

Ахметов Р.Д., Габбасов А.Б., Куанова И.З., Мельник Р.С.

Административное усмотрение

Пособие для государственных служащих Республики Казахстан

г. Астана, 2023

УДК
ББК

Данное пособие разработано в рамках Программы по верховенству права Американской ассоциации юристов Инициативы верховенства права

Авторами методического пособия являются:
Ахметов Р.Д., магистр юридических наук, GDL (п. 1.2)
Габбасов А.Б., кандидат юридических наук, LL.M. (Введение, пп. 2.1; 2.4; 2.5.1-2.5.3; 4.1)
Куанова И.З., кандидат юридических наук (пп. 3.1; 4.2, заключение)
Мельник Р.С., доктор юридических наук, профессор, директор Научной школы административного и немецкого права MaqsutNarikbayev University (пп. 1.1; 1.3; 2.2; 2.3; 2.5.4; 2.6; 3.2)

Административное усмотрение. Пособие для государственных служащих Республики Казахстан. – Астана: LEM, 2023. – 72 с.

ISBN

В пособии изложены основные положения, раскрывающие содержание института административного усмотрения, в частности, вопросы принятия административными органами решений на основании усмотрения, требований к таким решениям, а также способов контроля за ними, включая контроль административных судов.

Изложенные в пособии положения и мнения отражают точку зрения авторов.

Издание предназначено для государственных служащих. Оно будет полезно судьям, адвокатам, юристам, а также преподавателям, магистрантам и студентам юридических вузов.



Материал подготовлен в рамках Программы по верховенству права. Авторы несут ответственность за содержание материала, которое не обязательно отражает позицию USAID, ABA ROLI или Правительства США.

СОДЕРЖАНИЕ

Введение

Раздел 1. Общая информация об административном усмотрении

- 1.1. Сфера возникновения/существования административного усмотрения
 - 1.1.1. Административное усмотрение как объективная необходимость
 - 1.1.2. Публичное управление как сфера возникновения/существования административного усмотрения
 - 1.1.3. Применение административного усмотрения на основании аналогии закона
- 1.2. Административное усмотрение и коррупционные риски
- 1.3. Значение административного усмотрения для реализации прав частных лиц

Раздел 2. Понятие административного усмотрения и принципов его осуществления

- 2.1. Понятие административного усмотрения (дискреционные полномочия)
- 2.2. Виды административного усмотрения
- 2.3. Отличие административного усмотрения от неопределенных юридических понятий
 - 2.3.1. Неопределенные юридические понятия в структуре нормы права
 - 2.3.2. Толкование неопределенных юридических понятий
- 2.4. Нормативные формы уполномочивания на применение административного усмотрения
- 2.5. Требования, выдвигаемые к применению административного усмотрения
 - 2.5.1. Цель административного усмотрения
 - 2.5.2. Применение административного усмотрения в рамках, установленных законодательством

- 2.5.3. Соразмерность административного усмотрения (пригодность, необходимость, пропорциональность)
- 2.5.4. Применение иных принципов для обеспечения законности административного усмотрения

2.6. Незаконное применение административного усмотрения

Раздел 3. Алгоритмы принятия административным органом (должностным лицом) решений на основе усмотрения

3.1. Схема/алгоритм действия

3.2. Обоснование административного акта, принятого на основе административного усмотрения

- 3.2.1. Цели обоснования административного акта
- 3.2.2. Базовые положения методики обоснования административного акта
- 3.2.3. Особенности обоснования административного акта, принятого на основании административного усмотрения

Раздел 4. Правовой контроль за осуществлением усмотрения

4.1. Досудебный порядок оспаривания решений на основе усмотрения (ведомственный контроль)

- 4.1.1. Общее понятие и сфера действия
- 4.1.2. Функции досудебного порядка оспаривания решений на основе усмотрения
- 4.1.3. Право на подачу досудебной жалобы
- 4.1.4. Допустимость поворота жалобы во вред лицу
- 4.1.5. Объем рассмотрения жалобы

4.2. Судебный порядок оспаривания решений на основе усмотрения

- 4.2.1. Усмотрение навстречу гражданам и возможность урегулирования споров в суде путем примирительных процедур (статья 120 АПК);
- 4.2.2. Как обосновать свою позицию в суде?

Заключение

Литература

ВВЕДЕНИЕ

Принятие и введение в действие Административного процедурно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее АППК РК) ознаменовало собой переход на новый тип отношений «гражданин-государство», в котором человек выступает не простым объектом управленческой деятельности, а является равноправным участником публичного управления. Новая парадигма публичного управления проявляется в понятиях, принципах и процедурных правилах, которые ранее не были известны правовой системе Казахстана. Для того чтобы нововведения не остались на бумаге, необходимо ознакомление широкого круга правоприменителей не только непосредственно с текстом Кодекса, но и научно-методическими рекомендациями по практическим аспектам применения отдельных институтов.

Настоящее пособие знакомит с одним из центральных понятий публичного права – административным усмотрением. Усмотрение является неизбежным явлением в публичном управлении, которое повышает эффективность в достижении публичных задач, позволяет принять наиболее сбалансированное и соразмерное решение с учетом всех обстоятельств дела и различных интересов участников. Иными словами, использование усмотрения позволяет административному органу обеспечить справедливость в конкретном случае.

Как чиновнику понять наличие у него усмотрения при решении дела? Какие принципы должен учитывать чиновник при вынесении решения по усмотрению? Какой алгоритм действий должен предпринять чиновник в целях принятия законного решения по усмотрению? Какие способы правовой защиты имеются у частного лица против неблагоприятных административных актов, принятых на основе усмотрения? Ответы на данные и многие другие вопросы содержатся в данном пособии.

Пособие желательно прочитать первый раз «от корки до корки» в целях общего понимания данного института в системе публичного управления. Дальнейшее обращение к книге возможно к отдельным разделам или главам в зависимости от стоящей перед чиновником или иным правоприменителем задачи.

Раздел 1

ОБЩАЯ ИНФОРМАЦИЯ ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ УСМОТРЕНИИ

1.1. Сфера возникновения/существования административного усмотрения

1.1.1. Административное усмотрение как объективная необходимость

Принцип правового государства (пункт 1 ст. 1 Конституции Республики Казахстан – далее Конституции РК) совокупно с пунктом 4 ст. 3 Конституции РК связывает государство конституцией и законами. В данном случае речь идет о принципе законности (основанности на законе), который в отношении **субъектов публичного управления** означает, что все они обязаны действовать:

- 1) на основании закона, принятого парламентом;
- 2) в рамках компетенции, закрепленной за ними законом;
- 3) способом, предписанным законом (в рамках установленной процедуры).

Справочная информация

Субъекты публичного управления – это обобщенный термин, при помощи которого обозначается вся совокупность органов и должностных лиц исполнительского типа, наделенных публично-властными полномочиями.

Система субъектов публичного управления образовывается:

- органами исполнительной власти;
- Президентом РК;
- органами государственной власти, которые не входят в систему исполнительной власти (например, Комитет национальной безопасности, Генеральная прокуратура, Национальный банк и т.д.);
- органами, входящими в систему законодательной власти (например, Аппарат Сената Парламента, Аппарат Мажилиса Парламента);
- субъектами, входящими в систему судебной власти (например, Судебная администрация);
- органами местного самоуправления представительского типа (маслихаты);
- субъектами квазигосударственного сектора;
- субъектами делегированных полномочий (например, частные судебные исполнители, дисциплинарная комиссия адвокатуры)¹.

¹ Мельник Р.С. Общее административное право Республики Казахстан: учебник: в 3 томах / Р.С. Мельник. – Алматы: LEM, 2022. Том первый: Введение в теорию. - С. 211-218.

Важно!

В систему субъектов публичного управления входят и **административные органы**, которые упоминаются в АППК РК. В данном случае нужно понимать, что для обозначения субъектов, которые реализуют управленческие (исполнительские) функции, может использоваться различная терминология, а именно: субъекты публичного управления, административные органы, публичная администрация и т.п. Все эти понятия, в общем и целом, являются синонимичными. Но все же, на наш взгляд, самой широкой по объему выступает категория «субъекты публичного управления».

Исходя из этого, можно было бы утверждать, что **административное усмотрение** недопустимо, так как законодатель должен предусмотреть и четко регламентировать перечисленные выше аспекты деятельности субъектов публичного управления. Но это, на самом деле, невозможно в принципе. Никогда и ни при каких условиях не удастся достигнуть такого уровня законодательного регулирования, при котором все возможные/допустимые действия и решения субъектов публичного управления будут четко и однозначно предопределены законом. Это невозможно по объективным причинам. Не может и не сможет парламент предусмотреть во всех деталях как основания для принятия решений (совершения действий), так и возможные варианты самих решений (действий) субъектов публичного управления.

Важно!

Показательными в этой части являются слова Вальтера Йеллинека, который следующим образом объяснял необходимость предоставления субъектам публичного управления полномочия по применению административного усмотрения: «Почему закон требует то свободного (на основании административного усмотрения), то ограниченного управления? Потому что он должен удерживать баланс между двумя недостижимыми идеалами – всезнающим законодателем и всезнающим государственным служащим... Но поскольку ни одного из названных идеалов не достичь, оба вида управления должны сосуществовать – как базирующийся на нормах закона, так и основанный на усмотрении. Там, где законодателю важно соблюдение единства в решении единообразных ситуаций, он формирует для субъектов публичного управления нормы, устанавливающие четкий порядок действий последних; там, где более уместна свобода действий субъектов публичного управления, там существует административное усмотрение»².

Таким образом, административное усмотрение представляет собой **неизбежный и одновременно необходимый элемент публичного управления**, позволяющий субъектам его осуществления адаптировать свою деятельность под постоянно изменяющиеся обстоятельства и

² Jellinek W. Verwaltungsrecht, 1. Bis 3. Aufl., Nachdruck Verlag J. Springer Berlin. 1948. - S.28.

приоритеты (при условии соблюдения установленных законодательством рамок и требований соразмерности)³ и содействующий повышению эффективности (рациональности), оперативности управленческой деятельности⁴.

1.1.2. Публичное управление как сфера возникновения/существования административного усмотрения

Усмотрение представляет собой возможность/полномочие определенного субъекта принять то или иное решение (из перечня возможных) или самостоятельно решить, каким образом, в отношении кого и с какой интенсивностью он будет действовать. Следовательно, можно говорить о том, что усмотрение представляет собой некую универсальную категорию, которая находит место в любой сфере принятия решения, поскольку в подавляющем большинстве случаев в ситуациях, требующих интеллектуального анализа, будет возникать необходимость взвешивать все «за и против» и выбирать наиболее подходящее (под данные, конкретные условия) решение/действие. Таким образом, на основании усмотрения действуют/принимают решения политики и государственные служащие, судьи и прокуроры, адвокаты и юридические консультанты и т.д.

В связи с изложенным возникает логический вопрос: влияет ли сфера, в которой применяется усмотрение, на требования, выдвигаемые к нему, и на порядок его использования? На данный вопрос следует ответить утвердительно. Это связано со следующими аспектами. **Во-первых**, усмотрение – это не произвол, а некий запрограммированный алгоритм, который, таким образом, изначально предопределяется определенными правилами (нормами). **Во-вторых**, различные сферы государственной деятельности регламентируются специфическими правилами, которые, в том числе, касаются и порядка использования усмотрения. Иными словами, усмотрение в сфере политической деятельности и усмотрение в сфере отправления правосудия будут находиться под воздействием, в первом случае, норм политики, а во втором, – под воздействием норм процессуальных отраслей права.

Принимая во внимание изложенное, необходимо, таким образом, говорить о существовании следующих **видов усмотрения**, которые будут зависеть как от сферы, так и от субъектов его реализации:

³Mcharg, Aileen. Administrative Discretion, Administrative Rule-Making and Judicial Review // SSRN Electronic Journal, 2017. - P. 270.

⁴ Friedrich, J. Carl. 1940. Public Policy and the Nature of Administrative Responsibility. Public Policy. Cambridge: Harvard University Press, p. 3-34.; Коломоець Т.О. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник. – К.:ЮрінкомІнтер, 2011. - С. 40.

- **политическое усмотрение** – применяется субъектами политической деятельности. Преимущественно регулируется не юридическими, а политическими нормами;
- **судебное усмотрение** – применяется судьями в процессе отправления правосудия. В зависимости от вида судопроизводства, регламентируется соответствующими процессуальными кодексами (законами);
- **нормотворческое усмотрение** – применяется широким кругом субъектов, задействованных в создании норм права. В зависимости от специфики субъекта, может регулироваться частично политическими нормами, нормами конституционного права и иных отраслей права;
- **уголовно-процессуальное усмотрение** – применяется субъектами, занимающимися расследованием уголовных правонарушений; регулируется преимущественно уголовным процессуальным законодательством;
- **административное усмотрение** – применяется субъектами публичного управления.

Таким образом, **административное усмотрение** реализуется исключительно в сфере **публичного управления**. Это означает, что административное усмотрение не может применяться в рамках, например, отправления правосудия или расследования уголовных правонарушений. Для названных видов деятельности, как уже было отмечено выше, существуют «собственные» виды усмотрения.

Публичное управление – это форма деятельности тех органов публичной власти, которые, по своей сути, являются исполнительными, т.е. не относятся ни к органам законодательной власти, ни к органам судебной власти⁵.

Поскольку в качестве правовой основы публичного управления выступают нормы административного права, следовательно, и регулирование применения административного усмотрения осуществляется при помощи норм административного права.

1.1.3. Применение административного усмотрения на основании аналогии закона

⁵ Мельник Р.С. Общее административное право Республики Казахстан: учебник: в 3 томах / Р.С. Мельник. – Алматы: LEM, 2022. Том первый: Введение в теорию. - С. 19.

Основы применения административного усмотрения урегулированы в АППК РК⁶, в частности, речь идет о: п. 6 ч. 1 ст. 4, ст. 10, ст. 11, ч. 3 ст. 62. При этом следует обратить внимание на то, что, как известно, АППК РК регулирует лишь процедуру издания административных актов и административных действий, которые не являются административными актами. Его нормы, иными словами, регулируют порядок осуществления лишь части публичного управления. В связи с этим возникает вопрос: а распространяются ли правила, установленные в названных выше статьях, применительно к административному усмотрению и на иные инструменты (формы) деятельности субъектов публичного управления? Должны ли соблюдаться эти правила в процессе издания/принятия субъектами публичного управления:

- 1) подзаконных нормативных правовых актов;
- 2) актов-планов (например, генерального плана населенного пункта);
- 3) административных договоров?

АППК РК не дает четкого ответа на данный вопрос, что предполагает его поиск в иных НПА. На наш взгляд, в данном случае может быть применена ст. 13 Закона РК «О правовых актах», пункт 2 которой определяет, что в случае отсутствия норм права, регулирующих конкретные общественные отношения, применяется аналогия закона. Таким образом, поскольку во всей сфере публичного управления должны быть обеспечены единые и высокие стандарты, направленные, в первую очередь, на обеспечение и реализацию прав, свобод и законных интересов частных лиц, то установленные в АППК РК требования в части принятия административных актов/совершения действий на основании административного усмотрения, согласно аналогии закона, должны быть распространены и на иные инструменты (формы) публичного управления.

Отдельно, в этой связи, следует подчеркнуть, что заложенные в АППК РК стандарты применения административного усмотрения, на наш взгляд, могут быть применены и в сфере **административной ответственности**, в тех случаях, когда согласно КоАП РК, постановление по делу об административном правонарушении выносится уполномоченным субъектом публичного управления (должностным лицом). Данное направление деятельности (привлечение к административной ответственности во внесудебном (административном) порядке) также относится к сфере публичного управления.

⁶ Детальный анализ положений АППК РК в части административного усмотрения будет осуществлен ниже.

1.2. Административное усмотрение и коррупционные риски

Изучение института административного усмотрения в рамках данного пособия показывает, что идея борьбы с усмотрением посредством детального правового регулирования является неоднозначной.

С одной стороны, усмотрение представляет собой определенным образом свободу в выборе решения, что в некоторой степени может создать предпосылки для коррупционных действий государственных служащих, а с другой стороны, наличие усмотрения в определенных случаях выступает **необходимым условием для принятия обоснованного и справедливого решения.**

Исходя из содержания данного пособия, становится ясно, что усмотрение является важной характеристикой публичной власти, поскольку его применение способствует учету всех обстоятельств административного дела, в силу чего реализуются принципы соразмерности и справедливости.

Так, исходя из проблематики поставленной перед нами задачи, прежде всего, следует определить:

- 1) являются ли свобода действий и свобода оценки фактов административного дела причинами, обуславливающими коррупцию;
- 2) повлечет ли ограничение дискреционных полномочий административного органа, его свободы при оценке обстоятельств дела, и, следовательно, более детальное регулирование управленческих действий в законодательстве, к снижению коррупционных рисков.

Проявлению правоприменительного волеизъявления в форме того или иного варианта при применении норм права (*то есть усмотрению*) предшествует внутренняя волевая деятельность должностного лица административного органа.

