в соответствие с ч. 1 и 2 ст. 46 Конституции Российской Федерации, не устанавливающими каких-либо барьеров для проверки судом законности оспариваемых административных актов. Опасения, что данный шаг будет иметь следствиями посягательство судебной власти на независимость власти исполнительной, а также чрезмерное увеличение судебной нагрузки, являются обосновательными. Лишение административного усмотрения предусмотренного п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ иммунитета от судебного контроля приблизит отечественное правосудие к европейским стандартам, будет способствовать «очеловечиванию» российской судебной системы, повышению действенности судебного контроля за законностью административной деятельности и, следовательно, повышению доверия граждан к органам публичной власти и их представителям.



Ключевые слова

административное усмотрение, дискреционные полномочия, дискреционный административный акт, публичная администрация, законность, административное исковое заявление, права и законные интересы граждан и организаций, судебный контроль, отказ в доступе к правосудию.

Для цитирования: Соловей Ю.П. Дискреционный характер административного акта как обстоятельство, исключающее судебную проверку его законности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 72–99.

УДК: 342.924

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.72.99

Введение

Поскольку правовое регулирование жизнедеятельности общества и государства имеет объективные пределы, полномочия органов исполнительной власти и их должностных лиц (далее — публичная администрация) и принимаемые в ходе их реализации административные акты обычно имеют дискреционный характер, т.е. не являются жестко связанными законом. Согласно Рекомендации № R (80)2 Комитета министров Совета Европы от 11.03.1980 «Об осуществлении дискреционных полномочий административными органами» (далее — Рекомендация (80)2), дискреционными признаются полномочия, предоставляющие административному органу «определенную степень свободы при принятии решения, позволяющую ему выбрать из нескольких юридически допустимых вариантов наиболее уместный»¹. Такая свобода предполагает проявление представителями публичной администрации своего (административного) усмотрения (дискреции).

Под административным усмотрением в полном соответствии со значением этого слова в русском языке следует, на мой взгляд, подразумевать выбор публичной администрацией в пределах, установленных нормативными правовыми актами, оптимального, по ее мнению, варианта решения конкретного управленческого вопроса в ситуации, когда правовые нормы не определяют с необходимой точностью и полнотой основания, условия, содержание, форму, порядок (процедуру), сроки и (или) субъектов принятия подобного решения. Провести грань между законным и незаконным в сфере административного усмотрения весьма непросто.

В соответствии с Рекомендацией (80)2, ссылающейся, в свою очередь, на Резолюцию (77)31 Комитета министров Совета Европы от 28.09.1977 «О за-

¹ Available at: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=678043> (дата обращения: 12.02.2019)

щите прав частных лиц от актов административных органов»², в настоящей статье понятие «административный акт» означает «любую индивидуальную меру или решение публичной власти, непосредственно затрагивающие права, свободы или интересы физических и юридических лиц»³. Указанное понятие включает в себя акты-документы (акты, имеющие официально-документальную форму), акты-действия (например, применение сотрудником полиции специальных средств или огнестрельного оружия) и акты бездействия (если, повторюсь, бездействие публичной администрации затрагивает права, свободы и законные интересы граждан и организаций).

Дискреционный административный акт (его можно назвать также актом, имеющим дискреционный характер) — акт публичной администрации, изданный ею в порядке реализации дискреционных полномочий, т.е. с использованием в той или иной степени собственного усмотрения. Нет сомнения, что проверка правомерности административного акта, жестко законом не связанного и имеющего в силу этого дискреционный характер, представляет для суда, рассматривающего административное исковое заявление, повышенную сложность, увеличивая вероятность ущемления прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций.

Следует подчеркнуть, что проблема административного усмотрения встала во весь рост почти два века назад, оказавшись в центре дискуссий западноевропейских юристов: уполномочен ли административный суд рассматривать дело по существу, а не только с точки зрения формальной законности оспариваемого административного акта. Данная проблематика привлекала и привлекает к себе внимание правоведов многих стран, поскольку, как утверждают германские ученые, «усмотрение является одним из центральных понятий административного права вообще» [Бланкенгель А. и др., 2014: 183]. Такой вывод представляется вполне справедливым.

Между тем «в отечественной науке административного права, — отмечает профессор А.Б. Зеленцов, — вопросы судебного контроля за дискреционными полномочиями не получили еще необходимой теоретической разработки. Имеющиеся исследования, проводимые главным образом усилиями проф. Ю.П. Соловья, вряд ли восполняют пробел, образовавшийся в определении границ судебного контроля за административной дискрецией в условиях нарастающей конституционализации административного права» [Зеленцов А.Б., 2018: 20].

Смею предположить, что, если бы уважаемый Александр Борисович накопил с восемью статьями автора по проблемам административного ус-

² Available at: [http://www.dhv-speyer.de/stelkens/Materialien/Resolution_\(77\)31.pdf](http://www.dhv-speyer.de/stelkens/Materialien/Resolution_(77)31.pdf) (дата обращения: 12.02.2019)

³ Available at: URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=678043> (дата обращения: 12.02.2019)

мотрения и судебного контроля за ним, опубликованными в последующие три года после выхода приведенной им в пример публикации, его оценка моих «усилий» была бы (хочется надеяться) более оптимистичной. Но все же отмечу, что, во-первых, границы судебного контроля за административной дискрецией определяют не ученые-юристы, а законодатель и суды (конечно, желательно, чтобы делалось это с опорой на рекомендации ученых-юристов). Во-вторых, никакого пробела в определении указанных границ сегодня не существует, и восполнять, собственно говоря, нечего. Наоборот, установленные законом границы судебного контроля за административным усмотрением при всей их зыбкости чрезвычайно узки, по-прежнему находятся «на замке» и даже «на замках», навешанных где нужно и не нужно, в силу чего административное усмотрение чувствует и «ведет» себя весьма и весьма вольготно.

С учетом сказанного предметом исследования в настоящей статье выступают законодательные нормы, определяющие границы судебной проверки законности осуществления органами и должностными лицами публичной администрации дискреционных полномочий. Согласно выдвигаемой в настоящей статье гипотезе, отдельные положения Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее — КАС РФ) в толковании, придаваемом им судебной практикой, вопреки заявленной законодателем позиции не просто чрезмерно сужают такие границы, а фактически исключают саму возможность судебной проверки законности тех административных актов, которые имеют дискреционный характер. Для доказательства гипотезы и формулирования выводов исследования используются диалектический, формально-логический, исторический, формально-юридический методы познания, метод толкования права, анализ материалов судебной практики.

1. Первоочередные меры по формированию надлежащей законодательной основы судебного контроля за административным усмотрением

В свое время председатель упраздненного ныне Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации А.А. Иванов подчеркивал, что, «несомненно, суд не должен играть роль органа исполнительной власти, подменять собой последний, иное противоречило бы конституционному принципу разделения властей. Однако идея административного судопроизводства предполагает, что суд оценивает действия государственного органа со всех сторон. Причем такая оценка, которая, прежде всего, должна касаться законности, во многих случаях невозможна без учета социальных факторов, лежащих в

основе тех или иных административных актов, мотивов, которым следовали государственные должностные лица, того, как они проявляли то административное усмотрение, которое им принадлежит. Поэтому неверен тезис нижестоящих судов о том, что вопросы административного усмотрения государственных органов ни при каких обстоятельствах не могут быть предметом судебной оценки» [Иванов А.А., 2012: 168].

