Ситдикова Л. Б. Сфера публичных услуг в гражданском обороте // Российская юстиция. 2015. № 4.

Субботин Г. В. Социальная услуга как проблема общей теории государства и права // Адвокат. 2011. № 2.

Терещенко Л. К. Услуги: государственные, публичные, социальные // Журнал российского права. 2004. № 10.

Об усмотрении в административном правотворческом процессе

СМИРНОВА Анна Анатольевна, доцент кафедры государственного и муниципального управления Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, кандидат юридических наук 199178, Россия, г. Санкт-Петербург, Средний проспект В. О., 57/43
E-mail: smirnowann@yandex.ru

Административное правотворчество является одной из важнейшей форм деятельности органов исполнительной власти. Однако до настоящего времени в отечественной науке административного права нет единого подхода ни к юридической природе административного правотворческого процесса, ни к возможности применения в нем дискреции.

Целью исследования является изучение усмотрения в административном правотворческом процессе. Задачи настоящей работы вытекают из ее цели и заключаются в следующем: проанализировать подходы к административному усмотрению в целом; изучить вопрос о дискреции в административном правотворческом процессе, а также рассмотреть ее проявления; выявить существующие проблемы в исследуемой сфере и предложить пути их разрешения.

Изучение усмотрения в административном правотворчестве осуществляется при помощи общенаучных методов познания (логического, анализа, синтеза, сравнительного, индукции, дедукции и др.). Посредством формально-юридического и системного подходов проводится анализ федерального и регионального законодательства, полномочий и компетенции органов исполнительной власти в исследуемой области.

Автором проведен анализ усмотрения под углом его применения в административном правотворчестве. Указывается, что вопрос дискреции в названной деятельности органов исполнительной власти исследован отечественной юридической наукой недостаточно. Очевидно, что усмотрение в административном правотворчестве существует и проявляется в различных аспектах, а законодательство в этой сфере требует периодической унификации и систематизации.

Ключевые слова: административное правотворчество, усмотрение, органы исполнительной власти.

On Discretion in Administrative Rulemaking Process

A. A. SMIRNOVA, associate professor at the Department of the North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation, candidate of legal sciences
57/43, Sredniy ave., St. Petersburg, Russia, 199178
E-mail: smirnowann@yandex.ru

Administrative rulemaking is one of the most important forms of activity of executive power bodies. However, up to the present time the Russian science of administrative law has not developed a uniform approach either to the legal nature of the administrative rulemaking process or to the possibility of applying discretion in it.

The goal of this research is to study the discretion in the administrative rulemaking process. The objectives of the research are related to its goal and are as follows: to analyze approaches to administrative discretion in general; to study the issue of discretion in the administrative rulemaking process and to examine its manifestations; to identify problems that exist in this field of research and to offer ways of solving the problems.

The study of discretion in administrative rulemaking is carried out using general scientific methods of obtaining knowledge (logical, analytical, synthetic, inductive, deductive, etc.). In addition to the above methods, the analysis of federal and regional legislation and of the scope of authority and purview of executive power bodies in the research area is carried out using the formal legal and system methods.

In this article the discretionary powers were analyzed from the angle of their application in administrative rulemaking. The author notes that the issue of discretion in the above-mentioned area of activity of the executive power has not been sufficiently studied by the Russian legal science. Clearly, discretion exists in administrative rulemaking. This manifests itself in various aspects, and legislation in this area requires regular unification and systematization.

Keywords: administrative rulemaking, discretion, executive power bodies.

DOI: 10.12737/article_597714e8639bb7.81260427

В отношении административно-го усмотрения в правотворчестве до настоящего времени ни в российской юридической науке, ни на практике не выработано однозначного подхода. Причем мнения порой диаметрально расходятся: от полного признания до полного отрицания дискреции. Представляется, что в определенной степени существующая полемика производна от споров о роли и месте органов исполнительной власти в иерархии государственных органов. На наш взгляд, она не может не влиять на трактовку пределов границ дискреционных полномочий публичной администрации. В связи с этим при рассмотрении вопроса об усмотрении в правотворчестве немаловажно в первую очередь остановиться на существующих основных подходах к определению статуса исполнительных органов в системе государственной власти и на том, какое воздействие они оказывают на подходы к пределам усмотрения органов исполнительной власти.

