



THE CONCEPT OF DISCRETION AND DELIMITATION WITH JUDICIAL DISCRETION

Yorg Pudelka^a

^a Head of the GIZ office in Uzbekistan, director of the GIZ program “Promotion of legal statehood in the countries of Central Asia”, judge of the administrative court of Berlin (Germany)

ПОНЯТИЕ УСМОТРЕНИЯ И РАЗГРАНИЧЕНИЕ С СУДЕБНЫМ УСМОТРЕНИЕМ

Йорг Пуделька^a

^a Глава представительства GIZ в Узбекистане, директор программы GIZ «Содействие правовой государственности в странах Центральной Азии», судья административного суда г. Берлина (Германия)

ИХТИЁРИЙЛИК ТУШУНЧАСИ ВА УНИ СУД ИХТИЁРИЙЛИГИДАН ФАРҚЛАНИШИ

Й.Пуделька^a

^a GIZning O'zbekistondagi vakolatxonasi rahbari, GIZning "Markaziy Osiyo davlatlarida huquqiy davlatni rivojlantirish" dasturi direktori, Berlin (Germaniya) ma'muriy sudining sudyasi

Аннотация: статья описывает понятие усмотрения как одного из центральных понятий в науке административного права, далее проводится параллель между усмотрением, существующее у органа управления (т.н. дискреционные полномочия) и судебным усмотрением. Так, административный орган обязан применять свое усмотрение в соответствии с целью предоставления права усмотрения и соблюдать предусмотренные законом пределы усмотрения, если он уполномочен действовать по собственному усмотрению. Правильное применение усмотрения административным органом может быть перепроверено в рамках досудебного обжалования этим же административным органом или вышестоящим административным органом. Административный орган или вышестоящий административный орган может, в частности, по-другому оценить также целесообразность решений и тем самым принять другие решения, даже если нет никаких сомнений в правомерности первоначально принятого решения. В частности, в случае досудебного обжалования исходят из того, что проводится новая, самостоятельная оценка целесообразности действий органа исполнительной власти. В принципе, это не вызывает никаких правовых проблем в отношении защиты доверия, поскольку заявитель сам посредством подачи претензии препятствует вступлению административного акта в законную силу, препятствуя тем самым связанной с этим более трудной отменности. Однако, это становится проблематичным в случае рассмотрения дела в административном суде, поскольку суды в силу принципа разделения властей вправе проверять лишь правомерность действий исполнительной власти, а не целесообразность ее решений. В этой связи, в рамках процесса в административном суде проверка дискреционных решений ограничивается лишь проверкой наличия одного из видов ошибок усмотрения, а не проверкой на предмет того, является

ли административный акт или отказ в издании или не издании административного акта неправомерным, были ли нарушены предусмотренные законом пределы усмотрения или усмотрение не было применено согласно цели его предоставления. А также дано подробное описание видов усмотрения и какие существуют ошибки усмотрения. В заключении приводятся аргументы в пользу существования усмотрения, поскольку существуют сомнения относительно подверженности решений по усмотрению к коррупции.

Ключевые слова: усмотрение, дискреционные полномочия, административное право, административный орган, административный акт, виды усмотрения, закон, порядок вручения документов, судебное усмотрение, принцип разделения властей, закон об административных процедурах, административно-процессуальный кодекс, целесообразность решений, действие органов исполнительная власть, досудебное обжалование, виды ошибок усмотрения, сомнения, коррупция, решения по усмотрению.

Понятие усмотрения является одним из центральных понятий административного права. Если какая-либо норма права предоставляет органу управления усмотрение (другими словами дискреционные полномочия), то под этим подразумевается, что данный орган имеет определенный диапазон для самостоятельного принятия решений, которые могут быть перепроверены судом в ограниченном объеме. Усмотрение может касаться «совершения или несовершения какого-либо действия» органом (так называется право органа управления действовать по собственному усмотрению, по-немецки *Entschließungsermessen*) или касаться вопроса «каким образом», то есть вопроса, с помощью каких мер реагировать органу управления в конкретном случае (или же в случае существования нескольких возможных адресатов одной меры, к кому из них применить данную меру). В последнем случае говорят о праве выбора по усмотрению, когда орган управления может выбрать адресата или меру из нескольких имеющихся (по-немецки *Auswahlermessen*).

