

УДК 340.1:342

DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.10.2016.4.200-229>

Э. Л. РУБИН¹

¹ Школа права, Университет Вандербилта, г. Нэшвилл, шт. Теннесси, США

АКТ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ: ИСТОРИЯ, ДИЛЕММЫ И ВОЗМОЖНЫЕ РЕШЕНИЯ*

Цель: анализ истории становления, развития актов исполнительной власти, а также разработка единых требований к их содержанию.

Методы: диалектический подход к познанию социальных явлений, позволяющий проанализировать их в историческом развитии и функционировании в контексте совокупности объективных и субъективных факторов, который определил выбор следующих методов исследования: формально-логический, сравнительно-правовой.

Результаты: в работе сделана попытка обобщить существующие научные положения по поводу отсутствия единых требований для актов исполнительной власти. Автор анализирует историю становления актов исполнительной власти, их сущностные признаки, надзорные институты и процессуальные механизмы, при помощи которых можно внедрить правовые требования в сферу государственного управления.

Научная новизна: в статье впервые обобщены и проанализированы различные научные подходы к требованиям для актов органов исполнительной власти, обоснована необходимость обнародования внутренних правил органов исполнительной власти в виде публичного документа.

Практическая значимость: выводы статьи могут быть использованы в научной, педагогической и правоприменительной деятельности при рассмотрении и изучении актов исполнительной власти.

Ключевые слова: акт; исполнительная власть; нормативный правовой акт; применение права; реализация права; надзорные институты; процессуальные механизмы

Как цитировать русскоязычную версию статьи: Рубин Э. Л. Акт исполнительной власти: история, дилеммы и возможные решения // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10, № 4. С. 200–229. DOI: 10.21202/1993-047X.10.2016.4.200-229

Введение

Проблемы нормы права в современном государственном управлении могут быть в полной мере поняты только в историческом контексте. После Норманнского завоевания правительство Англии полностью контролировалось королем, хотя родовая знать пользовалась значительной властью в своих владениях. Соответственно, король создал два института – суды общего права и законодательный орган

(парламент) – в частности, чтобы распространить свою власть на аристократию. Со временем эти институты получили самостоятельную власть и ограничили влияние монарха. Однако они добились этого не с помощью установления ограничений или правил для исполнительной власти короля. Вместо этого они сокращали его власть в одной области за другой. В процессе уточнения и обоснования своих новых ролей суды и законодательные органы вырабатывали

* Впервые статья опубликована на английском языке издательством Oxford University Press от имени The John M. Olin Center for Law, Economics and Business at Harvard Law School. Данная статья распространяется на условиях открытого доступа по некоммерческой лицензии Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>), которая предусматривает некоммерческое использование, распространение и воспроизводство на любом носителе при условии корректного цитирования оригинала работы. По вопросам коммерческого использования обращаться в редакцию журнала по адресу: journals.permissions@oup.com doi:10.1093/jla/law008.

Цитирование оригинала статьи на английском языке: Rubin E. L. Executive action: its history, its dilemmas, and its potential remedies, *Journal of Legal Analysis*, 2016, vol., 8, No. 1, pp. 1–46.

процедуры и стандарты принятия решений для своих собственных актов, воплощающих норму права.

Так мы, наследники английской юридической и конституциональной мысли, научились применять норму права в юридических и административных актах. Однако мы не унаследовали стандартов исполнительных актов; наш исторический опыт научил нас ограничивать их масштаб, но не научил контролировать их содержание. Закон об административной процедуре отражает эту историческую и культурную лакуну. В нем содержатся подробные стандарты вынесения решений, основанные на судебной процедуре, и рудиментарные стандарты нормы права, основанные на законодательной процедуре. Но он не дает стандартов для актов исполнительной власти и фактически даже не признает такие акты в качестве отдельной категории. В настоящее время это называется неформальным решением, что является явной ошибкой в терминологии, которая не содержится в тексте закона, а была создана исходя из его внутренней структуры.

В данной работе сделана попытка обобщить острую дискуссию относительно отсутствия стандартов для актов исполнительной власти. Выведение несовершеннолетнего правонарушителя из системы уголовной юстиции до рассмотрения дела в суде (Arlen), отказ от дела (Price), уведомление (Epstein) и письменные указы президента (Rodriguez, Stiglitz и Weingast) – все это примеры общей категории акта исполнительной власти (DeMuth), в которых проявляется проблема отсутствия стандартов в норме права. Мы опишем данную проблему и ее исторический контекст, а затем рассмотрим сущностные стандарты (рациональность), надзорные институты (омбудсмены) и процессуальные механизмы (исправленный Закон об административной процедуре), при помощи которых можно внедрить правовые стандарты в эту важную, но проблемную сферу государственного управления.

Под термином «норма права» обычно понимают стандарты нравственного поведения в приложении к государству. Однако попытки применить эти стандарты к современному правительству не могут быть успешными без учета исторического контекста. Данная работа ставит целью рассмотрение такого контекста. Мы покажем, что наш тысячелетний опыт политической деятельности не дает нам концепту-

альной основы для приложения нормы права к актам исполнительной власти в целом и к современному административному государству в частности. Нежелание признать эту проблему привело к возникновению лакуны в Законе об административной процедуре (Administrative Procedure Act (5U.S.C. §§ 551–706)), в результате чего целая область права стала беспорядочной и запутанной. Предпринималось множество попыток исправить положение, но невозможно ни оценить эти усилия, ни выработать эффективное решение, пока мы не поймем исторический контекст проблемы. История сама по себе не даст нам ответа, но может очертить общие контуры, необходимые для решения проблемы.

Возможно, покажется парадоксальным обращаться к событиям далекого прошлого при обсуждении такой современной проблемы, как норма права в государственном управлении. Причина этого эпистемологическая как на прагматическом, так и на концептуальном уровне. С прагматической точки зрения заманчивая красота концепции приводит к ошибочному мнению, что путем теоретизирования или размышлений можно создать инновационные решения для современных проблем государственного управления. Ученые и законодатели могут, конечно, предложить впечатляющие и иногда даже приемлемые реформы, но внедрить реальные изменения в наш режим управления на самом деле очень сложно. Это зависит не от концептуальной достижимости предлагаемых изменений, а от способности огромного числа общественных действующих лиц с различными и часто противоположными интересами принять новый способ действия и стабильно придерживаться его. Этого можно добиться только при помощи глубоких внутренних сил, лежащих в основе наших институтов и определяющих их динамику. Чтобы выявить эти силы, нужно поместить указанные институты в их исторический контекст, рассмотреть их истоки, эволюцию и современный уровень развития.