Некоторые ученые и практики в своих взглядах о положении исполнительной власти в системе государственной власти опираются на концепцию разделения властей. Как известно, данная теория сформировалась в XVII—XVIII вв. при решении вопроса об ограничении абсолют-

ной власти монарха в Великобритании и Франции. Разделение законодательной и исполнительной власти тогда позволяло порвать с традицией практически неограниченной дискреционной административной власти. И ранее и сейчас данная теория не допускает сосредоточения всех или большей части властных полномочий у одного властвующего субъекта, а ведущее место в системе разделения властей отводит законодательной (представительной) власти. Принимаемые представительной властью законодательные акты имеют наибольшую юридическую силу, регламентируют основные вопросы жизни государства, устанавливают главные положения в отдельной сфере правового регулирования, общие принципы функционирования, организации тех или иных институтов, деятельности в разных сферах, закрепляют статус исполнительной власти и т. п. Органы исполнительной власти самостоятельны в осуществлении своей компетенции, но их деятельность является подзаконной¹. Отрицание разделения властей является ошибочным, и его игнорирование послужило в свое время при-

¹ См. подробнее: Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В. Д. Зорькина, Л. В. Лазарева. М., 2010. С. 95—96.

чиной развала Российской империи и Советского Союза².

Бесспорным достоинством приведенной концепции является то, что она путем установления системы сдержек и противовесов предусматривает относительную сбалансированность властных полномочий, снижает возможность узурпации власти одним субъектом и дальнейшего злоупотребления властными полномочиями. При эффективно организованной системе сдержек и противовесов носители власти вынуждены устанавливать взаимные ограничения и одновременно зависеть друг от друга, стремиться к обоюдному компромиссу. Все это создает возможность плюрализма мнений, ограничивает вседозволенность субъектов государственной власти, позволяет осуществлять эффективный контроль за исполнительной властью, повышает ее ответственность перед населением, а также приводит к принятию наиболее взвешенных и продуманных властных решений.

Очевидно, не без влияния идей вышеизложенной концепции существует мнение, что усмотрение органов исполнительной власти подзаконными актами и тем более путем ведомственного нормотворчества считается опасным и недопустимым в условиях правового государства³. Свобода административного усмотрения приравнивается к произволу. Воплощение данной теории можно, например, сегодня видеть в антикоррупционном законодательстве, которое устанавливает запрет на закрепление в правовых актах норм, устанавливающих чрезмерную свободу

дискреции⁴. Однако при более тщательном анализе коррупционных факторов видно, что данный запрет трудно реализуем, так как исполнительная власть решает огромное количество разнообразных и сложных вопросов. Поэтому нередко по объективным причинам невозможно детально урегулировать порядок реализации всех функций и полномочий публичной администрацией. Как следствие, антикоррупционное законодательство в части реального ограничения свободы административного усмотрения не имеет заметного эффекта.

В противовес классической теории разделения властей выдвигается другая концепция, которая указывает, что в связи с исторически-объективными причинами традиционные принципы разделения властей в современных условиях уже не действуют. В XX—XXI вв. государство решает более сложные социальные, экономические, экологические и другие задачи, чем это было в XVII—XIX вв., когда появилась и получила развитие теория разделения властей. Сегодня общественные процессы стали намного интенсивнее, требуют незамедлительного и оперативного разрешения. Будучи более динамичными и многочисленными, чем органы других ветвей власти, исполнительные органы быстрее приспосабливаются к меняющимся условиям, скорее реагируют на изменение объема многообразных государственных функций и проблем⁵. Поэтому исполнительная власть *de facto* сконцентрировала у себя несоизмеримо большие по сравнению с другими ветвями государственной власти

² См.: Современные проблемы организации публичной власти / под ред. С. А. Авакьяна. М., 2014. С. 10—11.