Увы, как свидетельствует практика, в судебном сообществе упомянутый тезис до сих пор не только не отвергается, но и скорее находит поддержку. Так, гражданин Ш. обратился в Набережночелнинский городской суд Республики Татарстан с административным иском к инспектору дорожно-патрульной службы (далее — ДПС) отдельного батальона Государственной инспекции безопасности дорожного движения (далее — ГИБДД) Управления МВД России по городу Набережные Челны А.М., Управлению МВД России по городу Набережные Челны о признании незаконными действий инспектора ДПС А.М. по проведению досмотра транспортного средства, протокола досмотра транспортного средства и возложении обязанности устранить допущенные нарушения.

По утверждению административного истца, 5.12.2015 инспектор ДПС А.М. произвел досмотр принадлежащего истцу транспортного средства в качестве меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении без поводов к возбуждению и вне производства по делу об административном правонарушении. Протокол о проведении досмотра транспортного средства был составлен с нарушением требований законодательства. Истец счел отмеченные действия инспектора ДПС нарушающими его право на свободу передвижения и право частной собственности.

Исследовав доказательства и сославшись в своем решении на п. 16 ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 7.02.2011 №3-ФЗ «О полиции», согласно которому полиция вправе проводить личный досмотр граждан, досмотр находящихся при них вещей, а также досмотр их транспортных средств при наличии данных о том, что эти граждане имеют при себе оружие, боеприпасы, патроны к оружию, взрывчатые вещества, взрывные устройства, наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры либо ядовитые или радиоактивные вещества, суд пришел к выводу об отсутствии оснований для признания действий инспектора ДПС по проведению на посту ГИБДД досмотра транспортного средства незаконными. Подобный вывод суда, как следует из его решения, оставленного без изменения апелляционной инстанцией, основывается на том, что оспариваемые действия «проводились в целях защиты государственных и общественных интересов», «в полномочия данного должностного лица входит досмотр транспортного средства для выполнения возложенных на полицию обязанностей». Довод админи-

стративного истца о том, что «протокол досмотра транспортного средства не отвечает требованиям законодательства, поскольку оснований для досмотра транспортного средства у сотрудника ДПС не имелось, — отмечается в судебном решении, — нельзя признать состоятельным. Содержание вышеуказанного протокола отвечает предъявляемым к нему требованиям, данное процессуальное действие совершено в присутствии двух понятых, которые своими подписями подтвердили его соответствие фактическим обстоятельствам»⁴.

Нетрудно заметить, что суды, ограничившись проверкой соблюдения сотрудником полиции лишь формальных требований, предъявляемых к производству досмотра, даже не попытались выяснить, располагал ли сотрудник полиции, как того требует п. 16 ч. 1 ст. 13 Федерального закона от №3-ФЗ «О полиции», данными о том, что не совершивший никакого правонарушения водитель остановленного им автомобиля имеет при себе оружие, иные изъятые из гражданского оборота или ограниченно оборотоспособные предметы и вещества. Иными словами, оставляя без ответа вопрос о том, насколько действия сотрудника полиции по производству досмотра транспортного средства гражданина в сложившейся ситуации были обоснованными (разумными, целесообразными), суды первой и апелляционной инстанций, по сути, уклонились от должной проверки правильности реализации должностным лицом полиции принадлежащих ему дискреционных полномочий. И это, пожалуй, один из самых безобидных примеров из имеющей широкое распространение практики весьма лояльного, если можно так выразиться, отношения российских судов к административному усмотрению.

Для изменения подобной практики необходимо, на мой взгляд, расширить границы судебного контроля за осуществлением публичной администрацией дискреционных полномочий, что, в свою очередь, требует формирования надлежащей законодательной основы судебного контроля за административным усмотрением, которая не только обеспечивала бы единообразие судебной практики, но и, самое главное, отвечала положениям Конституции Российской Федерации.

В числе первоочередных мер, которые следует предпринять в данном направлении, важное место занимают, конечно, разработка и принятие федерального закона об административных процедурах (об административном производстве, возможны иные наименования). В одном из его разделов обязательно нужно «прописать» принципы административных процедур, которые будут играть роль стандартов судебной оценки (проверки) законности

⁴ Апелляционное определение Верховного Суда Республики Татарстан от 22.07.2016 по делу № 33а-12222/2016 // СПС КонсультантПлюс.

оспариваемых дискреционных административных актов. Речь идет о таких принципах, как законность административных актов (действий), соответствие административного акта (действия) цели, предусмотренной федеральным законом (запрет злоупотребления полномочиями), соразмерность административных актов (действий), равенство граждан и организаций перед законом и административным органом, беспристрастность и объективность, обоснованность, запрет отказа в применении правовых норм, единообразие административной практики, охрана доверия граждан и организаций к административной практике, запрет сверхформализма, своевременность издания административного акта и совершения действия, активность административного органа (должностного лица), охват большим меньшего, экономичность административной деятельности, **презумпция достоверности, предоставление возможности выразить мнение**, ограничение превентивного государственного контроля (надзора), толкование законодательства в пользу граждан и организаций, недопустимость неблагоприятных последствий при аналогии закона или права.

Надо признать, что в КАС РФ и в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации, правовых позициях Конституционного и Верховного Судов Российской Федерации названные принципы административных процедур либо отсутствуют, либо отражены фрагментарно и бессистемно. В связи с этим автор разработал предлагаемые им к принятию проекты законодательных норм о принципах административных процедур, а также проект новой редакции ст. 226 КАС РФ в части обстоятельств, которые суд должен выяснять при рассмотрении дела об оспаривании решения, действия (бездействия) органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями. В отсутствие названных законодательных норм необходимую практико-ориентирующую роль мог бы взять на себя Верховный Суд Российской Федерации; разработанный мной проект соответствующих разъяснений высшей судебной инстанции по обсуждаемым вопросам также опубликован. Но решение проблемы этим не исчерпывается.

2. Положение закона, наделяющее административное усмотрение иммунитетом от судебной проверки, и его оценка Конституционным Судом Российской Федерации

Из поля зрения ученых, исследующих проблемы определения границ судебного контроля за административным усмотрением, до сих пор ускользало положение КАС РФ, которое определяет подобные границы самым ради-

кальным образом — вовсе выводит административное усмотрение из-под контроля суда. Имеется в виду п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, согласно которому «судья отказывает в принятии административного искового заявления в случае, если... из административного искового заявления об оспаривании нормативного правового акта, акта, содержащего разъяснения законодательства и обладающего нормативными свойствами, решения или действия (бездействия)» публичной администрации «не следует, что этими актом, решением или действием (бездействием) нарушаются либо иным образом затрагиваются права, свободы и законные интересы административного истца».

В одном из решений Конституционный Суд Российской Федерации указал, что п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ «позволяет» судье при описанных в нем условиях отказывать в принятии административного искового заявления⁵. Однако формулировка этой статьи не оставляет сомнений в том, что в полной мере соответствующей закону является позиция, выраженная в другом акте Конституционного Суда Российской Федерации, согласно которой п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ не «позволяет», а «предписывает» судье, т.е. обязывает его вынести подобное решение⁶.

Примечательно, что за три с половиной года действия КАС РФ п. 3 ч. 1 ст. 128 данного законодательного акта уже 16 раз подвергался рассмотрению Конституционным Судом Российской Федерации, который ничуть не усомнился в его конституционности. Со своей стороны, возьму на себя смелость утверждать, что упомянутое законодательное положение явно не соответствует ст. 46 Конституции Российской Федерации. Она гласит следующее:

«1. Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод.

2. Решения и действия (бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд.

3. Каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты».

⁵ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13.02.2017 № 11-П «По делу о проверке конституционности части 2 статьи 40, частей 10 и 11 статьи 42 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», пунктов 2 и 3 части 1 статьи 128 и части 10 статьи 239 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации в связи с жалобой граждан И. Л. Трунова и М. В. Юревича» // СПС КонсультантПлюс.