То же относится и к принципам, которые мы будем применять к данным институтам. В современных исследованиях базовых понятий справедливости и нормы права в контексте управления наблюдается высокая степень консенсуса в применении того же принципа к гражданскому судопроизводству. Это не удивительно, ведь мы обсуждаем, критикуем

и оцениваем гражданское судопроизводство уже как минимум 800 лет¹. Нынешние правила и интерпретации являются продуктом долгого исторического опыта и настолько прочно закреплены в культуре, что постоянно применяются и во внесудебных ситуациях, а также создают драматические коллизии в художественной литературе и становятся предметом сатиры². Американцы с детства знают, что такое судебная процедура, что считать справедливым, а что нет. С административными процедурами дело обстоит не так (конечно, за исключением судебных решений). Даже образованные люди имеют лишь смутное представление о том, как работают органы государственного регулирования. В этой ситуации исторический контекст также может дать информацию

и культурный опыт, чтобы помочь нам мобилизовать нашу концепцию справедливости в сравнительно новой и незнакомой сфере государственного управления³. С концептуальной точки зрения эпистемологическая проблема заключается в неотлагательном характере административных вопросов. Поскольку в наше время регулятивное право и правоприменение являются доминирующим способом управления, они неизбежно сталкиваются с повседневными противоречиями. Для одних людей регулирование – это необходимый инструмент борьбы с несправедливостью нашей общественной и экономической системы; для других – источник этой несправедливости, и система, по их мнению, эффективнее решала бы проблемы без постороннего вмешательства. Та неопределенность норм, которая возникает из этих противоречивых подходов, затрудняет как понимание природы современного государственного управления, так и оценку возможных изменений в нем. Проще говоря, сейчас трудно понять, основаны ли наши суждения на априорных предположениях или наши прогнозы являются проекцией наших оценочных суждений. И снова история может дать нам возможность рассмотреть современные проблемы с далекой перспективы, очищенной временем от эмоциональной окраски. Когда-то роль монарха, статус простого человека, единство церкви были предметом ожесточенных споров, но теперь мы можем смотреть на них отстраненно – и извлекать уроки с такой объективностью, которая вряд ли возможна по отношению к пусть менее важным, но более современным проблемам – например, следует ли вносить изменения в Закон о контроле над загрязнением воздуха (Clean Air Act).

¹ До XIII в. оспариваемые факты в судебных расследованиях устанавливались путем ордалий, обычно водой или каленым железом [1]. Когда в 1215 г. Латеранский Собор запретил священникам участвовать в таких судах (доктринальная причина – недопустимо требовать у Бога чуда; прагматическая причина – естественная заинтересованность сторон приводила к коррумпированности священников), в Англии стали использовать присяжных, сначала лишь при выдвигании обвинения и рассмотрении фактической стороны дела [2]. Таким образом, наше исследование знаменует 800-летие суда присяжных в англо-американском праве.

² Нет необходимости перечислять здесь десятки тысяч произведений литературы, описывающих судебные процессы и демонстрирующих широкое знакомство читателей с этими процессами. Даже дети без труда понимают сатиру в сцене суда по поводу кражи торта в заключительной части «Алисы в Стране Чудес» Льюиса Кэрролла («– Давай показания, – сказал Король, – и не нервничай, а не то я велю тебя казнить на месте») или в истории мыши:

Цап-царап сказал мышке:
Вот какие делишки,
мы пойдем с тобой в суд,
я тебя засужу.
И не смей отпираться,
мы должны расквитаться,
потому что все утро
я без дела сижу.
И на это нахалу
мышка так отвечала:
– Без суда и без следствия,
сударь, дел не ведут.
– Я и суд, я и следствие, –
Цап-царап ей отвечает.
– Присужу тебя к смерти я.
Тут тебе и капут.
(Перевод Н. М. Демуровой) [3, с. 105, 37].

1. ИСТОРИЯ АКТА ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

Современное государство берет начало в феодальных монархиях X–XI вв. До того времени правители в Европе придерживались концепций правления, выработанных в Римской империи. Централизованная имперская власть в Западной Европе закончилась в V в., но вполне очевидно, что в то время никто

³ В данной работе мы пытаемся в более общем виде проследить взаимоотношения между государственной и частной моралью [4].

не осознавал, что это необратимо⁴. Тогда считалось, что Западная империя, со времен Диоклетиана управлявшаяся независимо от Восточной [11], просто переживает сложный период. Коронация Карла Великого в качестве римского императора в 800 г. рассматривалась как возрождение империи; только после падения хрупкой структуры, которую он удерживал силой своей личности, гибель Рима стала очевидной⁵.

Понимание этого факта пришло первоначально к населению территории современной Франции, которая являлась одной из трех вытянутых с севера на юг частей империи Карла Великого, которые образовались вследствие раннесредневековых законов наследования⁶. Правители другой крупной части, которая включала территорию современной Германии⁷, имели несчастье сохранить имперскую корону, а в дальнейшем вплоть до XIX в. упрямо придерживались имперской модели в ущерб эффективному построению государства [14, с. 318–321; 16]. Французы также сопротивлялись новой идее феодальной монархии, но она очень рано, а для современных целей очень вовремя, возобладала после захвата Англии французским герцогом Вильгельмом в 1066 г. Вильгельм немедленно провозгласил себя феодальным правителем всех землевладельцев Англии, а также своих норманнских союзников, которых он

поставил на место англо-саксонской знати, и тех англо-саксонских дворян, которым позволил сохранить владения. Далее он создал новый тип централизованного управления этим феодальным образованием, обеспечив ленные сборы с помощью военной силы и дополнив феодальное право наследования новыми способами получения доходов [17–19].

В английском обществе того времени существовали две силы, способные противостоять власти короля, – церковь и знать. Их действия представляли собой борьбу за власть с использованием всех доступных ресурсов и привлечением поддержки других групп. Такое противостояние было предсказуемым и распространено почти повсеместно. Для нас интересны те специфические требования, которые выдвигали эти противоборствующие силы, их обоснования необходимости ограничить власть короля. И церковь, и знать твердо стояли на идее своей независимости, подкрепляя ее различными ссылками на законы и обычаи. Кроме того, и те и другие стремились ограничить королевскую власть при помощи выработки стандартов осуществления им своих функций.