Реализация публично значимых целей административного усмотрения напрямую зависит от «разумности» принимаемых правоприменителями решений, поскольку, как подчеркивает Ярковой С.В., такие свойства дискреционных решений, как «волевая деятельность», «субъективная оценка фактов», «мыслительный выбор»⁷, заставляют должностных лиц не просто следовать законам разума, но и опираться на совокупность профессиональных компетенций.

Развивая приведенный выше тезис, считаем целесообразным привести мнение Нейманиса Я., который подчеркивает, что стремление законодателя свести все к типовым ситуациям, дать им определение и

⁷Ярковой С.В. Административное усмотрение в правоприменительной деятельности административно-публичных органов и их должностных лиц // Вестник Воронежского государственного университета, Серия: Право. 2017. - № 1. - С. 149.

отрегулировать их одинаково и справедливо, с одной стороны, дает уполномоченному органу «не думать» о нужном решении (*поскольку у него нет усмотрения*), а с другой стороны, это одновременно может быть и недостатком закона, поскольку обеспечиваемая законом справедливость будет лишь приблизительной и, кроме того, закон подвержен проблеме устаревания⁸.

Нейманис Я., указывая важность вынесения более справедливого решения, в том числе и своего рода приспособления сферы государственного управления к частым изменениям общественной жизни, многообразию жизненных ситуаций, подчеркивает, что законодатель может отвести государственному управлению определенную свободу, используя два средства юридической техники:

- свободу оценки;
- свободу действий (*усмотрение*).

Так, свобода действий административного органа означает, что закон наделяет своего применителя возможностью выбирать между различными правовыми последствиями.

Нейманис Я. также придерживается мнения о том, что «выбирая предусмотренные или допускаемые в норме последствия, учреждение может учитывать как специфику индивидуального случая (*и таким образом уменьшать напряжение благодаря индивидуальной справедливости*), так и, формируя постоянную управленческую практику, – изменчивые представления и нужды общества (*и таким образом смягчать проблему устаревания закона*)⁹».

Иными словами, административное усмотрение представляет органу или должностному лицу, в публично-правовых отношениях, определенные возможности принятия наиболее полезного, целесообразного решения (*по его мнению*), совершения или несовершения того или иного действия.

Однако здесь также важно отметить, что выбор органом или должностным лицом возможного варианта действий не должен выходить за рамки правовых норм, а в случае их отсутствия – за рамки самого существа права.

Пример свободы действия

Согласно п. 4 ст. 221 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан, срок расследования **может быть продлен** антимонопольным органом, **но не более чем на два месяца**. О продлении срока издается приказ, копии которого в течение трех рабочих дней со дня его издания направляются заявителю и объекту расследования.

В силу ч. третьей ст. 76 Административного процедурно-

⁸ Нейманис Я. О свободе государственного управления // Ежегодник публичного права 2021. Инструменты действия административных органов. -М.: Инфотропик Медиа, 2021. -С.374.

⁹Там же. - С. 375.

процессуального кодекса Республики Казахстан, срок административной процедуры, возбужденной на основании обращения, **может быть продлен** мотивированным решением руководителя административного органа или его заместителя на разумный срок, **но не более чем до двух месяцев**, ввиду необходимости установления фактических обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения административного дела, о чем извещается участник административной процедуры в течение трех рабочих дней со дня продления срока.

В свою очередь, свобода оценки, производимой при выборе оптимального варианта решения отдельного (*конкретного*) вопроса, в пределах своей компетенции и в пределах, допускаемых действующим законодательством, выражается в оценке административным органом, должностным лицом фактических обстоятельств административного дела, оснований, которые не закреплены в нормативных правовых актах достаточно полно и конкретно.

То есть, такая свобода оценки допускается в случаях, когда правовые нормы не определяют исчерпывающим образом основания, условия, форму, процедуру (*или порядок*), сроки и другие возможные факторы для принятия такого решения.

Пример свободы оценки

Согласно п. 11 ст. 114 Кодекса о здоровье народа и системы здравоохранения Республики Казахстан, в случаях превышения показателей заболеваемости, **ухудшения показателей состояния** подконтрольных объектов и объектов окружающей среды результаты санитарно-эпидемиологического мониторинга выносятся на рассмотрение заинтересованных государственных органов для принятия управленческих решений.

Таким образом, свобода оценки (*интеллектуально-волевая составляющая административного усмотрения*), как объективная форма административного усмотрения, дает возможность должностному лицу по своему внутреннему убеждению, исходя из субъективных и объективных моментов административного дела, самостоятельно оценивать складывающуюся ситуацию, и, соответственно, на основе такой оценки принимать решение, которое должно быть обоснованным.

Согласно п.п. 6) ч. первой ст. 4 АППК, под административным усмотрением понимается полномочие административного органа, должностного лица принимать **в установленных законодательством Республики Казахстан целях и пределах** одно из возможных решений на основании **оценки их законности**.

Ст. 11 АППК также закреплено, что административное усмотрение должно осуществляться **в пределах, установленных законодательством** (*ч. первая ст. 11*), а также указывается, что принятие решений, совершение административных действий (*бездействия*) при

осуществлении усмотрения **должны соответствовать цели** данного полномочия *(более подробно с требованиями, предъявляемыми к усмотрению, можно ознакомиться ниже, в разделе 2.5. данного пособия).*

Кроме того, законодатель связывает усмотрение и с принципом соразмерности (ст. 10 АППК), который регламентирует, что административный акт, административное действие *(бездействие)* должно быть соразмерным, то есть являться **пригодным, необходимым и пропорциональным** *(более подробно с данной темой можно ознакомиться ниже, в разделе 2.5.3. данного пособия).*

Из изложенного следует, что правоприменителю не предоставляется полная свобода действий, поскольку АППК четко определяет нормативные границы такого усмотрения, которые должны отвечать целям законодательства и его пределам, тем самым подразумевается и «разумность» дискреционного выбора. К примеру, даже в случае незначительного усмотрения, правоприменителю оставляется обязанность действовать в пределах установленных законодательством границ.

К примеру, согласно п. 2 ст. 51 Кодекса Республики Казахстан о налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс), отсрочка или рассрочка по уплате налогов и (или) плат **может быть предоставлена налогоплательщику**, финансовое положение которого не позволяет уплатить налог и (или) плату в установленный срок, однако имеются достаточные основания полагать, что возможность их уплаты возникнет в течение срока, на который предоставляется отсрочка или рассрочка...

Таким образом, цель данной нормы заключается в предоставлении возможности должнику погасить задолженность в течение определенного времени, а перечень оснований («условные границы») четко регламентирован п. 2 рассматриваемой статьи.

Вместе с тем, зачастую в рамках законотворческого процесса, без учета законодательного предписания из источников права, закрепляющих статус публичных субъектов, исключается максимальное число дискреционных полномочий.

Так, официальное восприятие административной дискреции при таком подходе смещается с вопросов правоприменения в сферу нормотворчества, что позволяет признавать любое усмотрение в публичной сфере коррупционным, а значит, и неправомерным.

Таким образом, разумность нормативных правовых актов в такой ситуации не рассматривается. Доминирует принцип законности, который в современных реалиях занял первое место, вытеснив иные принципы административной деятельности. Иными словами, в данном контексте усматривается увлечение детализацией норм права в ущерб усмотрению.

Здесь можно согласиться с мнением Давыдова К.В. об утопичности стремления преодолеть дискрецию только посредством «правовых

норм»¹⁰. При этом излишнее увлечение кодификацией, согласно Кабрияка Р., порождает ситуации, «когда за формой перестают видеть содержание: «хорошему праву» предпочитают право «красивое»... Реальность приносится в жертву видимости – начинается поиск даже не столько «красивого права», сколько права считающего таковым»¹¹. Несомненно, такой подход увеличивает вероятность нарушения основных принципов законотворчества, когда заявленные цели и средства не будут совпадать, а цель не всегда окажется явно обозначенной¹².

С учетом изложенного, можем предположить, что даже руководствуясь благими целями, все равно невозможно подробно отразить в источниках права все, что только можно, не используя дискрецию.

Однако в правоприменении имеются случаи, когда возможности выбора усмотрения в той или иной ситуации ничем нормативно не ограничены, в частности, не установлены критерии такого выбора.

К примеру, согласно п. 5 ст. 144-2 «Профилактический контроль с посещением субъекта (объекта) контроля и надзора» Предпринимательского кодекса, по итогам проведения профилактического контроля с посещением субъекта (объекта) контроля и надзора в случае выявления нарушений орган контроля и надзора выдает предписание субъекту (объекту) контроля и надзора об их устранении **с указанием сроков устранения**.

Вместе с тем, согласно п. 7 рассматриваемой статьи, орган контроля и надзора, проводивший профилактический контроль, изучив заявление субъекта контроля о продлении сроков устранения выявленных нарушений, может принять решение **о продлении сроков** устранения выявленных нарушений или решение об отказе в продлении с мотивированным обоснованием (*касательно обоснования смотрите ниже раздел 3.2. данного пособия*).

Однако данная норма **не содержит четких критериев**, которыми должен руководствоваться орган контроля и надзора при рассмотрении вопроса о продлении сроков устранения нарушения.

Кроме того, на практике такие сроки могут быть установлены произвольно, без учета объективных и субъективных факторов, влияющих на фактические возможности, направленные на исполнение данного решения.

Принимая во внимание вышеизложенное, можно прийти к выводу о том, что нормативные границы усмотрения должны быть очерчены в подлежащих применению положениях действующего права, посредством

¹⁰ Давыдов К.В. Законодательство об административных процедурах и дискреционные административные акты: проблемы теории и практики // Вестник Воронежского государственного университета, Серия: Право, 2015. - №2. - С. 124.

¹¹ Кабриак Р. Кодификации. Перевод Головки Л.В. - М., 2007. - С. 220-221.

¹² Макарец А.А. Развитие в России парламентской республики: цель или средство // Государственная власть и местное самоуправление. – 2009. -№11. - С. 3-6.

установления юридических критериев выбора административным органом, должностным лицом, возможных вариантов своего правоприменительного поведения из числа предлагаемых нормами права, либо самостоятельного определения ими вида и содержания административного акта, административного действия (*бездействия*).

Купреев С.С. также отмечает, что «административное усмотрение обеспечивает наиболее оптимальное соотношение законности и целесообразности», а отсутствие такого усмотрения «приводило бы к шаблонному разрешению государственными органами и должностными лицами различных индивидуальных дел»¹³.

Таким образом, речь не должна идти об исключении или сужении дискреционных полномочий в нормах права, когда более важно заострить свое внимание на разработке и нормативном закреплении более четких критериев надлежащего осуществления таких полномочий.

В свою очередь, Аметистова О. указывает, что нормативные границы усмотрения непосредственно подводят к рациональным критериям определения произвольно принятого решения¹⁴.

В пример данного довода Аметистова О. приводит случаи, когда нормативные границы усмотрения могут быть нарушены согласно немецкой административной теории и практики. К таким случаям относятся:

- непринятие во внимание должностным лицом усмотрения, то есть случаи, когда должностное лицо сразу следует только одному варианту решения (*смотрите раздел 2.5.2.2. данного пособия*);
- превышение должностным лицом конкретных полномочий, предоставленных ему законом;
- неправильное или недостаточно полное определение конкретных обстоятельств или целей закона, на основе которого он должен был принять решение;
- недостаточный учет конституционно закрепленных основных прав и свобод гражданина, то есть когда принято решение, несоразмерно ущемляющее права граждан и нарушающее основные принципы правового государства;
- нарушение принципа последовательности административных процедур или связанности публичной администрации собственной административной практикой.

Таким образом, корреспондируя вышеуказанные доводы с действующим законодательством Республики Казахстан, при рассмотрении вопроса наличия коррупционных рисков в решении,

¹³Купреев С.С. Об административном усмотрении в современном праве. Административное право и процесс. - 2012. - №1. - С. 9.

¹⁴Аметистова О. Усмотрение и коррупция // Ежегодник публичного права «Инструменты действия административных органов». - М.: Инфотропик Медиа, 2017. - С. 30-31.

основанном на дискреции, возможно принять во внимание следующий алгоритм действий:

- задаться вопросом о том, превышены ли должностные полномочия в рамках усмотрения;
- удостовериться, достаточно ли определены фактические обстоятельства дела и нормативные цели закона;
- принято ли усмотрение в соответствии с принципом соразмерности (ст. 10 АППК).

Возвращаясь к вопросу коррупции, следует отметить его классическое уравнение, автором которого является Клитгард Р. Данное уравнение выглядит следующим образом:

$$\text{КОРРУПЦИЯ} = \text{монополия} + \text{свобода действий} - \text{подотчетность}^1.$$

Предложенная Клитгардом Р. формула представляет собой попытку описать явление коррупции через три ключевых элемента: монополию, свободу действий и отсутствие подотчетности.

Монополия: раскрывается в ситуации, когда одна сторона или группа имеет доминирующее влияние или контроль над каким-то ресурсом, властью или привилегией.

В контексте коррупции монополия может создавать условия для злоупотреблений, так как одна сторона может использовать свою позицию в свою пользу.

Свобода действий: относится к степени независимости и свободы, которой обладает индивид или орган при принятии решений.

В контексте коррупции чрезмерная свобода действий без должного контроля может привести к злоупотреблениям, поскольку лица могут использовать свою свободу в интересах личной выгоды.

Подотчетность: относится к степени, в которой лица или органы отчитываются за свои действия перед обществом или другими инстанциями.

Если нет подотчетности, то отсутствует механизм контроля, что может способствовать коррупции, так как лица могут чувствовать, что им не нужно отчитываться за свои действия.

Таким образом, вышеуказанная формула наводит на мысль, что коррупция может возникнуть тогда, когда существует монополия в сочетании с чрезмерной свободой действий и отсутствием должной подотчетности.

Если говорить об отходе от государственной монополии в большинстве ситуаций невозможно, то путями разрешения минимизации коррупциогенности могут быть усиление отчетности и публичности и

ограничение дискреционных полномочий. При этом вопрос ограничения усмотрения уже был рассмотрен выше. Следовательно, вопрос усиления отчетности и публичности требует дополнительного разъяснения.

В целом, как отмечает Нейманис Я., коррупция всегда возникает там, где привычные механизмы контроля администрации строго ограничены. В частности, коррупционный риск возрастает в сферах, которые являются непрозрачными и которых не достигают внутренние и внешние механизмы антикоррупционного контроля, но в которых по причине недостаточного количества благ все же возможно злоупотребление правами. Согласно схеме Клитгарда Р., в таких ситуациях возникает повышенный риск того, что по причине пониженной ответственности будет иметь место злоупотребление монополией принятия решений и/или границами свободы действий.

Из вышеизложенного следует, что фактически коррупционные риски могут быть снижены путем:

- ведомственного контроля выносимых административным органом, должностным лицом решений, совершения административных действий *(бездействия)* (например, в рамках досудебного оспаривания таких решений, а также административных действий *(бездействия)*, более подробно о нем описано в пункте 4.1 данного пособия) *(смотрите также раздел 4.2. данного пособия)*;

- судебного контроля на предмет превышения пределов административного усмотрения и его соответствия *(соразмерности)* целям закона *(смотрите раздел 4.2 данного пособия)*;

- прозрачности административных процедур. В качестве примера можно привести право гражданина ознакамливаться со всеми материалами административного дела, в том числе снимать копии материалов, делать выписки и другое *(ст. 75 АПК)*. Вместе с тем, процедура заслушивания также является правовой гарантией адресата административного акта, которая сама по себе включает некоторого рода «прозрачность» проводимых административных процедур и расширяет возможности «участия», например, заявителя, в процессе принимаемого административным органом, должностным лицом решения, совершения административных действий *(бездействия)* *(смотрите раздел 2.5.2.3 пособия)*.

Резюмируя изложенное, можем прийти к общим выводам о том, что:

- нивелирование и устранение дискреционных полномочий административных органов, должностных лиц **не приведет к снижению коррупционных рисков**, а наоборот, может **снизить качество** принимаемых решений в публичной сфере;

- закрепление более четких юридических критериев надлежащего осуществления выбора усмотрения позволит снизить возможные коррупционные риски;

- коррупционные риски также могут быть снижены путем

эффективных методов ответственности, прозрачности принимаемых решений;

- административное усмотрение предоставляет органу, должностному лицу возможность принятия законного, полезного и целесообразного решения;
- чрезмерно точное и детальное регулирование в законе определенных жизненных ситуаций является одной из типичных ошибок законодателя и **не имеет прямого влияния на уменьшение коррупции**¹⁵.

1.3. Значение административного усмотрения для реализации прав частных лиц

Как известно, **право – это искусство добра и справедливости**, а значит добрым (ориентированным на человека как высшую социальную ценность) и справедливым должно быть и применение права. Административное усмотрение может помочь достичь, в частности, справедливости в сфере публичного управления.