⁶ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25.10.2016 № 2170-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мещеринова Виктора Павловича на нарушение его конституционных прав пунктами 1, 3 и 4 части 1 статьи 128, пунктами 5, 7 и 8 части 1 статьи 129 и частью 9 статьи 208 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

В отличие от приведенных положений Конституции Российской Федерации ч. 1 ст. 4 КАС РФ гарантирует каждому заинтересованному лицу не судебную защиту его прав и свобод, а всего лишь «право на обращение в суд за защитой нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов». Иными словами, — и это следует из сравнения ч. 1 и 3 ст. 46 Конституции, КАС РФ низводит гарантии защиты прав граждан и организаций, предоставляемой отечественными судами, до уровня гарантий защиты, обеспечиваемой соответствующими межгосударственными органами. Нетрудно заметить, что п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, если иметь в виду его содержание, предстает логическим продолжением идеи, реализованной законодателем в ч. 1 ст. 4 названного Кодекса.

Вопреки очевидному, Конституционный Суд Российской Федерации расценивает ч. 1 ст. 4 КАС РФ как положение, принятое «в развитие закрепленной в статье 46 Конституции Российской Федерации гарантии на судебную защиту прав и свобод человека и гражданина»⁷, а п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ — как часть «конкретизирующей статью 46 (части 1 и 2) Конституции Российской Федерации процессуального законодательства»⁸. В моем же понимании речь здесь идет не о «развитии» или «конкретизации» конституционных норм, а о явном сужении конституционных гарантий судебной защиты прав и свобод человека и гражданина.

Приведу два примера из практики Конституционного Суда Российской Федерации, относящейся к п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ.

Определением суда общей юрисдикции, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, В.В. Цветкову было отказано в принятии его заявления, в котором, в том числе содержалось требование о признании незаконными действий (бездействия) уполномоченных органов по допущению проведения публичных мероприятий, в ходе которых, по мнению заявителя, были совершены административные правонарушения, предусмотренные ст. 6.21 «Пропаганда нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних» и ст. 20.3 «Пропаганда либо публичное демонстрирование нацистской атрибутики или символики, либо атрибути-

⁷ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25.05.2017 № 1024-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Алексева Бориса Витальевича, Васильева Владимира Дмитриевича и других на нарушение их конституционных прав положением пункта 3 части 1 статьи 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

⁸ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13.04.2017 № 11-П «По делу о проверке конституционности части 2 статьи 40, частей 10 и 11 статьи 42 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», пунктов 2 и 3 части 1 статьи 128 и части 10 статьи 239 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации в связи с жалобой граждан И.Л. Трунова и М.В. Юревича» // СПС КонсультантПлюс.

ки или символики экстремистских организаций, либо иных атрибутики или символики, пропаганда либо публичное демонстрирование которых запрещены федеральными законами» Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Как указали суды, ни сам В.В. Цветков, ни его дети участниками публичных мероприятий, описанных заявителем, не являлись, об указанных публичных мероприятиях заявителю стало известно из средств массовой информации; заявленные требования фактически поданы в защиту неопределенного круга лиц, при этом заявителю действующим законодательством не предоставлено право предъявлять подобные требования.

Не давая оценки состоявшимся судебным решениям, Конституционный Суд Российской Федерации ограничился формулированием самоочевидного тезиса о том, что оспариваемые заявителем положения процессуального законодательства не предполагают произвольного отказа в принятии судьей административного искового заявления и исходят из необходимости выяснения в каждом конкретном случае обстоятельств, с возникновением которых связано право лица на предъявление такого заявления⁹.

Более определенно Конституционный Суд Российской Федерации обозначил свою позицию по поводу п. 1 ч. 3 ст. 128 КАС РФ в другом, схожем с предыдущим деле.

Гражданин В.И. Сергиенко, являющийся последователем религиозной организации «Свидетели Иеговы», направил обращение прокурору, в котором просил последнего направить в суд заявление о признании книги И. Волоцкого «Просветитель» экстремистским материалом и изъятии ее из свободного обращения. В ответ на это обращение прокурор сообщил, что, поскольку данная книга основана на толковании Библии и в ее содержании приводятся цитаты из Библии, она не может быть признана экстремистским материалом.

Полагая, что упомянутая книга наряду с цитатами из Библии содержит призывы убивать лиц по признаку национальности и вероисповедания, являющиеся не цитатами из Библии, а только толкованием ее текста автором книги, В.И. Сергиенко обратился с административным иском в суд, в котором просил признать незаконным отказ прокурора в принятии мер к признанию указанной книги экстремистским материалом и обязать прокурора направить данную книгу на комплексное психолого-

⁹ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 26.01.2017 № 108-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Цветкова Василия Владимировича на нарушение его конституционных прав статьями 3 и 4, пунктом 1 части первой статьи 134, статьями 254 и 255 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, а также частью 1 статьи 4, частью 1 статьи 128, статьями 316 и 329 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс. См. также цитированное выше Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13.04.2017 №11-П // СПС КонсультантПлюс.

лингвистическое исследование с целью установления наличия призывов к экстремистской деятельности. Определением районного суда, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, в принятии административного искового заявления было отказано. При этом суд апелляционной инстанции указал, что обращение заявителя рассмотрено в установленном порядке, ему направлен мотивированный ответ по существу поставленных вопросов, и несогласие заявителя с содержанием полученного им ответа не может служить основанием для принятия к рассмотрению его иска о признании незаконным и необоснованным отказа прокурора в принятии мер прокурорского реагирования.

Не подвергая какому-либо сомнению позицию судов первой и апелляционной инстанций, Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что «прокурор обладает определенной дискрецией (*курсив мой.* — Ю.С.) при решении вопроса о необходимости обращения в суд с заявлением о признании конкретного информационного материала экстремистским, вправе давать собственную предварительную оценку информационному материалу на предмет наличия признаков экстремизма для принятия дальнейших мер в отношении этого материала и независим при решении вопроса о необходимости обращения в суд с заявлением о признании информационного материала экстремистским. В связи с этим действующее правовое регулирование исключает понуждение гражданами прокурора в судебном порядке к принятию мер (*курсив мой.* — Ю.С.) по признанию конкретных информационных материалов экстремистскими, имея в виду, что такие заявления подаются прокурором в защиту публичных интересов, а не прав и интересов конкретных граждан»¹⁰.

Что касается последнего из двух приведенных суждений Конституционного Суда Российской Федерации, то занятую им в настоящем деле позицию оно, с моей точки зрения, никак не объясняет. Никто не спорит с тем, что законодательство «исключает понуждение гражданами» в судебном порядке прокурора (и не только его, но и иных представителей публичной власти) к принятию конкретных мер должностного реагирования, которые, по мнению граждан, являются необходимыми в данной ситуации. В то же время это законодательство ничуть не препятствует проведению судом по иску граждан и организаций проверки правомерности отказа представителей публичной власти от проявления служебной активности в требуемой административными истцами форме.

¹⁰ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20.04.2017 № 906-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сергиенко Владимира Ивановича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и статьей 3.1 Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности» // СПС КонсультантПлюс.

Позиция Конституционного Суда Российской Федерации становится понятной при уяснении смысла первого из двух составляющих приведенную выше цитату предложений: если из закона следует, что при принятии решения по тому или иному вопросу представитель публичной власти «обладает определенной дискрецией», заинтересованные гражданин или организация не имеют права требовать от него принятия конкретного варианта решения данного вопроса. Поскольку же такое право отсутствует, то, разумеется, оно не может быть нарушено (затронуту иным образом), в силу чего судья обязан отказать даже не в удовлетворении административного искового заявления, а, как следует из п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, в его принятии.