Это особенно ярко проявилось, когда церковь потребовала, чтобы король действовал в соответствии с божественными установлениями, которые, разумеется, могли свободно интерпретироваться церковью нужным ей образом. Так, богослов Иоанн Солсберийский, которого многие считают первым на Западе политологом [20, с. 276–277; 21, с. 111; 22, с. 306–326], помогал архиепископу Кентерберийскому, а затем стал епископом Шартра⁸. В своей известной книге «Поликратик» он признает право на восстание против несправедливого короля и в то же время настаивает, что подданные короля должны чтить свои феодальные узы и оставаться лояльными к ним⁹. Его приверженность таким противоречивым позициям объясняется верой в то, что Бог является судьей для деяний короля. Если король нарушает предписанные Богом правила, то он является тираном, последователем дьявола. С точки зрения морали он, таким образом, нарушает свою клятву покорности Богу. Подчиняясь феодальному праву, он, однако, подвергнется божьему суду и отправится в ад. Св. Фома Аквинский

⁴ См. [5–7]. Григорий Турский, высокообразованный галло-романский епископ, написавший историю Франкского государства в VI в., не упоминает о падении Рима [8]. Мы не отрицаем, что перемены произошли в результате завоеваний варваров [9, 10], но отмечаем, что эти события V в. расценивались людьми того времени иначе, чем сейчас.

⁵ См. [12–14]. Lopez описывает империю Каролингов как «хилого великана».

⁶ По Верденскому договору (843) – см. [12, с. 350–351; 15, с. 427–444]. Карты, показывающие раздел, – см. [14, с. 97; 15, с. XXXVI]. Этот раздел между севером и югом предопределил границы современных европейских стран; Франкские государства Меровингов и Каролингов были разделены по совершенно иному принципу.

⁷ Кроме этих двух частей, Верденский договор породил центральную область, которая разделилась, когда в IX в. ее правитель Лотар II умер, не оставив наследника; поэтому на этой территории не возникло отдельного государства [15, с. 420–422]. Хотя эти территории распались очень рано, их разделение отразилось на существовании современных Нидерландов, Бельгии, Швейцарии и севера Италии, независимых от Франции и Германии, а также независимых до недавнего времени областей Франш-Конте, Пьемонт, Савой и спорных территорий Эльзаса и Лотарингии в течение последующих двенадцати столетий.

⁸ Биографию Иоанна Солсберийского см. [23, с. xvi–xviii].

⁹ Труд «Поликратик» Иоанна Солсберийского [24, с. 190–231] известен также своим представлением государства как человеческого тела. См. [25, с. 39–43].

в труде «Сумма теологии» занимает ту же, хотя и более сложную, позицию. Люди имеют право восстать против тирана, заявляет он, а если не решаются сделать это, то должны верить, что тиран будет наказан после смерти¹⁰. На фреске Амброджо Лоренцетти «Аллегория доброго и дурного правления» в сиенской ратуше показано наглядное воплощение этих религиозных взглядов: добрый король восседает в окружении добродетелей, а злой правитель награжден рогами и клыками¹¹.

Позицию знати, связанной с монархами тесными и сложными взаимоотношениями, описать труднее. Прежде всего вспомним Великую хартию вольностей – соглашение, навязанное знатью королю Иоанну Безземельному в 1215 г. и признанное последующими монархами [31]. Этот документ обычно расценивается как завоевание прав и свобод аристократией у короля, первый шаг в долгом процессе, который предоставил англичанам широкие права в целом. Однако, как писал Herbert Butterfield, возможно, что это лишь интерпретация истории, характерная для виггов (либералов) [32, с. 35–47; 33]. Многие из прав, закрепленных в Великой хартии вольностей, были скорее повторением или возрождением прежних обычаев, чем набросками будущих свобод. С учетом контекста это, скорее, установление стандартов поведения для короля, чем декларация прав, ограничивающих его власть¹². Например, самая известная глава документа гласит: «Свободный человек не может быть арестован, или заключен в тюрьму, или объявлен вне закона, или изгнан, или иным образом ущемлен, и никто не может преследовать его, кроме как по справедливому суду равных ему или по закону страны»¹³. Здесь нет упоминания никаких прав или ссылки на конкретные

процедуры защиты; это скорее описание должного поведения монарха при наказании его подданных.

Такие стандарты поведения являются отражением религиозного запрета против тирании, причем нельзя недооценивать степень приверженности средневекового человека к требованиям религии. Но их можно считать также проявлением кодекса поведения знати, кодекса рыцарства. Этот кодекс охватывал самые разные правила, он изменялся с течением времени, но одной из его самых важных и неизменных черт оставались привилегии и почести знатных персон¹⁴. Например, Черный Принц Эдвард прислуживал за столом королю Франции Жану Доброму, после того как был взят в плен в битве при Пуатье [40, с. 94]. В литературе о короле Артуре, которая является самым ярким источником наших представлений об идеалах рыцарства, Артур описывается по-разному, но его неизменная черта – милостивая забота о своих героических рыцарях, проявляющаяся в равноправии за Круглым столом, уважении к сэру Гавейну и трагическом доверии к Ланселоту¹⁵.

Эти попытки контролировать короля путем навязывания ему стандартов поведения не могли долго продолжаться. Причина, прежде всего, в том, что оба института, пытавшиеся их осуществить, проиграли

¹⁴ См. [36, с. 283–319; 37, с. 135–156; 38, с. 59–80, 94–111, 158–170]. Альянс между знатью и городским купечеством, отраженный в Великой хартии вольностей [31, с. 55–60]), подтверждает мнение, что рыцарство было сильно обеспокоено попытками знати отмежеваться от крестьянства (среди которого к тому времени было много свободных и богатых людей), но не от городского населения: фактически это были рыцари-горожане [39, с. 151–176].

¹⁵ Классический текст Malloy [41]. О Круглом столе впервые упоминает Wace, норманнский священник XII в., а затем Layamon, живший чуть позже английский священник и поэт [42]. Явное указание на цель Круглого стола – равенство рыцарей – оставляет ощущение либо пропаганды, либо принятия желаемого за действительное со стороны знати; трудно представить какого-либо реального короля Англии, так ослабляющего свое положение до периода широкой популярности легенд об Артуре, когда возникло желание подражать ему. Роль сэра Гавейна и особое почтение к нему короля Артура появляются в поэме «Сэр Гавейн и Зеленый рыцарь» [43] и других произведениях. Первое упоминание о любви Ланселота к Гинебре находим в романе Кретьена де Труа «Ланселот» («Рыцарь в телеге») [44], но ее трагические последствия были раскрыты лишь позднее, а в полной мере появляются у Malloy [41, с. 625–741]. Обсуждение личности и позиции Артура в литературе см. [45].

¹⁰ О Св. Фоме Аквинском [26, с. I–II, Q.96, rec. 3; II–II, Q. 42, art. 3, rec. 3; Q. 104, art. 6, rec. 3; 27, с. 217–231].

¹¹ Дальнейшее развитие этой темы в Средние века см. [28, с. 148–155; 29, с. 462–464; 30].

¹² Исследователи сходятся в том, что идея прав человека, или естественного права, не существовала в период создания этого документа; первым, кто развил эту концепцию, может считаться писавший в начале XIV в. номиналист Уильям Оккам [28, с. 71–78; 34, с. 510–512]. Более обоснованно назвать теолога-концилиариста Жана Жерсона, работавшего в конце XIV – начале XV в. [35, с. 25–30].