Справедливость – чрезвычайно сложное явление, имеющее различные проявления и характеристики. Так, если говорить о справедливом применении права, то оно достигается благодаря тому, что:

- административный орган избегает дискриминационного отношения к частным лицам. То есть одинаковые дела решаются одинаковым образом, а разные – разным;
- решение принимается с учетом всех обстоятельств дела, объективно и беспристрастно;
- всем участникам общественных отношений гарантируются равные возможности и условия для реализации предоставленных им прав, свобод и интересов;
- предоставляемые блага соответствуют заслугам субъекта их получения;
- юридические последствия (в том числе и санкции) пропорциональны содеянному/произошедшему.

Значительная часть данных целей может быть достигнута как раз благодаря административному усмотрению, которое позволяет административному органу принять такой административный акт/совершить такое административное действие, которые максимальным образом будут учитывать все важные и значимые аспекты. Административное усмотрение может обеспечить максимальный уровень

¹⁵Нейманис Я. О свободе государственного управления // Ежегодник публичного права «Инструменты действия административных органов». -М.: Инфотропик Медиа, 2021. - С. 382.

индивидуализации во взаимоотношениях между частным лицом и государством. В этой части можно также несколько перефразировать слова Аристотеля и сказать, что административное усмотрение способно исправить универсальность закона, т.е. обеспечить его более гибкое и точное применение для регулирования тех или иных конкретных отношений.

Кроме этого, административное усмотрение позволяет максимально полно учесть права, свободы и интересы частного лица и особенно во время их взвешивания (установления соотношения) с публичными интересами (общественным благом).

Таким образом, если в государстве в целом и в сфере публичного управления в частности установлены и эффективно функционируют способы контроля за использованием субъектами публичного управления административного усмотрения, то последнее выступает чрезвычайно важным и необходимым инструментом, посредством которого обеспечивается максимально полное учитывание прав, свобод и законных интересов частных лиц в сфере их взаимоотношения с властью, а также обеспечивается справедливость правоприменительной (управленческой) деятельности.

Раздел 2

ПОНЯТИЕ АДМИНИСТРАТИВНОГО УСМОТРЕНИЯ И ПРИНЦИПОВ ЕГО ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ

2.1. Понятие административного усмотрения (дискреционные полномочия)

Публичное управление, как уже было отмечено выше, осуществляется путем принятия административными органами решений (административных актов и административных действий) на основе и в соответствии с законодательством. Данные решения могут быть двух видов. Имеются нормативные правовые акты, которые не предоставляют административным органам свободу выбора при принятии решений. Если выполнены все предусмотренные законодательством предпосылки, то административный орган обязан принять конкретное решение. Данные решения называются **связанными решениями**.

Пример

Согласно п. 1 ст. 8 Закону РК «О документах, удостоверяющих личность», паспорт гражданина Республики Казахстан выдается гражданам Республики Казахстан по их желанию независимо от возраста. Соответственно, если гражданин Республики Казахстан предоставил необходимые документы в соответствии с Правилами оформления, выдачи, замены, сдачи, изъятия и уничтожения паспорта гражданина Республики Казахстан, удостоверения личности гражданина Республики Казахстан, вида на жительство иностранца в Республике Казахстан, удостоверения лица без гражданства и проездного документа (приказ Министра внутренних дел РК от 30 июня 2023 года № 532), то у Министерства внутренних дел РК отсутствует право размышлять, выдавать паспорт или отказать в выдаче. В данном случае законодательство связывает административный орган и имеется единственное правомерное решение – выдать паспорт.

Однако имеются и нормативные правовые акты, которые императивно не связывают административный орган, а предоставляют ему право самостоятельно решать, принимать ли решение (или бездействовать) или выбирать вид и содержание принимаемого акта. Данное решение является **решением по усмотрению**.

Пример

Согласно п. 2 ст. 41 Закона РК «О государственной службе Республики Казахстан», отказ от ротации может являться основанием для принятия решений по понижению в государственной должности либо увольнению. Таким образом, во-первых, государственный служащий не обязательно подлежит понижению или увольнению при отказе от ротации. Во-

вторых, у руководства сохраняется также выбор в допустимом решении, а именно понизить или уволить чиновника.

В схематичном виде различие связанного управления и управления на основе усмотрения может быть представлено следующим образом:

Связанное публичное управление

Предпосылки: если условия 1, 2 и 3 выполнены, то

Правовые последствия: административный орган обязан принять решение X.

Публичное управление на основе усмотрения

Предпосылки: если условия 1, 2 и 3 выполнены, то

Правовые последствия: административный орган вправе принять решение X или решение Y.

Таким образом, усмотрение устанавливается на стороне юридических последствий и заключается в праве административного органа выбирать одно из допустимых решений.

Легальное определение административного усмотрения содержится в подп. 6) части первой ст. 4 АППК РК: «**административное усмотрение** – полномочие административного органа, должностного лица принимать в установленных законодательством Республики Казахстан целях и пределах одно из возможных решений на основании оценки их законности»¹⁶.

Данная легальная дефиниция позволяет выделить следующие его **признаки**.

1. Административное усмотрение может осуществляться только **административным органом** (должностным лицом). Соответственно, свобода принятия решений и осуществления действий частными лицами, в том числе на основе законодательства, не является административным усмотрением.

¹⁶ В законодательстве некоторых зарубежных стран используется термин «дискреционное полномочие», которое является в содержательном отношении тождественным административному усмотрению. См. напр.: ст. 2.1.7 Закона Азербайджана «Об административном производстве» // Сборник законов об административных процедурах.- М.: Инфотропик Медиа, 2016. - 444 с.

2. Административное усмотрение предусматривается в законодательстве, в том числе его **цели и пределы**. Данный признак административного усмотрения связывает его осуществление с принципом законности и исключает произвольное или «неконтролируемое» применение усмотрения. Данный признак административного усмотрения исключает включение в рассматриваемое понятие правовых пробелов в установлении полномочий чиновников. Не допускается «бесцельное» усмотрение должностных лиц или превышение законодательно установленных пределов или границ усмотрения, что прямо закреплено в ст. 11 АППК РК.

3. Сущность усмотрения заключается в возможности административного органа (должностного лица) **выбрать одно из допустимых решений**, которые должны быть законными. Если чиновником принято решение по усмотрению вразрез с требованиями законодательства, то речь идет об ошибке усмотрения и признании принятого административного акта противозаконным. Свобода усмотрения не означает вседозволенности¹⁷. Под решением понимается, прежде всего, административный акт (подп. 4) части первой ст. 4 АППК РК), но в порядке аналогии закона (подп. 10) ст. 1 Закона РК «О правовых актах») данное понятие применяется и к иным дискреционным решениям, например, к процедурным решениям или административным действиям¹⁸.

2.2. Виды административного усмотрения

Объем правоприменительной деятельности и разноплановость задач, решаемых в процессе осуществления публичного управления, обуславливают существование различных видов административного усмотрения. По этому поводу в юридической литературе высказываются различные точки зрения¹⁹, но чаще всего речь идет о его следующих видах:

● **административное усмотрение касательно решения/действия**. Административный орган в рамках данного вида

¹⁷ШафхаузерР., ЭкштайнК., Вершинин С. Как упорядочить отношения гражданина и чиновника? Административные процедуры на примере законодательства Швейцарии. - М.: «Издательство ЭКОМ», 2000. – С. 20.

¹⁸Цико Я. Закон об административных процедурах. Комментарий. - Алматы: LEM, 2023, с. 370.; Христофорова Т. Дискреционные полномочия администрации и ее судебный контроль // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. - М.: Инфотропик Медиа, 2017. - С. 42-43.

¹⁹Квоста П. Виды усмотрения и порядок их осуществления в Австрии // Ежегодник публичного права 2017: Усмотрение и оценочные понятия в административном праве. – М.: Инфотропик Медиа, 2017. - С.19-20; Пуделька Й. Административное право Германии. Том 1 Право административных процедур. Общее административное право. – М.: Инфотропик Медиа, 2021. - С. 4-5.

усмотрения имеет право самостоятельно решить, будет или не будет он принимать решение/совершать действие;

Пример

Согласно абз. 3 п. 8 ст. 221 Предпринимательского кодекса РК, в случае необходимости пресечения нарушений реализация полномочий должностных лиц антимонопольного органа может проводиться во внеурочное время (ночное время, выходные или праздничные дни).

Таким образом, пресечение нарушений должностными лицами антимонопольного органа может как проводиться, так и не проводиться во внеурочное время.

● **административное усмотрение касательно выбора одного из вариантов решения/действия.** Административному органу предоставляется возможность принять одно из юридически допустимых решений или совершить одно из юридически допустимых действий, выбрав их из нормативно утвержденного списка. Данный вид административного усмотрения позволяет также административному органу сделать выбор и в рамках определенной шкалы или диапазона решений (см. пример 2);

Пример 1

Согласно ст. 59 Закона РК «О правоохранительной службе», сотрудники правоохранительных органов имеют право применить огнестрельное и иное оружие, специальные средства и физическую силу в целях прекращения общественно опасных деяний, задержания и доставления в правоохранительные органы лиц, их совершивших, с учетом характера правонарушений и конкретных ситуаций.

Таким образом, сотрудник правоохранительных органов имеет право, к примеру, для прекращения общественного опасного деяния сделать самостоятельный выбор того, каким именно образом (при помощи чего) он достигнет эту цель. Он имеет право выбирать между огнестрельным оружием, разнообразными специальными средствами и физической силой.

Пример 2

Согласно подп. 2) п. 1 ст. 23 Закона РК «О дорожном движении», должностные лица уполномоченного органа, осуществляющего государственный контроль в сфере дорожного движения, имеют право изменять организацию дорожного движения, в том числе, путем установки знаков, ограничивающих скорость движения транспортных средств на определенном участке дороги.

Очевидно, что скорость движения транспортных средств, если речь идет о населенном пункте, может быть ограничена, в принципе, любым скоростным показателем в диапазоне от 5 км/ч до 60 км/ч (общий скоростной режим для населенных пунктов). Выбор конкретного скоростного ограничения

будет осуществляться на основе усмотрения и оформляться путем установления соответствующего дорожного знака, который представляет собой отдельный (специальный) вид административного акта – общее распоряжение²⁰.

- **административное усмотрение касательно выбора адресата административного акта/административного действия.** Согласно данному виду усмотрения, административный орган может самостоятельно решить, в отношении кого именно (из существующей совокупности физических и юридических лиц) он будет действовать – принимать административный акт или совершать административное действие;

Пример

Согласно подп. 2) п. 2 ст. 6 Закона РК «Об органах внутренних дел Республики Казахстан», органы внутренних дел имеют право проверять у физических лиц документы, удостоверяющие их личность, а также другие документы, необходимые для проверки соблюдения установленных правил, контроль за выполнением которых возложен на органы внутренних дел.

Сотрудник органов внутренних дел, таким образом, исходя из сложившихся условий, наличествующей у него информации, имеет право самостоятельно решить, у кого именно из физических лиц он проверит документы, удостоверяющие личность.

- **административное усмотрение касательно способа действия.** В рамках данного вида административного усмотрения административному органу предоставляется возможность самостоятельно решить, каким именно образом он будет действовать в конкретной ситуации. Данный вид административного усмотрения представляется самым широким и минимально определенным, так как выбор осуществляется не из четкого перечня возможных решений/действий, а из всего потенциально допустимого в рамках компетенции конкретного административного органа.

Пример

Согласно подп. 8) п. 3 ст. 8 Закона РК «О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан», местный исполнительный орган приостанавливает или прекращает мирные собрания в случаях, предусмотренных статьями 17 и 18 настоящего Закона.

В данном примере норма права не содержит никаких указаний на предмет того, каким именно образом административный орган может прекратить мирное собрание. Выбор способа и интенсивности его

²⁰ Мельник Р.С. Общее административное право Республики Казахстан: учебник: в 3 томах / Р.С. Мельник; – Алматы: LEM, 2022. Том первый: Введение в теорию. - С. 266.

использования должен быть сделан им самостоятельно с учетом всех принадлежащих ему полномочий.

Важно!

Необходимо отметить, что названные виды административного усмотрения применительно к одному административному акту могут проявляться в комбинации. Так, административный орган может одновременно решать, будет или не будет он действовать, и если будет, то в отношении какого именно субъекта или объекта.

2.3. Отличие административного усмотрения от неопределенных юридических понятий

2.3.1. Неопределенные юридические понятия в структуре нормы права

Прежде чем дать ответ на поставленный в названии подраздела вопрос, следует рассмотреть одно положение более общего порядка. В данном случае речь идет о структуре (построении) нормы права.

Традиционно считается, что норма права состоит из трех элементов: гипотезы, диспозиции и санкции²¹. С этим, действительно, можно согласиться, если смотреть на норму исключительно с теоретической точки зрения. Именно для этой цели (цели юридической теории) и была разработана данная концепция, которую мы можем встретить в работах Канта и Рудольфа фон Иеринга²². Однако такой подход к построению нормы права не подходит для условий ее реального применения. Проблема заключается в том, что очень часто весьма сложно установить наличие всех трех элементов, а также отграничить гипотезу от диспозиции; непонятно, как эта трехчленная структура «работает» на практике; неясно, допустимо ли «санкцией» называть те юридические последствия, которые не несут в себе «санкционной», т.е. карательной нагрузки, а наоборот, представляются позитивными с точки зрения их влияния на частное лицо (например, решение о выдаче лицензии).

В связи с этим, более практически релевантным представляется подход, согласно которому в норме права предлагается выделять лишь два элемента: 1) **юридическую предпосылку нормы** и 2) **юридическое последствие нормы**, которые (элементы) соединяются между собой при помощи союзов «если-то» и образуют, таким образом, регулирующее

²¹ Сулейменов М.К. Нормы права: понятие, структура и виды // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39786993

²² Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти: навчальний посібник / Б. Шлоєр, В. Поєдинок, І. Лукач, О. Косілова: за заг. ред. Р. Мельника. - Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2020. - С. 38.

воздействие на соответствующие общественные отношения. Здесь важно отметить тот факт, что юридическая предпосылка может образовываться при помощи ряда юридических предписаний, размещенных в различных нормативных актах; юридическое последствие нормы может находиться также в ином нормативном акте. При таких условиях задача правоприменителя будет состоять в том, чтобы «собрать» вместе все необходимые юридические предпосылки и понять, к какому юридическому следствию они могут привести.

Почему мы говорим об этом в данном разделе? Потому что административное усмотрение и неопределенные юридические понятия размещаются в разных структурных элементах нормы, выполняя тем самым различные функции. Так, административное усмотрение находится на уровне юридических последствий нормы (усмотрение касательно решения/действия, усмотрение касательно способа действия, усмотрение касательно выбора одного из вариантов решения/действия и т.д.), в то время как неопределенные юридические понятия – на уровне юридической предпосылки²³.

Пример

ЕСЛИ создана реальная угроза жизни и здоровью граждан, общественному порядку и (или) общественной безопасности... (подп. 1) п. 1 ст. 18 Закона РК «О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан»),

ТО местный исполнительный орган имеет право приостановить или прекратить мирное собрание (подп. 7) п. 3 ст. 8 Закона).

Структура юридической нормы

Юридическая предпосылка нормы	Юридическое последствие нормы
----------------------------------	----------------------------------

²³Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011. -S.151.

ЕСЛИ создана реальная угроза жизни и здоровью граждан, общественному порядку и (или) общественной безопасности... Неопределенные юридические понятия: - реальная угроза жизни и здоровью - общественный порядок - общественная безопасность	ТО местный исполнительный орган имеет право приостановить или прекратить мирное собрание Административное усмотрение: - приостанавливать собрание или не приостанавливать - прекращать или не прекращать - прекращать для одного участника (который нарушает порядок) или для всех участников - каким именно образом приостанавливать - каким образом прекращать
---	--

Таким образом, неопределенные юридические понятия используются для того, чтобы описать/обозначить условия применения нормы права, а административное усмотрение – для выбора одной из допустимых форм реакции на произошедшие события/действия. Между данными категориями, конечно же, можно найти некоторые общие черты, связанные с тем, что административный орган и в первом, и во втором случае должен совершить определенные интеллектуальные действия, направленные на их персональную оценку, установление их содержания и т.д. Но при этом, тем не менее, неопределённые юридические понятия и административное усмотрение нельзя смешивать. Как уже было сказано выше, при их помощи решаются различные юридические задачи.

2.3.2. Толкование неопределенных юридических понятий

Различные юридические понятия имеют разную степень определенности. Отдельные категории, нашедшие закрепление в текстах нормативных правовых актов, учитывая их легальные (официальные) определения, или принимая во внимание результаты судебной практики, достаточно четки и однозначны для понимания. В то же время юридические акты наполнены и многочисленными понятиями, содержание (суть) которых является крайне неопределённым (например, общественный порядок, крайняя необходимость, целесообразность и т.п.). Все они требуют своего **толкования**, поскольку в противном случае невозможно будет правильно применить норму права, в которой они упоминаются.

Осуществляя толкование неопределенных юридических понятий, административные органы должны использовать соответствующие методы толкования: дословное (грамматическое) толкование, системное толкование, историческое толкование, телеологическое толкование.