³ См. постановление КС РФ от 22 ноября 2001 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 16 Закона Российской Федерации “О сертификации продукции и услуг” в связи с жалобой гражданина В. П. Редкопа» (абз. 5 п. 4).

⁴ См. подробнее Методику проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утв. Постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96.

⁵ См.: Исполнительная власть: сравнительно-правовое исследование. М., 1995. С. 5—7.

финансовые, материально-технические, технико-технологические, организационные, людские и иные ресурсы и заняла главенствующее место в системе органов государственной власти. Основная доля законодательных инициатив исходит именно от органов исполнительной власти, так как законодательная власть не имеет достаточных ресурсов для разработки законов, учитывающих все реалии общественных отношений. Например, в Западной Европе от 70 до 90% законопроектов исходят от правительств. Схожая ситуация существует и в России. Таким образом, исполнительная власть сама разрабатывает те законы, на основании которых будет впоследствии действовать⁶. В связи с вышеизложенным доминирующее положение исполнительной власти среди других властей в современных демократических странах не есть результат материализации чьей-то субъективной воли, воплощения злого умысла или реализации корыстных интересов, а является исторически предопределенным, объективно обусловленным следствием развития человеческой цивилизации.

С данными выводами сложно не согласиться. Факт ведущей роли публичной администрации не только в России, но и во всем мире бессмысленно игнорировать. В то же время нельзя не видеть очень важный посыл концепции разделения властей: необходим эффективный контроль за административной властью в целях ограничения ее авторитаризма, узурпации властных полномочий в руках одного лица или относительно небольшой группы субъектов. Однако контроль возможен не только в рамках реализации теории разделения властей, которая эффективно действует в тех странах, где она создавалась постепенно, через исторически предопределенные револю-

ционные и эволюционные процессы в течение многих столетий. Принцип разделения властей со всеми свойственными ему элементами, выработанными в одной стране, не может возникнуть и действовать сразу в готовом виде в другой стране. Очевидно, в России реализация теории разделения властей сталкивается со значительными трудностями, в том числе потому, что данная концепция выработана иной системой государственного управления, перенесена на российскую почву только частично и не в полном объеме. Как следствие, механизм сдержек и противовесов действует не в полную силу, а иногда не действует вообще.

Представляется, что в нашей стране система контроля за органами исполнительной власти должна быть организована прежде всего с учетом отечественных исторических и иных традиций, развития экономики и культуры, а также национальных особенностей. Между тем этот вопрос не входит в предмет настоящего исследования. Ему посвящено немало других уже существующих работ. Мы же рассмотрим, как приведенная точка зрения воздействует на взгляды ученых при исследовании вопроса о свободе административного усмотрения.

Некоторые исследователи указывают, что без усмотрения никак нельзя обойтись, но его необходимо минимизировать. Так, А. В. Калмыкова полагает, что усмотрения в действиях чиновников еще не полностью изъяты, да это и невозможно, как и сохранение определенной доли дискреционных полномочий. Выход из данной ситуации автор видит в подробной регламентации процедур осуществления органами государственной власти и их должностными лицами возложенных на них полномочий в административных регламентах⁷.

⁶ См.: Шарвен Р. Юстиция во Франции. М., 1978. С. 79.