¹³ Великая хартия вольностей 1215 года, с. 39, была напечатана на латыни и в переводе на английский язык в [31, с. 448, 461].

свою борьбу с монархией в периоды позднего Средневековья и начала Нового времени. Церковь достигла максимума политического влияния в результате Григорианских реформ, хождения императора Генриха IV в Каноссу, Крестовых походов и Ключийской реформы [13; 46, с. 226–283; 47, с. 98–121], но затем это влияние было подорвано расколом, а позже церковь была подчинена государству в результате Реформации [47, с. 294–326; 48–50] (Авиньонские папы и Папский раскол). Знать потеряла свое военное значение из-за увеличения числа наемников и рекрутов из числа простых людей, а военную безопасность – из-за появления пушек, способных разрушить стены замков. С течением времени представители знати стали обеспечивать свою независимость участием в сильном и престижном центральном правительстве, оставляя свои старые крепости ради должности придворного в королевском дворце [51, с. 257; 52].

В некоторых государствах раннего Нового времени, особенно во Франции и Испании, ослабление влияния церкви и знати оставило такой вакуум власти, который привел к появлению абсолютной монархии. Однако в Англии, которая наиболее важна для нашего юридического и политического опыта, возникли две другие силы, бросившие более значительный и долговременный вызов королевской власти. Эти силы были изначально созданы самой монархией в ее борьбе с дворянством. Первая из них – суды общего права, королевские судьи, которых учредил Генрих II во второй половине XII века. Его непосредственной целью было разрешить споры о передаче земель Стефаном и Матильдой во время гражданской войны, которая предшествовала его воцарению, а также увеличить пошлины и штрафы, которые в Средние века сопровождали все юридические процедуры и составляли значительную статью дохода казны. Однако долгосрочной целью было установление единого (т. е. «общего») права вместо запутанной системы сотен перекрывающих друг друга поместных судов [53; 54, с. 136–161; 55, с. 317–361].

Успех этой идеи был впечатляющим, но в конечном итоге он подорвал королевскую власть, которую должен был укрепить. Получив возможность самостоятельно устанавливать судебные процедуры и резолютивные части судебных решений, в то время как Генриха заботили только гражданский правопорядок и поступление денежных средств,

судьи общего права постепенно расширили свои полномочия с местного уровня до степени независимости от короля¹⁶. Они сделали это, сославшись на обычай, который был истолкован или изобретен для достижения конкретных целей того времени. Они заявили, вероятно, искренне заблуждаясь, что общее право зародилось в доисторические времена; по представлениям той эпохи, древность придавала явлению величие и легитимность в большей степени, чем монархия, возраст которой не превышал времени Норманнского завоевания¹⁷. Постепенно заключая союзы с остатками противостоящей монархии знати и, что важнее, с зарождающимся классом коммерсантов, которому нужны были предсказуемые способы разрешения споров, судьи общего права сумели стать доминирующей силой на страже закона, который они фактически сами и создавали. Когда в начале XVII в. между народом Англии и монархией Стюартов возникла конфронтация, сэръ Edward Coke, вольно трактуя доисторические обычаи и Великую хартию вольностей¹⁸, смог объявить суды общего права независимыми от королевской власти и сохранить их независимость, сделав гарантом свобод в Англии¹⁹.

Вторым институтом, бросившим вызов и победившим королевскую власть, стал парламент. Созванный впервые Эдуардом I для достижения согласия старого дворянства и жителей новых городов на поднятие налогов, парламент смог объединить

¹⁶ В этом процессе им содействовала высшая знать. Изначально вассалы короля не имели доступа к судам общего права, недавно созданным Генрихом II. Право собственности прямых вассалов короля было во власти королевского суда. Все короли, а в особенности Иоанн, извлекали из этих судов крупные суммы. Многие положения Великой хартии вольностей направлены на прекращение такой ситуации и передачу высшей знати вместе с мелким дворянством под юрисдикцию судов общего права [31, с. 123–187].

¹⁷ Coke [56. Т. 1. С. 39–40, 150–157]; там же, с. 40: «Если бы древние законы этого острова не превосходили все другие, было бы еще несколько завоеваний и правителей; то есть римляне, саксы, викинги и норманны... изменили бы их (а все они могли это сделать)». См. [57].

¹⁸ Coke [56. Т. 2. С. 755–914] (комментарий Коке к Великой хартии вольностей); см. также [56, с. 849–873] (комментарий к гл. 29, в версии Коке – «закон о земле» и продажа юридических мер).

¹⁹ Дело *Jentleman*, 6 Reports 11a [56. Т. 1. С. 157–160] (король назначает судей, но судьи сами выносят решения); *Prohibitions del Roy*, 12 Reports 63 [56, с. 478–481] (король не может вносить решение в суде); *Proclamations*, 12 Reports 74 [56, с. 486–490, XXV–XXVI]; (введение – Sheppard) [58].

эти разнородные слои общества и дать право голоса зарождающемуся торговому классу. Как и судебная власть, парламент одновременно закрепил свою независимость и расширил свои полномочия, в данном случае путем утверждения своего права устанавливать налоги и контролировать их расходование, а значит, и всю государственную политику [59, 60]. Настаивая на признании себя партнером короля в управлении, парламент затем объединился с судами общего права в их противостоянии монархии Стюартов ([61], вся работа, особенно с. 243; [62, 63]). История обретения парламентом всей полноты государственной власти – это фактически вся история Англии XVII и XVIII вв. Для целей настоящего исследования достаточно указать, что парламент нанес мощный, но преждевременный удар во время английской Революции, казнив короля и установив квазирелигиозную диктатуру [64, 65]; что он смог воссоединиться после коллапса диктатуры и восстановления Стюартов, сместив их и назначив новую династию²⁰; что при чрезвычайно умелом правлении Роберта Уолпола парламент смог перенаправить свои революционные устремления на более мирные и безопасные цели [69; 70, с. 7–30]; что он сохранил принцип парламентаризма, когда все министры вместе с лордом Нортон вышли в отставку в 1783 г. [70, с. 166–187; 71, с. 69–122; 72, с. 70–73; 73, с. 72–78]; и что он сократил расходы короля с главной статьи налогообложения до незначительной доли бюджета во времена Питта-младшего [66. Т. 3. С. 77–78; 70, с. 219–243; 71, с. 123–168]. К XIX в. основная роль монархии сводилась к созданию узнаваемого имени для эпохи и архитектурного стиля; к XX в. даже эта функция сошла на нет, оставив лишь роль поставщика светских сплетен²¹.