Ответ на вопрос- предоставляет ли какая-либо норма права органу управления усмотрение или нет-, необходимо искать в самой норме. В абсолютном большинстве случаев текст самой нормы дает необходимый ответ, когда, например, в нем используются такие формулировки, как «может», «имеет право» или «должен». В более редких случаях к предоставлению усмотрения ведет толкование нормы (при необходимости даже с учетом конституционно-правовых аспектов).

Пример. Согласно §7 ч.1 предложению 1 Закона о порядке вручения документов, направляемых административными органами, вручаемые документы *могут* быть направлены лицу, уполномоченному в общем или по определенным вопросам. Тем самым, здесь органам управления предоставляется собственное усмотрение в определенных пределах. Орган управления должен по должному усмотрению решить, направлять ли вручаемый документ уполномоченному лицу или самому адресату административного акта.

Однако, согласно предложению 2 данной нормы, вручаемые документы *направляются* уполномоченному лицу, если оно предоставило письменную доверенность. В этом случае у органа управления больше нет усмотрения. Если предоставляется письменная доверенность, орган обязан направить вручаемый документ уполномоченному лицу, чтобы вручение стало действительным и начался отсчет соответствующих сроков (например, для оспаривания).

Если органу управления предоставляется усмотрение, то это не значит, что орган управления теперь может делать всё, что захочет. В соответствии с §40 Закона «об

административных процедурах» орган управления обязан использовать предоставленное ему усмотрение всегда в соответствии с предусмотренной при его предоставлении целью, соблюдая при этом также предусмотренные законом пределы усмотрения.

Если орган управления не осознает, что у него есть усмотрение, то имеет место ошибка (так наз. ошибочное неприменение усмотрения), которая делает административный акт неправомерным и может привести к его отмене в рамках ведомственного обжалования или искового судопроизводства.

Если орган управления осознает, что у него есть усмотрение, но применяет его не в соответствии с предусмотренной при его предоставлении целью, а учитывая соображения, не имеющие отношения к делу, и не принимает во внимание определенные обстоятельства, имеющие значение для решения по делу, или неверно оценивает их приоритетность по отношению друг к другу, то имеет место так называемое неправильное применение усмотрения. Эта ошибка также делает административный акт неправомерным и может привести к его отмене.

Административный акт является также неправомерным, если орган управления превышает предусмотренные законом пределы усмотрения (так наз. превышение пределов усмотрения, ошибка применения усмотрения, прямо предусмотренная в §40 Закон «об административных процедурах»). Это всегда имеет место в случаях, когда орган применяет меру, которая не содержится в перечне мер, из которого орган может выбирать, так как, например, эта мера уже согласно самому тексту находится вне нормы (напр., если закон предусмотрел пределы административного штрафа от 100 до 500 евро, а орган управления принимает решение назначить 600 евро), или если мера в силу несоразмерности находится вне списка мер, которые могут быть применены. Тем самым нарушения принципа соразмерности всегда являются также дискреционными ошибками и, значит, несоразмерные решения всегда являются неправомерными (а не только нецелесообразными).

Если ни одной из указанных дискреционных ошибок нет, то мера органа управления, возможно, является не самой целесообразной, но это не делает административный акт неправомерным, а делает его лишь нецелесообразным. Такого рода вопросы могут быть исправлены лишь в рамках процедуры ведомственного обжалования, а не в рамках искового судопроизводства (принцип разделения властей).

Если норма права предоставляет органу управления усмотрение, то в силу особых обстоятельств может так произойти, что, тем не менее, органом управления может быть принято только одно единственное определенное решение. В таком случае говорят о сокращении усмотрения до нуля. Зачастую в таких случаях роль играют правовые блага наиболее высокого ранга, то есть, например, конституционно-правовые соображения сводят усмотрение до нуля. К примеру, согласно законодательству о полиции, то полиция принципиально обладает усмотрением в вопросе, совершать ли какие-либо действия, когда и в отношении кого их совершать в целях предотвращения угроз для общественной безопасности и порядка. Но если существуют определенные угрозы для охраняемых правовых благ высокого ранга, напр., для конституционного права, то право органа управления действовать по собственному усмотрению (то есть касательно вопроса, необходимо ли полиции вообще действовать) может сократиться до нуля. В таком случае несовершение действий будет дискреционной ошибкой и в этом смысле неправомерным.