⁷ См.: Калмыкова А. В. Законодательство о государственном контроле // Правовое регулирование государственного контроля:

В то же время, на наш взгляд, излишняя юридизация общественных отношений ведет не к законности, а к инфляции правовых норм. Невозможно урегулировать абсолютно все действия, совершаемые государственными чиновниками. Полное устранение свободной власти никогда не наступит в силу объективной невозможности правом охватить все, поскольку жизнь значительно богаче, и все ее разнообразие объять юридическими нормами невозможно⁸. Кроме того, признание свободы административного усмотрения ни в коей мере не отменяет требования безусловного и точного исполнения всеми органами исполнительной власти действующего законодательства в тех случаях, когда это прямо предусмотрено. Представляется, что одно из существенных проявлений правового государства не в том, что в нем вся деятельность публичной администрации детально регулируется нормативными правовыми актами, а в том, что в нем действует эффективная система принуждения органов государственной власти, запускаемая всегда в случаях, установленных законом, причем так, что способы ее применения можно заранее предвидеть.

Ряд ученых отмечают, что административно-публичная деятельность немыслима без административного усмотрения. В процессе жизнедеятельности человек постоянно осуществляет оценку между своим действительным положением в социальной среде и той возможностью поведения, которая необходима, целесообразна, полезна и значима как для него самого, для какого-либо иного лица, группы лиц, так и для общества в целом. Поэтому в процессе осуществления государственного управления (административно-

публичной деятельности) на основе права с неизбежностью осуществляется административное усмотрение управляющего субъекта организационных и регулятивных правоотношений⁹.

Нельзя не поддержать сторонников позиции, согласно которой разграничиваются понятия «административное усмотрение» и «административный произвол» и небезосновательно указывается, что следует предпринимать меры по ограничению и пресечению не административного усмотрения, а административного произвола и злоупотребления правом¹⁰. Причем правильно примененное усмотрение может способствовать последовательной реализации принципа законности. Участие общественности, правильный подбор и расстановка кадров, коллегиальность и гласность — факторы, которые препятствуют отрицательным, а иногда незаконным проявлениям усмотрения¹¹, т. е., по сути, произвола.

Таким образом, резюмируя вышеизложенное, очевидно, что исполнительная власть в силу естественных процессов, происходящих в обществе, занимает доминирующее положение в системе государственной власти. Публичная администрация не может функционировать без административного усмотрения, так как ей приходится решать самые разнообразные вопросы, которые не

монография / под ред. А. Ф. Ноздрачева. М., 2012. С. 93—94.

⁸ См.: Дубовицкий В. Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск, 1984. С. 38.

⁹ См.: Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4. С. 71—72; Чабан Е. А. Понятие и сущность процесса государственного управления и административное усмотрение // Административное право и административный процесс. 2013. № 2. С. 238.

¹⁰ См., например: Жеребцов А. Н., Чабан Е. А. Административное усмотрение, административный произвол и административное (чиновничье) обыкновение: теоретические и практические вопросы соотношения // Административное право и процесс. 2014. № 4. С. 53—58.

¹¹ См.: Дубовицкий В. Н. Указ. соч. С. 93.

всегда возможно урегулировать законодательством. Поэтому следует ограничивать не свободу административного усмотрения, которое всегда применяется в правовых рамках, а административный произвол.

Административное усмотрение традиционно трактуется как усмотрение, которое применяется на основе юридических предписаний в процедурно-процессуальной деятельности публичной администрации¹². Вопрос об отнесении правотворчества органов исполнительной власти к одному из видов юридического процесса, в рамках которого обычно применяется усмотрение, до настоящего времени в отечественной юридической науке не разрешен однозначно. Не вдаваясь в дискуссию о правовой природе административного процесса, лишь укажем, что существуют веские основания для отнесения административного правотворчества к одному из видов юридического процесса, так как, по сути, процесс создания нормативных актов является формой реализации материальных норм и играет по отношению к ним подчиненную, служебную роль и направлен на их применение. Материальными нормами закрепляются полномочия субъектов исполнительной власти на принятие нормативных правовых актов, а процесс их создания является реализацией этих полномочий. Правотворчество исполнительной власти — это не отдельные административные и (или) материально-правовые процедуры, а полноправный юридический процесс, который содержит все его базовые элементы: информационную и материальную стадии; режим (законность, демократизм и др.); производства (текущее правотворчество, правотворчество по упорядочиванию действующего законодательства и др.). Правотворчество исполнительной власти регулируется

развернутым процессуальным законодательством (регламентами, инструкциями по делопроизводству и т. п.) и возникает в сфере властных правоотношений. При создании нормативного правового акта так же, как и в других видах юридического процесса, используются правила юридической техники, а результат обязательно оформляется в виде правового акта.