Даже этот краткий обзор конституциональной истории Англии ясно показывает, что новые ветви власти – судебная и законодательная – не пытались контролировать короля, навязывая ему стандарты поведения, в отличие от знати и церкви. Вместо этого они постепенно, но настойчиво ограничивали его

полномочия. Шаг за шагом они устанавливали свои собственные полномочия по созданию законов – в случае судебной власти путем поэтапного принятия решений по спорным вопросам, а в парламенте – с помощью реальных постановлений. В то же время парламент взял на себя контроль над финансами центрального правительства, а значит, над внутренней и внешней политикой²². Английские короли сохранили свои прерогативы, продолжая провозглашать их напыщенным языком, но масштабы этих прерогатив все более сужались, пока не стали наконец ограничены обычным управлением несколькими резиденциями и загородными замками. К концу XVIII в., когда США определяли себя и свою форму правления, Англия – уже Британия – управлялась своими законодательными и судебными органами власти.

2. ПРОБЛЕМА АКТА ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

Теперь рассмотрим Закон об административной процедуре (Administrative Procedure Act – APA). APA возник из противоречий, связанных с крупными изменениями в правительстве, введенными в рамках программы «Новый курс» президентом Франклином Рузвельтом и конгрессом, в котором преобладала Демократическая партия²³. Целью закона было введение ограничений по отношению к государственным исполнительным органам, которые в тот период стремительно разрастались и принимали на себя множество новых и невероятно широких функций. В этом законе предпринималась попытка достичь указанной цели, определив процедуры, которым должны следовать государственные органы при осуществлении своих многочисленных обязанностей. Были определены две основные модели административной деятельности – законотворчество и вынесение решений – и два уровня процедур – формальный и неформальный. Далее закон устанавливал судебный надзор над деятельностью исполнительных органов, касающийся их соответствия указанным процедурам, и добавлял два общих стандарта оценки качества решений ис-

²⁰ [66, 67]. В результате «Славной революции» значительно расширилась роль парламента в управлении Британией [68].

²¹ О росте авторитета общего права в этот период см. [74]. Общее право постепенно сдавало свои позиции в качестве нового законодательства, но оно сдавало их в пользу парламента, а не монархии, которая в то время выполняла уже символическую роль.

²² См. В целом [75], где описывается, каким образом суды общего права и парламент стали главными силами, устанавливающими законы, которые определяют жизнь простых людей в Англии.

²³ Историю принятия этого закона см. [76, с. 117–121; 77–79].

полнительного органа в рамках этих процедур – существенное доказательство для формальной процедуры и запрет «необоснованных и случайных» действий для акта исполнительной власти в целом.

Один из аспектов процедурных предписаний АРА состоит в том, что он устанавливает два пути для акта исполнительной власти – формальный и неформальный. Если исполнительный орган хочет действовать в соответствии с правилом, т. е. предпринять действие с эффектом в будущем, то он начинает с раздела 553. Предписания этого раздела предусматривают «общее указание относительно предполагаемых законодательных актов» в соответствии с подразделом (b). Если разрешено или необходимо использовать «неформальное» законотворчество, тогда начинают с оставшихся предписаний раздела 553. Согласно им, нужно «дать заинтересованным лицам возможность участвовать в законотворчестве» через процесс комментирования, описанный в подразделе (c), а затем опубликовать законодательный акт в соответствии с подразделом (d).

Однако если требуется следовать «формальной» процедуре законотворчества, то после выполнения подраздела (b) вместо раздела 553 исполнительный орган пользуется разделами 556–557. Порядок действий определен в конце подраздела (c): «Если по закону требуется принятие официально публикуемого постановления, то после обсуждения в рамках исполнительного органа необходимо следовать разделам 556 и 557 вместо данного подраздела». Раздел 556 определяет порядок предварительного обсуждения, а раздел 557 содержит некоторые характеристики ответственного лица, процедуры апелляции, процедуры после обсуждения, а также, как предусмотрено поправкой 1976 г. к АРА, односторонних контактов. Затем, следуя процедуре, описанной в разделах 556–557, исполнительный орган должен опубликовать окончательный вариант постановления в соответствии с подразделом 553 (d), что может рассматриваться либо как возвращение к первоначальному способу действия, либо как нарушение аналогии двух путей для акта исполнительной власти.

Если исполнительный орган хочет действовать в соответствии с правилом в отношении вынесения решения, то он начинает не с раздела 553, а с раздела 554. Этот раздел содержит основные положения, относящиеся к процедуре вынесения решения, которая определяется как акт исполнительного органа, не вводящий в действие никакого постановления. В этом случае исполнительный

орган переходит (через раздел 555, озаглавленный «Дополнительная информация» и касающийся в основном представления дела советом и служебных процедур) к разделам 556 и 557. Этот путь – единственный, который предусмотрен для вынесения решений; АРА не предлагает никакой альтернативы в данной случае. Поскольку при этом требуется соблюдение разделов 556 и 557, т. е. «формальных» процедур, этот путь называют также «формальным решением».

Когда был принят АРА, наблюдатели поняли, что его процедурные предписания можно рассматривать и по-другому. Можно заметить, что они основаны на двух независимых переменных: первая – это использование «законотворчества» или «вынесения решения» органом исполнительной власти и вторая – требование придерживаться формальной или неформальной процедур. Таким образом, можно расположить эти процедурные предписания в хорошо известной представителям общественных наук таблице из четырех ячеек, показывающей взаимозависимость двух независимых переменных [80]. В этом случае одна из переменных будет показывать, является ли действие органа исполнительной власти «законотворчеством» или «вынесением решения», а вторая – является ли действие формальным или неформальным.

По всей видимости, создатели АРА действовали в рамках аналогии двух путей, не заметив аналогии с двойной переменной. Такой вывод мы делаем потому, что использование последней обнаруживает любопытную лакуну в этом статуте. Процедурные предписания указаны для формальной или неформальной процедур законотворчества, но не указаны для неформальной процедуры вынесения решения. Об этой процедуре ничего не сказано, и даже сам термин не употребляется в законе. Однако категория неформальной процедуры вынесения решения является не просто артефактом структуры АРА, некоей теоретически разработанной, но практически не существующей комбинацией. Скорее эта категория напоминает темную материю во Вселенной, которая не наблюдается непосредственно, но существование которой предсказано на основе ее важной роли в структуре физической реальности. Эта категория охватывает все акты исполнительной власти, которые не подпадают под определения Закона АРА о постановлении или указе. Эта категория, которую можно назвать также актом исполнительной власти, включает в себя распределение ресурсов, эмпириче-

ские исследования, консультации, предположения, угрозы, просьбы, обещания действовать или не действовать определенным образом, планы, идеи, запросы, размышления, учебные материалы, большинство руководящих документов, инспектирование, запросы информации и широкий круг других взаимодействий с регулируемыми сторонами. Как видно из этого списка, основная часть актов исполнительной власти представляет собой вынесение неформальных решений; это то, чем сотрудники занимаются ежедневно [81, с. 210; 82, с. 339; 83, с. 107–108, 173–181]. Однако АРА не описывает никаких правил осуществления действий этой категории и даже не закрепляет ее в качестве категории²⁴.