Позиция Конституционного Суда Российской Федерации, выраженная в упомянутом выше деле, означает, что в случае оспаривания дискреционного административного акта отказ судьи в принятии административного искового заявления со ссылкой на п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ будет признаваться законным при любых условиях. Это по существу означает исключение судебной проверки законности дискреционного административного акта, легальный вывод административного усмотрения из-под контроля суда, наделение административного усмотрения иммунитетом от такого контроля, короче, — отказ в доступе граждан и организаций к правосудию.

3. Конституционно-правовые аргументы против выведения административного усмотрения из-под контроля суда

Рассмотренная правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации новеллой отечественной юриспруденции, конечно, не является. «Если бы юрисдикционная деятельность суда, — отмечалось в одном из фундаментальных трудов, посвященных аппарату управления социалистического государства, — распространялась также и на оценку правильности, целесообразности решений, это ущемляло бы самостоятельность органов государственного управления, поскольку решения зачастую основываются на дискреционном усмотрении» [Шульце Г. и др., 1977: 121]¹¹.

По мнению советского ученого-юриста Д.М. Чечота, в ситуациях, когда «норма права лишь в общем виде определяет правомочие административного органа на совершение действия по его усмотрению, не налагая на орган никаких обязанностей перед конкретным лицом», между административным органом и заинтересованным лицом «нет и не может быть административно-правового спора, так как никаких субъективных прав по отношению

¹¹ Следует отметить, что термин «дискреционное усмотрение» является юридическим плеоназмом («усмотренческое усмотрение»), в силу чего его нельзя считать корректным.

к органу у этого лица нет» [Чечот Д.М., 1973: 74]¹². С его точки зрения, «в тех случаях, когда совершение административного действия зависит исключительно от усмотрения административного органа, контроль судебных органов должен быть исключен. Если бы судебный контроль в таких случаях был установлен, это... означало бы, что судебные органы должны были бы разрешать спор, который не носит правового характера» [Чечот Д.М., 1973: 75].

В работах других известных советских правоведов также обосновывалась позиция, согласно которой суд не должен рассматривать жалобы на акты, принимающиеся на основе компетенции органа или должностного лица [Дюрягин И.Я., 1975: 347], жалобы по поводу отказа органов и должностных лиц в просьбе, удовлетворение которой не составляет согласно законодательству их обязанности [Мельников А.А., 1978: 70; см. также: Конституция СССР... 1978: 66]¹³, «разбирать споры о предоставлении прав, благ, если эти вопросы решаются по усмотрению администрации» [Бахрах Д.Н., Боннер А.Т., 1975: 20].

Нетрудно заметить, что приведенные взгляды явно входят в противоречие с Конституцией Российской Федерации, признающей за гражданином такие основополагающие права, как, во-первых, право на признание, соблюдение и защиту государством прав и свобод человека и гражданина (ст. 2, ч. 1 ст. 45) и, во-вторых, право на деятельность органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, соответствующую Конституции Российской Федерации и законам (ч. 2 ст. 15). Данное право можно назвать правом на законную деятельность органов публичной власти и их должностных лиц.

Отмеченные права, предоставленные гражданам Конституцией Российской Федерации, имеют универсальный характер и согласно ее ст. 18 являются (подчеркну это) «непосредственно действующими». Они служат элементами содержания конституционного правоотношения, возникающего между публичной администрацией, издавшей административный акт, и административным истцом (гражданином, расценившим свои права и свободы «затронутыми» административным актом), наряду со спорным административным правоотношением, при этом не охватываясь последним. Можно утверждать, что два упомянутых конституционных права граждан выступают объектами судебной защиты при оспаривании гражданами и организациями по сути любого акта публичной администрации, имеющего дискреционный характер.

Иногда факт наличия того или иного конституционного права по причине отсутствия раскрывающих его содержание отраслевых юридических

¹² См. также: [Боннер А.Т., Квиткин В.Т., 1972: 18–19].

¹³ См. также: [Конституция СССР и расширение судебной защиты прав граждан, 1978: 66].

норм может выпадать из поля зрения не только административного истца, но и суда. Это может служить причиной к отказу в доступе к правосудию.

Например, гражданин обратился в суд с административным иском к территориальному подразделению МВД России, в котором просил признать незаконными действия административного ответчика по изготовлению уведомления о явке, т.е. повестки, и ее направлению в адрес административного истца. Определением судьи Замоскворецкого районного суда, оставленным 26.05.2017 г. без изменения Судебной коллегией по административным делам Московского городского суда, в принятии административного иска было отказано в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ. По мнению апелляционной инстанции, требования административного истца, вопреки его утверждениям в частной жалобе, не относятся к административным делам об оспаривании решений, действий (бездействия), порядок судебного обжалования которых регламентирован гл. 22 КАС РФ; оснований предполагать, что права и свободы истца, о защите которых он просит, нарушены или существует реальная угроза их нарушения оспариваемыми действиями полиции, не имеется; на заявителя оспариваемыми действиями не возлагается какой-либо обязанности, ему предлагают явиться для дачи объяснения по существу изложенных в его обращении сведений, его права и свободы не умаляются, не ограничиваются¹⁴.

Очевидно, что предусмотренное п. 3 ч. 1 ст. 13 Федерального закона №3-ФЗ «О полиции» право вызывать в полицию граждан и должностных лиц по расследуемым уголовным делам и находящимся в производстве делам об административных правонарушениях, а также в связи с проверкой зарегистрированных в установленном порядке заявлений и сообщений о преступлениях, об административных правонарушениях, о происшествиях, разрешение которых отнесено к компетенции полиции, — одно из важных ее дискреционных полномочий, которое она реализует когда сочтет нужным. Гражданин, получивший повестку, обязан явиться в полицию, права игнорировать ее у него, действительно, нет. Но при этом нельзя отрицать, что вызов в полицию сам по себе если не нарушает, то, по крайней мере, затрагивает предусмотренное ч. 1 ст. 23 Конституции РФ право каждого на неприкосновенность частной жизни, т.е. право «на невмешательство административной власти...» [Кобалевский В.Л., 1924: 210]. Кстати, так же, как и в англо-саксонской юридической доктрине и практике, где оно именуется правом «прайвеси», это право и у нас, думается, с полным основанием может и должно трактоваться как право гражданина «быть оставленным в покое» [Николайчик В.М., 1987: 4]. В связи с этим в описанном случае необходимо

¹⁴ См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 26.05.2017 №33а-811/2017 // СПС КонсультантПлюс.

было не отказывать, а принимать к производству суда административный иск и в ходе его рассмотрения проверять, соблюдены ли оговоренные законом условия, при которых допустим вызов граждан в полицию.

Иначе говоря, содержащееся в административном исковом заявлении утверждение административного истца, что оспариваемый им административный акт является незаконным, бесспорно, свидетельствует о том, что указанный акт (даже если впоследствии он будет признан соответствующим закону) если и не нарушает, то, как минимум, «затрагивает»¹⁵ принадлежащие истцу конституционные права на признание, соблюдение, защиту государством прав и свобод человека и гражданина (ст. 2, ч. 1 ст. 45 Конституции Российской Федерации) и на законную деятельность органов публичной власти и их должностных лиц (ч. 2 ст. 15).