Дискреция органов исполнительной власти нередко рассматривается как элемент правоприменительной, но не правотворческой деятельности¹³. Ведь одним из признаков правового усмотрения является то, что оно осуществляется уже на основе нормы права, которая прямо предписывает дискрецию либо допускает ее возможность. Поэтому вопрос о возможности усмотрения в административном правотворческом процессе, в котором норма права только создается, остается дискуссионным. Некоторые авторы указывают, что в процессе создания административных актов возможно усмотрение, но не раскрывают случаи и особенности его применения¹⁴.

Очевидно, что правоприменение и правотворчество — это два различных вида деятельности с отличающимися целями и задачами. В первом происходит применение норм права, а во втором — их создание. Анализируя административное правотворчество, нельзя не видеть, что это сложный, многоэтапный юридический процесс. Если включать в него информационную стадию, на которой осуществляются принятие решения о подготовке акта, непосредственная его разработ-

¹² См.: Купреев С. С. Об административном усмотрении в современном праве // Административное право и процесс. 2012. № 1. С. 9.

¹³ См.: Купреев С. С. Указ. соч. С. 9; Стариков Ю. Н. Административное право. История. Наука. Предмет. Нормы. Воронеж, 1998. Ч. I. С. 328—335; Чабан Е. А. Административное усмотрение: понятие и особенности // Административное право и процесс. 2013. № 11. С. 64, 68.

¹⁴ См.: Тихомиров Ю. А. Указ. соч. С. 72—73; Дубовицкий В. Н. Указ. соч. С. 52, 77.

ка и согласование с уполномоченными органами и должностными лицами, то правоприменительные решения нередко неминуемы. Решения о разработке нормативных правовых актов могут включаться в планы правотворческих работ, приказы о формировании рабочих групп по разработке проекта правового акта и т. п. Бесспорно, названные документы относятся к правоприменительным актам, и вопросов о возможности усмотрения в данном случае не должно возникать. Усмотрение при принятии таких актов может быть в случае определения сроков принятия актов, состава рабочих групп и т. п. Так, п. 3.4 Регламента Правительства Санкт-Петербурга, утвержденного постановлением Правительства Санкт-Петербурга от 16 декабря 2003 г. № 100, Правительству Санкт-Петербурга предоставляется свобода усмотрения при определении состава рабочих групп по подготовке проектов правовых актов губернатора и Правительства Санкт-Петербурга.

Властное усмотрение в административном правотворчестве может быть и при непосредственной разработке и принятии проекта нормативного правового акта. Оно проявляется в различных ситуациях: при выборе вида нормативного правового акта (правила, положения, инструкции, программа или иное); при поиске способа издания правовых норм (внесение изменений либо отмена существующих актов или принятие нового документа); при определении субъекта, принимающего акт (правительство, министерство, агентство, служба), сроков и порядка согласования; при выборе способа доведения акта до исполнителей (публикация или рассылка; выбор дополнительного источника опубликования). Например, п. 5.3 Регламента Министерства юстиции РФ, утвержденного приказом Минюста России от 27 января 2010 г. № 8, участникам правотворческого процесса представляются дискрецион-

ные полномочия в части определения порядка принятия нормативного акта: по согласованию либо совместно с другим органом исполнительной власти. Такое допускается, если проект нормативного правового акта Минюста России содержит положения межотраслевого значения или предусматривает совместную деятельность федеральных органов исполнительной власти.