К этому общему наблюдению следует сделать две оговорки. Во-первых, некоторые акты исполнительной власти, попадающие в общую категорию неформальных решений, являются фактически судебными решениями. Они определяют права частных сторон или как минимум в квазисудебном аспекте, который, как и формальное судебное решение, признается одним из видов стандартного гражданского судебного процесса. Широко известными примерами являются слушания по делам о депортации незаконных мигрантов или о лицензировании атомных электростанций. Эти процедуры называются неформальными лишь потому, что не существует никакого явного положения закона²⁵,

²⁴ Одно из возможных исключений – параграф 555 (е), предусматривающий, что «своевременное уведомление должно быть направлено в случае полного или частичного отклонения заявления, петиции или другого запроса заинтересованной стороны... с указанием причин». Это положение содержится в разделе с уклончивым названием «Дополнительная информация». Если оно является дополнительным по отношению к формальным решениям, как следует из других частей того же раздела (относящихся к служебным процедурам, порядку вызова в суд и представлению дел совету), тогда оно относится только к петициям, подаваемым на эти решения. Однако некоторые суды пришли к выводу, что этот раздел, и в частности параграф 555 (е), должен применяться ко всем актам органа исполнительной власти, включая неформальные решения. *Roelofs v. Sec'y of the Air Force*, 628 F.2d 594 (D.C. Cir. 1980); *Bowman v. U.S. Bd. of Parole*, 411 F. Succ. 329 (W.D. Wisc. 1976) [81, с. 210–211].

²⁵ Чтобы решение подпадало под параграф 554 и вытекающие из него положения, статут должен в целом придерживаться формулировок АРА о том, что «процедура проводится официально после обсуждения в рамках органа исполнительной власти». Слушания по вопросу отмены решения явно не входят в их число, см. 8 U.S.C. § 1229a; *Marcello v. Bonds*, 349 U.S. 302 (1955).

который отнес бы их к разделам 554, 556 и 557 АРА²⁶. Некоторые комментаторы выдвигали требования о применении положений АРА к таким ситуациям, полностью или частично, указывая, что при этом не возникнет каких-либо концептуальных или практических трудностей [84, с. 1001; 85, с. 1041; 86–88]. Такое возможно именно потому, что это фактически судебные решения, а значит, их можно рассматривать в рамках модели гражданского процесса, используемого для вынесения формальных решений. Вторая оговорка состоит в том, что неформальные решения часто подлежат судебному надзору в рамках арбитража АРА и постоянно меняющихся стандартов, по той простой причине, что все «действия органов исполнительной власти» подлежат такому контролю, если явно или неявно не указано иное²⁷. Однако большинство неформальных решений никоим образом не похожи на настоящие судебные решения; применить к ним судебную модель невозможно, а также крайне трудно понять, что будет означать арбитраж и изменяющиеся стандарты в отношении этой обширной и разнородной категории административных актов.

Почему же создатели АРА не описали процедуру неформального вынесения решений? Можно предложить множество объяснений этого феномена, но самый умеренный и многое проясняющий ответ лежит в области описанного выше исторического развития. Политический опыт Англии предлагает лишь две модели актов государственной власти, которые ограничивают полномочия правителя, – законодательство и судебные решения. Это происходит путем передачи полномочий от правителя к другим институтам. Попытки установить существенные стандарты поведения

²⁶ Можно считать, что процедура соответствует параграфу 554, даже если статут не использует словесную формулу, принятую в АРА, однако суды обычно не признают такой подход. См. *Dominion Energy Brayton Point LLC v. Johnson*, 443 F.3d 12 (1st Cir. 2006), overruling *Seacoast Anti-Pollution League v. Costle*, 572 F.2d 872 (1st Cir.), cert. denied, 439 U.S. 824 (1978); *Chemical Waste Management, Inc. v. EPA*, 873 F.2d 1477 (D.C. Cir. 1989).

²⁷ См. *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971) (решение может быть пересмотрено в случае появления «соответствующего закона»). Суд постановил, что, даже если не требовалось соблюдения процедур, государственный орган должен был обосновать свое решение, предоставив надзорному органу все материалы и доводы, которыми он руководствовался при принятии решения (а не последующее обоснование в ответ на судебное постановление). Критику этого решения см. [89–91, с. 258].

правителя напрямую закончились политическим поражением церкви и знати. В результате этого поражения ни католическая концепция естественного права, ни аристократическая этика рыцарства не были оформлены в теорию или закреплены на практике. Вместо этого власть правителя стала постепенно передаваться двум институтам, которые подчинялись другим видам контроля. Законодательная власть контролируется электоратом, а ее представителей дисциплинирует необходимость регулярного переизбрания. Суды должны следовать положениям общего права, чьи принципы закреплены в правовой культуре Англии. Это, разумеется, мифология, но она обладает ограничительной силой, поскольку благодаря ей судьи следуют прецеденту и могут вносить новые законы только с соблюдением постепенных и четко обоснованных шагов.

Широкое использование моделей деятельности законодательной и судебной власти и отсутствие аналогичных моделей для исполнительной власти пронизывают всю нашу историю права. Создатели Конституции США, конечно, заменили короля выборным президентом, наложив тем самым на главу исполнительной власти ограничения, аналогичные тем, которые наложены на законодателей, а именно политические ограничения, вызванные необходимостью переизбрания. Кроме того, они развили английскую идею о том, что законодательная и судебная власти действуют независимо от главы исполнительной власти, сдерживая полномочия исполнительной власти; эта доктрина известна как разделение власти и принцип противовесов. Однако они не наложили никаких специфических существенных ограничений на действия президента, поскольку этого не было в английской традиции государственного управления. Статья II, в отличие от ст. I, неслучайно является такой короткой – она не содержит подробных процедур или критериев деятельности²⁸. Это, конечно, относится и к ст. III, но это потому, что процедуры и критерии судебной деятельности не были полностью осознаны. Тот же недостаток стандартов поведения послужил причиной того, что создатели Конституции не предусмотрели никаких ограничений для органов президентской власти, т. е. исполнитель-

ных органов; фактически они сознательно предпочли даже не обозначать эти органы²⁹.