Отсюда следует, что отказ судьи в принятии административного искового заявления об оспаривании дискреционного административного акта (вне зависимости от его содержания) по мотиву наличия обстоятельств, предусмотренных п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, практически при любых условиях будет входить в противоречие с Конституцией РФ. Суждение о том, законен оспариваемый дискреционный административный акт или нет, суд должен выносить по результатам рассмотрения административного искового заявления, а не в момент его принятия. Это вполне естественно, поскольку при оспаривании дискреционного административного акта возникает ситуация, описываемая следующей часто встречающейся в судебных решениях фразой: «Проверить доводы истца, равно как и установить факт нарушения его прав либо опровергнуть такое нарушение возможно лишь на стадии рассмотрения дела по существу»¹⁶.

В судебно-арбитражной практике мнение о том, что реализация субъективного права на усмотрение, вытекающее из предоставленных органу публичной администрации полномочий, не может быть предметом судебного разбирательства «в принципе», обосновывается подчас весьма экзотическим аргументом, а именно: усмотрение органа публичной администрации составляет «элемент его частной деятельности (п. 1 ст. 1 ГК РФ)»¹⁷.

Между тем ссылка на п. 1 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации, предусматривающий в числе основных начал гражданского за-

¹⁵ Законодатель не раскрывает содержания юридического термина «затрагивать». В русском языке это слово означает, в частности, следующее: «1. Касаться кого-л. или чего-л.; задевать. 2. перен. Иметь отношение к кому-л. или к чему-л.; быть связанным с кем-л. или с чем-л.» [Ефремова Т.Ф., 2005: 781].

¹⁶ См., напр.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.12.2017 № 57-КГ-20 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8.07.2005 № 09АП-6628/05-ГК по делу № А40-8725/05-79-70 // СПС КонсультантПлюс.

конодательства недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, не может считаться состоятельным доводом против того, чтобы суд оценивал законность реализации административного усмотрения. Названная статья закрепляет основные начала не административного, а гражданского законодательства. По справедливому мнению А.А. Иванова, «государство как субъект гражданского права более ограничено по сравнению с частными лицами в проявлении собственного усмотрения в частных делах. Об этом свидетельствует обширнейшее законодательство, посвященное, прежде всего, участию государства в имущественных отношениях (бюджетное законодательство, законодательство о приватизации и т.п.). Те цели, которые поставлены перед государством Конституцией Российской Федерации, не могут позволить ему действовать как простому частному лицу, принимая любые решения по поводу принадлежащего ему имущества» [Иванов А.А., 2012: 169].

Более развернуто на этот счет высказывается первый заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации профессор П.П. Серков, исходящий из того, что управленческая деятельность органов (должностных лиц) публичной власти не является их «усмотренческой «вотчиной»: «Вопреки распространенному мнению, должностные лица выступают носителями, а не обладателями властных полномочий. Разница кардинальная, поскольку должностные лица не имеют полномочий «владевать», но обязаны надлежащим образом, в пределах и объеме своих функциональных правомочий, исполнять обязанности и реализовывать права, принятые государством... Человек бессилён перед несправедливым усмотрением до тех пор, пока за должностными лицами будет признаваться обладание, а не распоряжение властными полномочиями по единой и универсальной методологии механизма административного правоотношения... Подобные усмотренческие интерпретации прав и обязанностей государства со стороны должностных лиц должны расцениваться как выход за пределы правового регулирования в результате неправильного применения административного усмотрения» [Серков П.П., 2016: 20]¹⁸.

Объективности ради подчеркну, что упомянутая выше позиция Конституционного Суда Российской Федерации, сводящаяся к признанию «обладания» должностным лицом «определенной дискрецией» обстоятельством, исключающим судебную проверку изданного таким лицом дискреционного административного акта, расходится с его же позицией, сформулированной еще за десятилетие до принятия КАС РФ следующим образом: «Несмотря на то, что суды не уполномочены проверять целесообразность решений налоговых органов (их должностных лиц), которые действуют в рамках предо-

¹⁸ Более подробно см.: [Серков П.П., 2018 (6): 310–314].

ставленных им законом дискреционных полномочий (*курсив мой.* — Ю.С.), необходимость обеспечения баланса частных и публичных интересов в налоговой сфере как сфере властной деятельности государства предполагает возможность проверки законности соответствующих решений, принимаемых в ходе налогового контроля, — о проведении встречных проверок, истребовании документов, назначении экспертизы и т. д. Как следует из взаимосвязанных положений статей 46 (часть 1), 52, 53 и 120 Конституции Российской Федерации, предназначение судебного контроля как способа разрешения правовых споров на основе независимости и беспристрастности предопределяет право налогоплательщика обратиться в суд за защитой от возможного произвольного правоприменения»¹⁹. Отмечу, что пока Конституционный Суд Российской Федерации не был поставлен перед необходимостью оценивать конституционность п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, он стойко придерживался этой, с моей точки зрения, безупречной позиции и в других своих решениях²⁰, распространяя ее не только на налоговые органы, но и на прокуратуру²¹, антимонопольные органы²², а, значит, и на всю публичную администрацию.

¹⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16.07.2004 № 14-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений части второй статьи 89 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А. Д. Егорова и Н. В. Чуева» // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ См., напр.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 18.01.2005 № 130-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запросов Арбитражного суда Орловской области о проверке конституционности пунктов 1 и 6 статьи 101, статьи 106, пунктов 1 и 6 статьи 108 и статьи 109 Налогового кодекса Российской Федерации»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16.03.2006 № 70-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Егорова Андрея Дмитриевича на нарушение его конституционных прав подпунктом 1 пункта 1 статьи 31, абзацем первым пункта 1 статьи 93 Налогового кодекса Российской Федерации, частью 1 статьи 65 и частью 5 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

²¹ См., напр.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17.02.2015 № 2-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с жалобами межрегиональной ассоциации правозащитных общественных объединений «Агора», межрегиональной общественной организации «Правозащитный центр «Мемориал», международной общественной организации «Международное историко-просветительское, благотворительное и правозащитное общество «Мемориал», региональной общественной благотворительной организации помощи беженцам и вынужденным переселенцам «Гражданское содействие», автономной некоммерческой организации правовых, информационных и экспертных услуг «Забайкальский правозащитный центр», регионального общественного фонда «Международный стандарт» в Республике Башкортостан и гражданки С. А. Ганнушкиной» // СПС КонсультантПлюс.

²² См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14.05.2015 № 1076-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «АРГУС-СПЕКТР» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 5 части 2 статьи 39 Федерального закона «О защите конкуренции» // СПС КонсультантПлюс.

Хочется надеяться, что данный подход к пониманию дискреции и пределов судебного контроля за ней вновь возобладает в практике Конституционного Суда Российской Федерации.

4. Законные интересы граждан и организаций как мнимые объекты судебной защиты в делах об оспаривании дискреционных административных актов

Возвращаясь непосредственно к п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, наряду с отмеченной выше его неконституционностью следует также обратить внимание на внутреннюю ущербность упомянутого положения закона, обусловленную наличием в его тексте понятия «законные интересы». Как известно, ч. 1 ст. 1 и ч. 1 ст. 4 КАС РФ расширили в сравнении с ч. 1 ст. 46 Конституции Российской Федерации перечень объектов судебной защиты, включив в него наряду с правами и свободами «законные интересы» граждан и организаций. Аналогичный подход воплощен в Федеральном законе от 27.07.2004 №79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», который в качестве одной из основных обязанностей государственного служащего закрепляет соблюдение им при исполнении должностных обязанностей не только прав, но и законных интересов граждан и организаций (п. 4 ч. 1 ст. 15). Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» также требует от должностных лиц органов государственного контроля (надзора) соблюдения при проведении проверки как прав, так и законных интересов юридического лица, индивидуального предпринимателя (п. 2 ст. 18).