Возможно ли правовое усмотрение при непосредственной выработке административных норм? Анализ действующего законодательства и практики правотворчества показывает, что и при выработке подзаконных норм тоже возможно усмотрение. Порядок применения дискреции может быть установлен в актах с большей юридической силой следующими способами: путем указания нескольких вариантов решения определенного вопроса и предоставления права выбора одного из них; через указание пределов возможного решения по соответствующему вопросу (верхнего, нижнего или обоих одновременно) и т. п.¹⁵ Например, в соответствии с п. 4 ч. 5 ст. 50 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» порядок выплаты премий за выполнение особо важных и сложных заданий государственным гражданским служащим определяется представителем нанимателя с учетом обеспечения задач и функций государственного органа, исполнения должностного регламента (максимальный размер не ограничивается). Как видно, законодатель наделяет представителя нанимателя правом по своему усмотрению определять порядок выплаты премии. Однако при этом

¹⁵ См. подробнее: Шарнина Л. А. Понятие усмотрения (дискреции) в праве. Отличия усмотрения органов власти от усмотрения граждан и юридических лиц // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 8. С. 13.

он ограничивает его определенными рамками: при регулировании премирования необходимо обозначать, что оно не может осуществляться за иные вопросы, кроме как за выполнение особо важных и сложных задач при реализации функций государственного органа, исполнении гражданским служащим особо важных и сложных заданий, а также должностного регламента. Как следствие, представитель нанимателя не вправе закреплять положения, в соответствии с которыми гражданский служащий может быть поощрен только за то, что он выполняет свои обязанности или, скажем, уходит в отпуск, так как премирование предполагает поощрение за какие-то конкретные заслуги при выполнении особо важных и сложных задач. Более того, названным Федеральным законом устанавливаются и другие рамки, которыми должен руководствоваться правотворческий орган при установлении правил премирования. Например, при определении лица, которое принимает решение о премировании, правотворческий орган должен руководствоваться Федеральным законом «О государственной гражданской службе Российской Федерации» в части того, кем является представитель нанимателя: руководителем государственного органа, лицом, замещающим государственную должность, и др. (ст. 1). Таким образом, закрепляя в проекте акта лицо, которое принимает решение о премировании, правотворческий орган может указать только выше-названных должностных лиц (не начальников отделов, других структурных подразделений и т. п.).

Если признать, что в процессе правотворчества не может быть усмотрения, тогда актуализируется вопрос о произволе при создании норм права, что, на наш взгляд, недопустимо в правовом государстве. Неоднократные факты обжалования законности актов подзаконного правотворчества также свидетельству-

ют, что, с точки зрения правоохранительных органов и реализующих акты лиц, органы исполнительной власти по существу злоупотребили свободой усмотрения и тем самым превысили свои полномочия и нарушили законность. В связи с этим следует учитывать, что правотворческие органы, применяя усмотрение, должны руководствоваться основными требованиями применения дискреции: законностью и целесообразностью.

Законность заключается в том, что усмотрение должно осуществляться только в том случае, когда законодательство прямо предусматривает дискрецию либо содержит явные пробелы. Свобода выбора не допускается там, где прямо и недвусмысленно закреплена компетенция правотворческих органов (установлен правотворческий орган, который должен принять конкретный вид акта, должностное лицо, подписывающее документ, и т. п.). Например, порядок установления льготной арендной платы и ее размеры в отношении объектов культурного наследия, находящихся в федеральной собственности, определяются Правительством РФ (п. 1 ст. 14 Федерального закона 25 июня 2002 г. № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры народов Российской Федерации»)). Следовательно, никто более не имеет право принимать указанный порядок. Дискреция в данном случае недопустима.

Целесообразность усмотрения в правотворчестве отталкивается от целей и правовых принципов создания и функционирования органов государственного управления, а также регулирования разнообразных общественных отношений, закрепляемых в действующем законодательстве.

В качестве основной цели административного правотворчества можно выделить издание эффективных нормативных правовых актов, выражающих интересы всего общества и

обеспечивающих его потребности, а также создание условий для общего нормального благосостояния населения, обеспечение прав и свобод личности, общественного порядка и безопасности.