Когда создавались независимые органы власти, начиная с Междущатной комиссии по вопросам коммерции в конце 1870-х гг., их воспринимали в некоторой степени как мини-правительства, т. е. самостоятельные институты, которые призваны регулировать все аспекты какой-либо отрасли или сферы деятельности³⁰. Таким образом, они получили функции законодательных органов, подобные актам законодательной власти, и функции принятия решений, подобные актам судебной власти [93, 103]. У них, конечно, были и функции исполнительной власти, но в них сохранялись все та

²⁹ Создатели Конституции США не дали четкого определения органов власти [94, с. 2: 135–136, 158, 334–337]. Они предпочли оставить эту область без определений, поскольку понимали, что Британский кабинет претерпевает значительные изменения [72], но не имели точного представления об их сути. Отражением этой ситуации является Статья о мнении («он может потребовать письменного изложения мнения главы каждого из исполнительных органов по любому вопросу, касающемуся сферы деятельности соответствующего органа»). Hamilton считал эту статью «совершенно избыточной» [95, с. 422]. Недавно противоречивые толкования этой статьи были представлены частью дискуссии об унитарном характере исполнительной власти. См. Amar [96] (поддерживает унитарную исполнительную власть); Calabresi и Rhodes [97, с. 1206–1207] (поддерживает унитарную исполнительную власть); Lessig и Sunstein [98, с. 32–38] (выступает против унитарной исполнительной власти); Rosenberg [99, с. 689] (выступает против унитарной исполнительной власти); Froomkin [100, с. 800–801] (выступает против унитарной исполнительной власти). Все подобные аргументы не имеют силы в вопросе о последующих нововведениях, таких как независимые органы власти: мы просто не знаем и не можем знать, что создатели Конституции США посчитали бы верным ответом на социальные и экономические изменения в период после Гражданской войны. Не совсем ясно даже, знали ли они об изменениях в британском правительстве после отставки лорда Норта со всем кабинетом в 1783 г. (фактически из-за потери колоний в Америке), тем самым сводя на нет все аналогии между президентом и королем. Фактически Статья о мнении может рассматриваться как довод в пользу разделения исполнительных и независимых органов власти, поскольку она дает президенту право требовать информацию, но не подчинение, от всех глав органов власти. Это можно рассматривать в качестве юридического основания того, что независимые органы власти должны подчинять свои регулирующие действия OIRA согласно Указу Президента 12866, 58 Fed. Reg. 51735 (September 30, 1993) и более ранним указам, хотя регулирующие действия данных органов не подлежат проверке на соотношение затрат и выгод [81, с. 101–109].

³⁰ О происхождении Междущатной комиссии по вопросам коммерции см. [101, с. 57–79; 102, с. 5–10].

²⁸ Rakove [92, с. 244–245]; Strauss [93, с. 596–604]; см. [93, с. 598]: «Тот, кто попытается найти в Конституции описание структуры федерального правительства, будет очень удивлен, не найдя даже упоминания о нем».

же неопределенность, то же отсутствие конкретики и ограничений. Это отражается в статутах, выпускаемых этими органами, а также в решении Верховного суда США по делу *Humphrey's Executor v. U.S.* 1935 г., в котором провозглашалось, что независимые органы власти, члены которых назначаются президентом, но затем не могут быть уволены по его усмотрению, действуют в соответствии с Конституцией, поскольку являются «квазизаконодательными или квазисудебными» по своей сути³¹.

Та же концептуальная лакуна присутствует в АРА. Снова действие, подобное законодательному акту (законотворчество), и действие, подобное судебному акту (вынесение решения), подлежат процедурным ограничениям, тогда как действие, подобное исполнительному акту, – тот тип действия, в котором принимает участие глава исполнительной власти, – не только не ограничено, но даже не определено. Оно остается скрытой категорией, вытекающей из самой структуры данного закона, но определенной лишь комментаторами этого закона. К настоящему времени, конечно, появилась обширная научная литература – в основном в области политологии, но также и юриспруденции, – в которой описывается и анализируется этот очень важный вид государственной деятельности. Однако его систематизированная характеристика до сих пор отсутствует, а юридические ограничения приходится изобретать на ходу, основываясь на вспомогательных доводах.

Ни законотворчество, ни вынесение решений в рамках АРА несвободно от проблем, но в целом процедуры, предлагаемые законом для осуществления этих двух механизмов, отвечают нашим представлениям о справедливых нормах. Проблемной же областью является акт исполнительной власти, для которого не прописаны процедуры. Проблемой, в частности, является то, что деятельность государственных органов регулярно нарушает наше представление о нормах. На самом деле проблема еще серьезнее. Из-за концептуальной неопределенности в этом виде деятельности – трудности описания и каталогизирования различных актов исполнительной власти – неясно даже, какие именно нормы следует применять; от этого остается ощущение недовольства, более дезорганизирующее, чем при открытом нарушении закона.

³¹ 295 U.S. 602, 628-29 (1935).

Учитывая все большую озабоченность проблемами законности действий органов исполнительной власти, симпозиум описывает действия (см. *Journal of Legal Analysis* (2016). 8:1 (Spring), далее – симпозиум), подпадающие под очень обширное и расплывчатое определение «неформальные решения» или акты исполнительной власти. Работа Дженнифер Jennifer Arlen посвящена выведению дела из юрисдикции суда на этапе досудебного расследования, которое прокуроры Департамента юстиции (т. е. атторнеи США) применяют к частным компаниям [104, с. 231]. В обмен на обещание не преследовать за уже доказанное нарушение закона атторнеи могут применить как «значительные финансовые санкции», так и «исправительные реформы» в этих компаниях [104, с. 192]. Профессор Arlen выражает озабоченность, что «наделение отдельных прокуратур полномочиями налагать новые договорные обязанности на компании, без каких-либо ограничений или внешнего контроля над этими мандатами, выводит систему федерального корпоративного уголовного правоприменения за пределы нормы права»³². Такой претензии не могло бы возникнуть, если бы атторнеи США передавали подобные дела в суд. Тогда их заявление, что компания нарушила закон, подтверждалось бы судебным расследованием с соблюдением всех процедурных средств защиты, что обычно признается справедливой процедурой. Именно сдвиг в сторону переговоров, не ограниченных судебным процессом или установленными правилами, другими словами сдвиг в сторону области неформальных решений, вызывает беспокойство профессора Arlen. Выведение дела из юрисдикции суда на этапе досудебного расследования попадает в эту категорию не потому, что демонстрирует некие качества, а просто потому, что является актом исполнительной власти, не входящим ни в категорию законотворчества, ни в категорию формальных решений³³.

³² Там же.

³³ В этой ситуации альтернативой, разумеется, является не формальное решение в рамках АРА, а скорее уголовный суд. Все это означает, однако, что вместо первоначального источника наших судебных норм используется соглашение, а не административный подход. Сдвиг в сторону неформальных решений является, по сути, тем же самым; фактически можно сказать, что другие органы власти используют подобные методы, когда угрожают применить формальное судебное решение, чреватое серьезными последствиями, но не уголовное преследование.