Судебное усмотрение. Исходя из этого, следует отличать так называемое судебное усмотрение. При судебном усмотрении речь идет не об административном усмотрении, поскольку здесь имеются ввиду полномочия судьи управлять судебным процессом, например, какие сроки судья назначит в подготовительном производстве, какие обязанности содействия он возложит на стороны, и тем более, если имеются ввиду вопросы, связанные с поиском судебного решения (как например, взвешивание о срочности дела или о необходимости срочной защиты правовых благ, находящихся под угрозой, посредством предварительной правовой защиты). Все эти ситуации подпадают под принцип независимости судьи и не могут сравниваться с административным усмотрением, применение которого как раз подлежит проверке, хотя для этого существуют определенные границы, исходя из принципа разделения властей.

В целом везде, где в дальнейшем речь идет о применении усмотрения, имеется ввиду применение усмотрения административными органами («административное усмотрение»).

Ошибки усмотрения. Если правовая основа предоставляет административному органу усмотрение, то решение административного органа проверяется также на предмет правильного применения усмотрения. Согласно §40 Закона об административных процедурах административный орган обязан применять свое усмотрение в соответствии с целью предоставления права усмотрения и соблюдать предусмотренные законом пределы усмотрения, если оно уполномочено действовать по собственному усмотрению. Согласно §39 ч.1 предложение 3 Закона «Об административных процедурах Германии» существенные аспекты, которыми административный орган должен руководствоваться при применении усмотрения, должны быть также включены в обоснование административного акта. Правильное применение усмотрения со стороны административного органа может быть перепроверено им самим или вышестоящим административным органом в случае досудебного обжалования. Административный орган или вышестоящий административный орган может, в частности, по другому оценить и целесообразность решений и тем самым принять другие решения, даже если нет никаких сомнений в правомерности первоначально принятого решения. В частности, в случае досудебного обжалования исходят из того, что проводится новая, самостоятельная оценка целесообразности действий органа исполнительной власти. Это не вызывает в принципе также никаких правовых проблем в отношении защиты доверия, поскольку заявитель сам посредством подачи претензии препятствует вступлению административного акта в законную силу, препятствуя тем самым связанной с этим более трудной отменности.

Однако, наиболее проблематичным это является в случае рассмотрения дела в административном суде, поскольку суды уже в силу принципа разделения властей, гарантированного в Конституции через принцип правового государства, вправе проверять лишь правомерность действий исполнительной власти, но целесообразность ее решений не подпадает под судебную проверку. Поэтому в рамках процесса в административном суде проверка дискреционных решений согласно §114 предложению 1 АПК Германии ограничивается тем, является ли административный акт или отказ в издании или не издание административного акта неправомерным, так как предусмотренные законом пределы усмотрения нарушены или усмотрение не было применено согласно цели его предоставления. Конкретно, это означает, что в суде может быть заявлено лишь требование о проверке наличия следующих ошибок усмотрения:

Неприменение усмотрения. Если закон предоставляет административному органу право применения усмотрения, это означает также обязанность применения данного

усмотрения. Поэтому, если административный орган не рассматривает возможность применения усмотрения, например, потому что вообще не осознает, что закон предоставляет ему усмотрение или так как он хотя и осознает это, но ошибочно предполагает, что ему не надо применять предоставленное усмотрение, то здесь уже имеет место ошибка усмотрения. В случае сомнения административный орган обязан доказать, что он применил усмотрение.

Пример. Закон предоставляет административному органу усмотрение относительно вопроса, как действовать в целях предотвращения опасности.

Неприменение усмотрения имеет место, если административный орган вообще не осознает предоставленное усмотрение и исходит из обязательного решения («всегда, когда есть опасность, он обязан действовать»). Но неприменение усмотрения имело бы место также в том случае, если административный орган осознает предоставленное ему в принципе усмотрение, но ошибочно исходит из того, что его усмотрение в существующем случае сведено до нуля, и поэтому у него остается только одна единственная правомерная возможность действия, поскольку также в этом случае имеет место не дискреционное решение; административный орган исходил бы в виде исключения из обязательного решения.

Нарушение пределов усмотрения / принцип соразмерности

При применении усмотрения административный орган обязан соблюдать законные пределы усмотрения (§ 40 ЗАП Германии). Они следуют из Конституции и закрепленных в ней правовых принципов, к числу которых относится, например, также содержащийся в принципе правового государства принцип соразмерности, из простых законов, а также подзаконных актов.

Пример. В соответствии с Положением о государственных пошлинах (нем. «Gebührenordnung») за определенный документ устанавливается административная пошлина в размере «до 50 евро». Если административный орган устанавливает 60 евро, это является нарушением пределов усмотрения.