Законодатель и высшие судебные инстанции страны понятие законного интереса не разъясняют. Вполне естественной, соответствующей обыденному сознанию представляется позиция, согласно которой законные интересы граждан и организаций — это их нужды, потребности, удовлетворение которых не запрещено законом. Речь идет о простой юридической дозволенности, точнее, незапрещенности определенного поведения, об усеченной юридической возможности, не подкрепленной, в отличие от субъективного права или свободы, обязанностью других лиц.

Парадоксально, но при таком понимании законного интереса п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ утрачивает регулирующий смысл и обрекается на неприменение, ибо административный истец всегда, при любых условиях может указать на какой-либо свой законный интерес (а их бесчисленное множество), который нарушается или, тем более, затрагивается иным образом оспари-

ваемым дискреционным административным актом. Этого не происходит потому, что отмеченная широкая трактовка понятия законного интереса, бесосновательно, на мой взгляд, введенного законодателем в правовой оборот наряду с «правами и свободами», не только не имеет распространения в юридической литературе, но и абсолютно не находит поддержки в судебной практике. При изучении судебных решений автору не удалось обнаружить административные дела, где административный истец ставил, а суд обсуждал бы вопрос о нарушении исключительно законных интересов истца. Речь всегда шла о правах, свободах истца либо о его правах, свободах и законных интересах.

Отмечу, что Конституционный Суд Российской Федерации, анализируя содержание п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, не считает необходимым даже упоминать о законных интересах. «Административное процессуальное законодательство, конкретизирующее положения статьи 46 Конституции Российской Федерации, исходит, по общему правилу, из того, что любому лицу судебная защита гарантируется только при наличии оснований предполагать, что права и свободы, о защите которых просит лицо (*подчеркиваю: права и свободы, без законных интересов.* — Ю.С.), ему принадлежат и при этом указанные права и свободы были нарушены или существует реальная угроза их нарушения»²³.

Практический опыт и интуиция подсказывают профессиональным судьям то, что иногда укрывается от взгляда юриста-теоретика, а именно, что «законные интересы вне субъективных прав и юридических обязанностей не существуют» [Черданцев А.Ф., Гунин Д.И., 2013: 12]. П.П. Серков абсолютно правильно, на мой взгляд, отмечает, что субъективным интересам

²³ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 28.01.2016 № 109-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Даньшина Сергея Викторовича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс. Данная позиция содержится также в следующих актах Конституционного Суда Российской Федерации: приведенное выше Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25.10.2016 № 2170-О// СПС КонсультантПлюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25.05.2017 №1024-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Алексева Бориса Витальевича, Васильева Владимира Дмитриевича и других на нарушение их конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 28.09.2017 №1842-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Малюшкина Виктора Митрофановича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128, пунктом 1 части 1 статьи 194 и статьей 323 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, а также частью 5 статьи 11 Федерального закона «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17.07.2018 №1721-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Крайнова Дмитрия Юрьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128 и частями 15 и 16 статьи 239 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

«не находится места в конструкции правоотношения... Законный «интерес» просто обречен на то, чтобы входить в «содержание субъективного права... Иного способа определения законности субъективно возникших интересов просто не существует» [Серков П.П., 2018 (а): 262, 264].

Отсюда следует, что являющаяся данью традициям отечественного, если так можно выразиться, законописания формулировка «права, свободы и законные интересы», используемая в КАС РФ и других нормативных правовых актах, относящихся к деятельности публичной администрации, должна быть сокращена до конституционной формулировки «права и свободы».

5. Практика применения Верховным Судом Российской Федерации пункта 3 части 1 статьи 128 КАС РФ: противоречия и перспективы

Уместно отметить, что за несколько лет до издания КАС РФ Пленум Верховного Суда Российской Федерации, разъясняя п. 1 ч. 1 ст. 134 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, аналогичный в рассматриваемом аспекте п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, акцентировал внимание судов на том, что отказ в принятии заявления допустим лишь при условии, когда оспариваемый гражданином или организацией административный акт не просто, а «очевидно» не затрагивает их права и свободы. «В случае, когда из заявления не усматривается, что оспариваемое решение, действие (бездействие) явно (*курсив мой. — Ю.С.*) не затрагивает права и свободы заявителя, судья не вправе отказать в принятии такого заявления»²⁴. В пришедшем на смену указанному документу Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27. 09.2016 №36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» подобные разъяснения отсутствуют. В настоящее время лишь отдельные суды исходят из того, что «судья вправе отказать в принятии административного иска, только если оспариваемое действие (бездействие) очевидно и бесспорно (*курсив мой. — Ю.С.*) не затрагивает права, свободы и законные интересы административного истца»²⁵. Не в этом ли кроется причина вынесения прямо противоположных решений по практически сходным административным делам?

²⁴ П. 17 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 №2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих» (утратил силу) // СПС КонсультантПлюс.

²⁵ Апелляционное определение Московского городского суда от 30.08.2018 по делу № 33а-6265 // СПС КонсультантПлюс.

Так, еще в период действия первого из указанных постановлений граждане Н.А. Плысенко, Л.И. Тормосина, О.С. Зеркальчук и Н.Н. Разинкова, являвшиеся студентами Воронежского филиала Финансового университета при Правительстве Российской Федерации», обратились в Верховный Суд Российской Федерации с заявлениями о признании незаконным распоряжения Правительства Российской Федерации от 25.12.2012 № 2529-р, которым указанный филиал был ликвидирован. По мнению заявителей, оспариваемый административный акт создал препятствия к осуществлению конституционного права на получение высшего образования, нарушил право свободы выбора образовательного учреждения, гарантированное ст. 2 Федерального закона от 22.08.1996 №125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», противоречит Конвенции о борьбе с дискриминацией в области образования (1960) и ст. 13 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966).

Рассматривая данное дело, Апелляционная коллегия Верховного Суда Российской Федерации отметила, что закрепленное в п. 5 ст. 2 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» право свободы выбора образовательного учреждения не означает установления запрета на ликвидацию избранного гражданином образовательного учреждения, его филиала, если при этом обеспечивается право свободы выбора других действующих учебных заведений, осуществляющих обучение по соответствующей специальности. Поскольку оспариваемое распоряжение, по мнению Коллегии, не содержит положений, направленных на ограничение прав и возможностей граждан при получении высшего образования, какое-либо противоречие оспариваемого акта Конвенции о борьбе с дискриминацией в области образования и ст. 13 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах отсутствует.

Коллегия отметила также несостоятельность ссылки заявителей на недоказанность вывода суда о том, что им обеспечено право свободы выбора других действующих учебных заведений, осуществляющих обучение по соответствующей специальности, несостоятельна. Право на свободу выбора образовательного учреждения будет реализовано, в частности, при переводе заявителей с их согласия в федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Воронежский государственный университет». Продолжение обучения в другом филиале университета также не нарушает право выбора заявителей, так как обучение при наличии согласия заявителей будет ими продолжено в том же образовательном учреждении.

В результате Апелляционная коллегия Верховного Суда Российской Федерации вынесла справедливое, на мой взгляд, решение, отказав в удовлет-

ворении апелляционной жалобы²⁶. Как видно, в данном случае вопрос о том, затрагивает ли административный акт права и свободы заявителей, не возник ни в одной судебной инстанции.

Прямо противоположный подход продемонстрирован в следующем, во многом совпадающем по своему содержанию с предыдущим, деле, рассмотренном после признания утратившим силу Постановления Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 2. Гражданин Н. обратился в Полярный районный суд Мурманской области с административным исковым заявлением к Федеральной службе по надзору в сфере образования и науки (Рособрнадзору) о признании незаконными действий (бездействия), который определением от 23.03.2016 отказал Н. в принятии административного искового заявления.