Дословное (грамматическое) толкование

В первую очередь необходимо установить, что означает то или иное слово в повседневном употреблении; в каком смысле оно используется чаще всего в повседневной жизни. Повседневное употребление слова имеет значение для юридического толкования в связи с тем, что нормативный правовой акт регулирует жизнедеятельность (отношения) людей и он должен быть понятным любому человеку, прежде всего неспециалисту в области права. Для того чтобы установить значение слова в его повседневном употреблении, возможным является использование чувства языка или словаря. В словарях первый вариант толкования слова, как правило, отображает его наиболее распространенное использование в повседневной (неофициальной) сфере. Конечно же, повседневное употребление слова- это только один источник; может быть так, что такое же слово в юридическом языке будет иметь иное значение, что может привести к заблуждению, связанному с неверной интерпретацией специального термина. В случае возникновения конкуренции между общеупотребительным значением слова и юридическим, последнему должен быть отдан приоритет²⁴.

Системное толкование

При помощи системного толкования объясняется отдельное слово (неопределенное юридическое понятие) через призму общего контекста. Для системного толкования, таким образом, необходимым является понимание общего контекста нормативного правового акта. С юридической точки зрения это означает, что в процессе такого толкования должны изучаться дополнительно иные нормы, их части, статьи того акта, в котором размещено понятие, подлежащее толкованию.

Системное толкование базируется на позиции, что правовой порядок представляет собой целостную совокупность непротиворечащих друг другу норм. Поэтому каждая отдельная норма может быть изучена сквозь призму всей совокупности существующих норм, включая даже Конституцию²⁵.

²⁴ Hildebrand T. Juristischer Gutachtenstil. Ein Lehr- und Arbeitsbuch. 2. Auflage, A. Franke Verlag Tübingen, 2016. -С. 66-67.

²⁵ Hildebrand T. Juristischer Gutachtenstil. Ein Lehr- und Arbeitsbuch. 2. Auflage, A. Franke Verlag Tübingen, 2016. - С.68.

Историческое толкование

Историческое толкование апеллирует/обращается к истинной воле субъекта нормотворчества, который в свое время принимал соответствующий нормативный правовой акт. Для того чтобы эту волю (идею, позицию) установить, есть два пути:

1) необходимо найти нормы, которые существовали до принятия, положения, которое подлежит толкованию. Если таковые есть, тогда необходимо попытаться установить причину появления той нормы, суть которой необходимо понять;

2) необходимо найти в нормативном материале, который сопровождал принятие юридического акта, существующие на момент его принятия суть и цели, или иные позиции, которые могут помочь установить истинное содержание нормы и необходимость, причины ее появления²⁶.

Телеологическое толкование

С помощью этого метода толкования можно определить, что при разумном (здравом) подходе к оценке нормы имеется в виду, иными словами, какова цель этой нормы и понятия, содержащегося в ней. Исходя из этого, начальной точкой для анализа является прежде всего не текст, а нечто менее обозримое, а именно смысл и цель нормы. Этот элемент толкования соответствует инструментальному пониманию права: право используется для решения конкретной проблемы. Важно при этом осознать, что нормы не являются самоцелью, а служат для разрешения конфликтов и поиска решений. На первом месте выступает усилие по нахождению правильного решения. С помощью поиска цели вводится критерий качественной оценки – норма должна служить реализации разумной цели²⁷.

Иными словами, содержание неопределенного юридического понятия должно толковаться сквозь призму цели, для достижения которой был принят соответствующий нормативный правовой акт. Иными словами, должна выбираться такая дефиниция, которая в наибольшей степени будет согласовывать с целью правового регулирования, заложенной в конкретном нормативном правовом акте.

²⁶ Hildebrand T. Juristischer Gutachtenstil. Ein Lehr- und Arbeitsbuch. 2. Auflage, A. Franke Verlag Tübingen, 2016. - С. 69.

²⁷ Немецкая методика права: учебное пособие / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. – Алматы, 2021. - С. 34.

2.4. Нормативные формы уполномочивания на применение административного усмотрения

АППК РК раскрывает понятие административного усмотрения и принципы его осуществления, но определение вопроса, имеется ли усмотрение у органа, происходит из анализа нормативного правового акта, уполномочивающего на принятие определенного решения. Исходя из принципа законности, а именно такого его элемента, как оговорки закона, право на усмотрение административного органа должно с достаточной степенью определенности содержаться в действующем законодательстве. Чиновник не может принимать решение по усмотрению, если он на это не уполномочен законодательством. Нормативные формы уполномочивания на применение административного усмотрения могут быть различны, тем самым законодатель регулирует уровень свободы исполнительной власти, т.е. устанавливает широкое усмотрение в одних случаях, или наоборот, сужает свободу выбора только несколькими вариантами в других случаях.

2.4.1. Использование формулировки «по усмотрению». В казахстанском законодательстве редко прямо указывается на принятие решений по усмотрению. Так, согласно п. 4 ст. 87 Конституции РК, Президент Республики вправе по своему усмотрению освобождать от должностей соответствующих акимов. Президент Республики Казахстан может по своему усмотрению принимать решение по вопросам гражданства либо предоставления политического убежища (п. 3 Положения о Комиссии по вопросам гражданства при Президенте Республики Казахстан, утвержденного Указом Президента РК от 10 октября 2006 г. № 198).

2.4.2. Использование формулировок «вправе» «может» «имеет право» и др. Использование таких глаголов при определении полномочий административных органов является свидетельством установления административного усмотрения. Наоборот, указание таких слов, как «обязан» и «должен» свидетельствует о связанном решении. На примере ст. 17 Закона РК «О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан» можно четко проследить разницу в установлении усмотрения и связанного решения. Так, если в п. 1 речь идет о праве потребовать устранения нарушения, то в п. 3 императивно указывается, что мирное собрание должно быть прекращено.

2.4.3. Перечисление альтернативных видов решений (закрытое административное усмотрение). В законодательстве могут быть установлены несколько допустимых видов решений, например, с дополнительными условиями. Ярким примером такого рода

урегулирования является п. 1 ст. 13 Закона РК О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан», а именно подп.1), 2) и 4). Также в качестве примера можно указать п. 6 ст. 16-5 Закона РК «Об использовании воздушного пространства Республики Казахстан и деятельности авиации», согласно которому при выявлении нарушения третьей категории уполномоченная организация в сфере гражданской авиации имеет право:

1) сообщать письменно эксплуатанту о выявленном несоответствии и требовать доказательства принятия корректирующих действий;

2) информировать компетентные власти государства эксплуатанта и, при необходимости, государства регистрации воздушного судна и выдачи свидетельств летного экипажа, а также запрашивать подтверждение соответствующих компетентных властей о согласовании корректирующих действий, принятых эксплуатантом;

3) устанавливать ограничение на эксплуатацию воздушного судна, либо требовать принятия срочных корректирующих действий по устранению выявленных несоответствий, либо вводить немедленный запрет на эксплуатацию воздушного судна на территории Республики Казахстан, либо задерживать воздушное судно на земле в соответствии с условиями пункта 7 настоящей статьи.

Таким образом, в данном случае законодатель не только использует формулировку «имеет право», но и указывает различные виды решений, которые может принять административный орган.

2.4.4. Усмотрение административного органа также может вытекать из **установления определенного минимального или максимального предела** срока, суммы и т.д. Соответственно, у административного органа возникает свобода на принятие решения в допустимых рамках. Например, согласно п. 1 ст. 51 Налогового кодекса РК, отсрочка с единовременной уплатой сумм налогов и (или) плат предоставляется на срок, не превышающий шести месяцев. Рассрочка с ежемесячной или ежеквартальной уплатой сумм налогов и (или) плат равными долями предоставляется на срок, не превышающий трех лет. Таким образом, в данных примерах предусматривается только верхний предел срока предоставления отсрочки или рассрочки. В результате налоговый орган может установить отсрочку в размере 2 месяцев или 4 месяцев, а рассрочку на 1 год или 2 года.

2.4.5. Усмотрение в исключительных случаях. В законодательстве при описании полномочий административных органов имеют место такие формулировки, как «как правило» или «в исключительных случаях». В данном случае следует исходить из того, что если административный орган действует по общему правилу, то имеет

место связанное решение. Но если административный орган намерен принять иное «нетипичное» решение, то речь идет об административном усмотрении. Здесь административный орган должен обосновать предпосылки для отклонения от общего подхода и в случае оспаривания решения суд полностью проверит такое решение на предмет ошибок усмотрения²⁸.

Пример

Согласно п. 7 ст. 30 Закона РК «О специальных государственных органах Республики Казахстан», при невозможности назначения на указанные должности такие сотрудники назначаются на иные должности, родственные по профилю подготовки (в исключительных случаях зачисляются в распоряжение соответствующего начальника для дальнейшего назначения на должность). Таким образом, при наличии указанных в Законе предпосылок сотрудники должны быть назначены на должности, родственные по профилю подготовки (связанное решение). Если руководство намерено зачислить сотрудника в распоряжение соответствующего начальника для дальнейшего назначения на должность, то следует понимать, что данное решение будет основываться на усмотрении, при котором должно быть с достаточной степенью убедительности обосновано наличие исключительного случая и соблюдение иных процедурных правил и принципов, в том числе соразмерности.

2.4.6. Мы указали наиболее типичные формы уполномочивания на применение административного усмотрения в законодательстве. Вместе с тем определение наличия административного усмотрения исключительно на основании используемой терминологии может быть ошибочным. Из текста Закона не всегда четко следует, намеревался ли законодатель предоставить усмотрение административному органу или предполагал принятие связанного решения. Административное усмотрение может быть выявлено не только текстуально, но и в результате других способов толкования норм права (**системного, телеологического или исторического**)²⁹. При толковании уполномочивающих норм следует также учитывать возможные отклонения в формулировании компетенции на государственном и русском языках.

Пример

Так, п. 1 ст. 6 Закона РК «Об органах внутренних дел Республики Казахстан» начинается со слов «Органы внутренних дел в пределах своей компетенции обязаны:», а п. 2 ст. 6 данного Закона устанавливает: «Органы внутренних дел в пределах своей компетенции имеют право:». Иными

²⁸ Deterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. 16. Auflage. 2018. - S. 96-97.

²⁹ Нейманис Я. Свобода действий учреждения // Ежегодник публичного права 2016: Административный акт. - М.: Инфотропик Медиа, 2015. - С. 144.

словами, в п. 1 перечисляются обязанности (связанные решения), а в п. 2 права органов внутренних дел права (решения по усмотрению). Однако текст закона на государственном языке использует в обоих пунктах данной статьи практически идентичные формулировки – «өзінің қызметішегінде» и «өз қызметішегінде», а указание на права и обязанности осуществляется только в последних подпунктах. **Системное толкование**, а именно выделение данных полномочий в разных пунктах ст. 6 и различное формулирование последних подпунктов данных структурных элементов свидетельствует об обязанностях в первом случае и правах во втором. К аналогичному результату приводит и **телеологическое толкование** норм права. Содержание установленных функций свидетельствует о том, что в одних случаях речь идет о правах, а в других об обязанностях. Проверять у физических лиц документы, удостоверяющие их личность, может быть правом должностных лиц, но не обязанностью (подп. 2) п. 2). Иное понимание противоречит здравому смыслу и фактически «парализовало» бы органы внутренних дел, привела бы к невыполнению ими иных функций по охране общественного порядка и обеспечению общественной безопасности.

2.4.7. Сокращение усмотрения до единственной возможности. Вышеуказанные формы уполномочивания свидетельствуют о наличии у административного органа усмотрения, но в силу особых обстоятельств данное усмотрение в конкретном случае может быть сокращено до единственной возможности. В немецкой доктрине в данном случае говорят о **сокращении усмотрения до нуля**³⁰. У административного органа в силу правовых или фактических обстоятельств остается только один правомерный вариант решения.

Пример

В п. 2 ст. 6 Закона РК «Об органах внутренних дел Республики Казахстан» закрепляется широкий перечень прав органов внутренних дел, но если в конкретной ситуации имеется угроза жизни и здоровью граждан, т.е. затрагиваются правовые интересы более высокого ранга, то усмотрение по принятию решения сокращается до нуля и бездействие будет ошибочным. При этом у должностных лиц может сохраняться усмотрение в части выбора решения, т.е. каким образом исключить угрозу жизни и здоровью граждан, например, в отношении кого именно принимать административный акт.

Сокращение усмотрения до единственной возможности может происходить и в результате устоявшейся **административной практики**, которая связывает административный орган. Реализация принципа равенства в таком случае требует принятия аналогичного решения при

³⁰Пуделька Й. Административное право Германии. Том 1 Право административных процедур. Общее административное право. М.: ИнфотропикМедиа, 2021. - С. 6-7; Maurer / Waldhoff Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage. - С. 155.

одинаковых обстоятельствах³¹. Так, по общему правилу, если у административного органа имеется административное усмотрение, то суд по иску о принуждении не может вынести конкретное решение об удовлетворении требований истца (часть вторая ст. 157 АППК РК). Однако если в определенном деле усмотрение сокращено до единственной возможности, то суд в своем решении может обязать принять конкретный административный акт в пользу истца.

2.5. Требования, выдвигаемые к применению административного усмотрения

2.5.1. Цель административного усмотрения

Понятие административного усмотрения (подп. 6) части первой ст. 4 АППК РК) связывает свободу выбора административного органа с законодательно определенной целью полномочия. Часть вторая ст. 11 АППК РК прямо устанавливает: «принятие административного акта и (или) совершение административного действия (бездействия) при осуществлении административного усмотрения должны **соответствовать цели данного полномочия**». Соответственно, в случае обжалования суд обязан проверить соответствие осуществления административного усмотрения законодательно предусмотренным целям принятия административного акта (часть вторая ст. 116 АППК).

Как определить цель полномочия? Цель полномочия может содержаться непосредственно в норме, предусматривающей административное усмотрение.

Пример

Согласно подп. 4) п. 1 ст. 13 Закона РК «О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан», местный исполнительный орган вправе предложить изменить место и (или) маршрут следования либо время проведения мирных собраний **в целях** обеспечения прав и свобод человека и гражданина, государственной безопасности, а также бесперебойного функционирования транспорта, объектов инфраструктуры, сохранности зеленых насаждений и малых архитектурных форм, иного имущества.

В других случаях цель полномочия может прямо не указываться в норме, предусматривающей административное усмотрение. Здесь следует исходить из общих целей данного Закона и соответствующих органов.

³¹ Пример из латвийской судебной практики см.: Нейманис Я. Свобода действий учреждения // Ежегодник публичного права 2016: Административный акт. - М.: Инфотропик Медиа, 2015. - С. 150.

Пример

Так, целью решений по усмотрению органов внутренних дел является защита жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, интересов общества и государства от противоправных посягательств, охрана общественного порядка и обеспечение общественной безопасности (п. 1 ст. 1 Закона РК «Об органах внутренних дел Республики Казахстан»). Если сотрудник органов внутренних дел на основании подп. 2) п. 2 ст. 6 Закона РК «Об органах внутренних дел Республики Казахстан» проверил у гражданки А. документы, удостоверяющие личность, не в целях проверки соблюдения установленных правил и обеспечения общественной безопасности, а для личного знакомства, то данное решение будет являться неправомерным уже потому, что преследуемая сотрудником частная цель не согласуется с целью предоставления полномочия в Законе³².

Следует отметить, что решение по усмотрению зачастую может иметь несколько законодательно предусмотренных целей одновременно. Так, вышеотмеченный подп. 4) п. 1 ст. 13 Закона РК «О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан» наряду с целью обеспечения бесперебойного функционирования транспорта, объектов инфраструктуры, сохранности зеленых насаждений и малых архитектурных форм, иного имущества, также и имеет целью реализацию прав и свобод человека и гражданина, а именно конституционного права мирно и без оружия собираться, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование, закрепленного в ст. 32 Основного закона страны. Чиновник должен учитывать как цели закона в интересах государства (например, обеспечение общественного порядка при проведении мирного собрания), так и цели, которые направлены на интересы частных лиц (право граждан на свободное волеизъявление)³³.

2.5.2. Применение административного усмотрения в рамках, установленных законодательством

Понятие административного усмотрения (подп. 6) части первой ст. 4 АППК РК) предусматривает свободу выбора административного органа в пределах, предусмотренных законодательством. Часть первая ст. 11 АППК РК также прямо указывает, что административный орган, должностное лицо обязаны **осуществлять административное усмотрение в пределах, установленных законодательством Республики**

³² См.: Йорг Пуделька Административное право Германии. Том 2. Административно-процессуальное право. – Берлин: Инфотропик Медиа, 2023. - С. 87.

³³ Административное право: учебный курс / под ред. Р.А. Подопригора. - Алматы: Налоговый эксперт, 2010. - С. 239-240.

Казахстан. Таким образом, не допускается свободное усмотрение, оно всегда в той или иной степени имеет пределы, т.е. рамки в законодательстве. Нарушение пределов усмотрения свидетельствует о противоправности принятого решения. Рассмотрим подробнее рамки применения административного усмотрения³⁴.