К принципам правотворчества возможно отнесение как общих принципов создания и функционирования органов исполнительной власти, так и принципов регулирования общественных отношений, устанавливаемых в Конституции РФ, отраслевых законодательных актах и других нормативных правовых актах. Например, к принципам правотворчества в области государственной гражданской службы с полным основанием можно отнести принципы, закрепляемые в Федеральном законе «О государственной гражданской службе Российской Федерации»: приоритет прав и свобод человека и гражданина; единство правовых и организационных основ федеральной гражданской службы и гражданской службы субъектов Российской Федерации и др. (ст. 4). Применяя усмотрение, органы публичной администрации должны руководствоваться данными принципами. Это может быть при выборе тех или иных правил регулирования, сроков издания подзаконных актов, определении субъекта, принимающего акт.

Однако усмотрение в административном правотворчестве все же отличается от усмотрения в административном правоприменении. Пределы дискреции в правотворчестве шире, чем в правоприменении. У субъектов правотворчества нередко существует большая свобода для определения времени принятия нормативного правового акта, выбора участников правотворческого процесса и установления их статуса, порядка принятия нормативных актов, закрепления в нормах права тех или иных правил поведения. Помимо этого, они, как правило, не обязаны мотивировать свой выбор в принимаемых ими правовых ак-

тах. Органам общей компетенции в силу значительного количества решаемых ими вопросов предоставляются более обширные возможности для проявления свободы усмотрения при осуществлении правотворчества, чем органам межотраслевой и отраслевой компетенции. Так, ч. 10 ст. 12 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации» закрепляет, что Правительство РФ в случае изменения в установленном порядке системы и структуры федеральных органов исполнительной власти до принятия федеральных законов о внесении соответствующих изменений в федеральные законы может перераспределять установленные федеральными законами функции федеральных органов исполнительной власти. Как видим, законом не устанавливается ни форма акта, которым должны перераспределяться данные полномочия (положение, порядок, правила и т. п.), ни его точное содержание, ни способ издания правовых норм (внесение изменений в существующие акты либо создание новых), ни сроки принятия. Таким образом, Правительству РФ даны широкие полномочия для применения дискреции в урегулировании обозначенных вопросов.

Между тем слабая исследованность вопроса о свободе усмотрения, отсутствие систематизированного законодательства в области административного правотворчества порождает следующие проблемы в урегулировании тех или иных вопросов, связанных с дискрецией в данном виде юридического процесса. Приведем несколько примеров, перечень которых, к сожалению, можно продолжать довольно долго.

Вышеописанная неопределенность в части статуса исполнительной власти в системе государственной власти порождает размытость пределов применения административного усмотрения в правотворчестве.

Не ясны критерии установления важности общественных отношений, которые должны регулироваться только законами. Они меняются в зависимости от веяний времени, общественных процессов и лиц, стоящих у власти. Как следствие, органам исполнительной власти нередко предоставляются довольно существенные дискреционные полномочия по определению вопросов, подлежащих регулированию (особенно органам исполнительной власти общей компетенции). В некоторых случаях это обоснованно. Но нередко ситуации, когда органы исполнительной власти преследуют лишь свои узковедомственные интересы, не говоря уже о коррупции. Очевидно, если что-то отдается на усмотрение, должен быть и действенный контроль за реализацией такого рода полномочий в рамках свободы усмотрения. Причем не только в части соблюдения законности, но и с точки зрения целесообразности, соблюдения прав и свобод человека и гражданина, эффективности регулирования.

Законодатель, как правило, представляет исполнительным органам неограниченную свободу усмотрения для сроков принятия тех или иных правовых актов. В результате издание подзаконных правовых актов нередко затягивается или неоправданно ускоряется, а действующим законодательством не предусмотрена внятная ответственность для правотворческих субъектов за указанные нарушения (за исключением приведения в соответствие с имеющим большую юридическую силу актом на основании решения суда).