В частной жалобе Н. просил указанное определение об отказе в принятии заявления отменить и обязать суд принять административное исковое заявление к производству. Заявитель полагал необоснованным вывод суда о том, что его обращение в суд с иском является защитой нарушенных прав вуза, в котором он проходил обучение, поскольку решениями Рособрнадзора о приостановлении государственной аккредитации нарушаются его права как получателя образовательных услуг. В частности, в результате лишения государственной аккредитации университета он вынужден переезжать за пределы своего населенного пункта в места нахождения образовательных организаций, давших согласие на принятие студентов указанного вуза для завершения обучения.

Судебная коллегия по гражданским делам Мурманского областного суда определение судьи Полярного районного суда Мурманской области от 23.03.2016 оставила без изменения, а частную жалобу Н. — без удовлетворения, обосновав свою позицию следующим образом. Отказывая в принятии административного искового заявления, судья, руководствуясь п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, исходил из того, что за восстановлением нарушенного права должен был обратиться сам вуз. Сведений о наличии у заявителя полномочий для обращения в суд с требованием в защиту прав указанного лица в материалах дела не содержится.

Исходя из содержания п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, судебному контролю подлежат только такие акты (решения, действия, бездействие и т. п.), которые нарушают права и законные интересы административного истца. «Применительно к гражданским правам административного истца оспариваемый приказ является юридически безразличным, непосредственно к истцу не относится и соответствующих предписаний в отношении него не содержит

²⁶ Определение Апелляционной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 27.06.2013 № АПЛ13-243 // СПС КонсультантПлюс.

(курсив мой. — Ю.С.). Указанные в частной жалобе доводы сводятся к обоснованию взаимосвязи оспариваемого приказа с гражданскими правами и свободами административного истца, направлены на иное толкование закона и не могут повлечь отмену определения. Выводы судьи соответствуют нормам права, и оснований считать их ошибочными не имеется»²⁷.

Если бы Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 9 продолжало действовать, суды вряд ли сочли возможным признать оспариваемый в настоящем деле административный акт (вынуждающий молодого человека к смене места жительства для продолжения обучения в вузе, имеющем государственную аккредитацию) явно не затрагивающим его права и, скорее всего, приняли бы административное исковое заявление к производству. Таким образом, на мой взгляд, требуется усиление юридических гарантий доступа граждан и организаций к правосудию.

Возможно, это совпадение, но после выступления автора с докладом по исследуемой в настоящей статье теме на проведенной 20–21.09.2018 Верховным Судом Российской Федерации и Российским государственным университетом правосудия международной научно-практической конференции «Административное судопроизводство: проблемы и перспективы развития» Судебная коллегия по административным делам Верховного Суда Российской Федерации вынесла по одному из дел кассационное определение от 18.01.2019 №41-КГ18-53, в котором сформулировала очень важную, принципиальную правовую позицию. В п. 43 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации №1 (2019), утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 24.04.2019, эта позиция сформулирована следующим образом: «При разрешении вопроса о принятии административного искового заявления к производству суда не может быть дана оценка действиям и полномочиям административных ответчиков, а также не может быть сделан вывод об отсутствии нарушений оспариваемыми действиями прав, свобод и законных интересов административных истцов, поскольку указанные обстоятельства подлежат установлению при рассмотрении и разрешении административного дела по существу»²⁸. Казалось бы, можно праздновать победу, но согласно ч. 2 и 3 ст. 310 КАС РФ одним из оснований для отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке является неправильное истолкование закона, в том числе без учета правовой позиции, содержащейся исключительно в постановлениях Президиума Верховного Суда Российской Федерации, а не в утвержденных им обзорах судебной практики. Поэтому без законодательных решений здесь не обойтись.

²⁷ См.: Апелляционное определение Мурманского областного суда от 21.04.2016 №33а-1350/2016 // СПС КонсультантПлюс.

²⁸ СПС КонсультантПлюс.

Заключение

Изложенное убеждает в целесообразности исключения из ч. 1 ст. 128 КАС РФ пункта 3, в соответствии с которым судья отказывает в принятии административного искового заявления, если из административного искового заявления об оспаривании административного акта, решения, действия или бездействия публичной администрации «не следует, что этими актом, решением или действием (бездействием) нарушаются либо иным образом затрагиваются права, свободы и законные интересы административного истца».

Предлагаемая законодательная мера позволит привести КАС РФ в соответствие с положениями ч. 1 и 2 ст. 46 Конституции Российской Федерации, не устанавливающими каких-либо барьеров для проверки судом законности оспариваемых административных актов. Опасения насчет того, что данный шаг будет иметь следствиями посягательство судебной власти на независимость власти исполнительной, а также чрезмерное увеличение судебной нагрузки, представляются обоснованными. Лишение административного усмотрения предусмотренного п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ иммунитета от судебного контроля приблизит отечественное правосудие к европейским стандартам. Как это может выглядеть в наших условиях, показывает следующий пример из практики Европейского Суда по правам человека.

Офисные помещения ассоциации-заявителя и дома четырех других заявителей располагаются недалеко от дорог с интенсивным движением и перекрестков в Гамбурге (ФРГ). В 2001 г. заявители потребовали у Федерального бюро автомобильного транспорта и водителей обязать производителей автомобилей принять специальные меры для уменьшения вдыхаемых выбросов дизельных автомобилей, но их требование в конечном счете было отклонено. Заявители затем предъявили иск в административные суды, который был окончательно отклонен после того, как суды пришли к выводу, что критические объемы пылевых выбросов, предусмотренные немецким законодательством, соответствовали европейским стандартам и что позитивные обязательства государства не требовали от властей принимать специальные меры, на которых настаивали заявители.

Как указал Европейский Суд по правам человека, заявители, по существу, оспаривали уклонение государства от надлежащей защиты их здоровья. Однако даже если шум или иные загрязнения, серьезно влияющие на здоровье лица, могут вызывать вопросы с точки зрения ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), Конвенция как таковая прямо не предусматривает права на чистую и тихую окружающую среду. Заявителями не оспаривалось, что государство приняло определенные меры для снижения выбросов дизельных транспортных средств. Выбор средств решения про-

блем окружающей среды находится в рамках свободы усмотрения государства, и заявители не доказали, что, отказываясь принять специальные меры, требуемые ими, государство превысило свои дискреционные полномочия, не установив справедливого равновесия между интересами граждан и общества в целом.

Рассмотрев жалобу, Европейский Суд по правам человека признал ее явно необоснованной²⁹. В то же время нельзя отрицать, что все органы судебной власти продемонстрировали в настоящем случае уважительное, бережное отношение не только к правам, но и к законным интересам граждан в широком их понимании.

В качестве резюме отмечу, что реализация обоснованного в настоящей статье предложения об исключении из ч. 1 ст. 128 КАС РФ пункта 3 будет способствовать «очеловечиванию» российской судебной системы, усилению действенности судебного контроля за законностью административной деятельности и, следовательно, повышению доверия граждан к органам публичной власти и их представителям.