2.5.2.1 Соблюдение границ усмотрения. В главе 2.4 мы раскрыли разные нормативные формы уполномочивания на применение административного усмотрения, которые и содержат границы применения усмотрения. Так, может быть установлено закрытое административное усмотрение, согласно которому в норме исчерпывающе определяются возможные виды решений или установлены предельные сроки предоставления отсрочки или рассрочки по уплате налогов и (или) плат. Принятие решения, которое не предусмотрено при закрытом административном усмотрении, или произошло превышение максимальных границ решения, свидетельствует о нарушении законодательных рамок усмотрения и его противоправности.

В законодательстве имеет место и открытое административное усмотрение. Так, в соответствии с п. 3 ст. 18 Закона РК «О порядке организации и проведения мирных собраний в Республике Казахстан», в случае невыполнения требования о прекращении мирных собраний сотрудники органов внутренних дел принимают **необходимые меры** по принудительному прекращению мирных собраний в соответствии с законодательством Республики Казахстан. Какие именно должны быть применены меры, Закон прямо не указывает. Так, можно предположить, что данными мерами может быть применение физической силы или водометов либо резиновых дубинок и т.д. Здесь следует понимать, что могут иметь место и иные нормативные правовые акты, регламентирующие основания и предпосылки для применения тех или иных специальных средств, в том числе на подзаконном уровне, которые во взаимосвязи с вышеотмеченным Законом составляют рамки для осуществления административного усмотрения. Чиновник должен проанализировать законодательство в совокупности и правильно определить рамки для принятия решения по применению тех или иных мер и средств.

2.5.2.2 Обязанность применения административного усмотрения. Уполномочивание на применение административного усмотрения в законодательстве ведет к обязанности административного органа его учитывать. Административный орган не может «пропустить»

³⁴ Рамки применения усмотрения изложены с учетом зарубежного опыта. См. подр.: Аэдмаа А., Лопман Э., Паррэт Н., Пилвинг И., Вэне Э. Руководство по административному производству. - Тарту: Издательство Тартуского университета, 2005. - С. 343-349.

предоставленное усмотрение, а должен исходить из понимания, что при решении данного вопроса у него имеется усмотрение, у него есть обязанность взвесить различные интересы и принять наиболее соразмерное решение. Так, если местный исполнительный орган не рассматривает возможные варианты, например, изменение места и времени проведения данного мероприятия, а отказывает в согласовании любой демонстрации или шествия, то мы имеем дело с нарушением правил применения усмотрения. Таким образом, нарушение данного правила может проявляться в двух формах. Во-первых, чиновник может в силу неверного толкования норм права не осознавать наличие у него административного усмотрения и, соответственно, не применяет его. Второй случай имеет место быть, если чиновник понимает наличие у него административного усмотрения, но ошибочно считает, что в данном конкретном случае он обязан принять только единственное решение и не рассматривает другие варианты.

2.5.2.3 Важность заслушивания. При принятии решения на основе административного усмотрения особое значение имеет процедура заслушивания, предусмотренная ст. 73 АППК РК, которая является важным источником дополнительной информации, позволяющим взвесить все «за» и «против», положительные и отрицательные последствия для тех или иных лиц. Если административный орган не предоставил возможность участнику административной процедуры выразить свою позицию, то чиновник может вообще не знать о намерениях и опасениях лица. Сложно представить взвешенное и соразмерное решение по усмотрению без проведения заслушивания. Таким образом, данное процедурное нарушение относительно решений по усмотрению может свидетельствовать о вероятной противоправности административного акта по существу. Здесь также следует отметить, что в части второй ст. 73 АППК РК указаны случаи, при которых заслушивание может не проводиться, но следует не упускать из виду, что наличие данных оснований только может являться основанием для непроведения заслушивания, но норма не императивная. Если у административного органа, несмотря на наличие указанных предпосылок, имеются веские доводы для проведения заслушивания, то данное право следует реализовывать³⁵.

2.5.2.4 Запрет обоснования решения обстоятельствами, не имеющими значения для дела. Административное усмотрение должно осуществляться только на основании обстоятельств, которые имеют

³⁵Аэдмаа А., Лопман Э., Паррэт Н., Пилвинг И., Вэне Э. Руководство по административному производству. - Тарту: Издательство Тартуского университета, 2005. - С. 263.

отношение к рассматриваемому делу. Так, если решение о согласовании мирного собрания основывается на личной симпатии или антипатии, то нарушаются рамки осуществления административного усмотрения. С другой стороны, административный орган, в силу требований ст. 72 АППК РК, должен выяснить все обстоятельства, имеющие значение для дела. Подлежат выяснению обстоятельства как в публичных интересах, так и в интересах частных лиц, в том числе не только адресата административного акта, но и иных заинтересованных лиц. Данное правило позволяет административному органу взвесить разные интересы и принять наиболее сбалансированное решение.

Пример

Отмена административного акта, согласно ст. 84 и ст. 85 АППК РК, по общему правилу, является решением по усмотрению. В результате отмены административного акта правовое положение лица-адресата акта может существенно ухудшиться. Так, если субъект частного предпринимательства получил от административного органа уверение о выдаче финансовой помощи, то на основании данного решения предприниматель мог начать первоначальные инвестиции из собственных средств. В этом случае отмена акта может повлечь невозможность реализации бизнес-плана и возникновение долговых обязательств у предпринимателя и т.д. В этой связи отмена административного акта является сложным решением по усмотрению, в рамках которого следует учесть и соотнести между собой различные последствия.

2.5.3. Соразмерность административного усмотрения (пригодность, необходимость, пропорциональность)

Рамки для осуществления административного усмотрения создают не только конкретные уполномочивающие нормы, но и основные права и свободы человека и гражданина и общие принципы административного права. Наиболее важным принципом при принятии административных актов на основе усмотрения является **принцип соразмерности**, который выступает составной частью правового государства³⁶. Согласно части первой ст. 10 АППК РК, при осуществлении административного усмотрения административный орган, должностное лицо обеспечивают справедливый баланс интересов участника административной процедуры и общества. Иными словами, общественные интересы не являются абсолютными и не должны всегда превалировать над частными интересами отдельных граждан и компаний. Административный орган должен правильно определить цель Закона, выяснить все относящиеся к

³⁶ Йорг Пуделька. Административное право Германии. Том 2. Административно-процессуальное право.- Берлин: Инфотропик Медиа, 2023. - С. 86.

делу обстоятельства и взвесить права и интересы как государства, так и частных лиц и найти наиболее сбалансированное решение.

Принцип соразмерности позволяет путем пошагового теста оценить справедливость и взвешенность принятого решения по усмотрению. Предусмотренный в ст. 10 и ст. 11 АППК РК пошаговый тест проверки соблюдения принципа соразмерности является общепризнанным и закреплён в Законах об административных процедурах многих стран³⁷, а также применяется Европейским судом по правам человека³⁸.

Административный акт, принятый на основе усмотрения, проверяется на принцип соразмерности по следующей схеме:

- 1) соблюдение легитимной цели (часть вторая ст. 11);
- 2) пригодность акта (абзац первый части второй ст. 10);
- 3) необходимость акта (абзац второй части второй ст. 10);
- 4) пропорциональность акта (абзац третий части второй ст. 10).

Рассмотрим применение данной схемы проверки соблюдения принципа соразмерности на примере.

Пример

На последнем футбольном матче на стадионе «Astana Arena» отдельные футбольные фанаты скрытно пронесли на стадион и затем распылили пиротехнические средства. В этой связи органы внутренних дел (далее - ОВД) решились к принятию строгих мер на следующем матче. ОВД, на основании подп.13) п.2ст.6 Закона РК «Об органах внутренних дел Республики Казахстан», принимают решение о проведении досмотра всех физических лиц в полицейской кабине вплоть до полного раздевания. Реализация этой меры затронула в том числе мирного фаната клуба гр. А., личный досмотр которого не выявил каких-либо запрещённых средств. Было ли принятое на основе усмотрения решение о проведении личного досмотра правомерным, если законодательные предпосылки для досмотра имелись?³⁹

- 1) **соблюдение легитимной цели.** В соответствии с подп. 13) п. 2 ст. 6 Закона РК «Об органах внутренних дел Республики Казахстан» (далее – Закон об ОВД), проведение досмотра

³⁷ Ст. 17 Закона Азербайджана «Об административном производстве», ст. 7 Закона Армении «Об основах административной деятельности и административном производстве», ст. 7 Общего административного кодекса Грузии, ст. 9 Закона Кыргызстана «Об основах административной деятельности и административных процедурах», ст. 13 Административно-процессуального закона Латвии. См. подр.: Сборник законов об административных процедурах. М.: Инфотропик Медиа, 2016. - 444 с.

³⁸ Административное право: учебный курс / под ред. Р.А. Подопригора. - Алматы: Налоговый эксперт, 2010. - С. 70.

³⁹ Казус модифицирован на основе немецкой судебной практики и доктрины.

физических лиц является правом органов внутренних дел, а не обязанностью. Согласно п. 1 ст. 1, п. 1 ст. 4 и других норм Закона об ОВД, охрана общественного порядка и профилактика правонарушений являются законными целями. Данная мера была принята исключительно для достижения данной легитимной цели. **“Условие выполнено +”**

2) **пригодность решения.** Административный акт или административное действие считаются пригодными, если они приемлемы для достижения цели (абзац первый части второй ст. 10). Иными словами, здесь следует ответить на вопрос: путем принятия решения можно достичь предусмотренную цель? Досмотр всех посетителей стадиона является пригодной мерой, поскольку позволяет исключить пронос пиротехнических средств и тем самым исключить или минимизировать возможность нарушений общественного порядка и совершения правонарушений во время матча. **“Условие выполнено +”**

3) **необходимость решения.** Административный акт или административное действие считаются необходимыми, если в наименьшей степени ограничивают права, свободы и законные интересы участника административной процедуры (абзац второй части второй ст. 10). Таким образом, если цель может быть достигнута более мягкими мерами, то принятое решение не отвечает критерию необходимости. В нашем случае можно было бы подумать об использовании внешнего осмотра или применения технических средства без раздевания лиц. Однако более мягкие средства являются допустимыми только при не меньшей надежности и эффективности в достижении цели. В нашем случае личный досмотр является более надежной и действенной мерой, гарантирующей большую вероятность выявления запрещенных предметов по сравнению с другими мерами. Соответственно, данная мера является необходимой. **“Условие выполнено +”**

4) **пропорциональность решения.** Административный акт или административное действие считаются пропорциональными, если общественное благо, полученное в результате ограничений прав, свобод и законных интересов участника административной процедуры, больше, чем вред, причиненный этими ограничениями (абзац третий части второй ст. 10). Данный критерий обеспечивается взвешиванием достигаемого блага и ограничиваемого (нарушаемого) блага. Нельзя «стрелять по воробьям из пушки». Если принятием меры права и интересы нарушены в большей степени по сравнению с достигнутой целью, то имеет место непропорциональное вмешательство. В нашем случае досмотр всех физических лиц, посещающих игру, сопряжено с сильным

вторжением в личное пространство. С полицейской мерой столкнулись большое количество людей, которые не имеют никакого отношения к проносу пиротехнических средств. По этой причине административный суд оправданно занял позицию, что только меры, которые находятся в зависимости от уровня соответствующей опасности, могут быть признаны пропорциональными. Досмотр вплоть до полного раздевания может быть предпринят только в том случае, если относительно конкретного лица имеется высокая степень вероятности о намерении нарушения общественного порядка. По общему правилу досмотр физических лиц допускается только путем внешнего осмотра и ощупывания. Таким образом, **данная мера была признана непропорциональной. “Условие не выполнено -”**

Непропорциональность принятого решения ведет к его несоразмерности, и, соответственно, к неправомерному использованию административного усмотрения.

2.5.4. Применение иных принципов для обеспечения законности административного усмотрения

Выше были рассмотрены общие стандарты/требования, которые должны быть соблюдены административным органом в процессе принятия решения на основании административного усмотрения.

Однако наряду с ними следует обратить внимание и на тот факт, что в ч. 2 ст. 6 АППК РК указано, что установленные в кодексе **принципы** административных процедур **не являются исчерпывающими** и не могут быть препятствием для применения других принципов права. Иными словами, административный орган для повышения уровня законности решений, принимаемых на основании административного усмотрения, может ориентироваться также и на дополнительные принципы, которые вытекают, прежде всего, из положений Конституции РК, а также международных актов, имеющих отношение к сфере управления.

Таким образом, административный орган, применяя административное усмотрение, должен действовать:

- **беспристрастно (непредвзято).** Это требование означает, что при осуществлении административного усмотрения административный орган обязан учесть все факторы, относящиеся к делу, и рассматривать только такие факторы, должным образом взвешивая их. При этом представитель органа должен избегать какого-либо противоправного влияния, не подвергаться личным симпатиям/антипатиям к участникам

дела, а также не должен иметь собственного интереса в результатах разрешения дела (т.е. следует избегать конфликта интересов);

- **добросовестно.** Это предполагает обязанность действовать с искренним намерением (искренне, правдиво, честно), добросовестно, прилагая все необходимые усилия. Недобросовестность обязательно включает в себя умысел или халатность;

- **благоразумно.** При применении административного усмотрения административный орган, как правило, должен взвесить значимость отдельных обстоятельств и принять определенное решение, основанное на собственных рассуждениях и оценках. При этом он должен действовать благоразумно (рационально), иначе его решение будет противоправным. Это положение определяет пределы иррациональности, то есть описывает решение, которое не принял бы ни один разумный служащий. Под углом зрения контроля за применением административного усмотрения это означает, что административный суд не должен осуществлять его, пока (еще) можно считать, что соответствующее решение было принято здраво. Именно в этом положении закреплено право на усмотрение, позволяющее административному суду оставлять за административным органом пространство для собственных решений. Соответственно, безрассудным следует считать решения, действия, бездействие, противоречащие законам логики и общеприемлемым моральным стандартам;

- **с соблюдением принципа равенства перед законом, предотвращая все формы дискриминации.** Административный орган должен обеспечить равное отношение к лицам при принятии решений при одинаковых обстоятельствах, то есть при одинаковых обстоятельствах должны применяться одинаковые юридические последствия. Сокращенным образом требования принципа равенства можно свести к формуле «нельзя обращаться с равным/одинаковым произвольно неодинаково, как и с неравным/неодинаковым произвольно одинаково». Для того чтобы выяснить, идет ли речь об одинаковых или о разных вещах, необходимо сопоставить все важные, под юридическим углом зрения, обстоятельства. В этом случае большую роль играет практика: необходимо знать, как именно административные органы уже решали определенные виды ситуаций. Если такая практика уже существует, то названные субъекты не могут от нее отступать, не имея на это соответствующего обоснования. Соблюдение принципа равенства может привести к тому, что возможности решений административного органа будут сужены вплоть до ситуации, когда останется только один правильный вариант. Однако принцип равного отношения не обязывает к тому, чтобы продолжать какую-либо противоправную практику применения административного усмотрения;

- **своевременно**, то есть в течение разумного срока. Это требование означает соблюдение временных рамок, определенных в законодательстве или даже не определенных, без неоправданного для конкретной ситуации промедления. Этот принцип приобретает особое значение в тех случаях, когда для законного осуществления деятельности необходимо сначала получить от административного органа соответствующую лицензию или разрешение в какой-либо другой форме. В таких случаях заявителю, обращающемуся за такой лицензией или другим разрешением, чрезвычайно важно получить в ближайший возможный срок точную информацию о решении органа, выдающего такую лицензию/разрешение. Отсутствие предусмотренного законом предельного срока для принятия такого решения может привести к тому, что заявитель в течение неопределенно длительного времени будет находиться в состоянии неуверенности, что может вызвать ему значительные практические проблемы и быть скрытой формой произвола. То же касается случаев, когда меры административного органа в отдельном деле создают ситуацию неуверенности в отношении границ, в которых соответствующее лицо может осуществлять свои права, свободы или интересы. Определение того, что в соответствующем случае должно считаться приемлемым сроком, зависит от нескольких обстоятельств – в частности, от сложности решаемого вопроса, срочности принятия решения и количества лиц, которых касается это дело;

- **эффективно**. Административные органы в процессе своей деятельности, с одной стороны, распоряжаются ресурсами (публичными), которые часто ограничены, а с другой, – принимают решения, которые могут влиять на объем (сохранение) ресурсов, принадлежащих и частным лицам. Учитывая это, выбирая варианты решений (действий), принятых на основании административного усмотрения, такие субъекты должны учитывать и эффективность своей управленческой деятельности. Принцип эффективности обязывает административные органы к тому, чтобы все их действия (решения) были рациональными, обеспечивающими все необходимое на основании четких задач, оценки будущего влияния и в случаях, где это возможно, на основе предыдущего опыта. Эффективность требует также достижения надлежащих результатов при минимизации затрат по ресурсам, процессам, видам деятельности во времени и по объемам⁴⁰.