Далее нарушение пределов усмотрения имеет место, когда административный орган нарушает принцип соразмерности, избирает другое правовое последствие, чем предусмотрено в законе, или если он нарушает принцип защиты доверия или нарушает основные права. Все эти ситуации имеют общим то, что административный орган избирает правовое последствие, которое является неправомерным и тем самым – вследствие связанности исполнительной власти законом – не может быть избрано.

Принцип соразмерности в качестве неотъемлемой части принципа правового государства закреплен также в конституционном праве. Ни одно решение, в частности, также ни одно дискреционное решение не может быть несообразным цели предусмотренной законом правовой основы. При этом соразмерность может быть проверена следующим образом:

- наличие легитимной цели;
- пригодность;
- необходимость;
- соразмерность;
- меры административного органа.

То есть в соответствии с этим всегда, в первую очередь, цель, которую административный орган преследует принятой мерой, должна быть легитимной. Это так, когда она соответствует смыслу и цели предоставления усмотрения со стороны

законодателя. Административный орган своей мерой не вправе преследовать другие цели. Если он все же это делает, то уже по этой причине мера является неправомерной.

Пример. В соответствии с нормами законодательства о полиции в рамках общего предотвращения опасности может проводиться установление личности. Если в связи с демонстрацией, в рамках которой совершаются насильственные действия, существует возможность установить личность лиц, то полиция при выборе лиц, чью личность она намерена установить, обязана исходить из цели предоставления данного усмотрения. Цель эта заключается несомненно в быстром, безопасном, эффективном предотвращении опасности.

Если полицейский сначала устанавливает личность красивой блондинки Б, так как ему хочется увидеться с ней снова в частном порядке, вместо того, чтобы предпринимать меры в отношении менее привлекательного, применяющего насилие правонарушителя П, то эта мера является неправомерной уже потому, что частная цель, которую преследует полицейский, не находится ни в какой связи с целью предоставления усмотрения (предотвращение опасности).

Если административный орган своей мерой преследует легитимную цель, то принятая мера должна быть также пригодной для достижения данной цели. Пригодными при этом являются все те меры, с помощью которых преследуемая из них, по меньшей мере, может быть поддержана.

Пример. если некий молодой человек М крадет на соседнем участке черешню с одного дерева, то прицельный выстрел полицейского П, который попадает молодому человеку в руку, является пригодным для того, чтобы удержать его от продолжения кражи черешни.

Наряду с этим, пригодные меры должны быть также **необходимыми** для достижения преследуемой цели. Это значит, что не должно существовать никакого более мягкого средства, которое в равной мере надежно достигло бы данной цели. Более мягким при этом средство является всегда тогда, когда оно в меньшей степени вмешивается в права затронутого лица.

В случае с вором черешни в зависимости от ситуации может быть достаточным также свистка или строго устного предупреждения со стороны полицейского, чтобы удержать молодого человека от продолжения кражи. Поскольку эти средства будут ущемлять права молодого человека в меньшей степени, чем выстрел из служебного оружия полицейского, который может привести к серьезным негативным последствиям для здоровья, выстрел был бы пригодным, но не является необходимым.

Важно, однако то, что необходимость имеет место в том случае, если существуют более мягкие средства, но они не приведут в равной мере надежно к успеху. То есть если в нашем примере известно, что дети регулярно крадут черешню в данном месте и свистком или предупреждением их никак не отпугнуть, и если никаких более мягких средств нет, то выстрел из оружия может также оказаться необходимым в этом смысле. В принципе и здесь действует правило, согласно которому право не должно уступать бесправию. В частности, в случаях предотвращения опасности административные органы вправе избирать средства, пригодные для того, чтобы безопасно и надежно, быстро и эффективно предотвратить опасность.

Соразмерной (в узком смысле, то есть пропорционально) мера является всегда в тех случаях, когда преследуемая цель по своей значимости не является несоразмерной степени

вмешательства. Так ли это, в конкретном случае необходимо определять путем взвешивания.

Пример. Если в случае с вором черешни свистком и строгим криком полицейского невозможно удержать молодого человека от кражи черешни и других более мягких средств не видно, то выстрел из служебного оружия был бы необходимым, чтобы предотвратить дальнейшее ущемление права собственности. Вместе с тем, такой выстрел в конечном итоге был бы несоразмерным, поскольку преследуемая с его помощью цель (борьба с ущемлением права собственности) по своей значимости была бы несоразмерной степени вмешательства. Если полицейский выстрелом убьет молодого человека, то опасность для собственности в виде дальнейшей кражи черешен была бы надежно предотвращена. Однако степень ущемления правового блага жизни была бы настолько интенсивной, что это не было бы пропорциональным охраняемому правовому благу. Другими словами: жизнь человека, которая в таком случае была бы с высокой вероятностью полностью или все же значительно ущемлена, является более значимой, чем – относительно менее значительное – нарушение права собственности в виде кражи нескольких черешен.