Не менее известен факт издания федеральными органами исполнительной власти нормативных правовых актов не в тех формах, которые предусмотрены постановлением Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009 «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных орга-

нов исполнительной власти и их государственной регистрации». Подзаконные нормы могут содержаться в письмах, разъяснениях и т. п., что признается законным, например, Налоговым кодексом РФ и последующей судебной практикой.

Много вопросов возникает в отношении института государственной регистрации нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их опубликования. Критерии отнесения актов к подлежащим государственной регистрации неясны. Анализ практики официального опубликования нормативных правовых актов также говорит о существующих в данной сфере несовершенствах. Даже поверхностное изучение информационных правовых систем показывает, что в России действуют тысячи нормативных актов, не прошедших регистрацию в Минюсте России и никаким образом не опубликованных либо опубликованных в порядке, установленном самим органом исполнительной власти¹⁶.

Проводимые в рамках административной реформы мероприятия по ограничению произвола в правотворчестве (антикоррупционная экспертиза, размещение некоторых проектов подзаконных актов в Интернете), по сути, носят эпизодический, а не системный характер, поэтому не имеют того эффекта, который изначально рассчитывался при их закреплении. Данное обстоятельство со всей очевидностью свидетельствует, что либо они изначально были несовершенны, либо регулируемые ими правоотношения уже развились в другом направлении, а правила устарели. В то же время рассмотрение административного правотворчества в качестве одного из видов юридических процессов,

¹⁶ См.: Вайпан В. А. Проблемы государственной регистрации и опубликования нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти // Право и экономика. 2014. № 1. С. 4—15.

признание факта наличия свободы усмотрения в административном правотворчестве объективно должны поспособствовать систематизации и унификации законодательства в данной области, позволит упорядо-

чить и развить процесс административного правотворчества, а также повысить эффективность издаваемых нормативных правовых актов и всего государственного управления в целом.

Библиографический список

- Вайпан В. А. Проблемы государственной регистрации и опубликования нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти // Право и экономика. 2014. № 1.
- Дубовицкий В. Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск, 1984.
- Жеребцов А. Н., Чабан Е. А. Административное усмотрение, административный произвол и административное (чиновничье) обыкновение: теоретические и практические вопросы соотношения // Административное право и процесс. 2014. № 4.
- Исполнительная власть: сравнительно-правовое исследование. М., 1995.
- Калмыкова А. В. Законодательство о государственном контроле // Правовое регулирование государственного контроля: монография / под ред. А. Ф. Ноздрачева. М., 2012.
- Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В. Д. Зорькина, Л. В. Лазарева. М., 2010.
- Купреев С. С. Об административном усмотрении в современном праве // Административное право и процесс. 2012. № 1.
- Современные проблемы организации публичной власти / под ред. С. А. Авакьяна. М., 2014.
- Старилов Ю. Н. Административное право. История. Наука. Предмет. Нормы. Воронеж, 1998. Ч. I.
- Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4.
- Чабан Е. А. Административное усмотрение: понятие и особенности // Административное право и процесс. 2013. № 11.
- Чабан Е. А. Понятие и сущность процесса государственного управления и административное усмотрение // Административное право и административный процесс. 2013. № 2.
- Шарвен Р. Юстиция во Франции. М., 1978.
- Шарнина Л. А. Понятие усмотрения (дискреции) в праве. Отличия усмотрения органов власти от усмотрения граждан и юридических лиц // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 8.

Комиссионер — зависимый или «независимый» агент иностранной организации в условиях российской действительности?

МАКАРОВА Яна Сергеевна, аспирант отдела финансового, налогового и бюджетного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: yana_job5555@mail.ru

Понятие «комиссионер» еще недостаточно изучено в международном налогообложении. Однако иногда оно представляется ключевым при определении того, образует ли иностранная организация постоянное представительство на территории другой страны. С формально-юридической позиции комиссионеры в настоящее время почти во всех странах, в том числе в России, признаются агентами с «независимым статусом» и не образуют постоянное пред-