2.6. Незаконное применение административного усмотрения

⁴⁰Целлер Е., Куйбіда Р., Мельник Р. Звіт: Дискреція адміністративних органів і судовий контроль за її реалізацією. 2020. - С.38-40, 42 // https://court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/sud4857/zvit_dyskrecciia.pdf

Незаконное применение административного усмотрения касается тех случаев, когда административный орган нарушает закон (право), выходя, например, за пределы предоставленных ему полномочий. В случаях, когда речь идет о том, что, скажем, такой субъект избрал менее целесообразное решение (из перечня возможных), то в такой ситуации, как подчеркивается в немецкой юридической литературе, говорить о незаконности административного усмотрения оснований нет⁴¹.

Незаконное применение административного усмотрения может находить проявление в разных формах:

а) **превышение полномочий на применение административного усмотрения** имеет место тогда, когда административный орган избирает юридическое последствие, находящееся за пределами дискреционного правила/нормы, уполномочивающего на усмотрение;

б) **неприменение/недостаточное применение административного усмотрения** находит проявление, когда административный орган не использует предоставленные ему полномочия применить усмотрение, например, по легкомыслию или по ошибочному предположению, что в силу обязательности нормы он имел право на (без)деятельность;

в) **злоупотребление административным усмотрением** имеет место, когда его осуществление не направлено на предусмотренные законом цели, или когда при его осуществлении должным образом не учтены соответствующие свойственные ему критические аспекты. Полномочия всегда предоставляются административному органу не в его собственных интересах и не в интересах отдельного гражданина, а в целях удовлетворения публичных интересов. Если субъект применения административного усмотрения использует полномочия в иных целях, чем достижение публичного интереса, то он действует противоправно и его противоправные действия (решения) могут быть обжалованы в суде⁴².

Если никакой из приведенных ошибок нет, то решение (действие) административного органа, возможно, будет не самым целесообразным, но это не делает его незаконным. Подобные ошибки (по поводу целесообразности) могут быть исправлены только в рамках процедуры внесудебного (административного) обжалования, а не в пределах административного судопроизводства⁴³.

⁴¹ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011. -S. 148.

⁴² Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011. -S. 149; БрэбанГ. Французское административное право: Пер. с фр. / Под ред. и вступ. ст. С.В. Боботова. – М.: Прогресс, 1988. - С. 193.

⁴³ Пуделька Й. Понятие усмотрения в административном праве Германии и его отграничение от судебного усмотрения // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия Право, 2017, Том 8, Вып. 4. - С. 445-446.

Административное усмотрение, предоставляя административному органу возможность выбирать между разными способами поведения, в отдельных случаях может сужаться, вплоть до превращения в один единственный вариант решения. Это происходит тогда, когда только одно решение является правильным и безошибочным осуществлением административного усмотрения, а любое другое решение будет злоупотреблением им. Орган власти, как отмечается в немецкоязычной юридической литературе, поэтому обязан «выбрать» это единственное решение, которое остается в таком случае. В таких случаях дискреция сводится к нулю или исчезает⁴⁴.

Пример

Согласно законодательству о правоохранительных органах, эти органы обладают административным усмотрением в вопросе о том, совершать или нет какие-либо действия, когда и относительно кого их применить с целью предупреждения угроз общественной безопасности и порядку. Однако если существуют определенные угрозы для правовых благ высокого ранга, например, для конституционного права, то право органа полиции действовать с усмотрением (т.е. относительно вопроса, необходимо ли вообще действовать) может свестись к нулю. В таком случае несовершение действий будет дискреционной ошибкой и в этом смысле станет незаконным⁴⁵.

⁴⁴ Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2011. -S. 151.

⁴⁵ Пуделька Й. Понятие усмотрения в административном праве Германии и его отграничение от судебного усмотрения // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия Право, 2017, Том 8, Вып. 4, с. 446.

Раздел 3

АЛГОРИТМЫ ПРИНЯТИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫМ ОРГАНОМ (ДОЛЖНОСТНЫМ ЛИЦОМ) РЕШЕНИЙ НА ОСНОВЕ УСМОТРЕНИЯ

3.1. Схема/алгоритм действия

На основе изложенных выше положений об административном усмотрении и правилах его применения можно предложить следующий порядок действий – пошаговый алгоритм принятия административным органом или должностным лицом решения на основе усмотрения.

№ п / п	Что сделать?	Как это сделать?	На каком основании?	Результат действия
1	Определить, имеется ли административное усмотрение?	Проверить нормативные правовые акты, регулирующие деятельность административного органа и полномочия должностного лица. Найти слова «уполномочен», «вправе», «может», «должен», либо перечень возможных решений либо формулировку «принять необходимые меры...» и т.п.	Подп. 6) ч. 1 ст. 4 АППК РК: административное усмотрение - полномочие административного органа, должностного лица принимать в установленных законодательством Республики Казахстан целях и пределах одно из возможных решений на основании оценки их законности	Указать конкретный подпункт, пункт, статью нормативного правового акта в административном акте
2	Определить вид административного усмотрения: 1) принять решение, совершить действие; 2) выбрать вариант решения; 3) выбрать способ действия; 4) выбрать адресата действия или объект воздействия	Изучить нормативные правовые акты. Найти слова: 1) слова «уполномочен», «вправе»; 2) перечень возможных решений; 3) «принять необходимые меры...» и т.п.	Подп. 6 ч. 1 ст. 4 АППК РК – определение понятия «административное усмотрение»	Указать конкретный подпункт, пункт, статью нормативного правового акта в административном акте

3	Сформулировать решение	Проверить, относится ли выбранное решение к одному из возможных решений, прямо или косвенно предусмотренных законодательством	Подп. 6 ч. 1 ст. 4 АППК РК: административное усмотрение - полномочие административного органа, должностного лица принимать в установленных законодательством Республики Казахстан целях и пределах одно из <i>возможных решений</i> на основании оценки их законности	Выбранное решение является одним из возможных решений
4	Проверить соответствие административного решения (акта, действия) цели данного полномочия	Изучить нормативные правовые акты на предмет установления цели, для достижения которой предоставлено административное усмотрение. Возможно найти формулировки: «в целях обеспечения прав и свобод человека и гражданина...» и др.	Принятие административного акта и (или) совершение административного действия (бездействия) при осуществлении административного усмотрения должны соответствовать цели данного полномочия	Выбранное решение соответствует цели данного полномочия. Если нет, то следует заново сформулировать решение (пункт 3)
5	Проверить пределы административного усмотрения	Изучить нормативные правовые акты на предмет установления пределов административного усмотрения: сроки, пределы санкций и др. Возможно найти формулировки: «на срок, не превышающий шести месяцев (или указан иной срок)»	Административный орган, должностное лицо обязаны осуществлять административное усмотрение в пределах, установленных законодательством Республики Казахстан	Выбранное решение находится в пределах, установленных законодательством. Если решение выходит за пределы, то следует скорректировать решение и привести его в соответствие с требованиями законодательства
6	Определить пригодность административного решения (акта, действия)	Проверить: - является ли выбранное решение приемлемым, допустимым с позиции законодательства; - достигается ли таким решением установленная цель	Ч. 2 ст. 10 АППК РК: Административный акт, административное действие (бездействие) считаются пригодными, если они приемлемы для достижения цели, установленной законами Республики Казахстан	Выбранное решение является пригодным. Если решение не является пригодным, следует отказаться от данного решения и перейти к другому возможному решению (пункт 3)

7	Определить необходимость административного акта, действия	Проверить: - какие права, свободы, законные интересы участника административной процедуры ограничиваются; - является ли такое ограничение прав, свобод и законных интересов наименьшим из возможных ограничений	Ч. 2 ст. 10 АППК РК: Административный акт, административное действие (бездействие) считаются необходимыми, если в наименьшей степени ограничивают права, свободы и законные интересы участника административной процедуры	Выбранное решение в наименьшей степени ограничивает права, свободы и законные интересы участника административной процедуры. Если возможны иные решения, которые в меньшей степени ограничивают права, свободы и законные интересы, то следует такое решение проверить на пригодность (пункт 4). Если оно пригодно, то следует перейти к новому возможному решению (пункт 3)
8	Определить пропорциональность административного решения (акта, действия)	Проверить, какое общественное благо будет получено в результате ограничений прав, свобод и законных интересов участника административной процедуры, - сравнить, будут ли принятием меры права и интересы нарушены в большей степени по сравнению с достигнутой целью	Ч. 2 ст. 10 АППК РК: Административный акт, административное действие (бездействие) считаются пропорциональными, если общественное благо, полученное в результате ограничений прав, свобод и законных интересов участника административной процедуры, больше, чем вред, причиненный этими ограничениями.	Выбранное решение является пропорциональным. Если выбранное решение не является пропорциональным, то следует перейти к новому возможному решению (пункт 3)

9	Определить применение иных принципов для обеспечения законности административного усмотрения	Проверить, что в результате предыдущих действий административное решение принято: - беспристрастно (непредвзято); - добросовестно; - благоразумно; - с соблюдением принципа равенства перед законом, предотвращая все формы дискриминации; - своевременно; - эффективно	Ч. 1 ст. 10 АППК РК: 1. При осуществлении административного усмотрения административный орган, должностное лицо обеспечивают справедливый баланс интересов участника административной процедуры и общества	Административное усмотрение применено правильно. Готовы аргументы законности и обоснованности административного решения в случае возникновения спора
---	--	---	--	--

3.2. Обоснование административного акта, принятого на основе административного усмотрения

Как уже было отмечено выше, административное усмотрение тесно связано с административным актом. В данном случае речь идет о том, что именно посредством использования усмотрения административные органы получают возможность принимать широкий диапазон административных актов. Административные акты, изданные на основании административного усмотрения, получили в литературе название «**дискреционных административных актов**»⁴⁶.

Любой административный акт, в том числе и тот, который издан на основании административного усмотрения, подлежит обязательному обоснованию. Это требование вытекает из различных юридических актов и, в первую очередь, из Конституции РК, где в ст. 1 закреплено положение о том, что Казахстан утверждает себя правовым государством.

Одним из требований правового государства выступает **юридическая определенность**, которая обязывает все органы публичной власти следить за тем, чтобы принимаемые ими решения (как нормативного, так и не нормативного характера) были сформулированы с достаточной степенью четкости и основаны на понятных критериях, исключающих возможность их произвольной интерпретации. «В правовом государстве необходимо обеспечить формальную определенность, ясность и непротиворечивость правового регулирования»⁴⁷. Данные задачи

⁴⁶Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1: Право административных процедур. Общее административное право. - С. 52.

⁴⁷ Нормативное постановление Конституционного Суда Республики Казахстан от 22 февраля 2023 года № 3 «О рассмотрении на соответствие Конституции Республики Казахстан подпункта 1) пункта 1 и пункта 2 статьи 610 Кодекса Республики Казахстан от 25 декабря 2017 года «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс)» // <https://www.gov.kz/memleket/entities/ksrk/documents/details/433407?lang=ru>

выполняются, в том числе, посредством **обоснования** принимаемых юридических актов.

О необходимости обоснования административных актов четко сказано и в ч. 1 ст. 79, а также в п. 4 ч. 1 ст. 80 АППК РК. В частности, в последнем случае законодатель предписывает, что в административном акте, принятом в письменной (бумажной и (или) электронной) форме, наряду с прочим, указывается его **обоснование**.

Обоснование административного акта – это фиксация в определенной форме и логической последовательности всех необходимых (юридических и фактических) оснований для принятия решения, а также раскрытие их содержания и взаимосвязи, посредством чего у адресата акта формируется четкое и полное понимание как причин его принятия, так и регулирующего содержания.

3.2.1. Цели обоснования административного акта

Посредством обоснования административного акта достигаются различные цели, а именно:

- снижается уровень коррупции в сфере публичного управления. Это достигается благодаря тому, что незаконное решение невозможно, в принципе, обосновать. Так, если нет юридических оснований для принятия благоприятного административного акта, то их, соответственно, невозможно и назвать в рамках обоснования. Поэтому коррупционные решения, как правило, «прячутся» в тех актах, в которых отсутствует обоснование. Именно такие акты (необоснованные) должны, в первую очередь, проверяться субъектами контроля и надзора;

- повышается уровень прозрачности решений, принимаемых административными органами. Если субъект издания административного акта объясняет все причины и основания для его принятия (особенно если речь идет об обременяющем акте), то любое частное лицо может дать оценку произошедшему. Административный орган, говоря образно, «разговаривает» с частным лицом посредством обоснования своих административных актов;

- обеспечивается состояние юридической стабильности и предсказуемости в обществе и в государстве. Обоснованный административный акт блокирует формирование у граждан мысли о том, что административные органы занимаются произволом и могут принимать любые (произвольные) решения;

- происходит формальное (документальное) оформление всех тех интеллектуальных процессов и решений, которые имеют место в деятельности административного органа. При помощи обоснования административного акта становится понятно, каким образом административный орган пришел к соответствующему решению;

- улучшается уровень исполнения административных актов. Это связано с тем, что понятное решение легче (психоэмоционально) акцептировать и руководствоваться им в процессе своей жизнедеятельности;
- облегчается последующий контроль за законностью принятых административных актов благодаря наличию в них всей необходимой юридической и фактической информации, на основании которой они и были приняты. Благодаря наличию обоснования административного акта можно максимально полно «реконструировать» все события, факты и основания, на которые опирался субъект его издания;
- стабилизируется правовое положение субъекта издания административного акта, поскольку правильным образом обоснованный административный акт, скорее всего, не будет отменен в процессе его обжалования.

3.2.2. Базовые положения методики обоснования административного акта

Методика обоснования административного акта с содержательной точки зрения состоит из 2-х больших сфер:

- 1) законодательных требований (АППК РК + специальные законы), которые должны соблюдаться, чтобы решение было законным в принципе;
- 2) наработанной техники принятия решения административным органом. Здесь, конечно, нет единых стандартов, но все в этой части должно быть подчинено требованиям **логики, обоснованности, понятности, грамотности**. Таким образом, административный орган должен нарабатывать лучшие практики в данной сфере. Служащие должны быть готовы инвестировать время в подготовку обоснований для административных актов, а административные органы должны создавать для этого необходимые условия.

Важно!

Только одна лишь ссылка на норму права, которая использована при принятии административного акта, а также простое (необоснованное) утверждение о том, что она может быть применена для регулирования возникшей фактической ситуации, не является обоснованием!

Обоснование административного акта должно осуществляться с ориентацией на специфику **адресата административного акта**. Есть принципиальная разница между рядовым гражданином и юридическим лицом, представленным большим количеством специалистов, в том числе с юридическим образованием. По крайней мере, разница обоснования

должна касаться языка мотивировочной части административного акта. Уровень читабельности административного акта не может быть универсальным.

Обоснование административного акта осуществляется прежде всего относительно тех аспектов, которые являются **проблемными, неоднозначными, сложными для понимания**; которые вызывают разные подходы и разное понимание у юристов. Очевидно, что понятные вещи и аспекты не требуют обоснования, ибо пространные рассуждения на тему очевидных вещей будут лишним образом отягощать мотивировочную часть административного акта.

Обоснование административного акта должно **состоять из ряда последовательных шагов**:

- 1) анализ и раскрытие содержания нормы права, на которой основан административный акт;
- 2) анализ и исследование фактических обстоятельств дела;
- 3) субсуммирование⁴⁸, то есть логическое объяснение (доказательство) того факта, что предложенная норма права действительно регулирует соответствующие фактические обстоятельства. Именно эти аспекты и составляют содержание должного (полного) обоснования.

3.2.3. Особенности обоснования административного акта, принятого на основании административного усмотрения

Разные виды административных актов требуют разного объема обоснования. Так, административные акты, принятые на **основании административного усмотрения**, должны быть обоснованы лучше (полнее) по сравнению с так называемыми «связанными» актами. Это, в первую очередь, объясняется тем, что административный орган имел возможность принять одно из многих решений и поэтому он должен объяснить, почему именно такое (данное), а не какое-либо еще решение он принял.

Так как административный акт, принятый на основании административного усмотрения, представляет собой один из видов административных актов вообще, то в рамках его обоснования можно выделить две группы вопросов: общие и специальные.

3.2.3.1. Общие аспекты обоснования административного акта

⁴⁸ Детальнее об этом см.: Немецкая методика права: учебное пособие / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. – Алматы, 2021.

В процессе обоснования административного акта может возникнуть необходимость пояснить/обосновать:

- на основании какой именно уполномочивающей нормы права административный орган принимает административный акт. В этой части обоснования должен быть четко назван нормативный правовой акт, которым руководствуется административный орган, а также указан «путь» к соответствующему полномочию, т.е. не просто назван номер или название статьи, а показано, в каком именно, например, абзаце или части содержится соответствующее полномочие;
- содержание неопределенных юридических понятий, которые имеют место в норме права (на уровне юридической предпосылки) и со ссылкой на которые административный орган будет выбирать один из вариантов решений;
- причину выбора той или иной нормы, если одновременно несколько норм, регулируют соответствующие общественные отношения. Административный орган должен обосновать, какая именно из двух или трех существующих норм будет лучшим образом подходить для решения соответствующей юридической проблемы;
- к какому выводу по результатам изучения соответствующих норм права и почему пришел административный орган;
- перечень и содержание всех юридических предпосылок, которые приняты административным органом во внимание для принятия решения;
- содержание фактических обстоятельств, которые сопровождают процесс принятия решения, принятые и/или непринятые административным органом доказательства⁴⁹.