Несоразмерные решения являются неправомерными. Тем самым они ведут автоматически также к наличию ошибки усмотрения, если правовая основа не предоставила административному органу усмотрение. Ведь несоразмерные и тем самым неправомерные меры не входят в число мер, предусмотренных на выбор административного органа. В силу своей связанности правом и законом (ст.20 ч.3 Основного Закона) он имеет право действовать только правомерно и тем самым не вправе принимать несоразмерные меры. Если же он это все же делает, то он автоматически вышел за пределы предоставленного ему усмотрения (нарушение пределов усмотрения).

Неверное применение усмотрения. Неверное применение усмотрения имеет место, когда административный орган применяет усмотрение, предоставленное ему законом, не в смысле закона, т.е. в соответствии с целеустановками и предписаниями, выраженными в общем в соответствующем законе или постановлении. Это может происходить в виде того, что административный орган принимает во внимание не полностью все аспекты, отвечающие цели полномочия (дефицит усмотрения) или в виде того, что во внимание принимаются другие аспекты, не отвечающие цели полномочия (не относящиеся соображения к предмету усмотрения).

Дефицит усмотрения имеет место всегда в том случае, когда административный орган не изучил обстоятельства дела в полном объеме и поэтому не располагает всеми существенными фактами для принятия решения. То же самое касается, конечно, случаев, когда в основу дискреционного решения были положены факты, которые на самом деле в таком виде не имеют места, то есть когда административный орган изучил обстоятельства не полностью или небрежно.

Ненадлежащими являются все соображения, если они учитывают аспекты правового или фактического характера, идущие вразрез со смыслом и целью нормы, предоставляющей усмотрение, или вразрез с иными нормами или общими принципами права.

Пример. если две женщины громко ссорятся ночью перед каким-нибудь домом и если жители вызывают полицию в целях прекращения ночного нарушения общественного порядка, то полиция имеет право усмотрения как в отношении применимых средств, так и в отношении выбора адресата. Если она примет решение просто разделить женщин друг от

друга, чтобы они прекратили громко ссориться, то эта мера была бы правильной. Но если полиция примет решение забрать с собой в участок привлекательную блондинку Б, так как полицейские хотели бы поговорить с ней в участке, а не со старой непривлекательной соседкой А, то это является ошибкой. Так как красота адресата в качестве критерия не отвечает ни цели предоставленного усмотрения (целью является быстрое и надежное предотвращение опасности, в этом случае для обеспечения здоровья жителей в виде не нарушаемого ночного покоя), ни общим критериям права. Здесь речь идет скорее о случае произвола и тем самым о противоречии общим критериям права (запрет произвола для государственных действий).

Вывод. Усмотрение является неотъемлемым инструментом для осуществления эффективной административной деятельности. Без усмотрения ни один государственный орган не может осуществлять свою деятельность, лишь потому, что законодатель не может заранее предусмотреть на все случаи в будущем соответствующие законодательные урегулирования.

Сомнения, имеющиеся в последнее время против усмотрения, в частности, в отношении подверженности решений по усмотрению к коррупции, являются необоснованными. Решения по усмотрению подлежат судебному контролю при наличии вышеперечисленных ошибок. Кроме того, коррупция имеет другие причины; решения по усмотрению являются отдушиной, но никоим образом не причиной для коррупции. Даже в случае исключения усмотрения, невозможно искоренить коррупцию, для нее бы нашлись другие лазейки. В этой связи надо держаться за усмотрение для искоренения коррупции надо работать над ее специфическими причинами.

References:

1. Po-nemetski Verwaltungszustellungsgesetz.
2. Po-nemetski "Ermessensreduktion auf Null".
3. DVBl. 1983, 998.
4. Sbornik resheniy Federalnogo administrativnogo suda (BVerwGE), Tom 65. – S.178.
5. Sbornik resheniy Federalnogo Konstitutsionnogo suda Germanii (BVerfGE), 50, 217, 227.
6. Erichsen/Ehlers, § 11 Rn. 61.
7. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn. 88.
8. Sbornik resheniy Federalnogo administrativnogo suda Germanii (BVerwGE). Tom 82, – S.257; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn. 90 m.w.N.