Библиография

- Бахрах Д.Н., Боннер А.Т. Административная юстиция: развитие и проблема совершенствования // Советское государство и право. 1975. N 8. С. 13–21.
- Бланкенегель А., Хартвиг М., Мальманн О., Пуделька Й., Вебер Й. Административно-процессуальный кодекс: концепция, модельный закон и комментирование. Берлин: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2014. 206 с.
- Боннер А.Т., Квиткин В.Т. К вопросу о соотношении административной и судебной деятельности // Вестник МГУ. Сер. Право. 1972. N 5. С. 13–22.
- Дюрягин И.Я. Применение норм советского права и социальное (государственное) управление (теоретические проблемы): дис. ... д.ю.н. Свердловск, 1975. 398 с.
- Ефремова Т.Ф. Современный толковый словарь русского языка. Т. 1. М.: АСТ, 2005. 1168 с.
- Зеленцов А.Б. Конституционализация административного права в России: теоретические проблемы // Административное право и процесс. 2018. N 12. С. 12–21.
- Иванов А.А. Дело «Общество «Монаб» против Правительства города Москвы и других» / Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2006 год с комментариями / под ред. А.А. Иванова. М.: Статут, 2012. С. 163–172.
- Кобалевский В.Л. Очерки советского административного права. Харьков: Гос. изд-во Украины, 1924. 258 с.
- Конституция СССР и расширение судебной защиты прав граждан // Советское государство и право. 1978. N 11. С. 63–67.

²⁹ См.: Информация о Решении Европейского Суда по правам человека от 12.05.2009 по делу «Гринпис Е.В.» и другие (Greenpeace E.V. and others) против Германии» // СПС КонсультантПлюс.

Мельников А.А. Право граждан обжаловать в суд действия должностных лиц // Советское государство и право. 1978. N 11. С. 68–74.

Николайчик В.М. США: полицейский контроль над обществом. М.: Наука, 1987. 197 с.

Серков П.П. Административное право, административное судопроизводство и механизм правоотношения // Журнал административного судопроизводства. 2016. N 1. С. 14–24.

Серков П.П. (а) Правоотношение (Теория и практика современного правового регулирования). Часть первая: Грани правового неведомого. М.: Норма, 2018. 512 с.

Серков П.П. (б) Правоотношение (Теория и практика современного правового регулирования). Часть вторая: Очертания правовой универсальности; Часть третья: Закономерность правовых закономерностей. М.: Норма, 2018. 1088 с.

Черданцев А.Ф., Гунин Д.И. Интересы законные, противозаконные и незаконные // Российское правосудие. 2013. N 7. С. 12–21.

Чечот Д.М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1973. 132 с.

Шульце Г., Тихомиров Ю.А., Хинов С. и др. Аппарат управления социалистического государства. Ч. 2. М.: Юрид. лит., 1977. 351 с.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

Discretionary Nature of Administrative Act as a Circumstance Precluding Judicial Review of its Legality



Yuri P. Solovey

Professor, Siberian Law University, Honored Lawyer of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 12 Korolenko Str., Omsk 644010, Russian Federation. E-mail: rektor@siblu.ru



Abstract

The subject of the research in this article is the legislative norms defining the boundaries of judicial review of the legality of the exercise by authorities and officials of the public administration of discretionary powers, first of all, clause 3 of part 1 of article 128 of the Administrative Procedure Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as CAS RF). According to this provision of the law, the judge refuses to accept an administrative claim if “from an administrative claim for challenging a regulatory legal act, an act containing explanations of legislation and having normative properties, a decision or action (inaction)” of the public administration does not follow that this act, decision or act (inaction) violates or otherwise affects the rights, freedoms and legitimate interests of the administrative claimant.” The purpose of the study is to prove that paragraph 3 of part 1 of Article 128 of the CAS RF in the interpretation given to it by court practice, contrary to the position stated by the legislator, does not simply unduly narrow the boundaries of judicial review of the legality of those administrative acts that are discretionary, but also the possibility of such verification. Based on dialectical, formal logical, historical, formal legal methods of cognition, the method of interpretation of law and the results of the analysis of published materials of judicial practice, the Author concludes that paragraph 3 of part

1 of Article 128 of the CAS RF does not comply with the provisions of the Constitution of the Russian Federation and the need to exclude it from CAS RF. The proposed legislative measure will allow the CAS RF to be brought into line with parts 1 and 2 of Article 46 of the Constitution of the Russian Federation, which do not establish any barriers for the court to verify the legality of the contested administrative acts. Fears that this step will have the implication of the judiciary on the independence of the executive branch, as well as an excessive increase in the judicial burden, seem to be groundless. Depriving the administrative discretion of Article 128 of the CAS of the Russian Federation on Article 3 of paragraph 3 of immunity from judicial control will bring domestic justice closer to European standards, will help “humanize” the Russian judicial system, strengthen the effectiveness of judicial control over the legality of administrative activities and, consequently, increase public confidence in public authorities, authorities and their representatives.



Keywords

administrative discretion; discretionary powers; discretionary administrative act; public administration; legality; refusal to accept an administrative claim; rights and legal interests of citizens and organizations; judicial control; denial of access to justice.

For citation: Solovey Y.P. (2019) Discretionary Nature of Administrative Act as a Circumstance Precluding Judicial Review of its Legality. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 72–99 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.72.99



References

- Bakhrakh D.N., Bonner A.T. (1975) Administrative Justice: Development and the Problem of Improvement. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 8, pp. 13–21 (in Russian)
- Blankenagel A., Hartwig M., Mallmann O., Podelka J., Weber J. (2014) *Administrative Procedure Code: Concept, Model Law and Commenting*. Berlin, 206 p. (in Russian)
- Bonner A.T., Kvitkin V.T. (1972) On the Question of the Relationship between Administrative and Judicial Activities. *Vestnik MGY, seria Pravo*, no 5, pp. 13–22 (in Russian)
- Chechot D.M (1973) *Administrative Justice: theoretical issues*. Leningrad: University Press, 132 p. (in Russian)
- Cherdantsev A.F., Gunin D.I. (2013) Interests are legal, illegal and illegal. *Rossiiskoe pravosudie*, no 7, pp. 12–21 (in Russian)
- Dyuryagin I.Y. (1975) *Application of norms of the Soviet law and social (state) management (theoretical problems)*. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Sverdlovsk, 398 p. (in Russian)
- Ivanov A.A. (2012) Case of The Monab Society v. Moscow City Government and Others. *Pravovie pozicii Prezidiuma Vishego Arbitrazhnogo Suda: Izbrannie postanovleniya za 2006 s kommentariyami*. Moscow: Statut, pp. 163–172 (in Russian)
- Kobalevsky V.L. (1924) *Essays on Soviet administrative law*. Kharkov: Gosizdat Ukrainy, 258 p. (in Russian)
- Melnikov A.A. (1978) The right of citizens to appeal against the actions of officials to a court. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 11, pp. 68–74 (in Russian)
- Nikolaychik V.M. (1987) *SShA: Police Control over Society*. Moscow: Nauka, 197 p. (in Russian)

Serkov P.P. (2016) Administrative law, administrative legal proceedings and the mechanism of legal relations. *Zhurnal administrativnogo sudoproizvodstva*, no 1, pp. 14–24 (in Russian)

Serkov P.P. (2018) *Legal Relationship (Theory and Practice of Modern Legal Regulation). Part. 1: The Edge of Legal Unknown*. Moscow: Norma, 512 p. (in Russian)

Serkov P.P. (2018) *Legal Relationship (Theory and Practice of Modern Legal Regulation). Part 2: Outlines of Legal Universality; Part. 3: Regularities of Legal Laws*. Moscow: Norma, 1088 p. (in Russian)

Schulze G., Tikhomirov Y.Z., Khinov S. etc. (1977) *Management Apparatus of the Socialist State. Part 2*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 351 p. (in Russian)

The Constitution of the USSR and the expansion of judicial protection of the rights of citizens (1978) *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 11, pp. 63–67 (in Russian)

Zelentsov A.B. (2018) The Constitutionalization of Administrative Law in Russia: theoretical issues. *Administrativnoe pravo i process*, no 12, pp. 12–21 (in Russian)