3.2.3.2. Специальные аспекты обоснования административного акта

Наряду с этими общими аспектами, в процессе обоснования административного акта, принятого на основании административного усмотрения, должны быть раскрыты и детально объяснены все три элемента принципа соразмерности – **пригодность, необходимость и пропорциональность**. Иными словами, административный орган должен обосновать, что избранное им в рамках административного усмотрения юридическое последствие выступает пригодным, необходимым и пропорциональным⁵⁰. Анализ этих элементов, применительно к фактическим обстоятельствам дела и конкурирующим ценностям,

⁴⁹Lagodny O. Juristisches Begründen. Wien. Nomos, 2013. - S.15, 29-33, 34, 35.

⁵⁰ Подробнее о данных аспектах см.: п. 2.5.3.

является обязательным и самым сложным этапом (элементом) обоснования административного акта данной категории.

Раздел 4

ПРАВОВОЙ КОНТРОЛЬ ЗА ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ УСМОТРЕНИЯ

4.1. Досудебный порядок оспаривания решений на основе усмотрения (ведомственный контроль)

4.1.1. Общее понятие и сфера действия

Административный акт, в том числе принятый на основе усмотрения, может быть оспорен в досудебном порядке путем подачи жалобы. Жалоба является одной из форм обращения, содержащих требование участника административной процедуры о восстановлении или защите прав, свобод или законных интересов его или других лиц, которые были нарушены административным актом, административным действием (бездействием) (подп. 38) части первой ст. 4 АППК РК). Нахождение Глав 13–15 в Разделе 3 «Административная процедура» однозначно свидетельствует о том, что досудебный порядок оспаривания является одной из стадий административной процедуры, на которой административным органом на основании поступления жалобы пересматривается административный акт или административное действие. Исходя из данной регуляции, отсутствие жалобы исключает производство в рамках Главы 13, а административная процедура оканчивается принятием административного акта и его исполнением (в случае необходимости).

АППК РК является общим законодательным актом (ст. 1), что предопределяет распространение Глав 13–15 на все административные акты и административные действия, принятые или совершенные на основе специальных нормативных правовых актов, в том числе решения по усмотрению. Исходя из части второй статьи 1 Кодекса, **при наличии специальных процедурных правил подачи жалоб и их рассмотрения в иных законодательных актах следует руководствоваться данными специальными нормами права.** Иными словами, в случае наличия противоречий между порядком обжалования согласно рассматриваемого Кодекса и нормами иных нормативных правовых актов, приоритет имеют только специальные процедурные правила, содержащиеся в законодательных актах, а не подзаконных нормативных правовых актах.

Здесь следует также заметить, что в специальном законодательстве может использоваться иной термин, а не жалобы, например, возражение, но если такое обращение отвечает по существу требованиям жалобы, т.е. в административном органе обжалуется административный акт или административное действие, то его следует оценивать как жалобу и при его рассмотрении руководствоваться АППК РК.

Несмотря на однозначное отнесение досудебного порядка обжалования к административной процедуре, т.е. деятельности административных органов и, прежде всего, органов исполнительной власти, следует также отметить и важное значение рассматриваемого института для административного судопроизводства (Раздел 4 АППК РК). В частности, в случае подачи жалобы в порядке Главы 13 Кодекса, предметом оспаривания в суде будет не «чисто» первоначальный административный акт, а первоначальный административный акт в виде, который он приобрел в результате принятия решения по жалобе, или решение по жалобе самостоятельно, если оно впервые содержит обременение⁵¹.

4.1.2. Функции досудебного порядка оспаривания решений на основе усмотрения

В юридической литературе выделяют, по крайней мере, следующие три функции рассматриваемого института:

- правовая защита граждан;
- самоконтроль администрации;
- разгрузка административных судов⁵².

Первая функция вытекает из принципа разделения властей, в результате которого суд правомочен проверять только правомерность принятого административного акта или совершенного административного действия, а в рамках производства по жалобе административный орган может проверить не только правомерность, но целесообразность обжалуемого решения. Соответственно, производство по жалобе расширяет правовые возможности частных лиц в публично-правовых спорах с администрацией на досудебной стадии⁵³. Данная функция приобретает особое значение при обжаловании административных актов, принятых на основе административного усмотрения, так как вопросы целесообразности не могут быть разрешены судом (часть вторая ст. 157 АППК РК), а могут быть учтены органом, рассматривающим жалобу.

⁵¹ Несмотря на отсутствие прямого указания на предмет иска об оспаривании, следует исходить из статьи 132 АППК РК, указывающей на «обременяющий административный акт». В зарубежном законодательстве предмет иска прямо указывается, см. напр.: Абз. 1 ст. 79 Административно-процессуального кодекса Германии.

⁵² См. напр.: Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 5, Rn. 2. (с. 67); Аэдмаа А., Лопман Э., Паррэт Н., Пилвинг И., Вэне Э. Руководство по административному производству, Тарту, 2005.-С. 484-485; Пуделькай. Административное право Германии. Том 1 Право административных процедур. Общее административное право. - М., 2021. - С. 136.

⁵³ Хартвиг М. Предварительное производство – аргументы за и против // Ежегодник публичного права – 2014: «Административное право: сравнительно-правовые подходы». - М., 2014. - С. 341.

Вторая функция заключается в ведомственном самоконтроле администрации. Поступление жалоб сигнализирует о недостатках в деятельности подчиненных организационных структур, а их рассмотрение позволяет административным органам повторно перепроверить фактические и правовые основания обжалуемых решений в целом с учетом обоснований, указанных в жалобах. Таким образом, ошибки администрации могут быть достаточно быстро и эффективно устранены внутри администрации⁵⁴. Большое количество обоснованных жалоб является основанием для принятия организационных решений, корректировки административной практики в целом.

Третья функция является следствием взаимосвязанности производства по административной жалобе и административного судопроизводства. Если жалоба будет удовлетворена путем вынесения решения в рамках Главы 15 АППК РК, то административные иски не поступят в суды в рамках Раздела 4. Кроме того, следует учитывать, что в случае оставления жалобы без удовлетворения (подп. 4) части первой ст. 100 АППК РК), лицо-жалобщик может быть удовлетворено дополнительными обоснованиями и доводами, которые содержатся в решении по жалобе, что также может привести к добровольному отказу от подачи иска в судебном порядке. Данная функция приобретает особое значение по категориям административных дел, по которым обжалование в досудебном порядке является обязательным для допустимости административного иска в суде.

4.1.3. Право на подачу досудебной жалобы

Согласно части первой ст. 91 АППК РК, участник административной процедуры вправе обжаловать административный акт, административное действие (бездействие), не связанное с принятием административного акта, в административном (досудебном) порядке. Участниками признаются заявитель и заинтересованные лица (часть первая ст. 21 АППК РК). В свою очередь заявителем является как лицо, подавшее обращение, так и адресат административного акта (подп. 2) части первой ст. 4 АППК РК).

Из этих положений следует так называемый критерий «право на жалобу», а именно: жалобу может подать не любой, а только лицо, права и интересы которого нарушены обжалуемым административным актом. В результате жалоба не может быть подана лицом, которого административный акт совсем не затрагивает, т.е. жалоба не может быть подана в интересах иного лица или для защиты объективной

⁵⁴ Эрнэ Виктория Ксальтер. Оспаривание административного акта в досудебном порядке // Ежегодник публичного права – 2014: «Административное право: сравнительно-правовые подходы».- М. 2014.- С. 344.

правомерности в правопорядке. Жалоба не может быть подана и административным органом, в том числе органом, согласующим данный акт. Таким образом, право на подачу жалобы и право на подачу иска совпадают по существу⁵⁵.

Пример

Гражданин А. работает в офисе на 5 этаже. На первом этаже данного офиса функционирует столовая, в которой гражданин А. любит обедать по причине качества еды и ее дешевизны. Однако уполномоченный государственный орган по причине выявления определенных нарушений в деятельности столовой и наличия у него усмотрения принял решение о приостановлении ее деятельности. Гражданин А. сильно недоволен, так как у него нет возможности, как и прежде, вкусно и недорого обедать, и решает подать жалобу на решение о приостановлении деятельности столовой в вышестоящий государственный орган. Является ли данная жалоба допустимой⁵⁶?

Решение: в данном случае гражданин А. не является участником административной процедуры по приостановлению деятельности столовой. Он не является заинтересованным лицом, поскольку в действующем законодательстве отсутствуют нормы, гарантирующие ему прием пищи в определенном радиусе от места работы или по определенной цене. Таким образом, несмотря на фактическое негативное воздействие решения о приостановлении на гражданина А., у данного лица отсутствует субъективное публичное право на инициирование досудебного порядка рассмотрения данного дела.

4.1.4. Допустимость поворота жалобы во вред лицу

Дискуссионным является вопрос о допустимости принятия вышестоящим органом более неблагоприятного решения для заявителя по сравнению с первоначальным административным актом, которое он обжалует.

Согласно части шестой ст. 98 АППК РК, обращение жалобы во вред заявителю не допускается. Вместе с тем столь однозначное регламентирование вступает в противоречие с принципом законности. Если государственный орган в результате рассмотрения жалобы выяснит, что согласно требованиям законодательства необходимо ухудшить правовое положение лица-жалобщика, но имеется запрет поворота жалобы

⁵⁵ Аэдмаа А., Лопман Э., Паррэт Н., Пилвинг И., Вэне Э. Руководство по административному производству. - Тарту, 2005. - С. 484-485; Пуделька, Йорг, Административное право Германии. Том 1 Право административных процедур. Общее административное право. - М., 2021. - С.485-486.

⁵⁶ Данный казус сформулирован в отрыве от конкретных нормативных предписаний действующего законодательства Казахстана.

во вред лицу, то у госоргана остается возможность принятия только незаконного решения⁵⁷.

Пример

Согласно п. 1 ст. 51 Налогового кодекса РК, отсрочка с единовременной уплатой сумм налогов и (или) плат предоставляется на срок, не превышающий шести месяцев. Лицо получило отсрочку на семь месяцев, но подало жалобу в вышестоящий орган с требованием увеличить срок отсрочки до одного года. Если следовать исключительно требованиям части шестой ст. 98 АППК РК, то вышестоящий налоговый орган, несмотря на понимание того, что предоставление отсрочки на семь месяцев является незаконным, не может в рамках рассмотрения досудебной жалобы снизить срок отсрочки.

Представляется обоснованным применение части шестой ст. 98 АППК РК в зависимости от наличия или отсутствия у органа административного усмотрения. Если речь идет о связанных решениях, то в целях соблюдения принципа законности вышестоящий орган должен иметь возможность поворота жалобы во вред лицу. Если же речь идет об акте, принятом на основе административного усмотрения, то часть шестая ст. 98 АППК РК должна иметь применение при соблюдении условия, что принятое решение находится в рамках, предусмотренных законодательством. На нашем примере это будет означать следующее. Если налоговый орган предоставил отсрочку на срок пять месяцев, но лицо подало жалобу с требованием увеличить данный срок до шести месяцев, то вышестоящий налоговый орган может удовлетворить жалобу увеличить срок отсрочки или оставить ее на уровне пяти месяцев, но не имеет право уменьшить срок отсрочки.

Данный пример четко показывает отличия в рассмотрении досудебных жалоб на связанные решения и на решения по усмотрению.

4.1.5. Объем рассмотрения жалобы

Рассмотрение жалобы на решение по усмотрению в досудебном порядке осуществляется в полном объеме как на правомерность, так и на предмет целесообразности первоначального решения. Таким образом, проверка административного акта может быть представлена в следующей последовательности:

- 1) является ли административный акт противоправным;

⁵⁷ См. подр.: Габбасов А. «Reformatio in Peius» в досудебном обжаловании административного акта // Ежегодник публичного права 2021. Инструменты действия административных органов. - М.: Инфотропик Медиа, 2021. - С. 216-225.

- 2) нарушает ли противоправный акт права лица, подавшего жалобу;
- 3) если ответы на предыдущие ответы отрицательные, то следует определиться, не является ли акт нецелесообразным.

Административный акт, принятый на основе усмотрения, является противоправным при наличии одной из ошибок усмотрения (см. подраздел 2.6). Для удовлетворения жалобы недостаточно только противоправности. Следует и выяснить факт нарушения противоправным актом субъективных прав лица, подавшего жалобу. Если такое нарушение отсутствует, то жалоба не подлежит удовлетворению.

Если вышестоящий орган выяснит, что обжалуемый акт является правомерным, то у него имеется и возможность проверки целесообразности решения. Данное положение является концептуальным отличием досудебного и судебного порядка оспаривания. В соответствии с частью второй ст. 157 АППК РК, суд в решении может определить содержание и срок принятия административного акта, а также иные имеющие существенное значение для административного дела обстоятельства, **за исключением разрешения вопросов целесообразности.** Важно подчеркнуть, что соразмерность (ст. 10 АППК РК) и целесообразность являются разными категориями. Соразмерность решения является условием его законности. Целесообразность не имеет прямого отношения к признанию акта правомерным или неправомерным.

4.2. Судебный порядок оспаривания решений на основе усмотрения

Административное решение, принятое на основе усмотрения, может быть оспорено в судебном порядке. Порядок предъявления административного иска и его виды, порядок рассмотрения административного иска и вынесения решения урегулированы в Разделе 4 АППК РК, который именуется «Административное судопроизводство».

Рассмотрение иска об оспаривании административного решения на основе усмотрения производится по общим правилам административного судопроизводства с учетом специфики, установленной АППК РК для таких административных решений.

Одной из особенностей рассмотрения иска об оспаривании административного решения на основе усмотрения является возможность применения примирительных процедур.

4.2.1. Усмотрение навстречу гражданам и возможность урегулирования споров в суде путем примирительных процедур (статья 120 АППК РК)

Примирительным процедурам в административном судопроизводстве посвящены 2 статьи АППК:

- ст. 120 АППК РК регулирует общие положения о примирительных процедурах;
- ст. 121 АППК РК устанавливает порядок проведения медиации в суде.

Примирительные процедуры допускаются только при наличии у ответчика **административного усмотрения** (ч. 1 ст. 120 АППК РК).

Это важное положение следует иметь в виду, когда при предварительном слушании или в начале судебного заседания обсуждается возможность окончить административное дело примирением. Суд должен выяснить, имеет ли административный орган административное усмотрение. Если у административного органа нет административного усмотрения, представителю административного органа следует заявить об этом и обосновать свое заявление – это исключает возможность примирения.

Пример

Судебный исполнитель при исполнении исполнительного документа наложил арест на деньги, находящиеся на банковском счете должника по договору об образовательном накопительном вкладе, который заключен в соответствии с Законом РК «О Государственной образовательной накопительной системе». Истец оспорил постановление об аресте, ссылаясь на то, что такие деньги не могут быть арестованы согласно подп. 5) п. 3 ст. 62 Закона РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей». Стороны готовы окончить дело примирением. Судебный исполнитель соглашается отменить свое постановление, если истец откажется от иска.

Однако ст. 62 указанного Закона не дает судебному исполнителю полномочие решать вопрос о наложении ареста по своему усмотрению: запрет налагать арест на имущество, перечисленное в пп. 5 п. 3 данной статьи, носит императивный характер.

В данном случае **речь может идти не о примирении, а только о признании иска ответчиком**, на основании которого суд выносит решение об удовлетворении иска.

В случае, когда оспариваемое решение вынесено на основании усмотрения административного органа, стороны вправе окончить дело одним из возможных видов примирительной процедуры - заключением соглашения о:

- примирении,
- медиации или

- об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры.

АППК не раскрывает понятие и содержание указанных видов примирительной процедуры.

Исходя из ч. 2 ст. 4 о том, что *«Другие специальные понятия используются в значениях, определяемых в соответствующих статьях настоящего Кодекса, а также иными законами Республики Казахстан»*, необходимо отметить следующее.

Соглашение о примирении в других соответствующих статьях АППК РК и иных законах Республики Казахстан не упоминается и не раскрывается. Однако исходя из требований, предъявляемых к соглашению о примирении⁵⁸, по форме и содержанию оно наиболее близко к понятию мирового соглашения в гражданском судопроизводстве⁵⁹.

Соглашение о медиации, помимо норм АППК РК, регулируется Законом РК «О медиации», где такое соглашение именуется соглашением об урегулировании спора (конфликта).⁶⁰ Кроме того, по аналогии закона⁶¹ допустимы нормы ГПК о соглашении об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации⁶².

К соглашению об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры по аналогии закона допустимы соответствующие нормы гражданского судопроизводства. Согласно ч. 2 ст. 181 ГПК РК:

«2. Партисипативная процедура проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами по урегулированию спора при содействии адвокатов обеих сторон либо лиц, являющихся членами палаты юридических консультантов, в соответствии с Законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности и юридической помощи»»⁶³.

На практике партисипативная процедура применяется крайне редко, так как административные органы чаще всего пользуются помощью штатного юрисконсульта или иного специалиста, а не адвоката или

⁵⁸ См.: части 3, 4, 5, 7, 9 статьи 120 АППК РК

⁵⁹ См.: статьи 175-178 ГПК РК

⁶⁰ См.: ст. 27 Закона Республики Казахстан «О медиации»

⁶¹ См.: п.2 ст.13 Закона Республики Казахстан «О правовых актах»: «2. В случае отсутствия норм права, регулирующих конкретные общественные отношения, применяется аналогия закона.»

⁶² См.: ст.ст. 179, 180 ГПК

⁶³ См.: ст. 181 ГПК; Методические рекомендации по проведению партисипативной процедуры адвокатами (одобрены президиумом Республиканской коллегии адвокатов 11 марта 2016 года, протокол № 12)

юридического консультанта. Без участия адвоката или юридического консультанта примирительная процедура не является партисипативной.

Чем различаются соглашение о примирении и соглашение о медиации?

Установленные законом требования не дают оснований утверждать о том, что по содержанию данные виды соглашений чем-то различаются.

Однако может различаться способ заключения таких соглашений: в соглашении о примирении результат может достигаться путем ведения переговоров, при помощи и под контролем суда. Соглашение о медиации – это результат проведения процедуры медиации в соответствии с положениями Закона РК «О медиации» и с учетом требований статьи 121 АПК РК:

- медиация в суде первой и апелляционной инстанций проводится только судьей, при этом судья должен выступать здесь не как носитель судебной власти, а как специалист-посредник, помогающий сторонам прийти к соглашению;
- в суде кассационной инстанции медиация не проводится судьей: с ходатайством об урегулировании спора (конфликта) путем заключения медиативного соглашения стороны одновременно должны представить названное соглашение. Следовательно, данное соглашение должно быть заключено при помощи медиатора.

Применительно к гражданскому судопроизводству на практике сложилось мнение о том, что мировое соглашение отличается от медиативного тем, что предмет мирового соглашения тесно связан с предметом предъявленного иска, в то время как по медиативному соглашению такой тесной связи нет: в порядке медиации стороны могут договориться совсем о другом, нежели указано в иске.

Не будем обсуждать, насколько обосновано такое мнение. Однако в административном судопроизводстве эти различия скорее всего нивелируются, так как при выборе варианта урегулирования спора административный орган будет связан пределами своего усмотрения, перечнем возможных решений. Следовательно, основным различием между соглашением о примирении и соглашением о медиации, скорее всего, останется способ достижения соглашения – в результате переговоров и помощи суда или проведения судьей или медиатором процедуры медиации.

Если у ответчика имеется административное усмотрение, то стороны могут перейти к примирительным процедурам.

При этом можно предложить следующий алгоритм действий.

1) Разобраться, что именно оспаривает истец – административное решение полностью или в части, в какой именно части.

2) Определить, относится ли оспариваемое решение или часть административного решения к административному усмотрению – примирительные процедуры допустимы только в случае, если оспаривается применение административного усмотрения.

Если оспариваемая часть относится не к административному усмотрению, а к другим допущенным нарушениям (например, нарушена компетенция административного органа, или ответчик не провел надлежащую административную процедуру и др.), примирение невозможно или в лучшем случае проблематично.

3) Определить, с чем не согласен истец и по какому основанию оспаривает административное усмотрение - истец считает административное решение на основе усмотрения не соответствующим цели полномочия, превышающим пределы усмотрения, не пригодным, или не являющимся необходимым, или не пропорциональным.

4) Проанализировать, что именно просит истец и соответствует ли просимый истцом вариант административного решения указанным критериям (цель, пределы, пригодность, необходимость, пропорциональность).

5) В случае если просимый истцом вариант административного решения не соответствует указанным критериям, то следует указать на невозможность принятия такого решения и можно перейти к обсуждению иного возможного варианта административного решения.

6) В случае если просимый истцом вариант административного решения соответствует указанным критериям, то обсудить возможность принятия предлагаемого решения вместо оспариваемого.

7) Помимо требований материального закона⁶⁴ следует проверить, соответствует ли предлагаемый вариант и достигнутые договоренности об условиях примирения установленным к соглашению процессуальным требованиям⁶⁵:

- соглашение исполнимо в принудительном порядке;
- стороны сформулировали условия, в том числе – отказ истца от иска или части исковых требований, так как соглашение заключается на основании взаимных уступок;
- распределены судебные расходы по делу;
- условия соглашения не противоречат закону;
- не нарушаются права, свободы и законные интересы других лиц.

8) Достигнутое соглашение следует оформить в письменной форме и с соблюдением установленного порядка.

Рассмотрим данный алгоритм действий на примере.

⁶⁴ См.: статьи 10, 11 АПК

⁶⁵ См.: статья 120 АПК

Налоговый орган имеет право предоставить отсрочку с единовременной уплатой сумм налогов и (или) плат на срок, не превышающий шести месяцев⁶⁶.

При этом административный орган учел установленное законом основание - налогоплательщик не смог вовремя исполнить налоговое обязательство в результате непреодолимой силы (чрезвычайные ситуации природного характера) и предоставил отсрочку на 3 месяца, хотя налогоплательщик просил отсрочку на 6 месяцев.

В суде ответчик, помимо ссылки на административное усмотрение, обосновал свое административное решение тем, что другим налогоплательщикам данного региона также предоставлена отсрочка только на 3 месяца.

Однако истец настаивает на отсрочке в 6 месяцев, так как чрезвычайной ситуацией ему был причинен большой вред, несопоставимый с вредом, причиненным другим налогоплательщикам. В связи с этим отсрочка в 3 месяца не «спасает» налогоплательщика от несвоевременного исполнения налогового обязательства. То есть цель предоставления отсрочки не будет достигнута.

Здесь уместно обсудить вопрос о наличии и предоставлении доказательств, подтверждающих указанные обстоятельства (большой вред, восстановление платежеспособности не ранее 6 месяцев).

Далее оценить перспективу судебного дела: если истец докажет указанные обстоятельства, они могут стать основанием для отмены административного решения ввиду того, что административное усмотрение не соответствует предусмотренной законом цели – изменить срок исполнения налогового обязательства и предоставить возможность исполнить его надлежащим образом в новый установленный срок, что может повлечь для налогоплательщика негативные правовые последствия.

Просимый истцом вариант административного решения – предоставить отсрочку на 6 месяцев – полностью соответствует установленным критериям: цель, пределы, пригодность, необходимость, пропорциональность.

В связи с этим есть основания заключить соглашение о примирении или соглашение о медиации на условиях истца.

Другой вариант: из представленных истцом доказательств следует, что он сможет выполнить налоговое обязательство через 5, а не 6 месяцев. Следует обсудить возможность заключить соглашение о примирении, о предоставлении отсрочки на 5 месяцев, мотивируя свою позицию тем, что в противном случае может быть причинен ущерб бюджету, так как

⁶⁶ См.: пункт 1 статьи 51 Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)»

налогоплательщик необоснованно на один «лишний» месяц желает освободиться от уплаты пени за несвоевременную уплату налога⁶⁷. Данное обстоятельство может стать препятствием для утверждения соглашения о примирении, если суд усмотрит в этом нарушение интересов государства.

4.2.2. Как обосновать свою позицию в суде?

Если гражданин или юридическое лицо предъявили административный иск, который суд не возвратил, то административный орган выступает в начатом судебном административном судопроизводстве ответчиком, который имеет соответствующие процессуальные права и обязанности, согласно статье 29 АППК РК.

Защищать свою позицию ответчик может:

- возражая против иска, в том числе предоставив отзыв на иск;
- представляя доказательства и участвуя в исследовании доказательств;
- давая суду письменные и устные объяснения;
- участвуя в прениях и т.д.

Рассмотрим некоторые важные процессуальные инструменты защиты своей позиции в суде. Поскольку пособие посвящено административному усмотрению, то кроме общих положений здесь излагаются также суждения и рекомендации по обоснованию административного решения на основе усмотрения.

4.2.2.1. Предоставление отзыва на иск – важное процессуальное действие, которое помогает уравновесить шансы сторон, донося до суда позиции обеих сторон.

Для составления грамотного отзыва следует учесть несколько рекомендаций.

Во-первых, иск следует структурировать – вычленив и определить, что именно истец оспаривает – какую часть административного решения и какие критерии административного усмотрения на его взгляд были нарушены.

Во-вторых, оспаривая административное решение на основе усмотрения, истец может указать:

- фактические обстоятельства, которые не были приняты во внимание при принятии административного решения и которые повлияли на необоснованность административного решения либо

⁶⁷ См.: пункт 7 статьи 49 Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)»

- правовые доводы, которые были нарушены ответчиком, что привело к незаконности административного решения.

В-третьих, следует определить, с какими фактическими обстоятельствами ответчик согласен, а с какими нет - то есть обозначить бесспорные и спорные обстоятельства. Такой подход облегчит понимание ситуации и позволит суду быстрее определить, какие обстоятельства входят в предмет доказывания, на которых следует сосредоточить внимание.

Например, по указанной выше ситуации о предоставлении отсрочки уплаты налогов истец указал, а ответчик не оспаривает, что истец обратился в налоговый орган с заявлением о предоставлении отсрочки на 6 месяцев, указал на общеизвестный факт – небывалую засуху в регионе, которая привела к неурожаю зерновых культур, вследствие чего в данном регионе была объявлена чрезвычайная ситуация. Однако ответчик предоставил отсрочку только на 3 месяца. На этом бесспорные обстоятельства закончились. Далее истец указал фактические обстоятельства, которые обосновывают его требования предоставить отсрочку на 6 месяцев - максимальный допустимый срок - весь его бизнес основан только на растениеводстве, в связи с чем в результате чрезвычайной ситуации он пострадал намного больше тех сельхозпроизводителей, которые занимаются также животноводством и которым отсрочка в 3 месяца является достаточной. Здесь ответчик может возразить о том, что данное обстоятельство не было указано в заявлении налогоплательщика, и, соответственно, не учитывалось при принятии административного решения – налоговый орган исходил только из того круга обстоятельств, который ранее истец указал. Если данное спорное обстоятельство было бы указано в заявлении, то налоговый орган учел бы это при принятии административного решения. Кроме того, данное спорное обстоятельство истцу следует доказать.

В-четвертых, на каждый указанный довод, который имеет правовое значение и может повлиять на исход дела, следует привести контраргумент. Особое внимание следует уделить вопросам толкования права, а также толкования неопределенных юридических понятий, которые используются в законе: «при необходимости», «в случае возникновения опасности» и др.

В-пятых, следует указать доводы в обоснование того, что все критерии применения усмотрения были соблюдены. При этом следует раскрыть алгоритм принятия административного решения и подробно изложить соображения, которыми руководствовался административный орган.

Такой может быть структура отзыва на иск.

Если истец изменил иск, то уместно дать новый отзыв на иск.

4.2.2.2. Участие ответчика в доказывании – важное процессуальное право, которое позволяет участнику процесса юридически обосновать свою позицию в суде.

Поскольку в административном судопроизводстве, в отличие от гражданского процесса, действует не принцип состязательности, а принцип активной роли суда⁶⁸, то и доказывание имеет свои особенности, в том числе в зависимости от вида предъявленного иска⁶⁹.

Так, согласно ст. 129 АППК РК, бремя доказывания распределяется между сторонами следующим образом: бремя доказывания несет:

1) по иску об оспаривании - ответчик, принявший обременительный административный акт;

2) по иску о принуждении - ответчик в части фактов, ставших основанием для отказа в принятии испрашиваемого административного акта, и истец в части фактов, которыми обосновывается принятие благоприятного для него административного акта.

Если ответчик ссылается на наличие фактических условий, исключающих вынесение в конкретном случае желаемого истцом административного акта, обязанность по доказыванию таких условий лежит на данном ответчике;

3) по иску о совершении действия - ответчик в части фактов, которые явились основанием для отказа в совершении испрашиваемого действия (бездействия), и истец в части благоприятных для него фактов;

4) по иску о признании - истец в части фактов, подтверждающих наличие или отсутствие какого-либо правоотношения, и ответчик в части фактов, обосновывающих правомерность обременяющего административного акта, не имеющего больше юридической силы, а также какого-либо совершенного действия (бездействия).

Существенным ограничением для административного органа при обосновании своей позиции является правило о том, что ответчик может ссылаться лишь на те обоснования, которые упомянуты в административном акте (ч. 3 ст. 129 АППК РК). Поэтому составление административного решения, в котором полно отражены аргументы принятия такового, облегчит обоснование своей позиции в случае спора.

В доказывании важно как приводить свои доказательства, так и опровергать доказательства, которые приводит другая сторона. Приводимые доказательства должны отвечать критериям относимости, допустимости, достоверности, достаточности⁷⁰. Доказательства другой стороны также опровергаются в связи с их несоответствием указанным критериям.

⁶⁸ См.: статьи 16, 116 АППК РК

⁶⁹ См.: виды иска предусмотрены статьями 132–135 АППК. Дополнительные требования к решению суда по каждому виду иска и требованию о возмещении убытков см.: статьи 156–160 АППК РК

⁷⁰ См.: статьи 64–68 ГПК РК

4.2.2.3. Законом не установлены требования о том, в каких случаях используются письменные или устные объяснения – это делается по усмотрению стороны.

Устные объяснения стороны дают в силу принципа непосредственности и устности судебного разбирательства (ст. 110 АПК РК).

Устные объяснения основываются на письменном отзыве об иске, а также включают оперативные ответы и аргументы против доводов другой стороны, которые не были указаны в иске, но которые другая сторона привела в судебном заседании.

Письменные объяснения можно использовать в ходе административного судопроизводства для изложения позиции по вопросам, которые:

- ранее не затрагивались в иске и на которые представитель не готов ответить в данном судебном заседании, либо
- требуют серьезного обоснования со ссылками на доказательства,
- требуют толкования права, в связи чем приходится цитировать нормы закона.

4.2.2.4. Прения – это возможность подвести итог судебному разбирательству, дать свою оценку фактам и доказательствам, предложить свое видение толкования нормы права.

Поэтому прения можно начать с фразы «Таким образом, в результате судебного разбирательства и исследования доказательств можно сделать следующие выводы». Далее в сжатой форме можно изложить:

- фактические обстоятельства, которые следует считать установленными;
- спорные фактические обстоятельства, которые были доказаны, с перечислением доказательств;
- фактические обстоятельства, которые другая сторона не доказала с опровержением приведенных ею доказательств;
- нормы права, на основании которых следует разрешить дело;
- вывод о том, что оспариваемое административное решение на основе усмотрения полностью соответствует цели усмотрения, принято в установленных законом пределах, соответствует принципу соразмерности, так как является пригодным, необходимым и пропорциональным, что в целом подтверждает его законность и обоснованность.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подводя итог ознакомлению с основными положениями об административном усмотрении, необходимо сделать следующие важные выводы.

Административное усмотрение – это возможность/полномочие административного органа принять то или иное решение (из перечня возможных) или самостоятельно решить, каким образом, в отношении кого и с какой интенсивностью он будет действовать.

Усмотрение – это элемент публичного управления, необходимый для оперативной, эффективной управленческой деятельности и адекватной защиты прав граждан, применение которого не несет коррупционных рисков при соблюдении законом установленных требований.

Указанными требованиями при применении административного усмотрения являются:

- цель административного усмотрения;
- применение административного усмотрения в рамках, установленных законодательством;
- соразмерность административного усмотрения (пригодность, необходимость, пропорциональность);
- применение иных принципов для обеспечения законности административного усмотрения.

Для практического применения административного усмотрения прописан пошаговый алгоритм принятия административного решения на основе усмотрения.

Правовой контроль за осуществлением административного усмотрения включает ведомственный контроль и судебный порядок оспаривания административного решения. Каждый вид правового контроля имеет свой порядок и особенности, позволяющие исправлять возможные допущенные административным органом ошибки или заканчивать дело примирением.

ЛИТЕРАТУРА

1. Административное право: учебный курс / под ред. Р.А. Подопригора. – Алматы: Налоговый эксперт, 2010. – 368 с.
2. Габбасов А. Административное усмотрение и административная юстиция в Республике Казахстан // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. – 2010. - № 4(20). - С. 18-22.
3. Габбасов А. «Reformatio in Peius» в досудебном обжаловании административного акта // Ежегодник публичного права 2021. Инструменты действия административных органов. – М.: Инфотропик Медиа, 2021. - С. 216-225.
4. Мельник Р.С. Общее административное право Республики Казахстан: учебник: в 3 томах / Р.С.Мельник. - Алматы: LEM, 2022. Том первый: Введение в теорию. – 340 с.
5. Мельник Р.С. Административное усмотрение (дискреция): понятие и стандарты применения // Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан. – 2021. - № 1(64). - С. 35-47.
6. Мельник Р. С. Понятие и цели административного усмотрения // Zanger. – 2021. - № 5. - С. 59-61.
7. Пуделька Й. Административное право Германии. Том 1 Право административных процедур. Общее административное право. – М.: Инфотропик Медиа, 2021. – 416с.
8. Пуделька Й. Административное право Германии. Том 2. Административно-процессуальное право. – Берлин: Инфотропик Медиа, 2023. – 352 с.