Zachery Price обсуждает отказы исполнительной власти, т. е. решения органа исполнительной власти освободить частную сторону от некоего установленного законом обязательства [105, с. 235–276]. В некотором смысле это действие, противоположное выведению дела из юрисдикции суда на этапе досудебного расследования, так как предоставляет привилегию вместо наложения санкции. Однако у них есть общая черта – действия органа исполнительной власти переходят из одной традиционной категории (в данном случае законотворчества) – в область неформальных решений. Они попадают в эту категорию по той же самой причине, т. е. потому, что они не являются ни законотворчеством, ни формальными решениями. И из-за этого они вызывают беспокойство профессора Price. Законодательный орган, вводящий новый статут, вводит также процедуру, через которую могут быть выполнены требования этого статута; но решение об отказе, которое орган исполнительной власти выносит по своей инициативе – полностью в рамках категории неформальных решений, – не имеет таких процедур. «Такие отказы... подрывают ценности правовых норм, поскольку дают возможность бесконтрольно расширять полномочия исполнительных органов по одностороннему изменению политики» [105, рукопись, с. 5].

Еще один участник нашего симпозиума, Richard Epstein, обсуждает использование руководств государственными органами [106, с. 47–93]. Как отмечает профессор Epstein, «руководство – это новый термин для широкого круга действий государственного органа, определяющих понимание этим органом его установленного законом мандата, предлагающих пути его соответствия данному мандату применяемых правил, а также предоставляет информацию о фактических условиях, которые могут повлиять на выполнение правил»³⁴. В любой форме руководство обладает неоспоримой принудительной силой; если только управляемая сторона не выработала заранее постоянных отношений противостояния с регулирующим органом, она с большой вероятностью будет воспринимать руководство как обязательное к исполнению. Некоторые руководства относятся к категории законотворчества согласно АРА. Хотя они не принимаются через процедуру раздела 553 и процедуру комментирования

(так как в этом случае они попадут в категорию неформального законотворчества), они все-таки являются правилами, так как одно из исключений разрешает государственным органам обходиться без этой процедуры³⁵. Однако многие из таких актов считаются руководством, но вообще не претендуют на роль правила, а всего лишь рекомендации или информации. В этом случае они попадут в категорию неформального решения. Профессор Epstein высказывает опасения по поводу всех форм руководств, однако те из них, которые попадают под исключения из раздела 553, могут хотя бы частично контролироваться судебными решениями, ограничивающими эти исключения³⁶. Именно руководства, относящиеся к категории неформальных решений, наиболее серьезно подрывают «стандартные ценности нормы права относительно справедливости, беспристрастности, последовательности, ясности, нейтральности и перспективности»³⁷.

Объемный обзор Christopher DeMuth о современных проблемах государственного управления касается менее специфичных исполнительных актов – настолько более общих, что мы зачастую не имеем для них особого общепринятого названия³⁸. Они охватывают те нерегламентированные способы, с помощью которых современные органы исполнительной власти применяют давление, обещания, угрозы, переговоры с частными компаниями для достижения государственных целей³⁹.

³⁵ См. § 553 (a), (b) (A), (B). Комментарии см. [107–110, 90, 111]. Еще одно исключение, не указанное в АРА, но узаконенное как «достаточное основание» в § 553 (b) (B), – это непосредственное финальное нормотворчество, по сути эквивалентное законодательному календарю согласия [112, 113].

³⁶ Альтернативный подход, рекомендуемый некоторыми комментаторами, состоит в отрицании тех норм, которые не были приняты с соблюдением полной неформальной процедуры нормотворчества [108, 109]. Однако, как следует из текста, это перевело бы такие нормы в ранг руководства к действию, при этом не уменьшая необходимости согласия частных сторон [107].

³⁷ [107] (рукопись, с. 3).

³⁸ [114, с. 146].

³⁹ В европейской науке часто используется термин «корпоратизм», хотя он может подразумевать, что действия правительства сосредоточены на крупных экономических субъектах, а не на всех организациях [115–117]. Этот термин наилучшим образом описывает Закон о восстановлении национальной промышленности Франклина Рузвельта (National Industrial Recovery Act), который, по словам DeMuth, был единственным федеральным законом, признанным недействительным не на основании депутатского наказа. *A.L.A. Schechter Poultry v United States*, 295 U.S.

³⁴ Там же [рукопись, с. 2, 25–26].

Такой подход был, конечно, известен и раньше⁴⁰, но в 1960-е и 70-е гг. он перешел на новый уровень, когда государственное регулирование проникло в такие области, как защита прав потребителей, безопасность рабочих мест, здравоохранение и защита окружающей среды. Применяя угрозы (описываемые Arlen), стимулы (описываемые Price), руководства (описываемые Epstein), объединяя все это в общую стратегию регулятивного контроля, государственные органы в наши дни являются доминирующей силой при принятии решений во многих областях экономики, обращая при этом очень мало внимания на законность. В период после «Нового курса» все попытки контролировать такие действия через Закон об административной процедуре показали, что это слабый и недостаточный инструмент. Анализ затрат и выгод, первоначально являвшийся частью программы дерегулирования Рейгана, был с энтузиазмом воспринят председателями обеих партий как дополнительный инструмент контроля; однако, как пишет DeMuth «усилия по руководству исполнительными органами с помощью экономики, как и усилия руководить ими с помощью закона, оказались несоответствующими тем политическим силам, которые способствовали их росту» [121, с. 121]. На последней стадии этого процесса федеральные законодательные органы не только не пытаются ограничить произвольные действия исполнительных органов, но одобряют и поощряют их: в работе приводятся примеры законодательных актов, включая Закон Сарбейнса – Оксли, Закон о реформе Уолл-Стрит Додда – Франка и Закон о доступной помощи. Такое всеобъемлющее использование власти ка-

жется неуместным называть термином «неформальное принятие решений», но современное административное право предлагает для него именно эту категорию, что и использует DeMuth в качестве аргумента.

Последняя работа данного симпозиума – это анализ постановлений президента, проведенный учеными Daniel Rodriguez, Edward Stiglitz и Barry Weingast [122, с. 95–119]. Не вдаваясь в ненужные подробности, можно сказать, что, когда президент подписывает указ, переданный ему Конгрессом, он действует в правовом поле, предоставленном ему Конституцией. Однако подписание указов, если это не поздравления с праздником⁴¹, призвано изменить способ применения законодательства, а это функция исполнительной власти. Проведя такое разграничение, авторы далее разделяют постановления по статутам, которые применяются и не применяются государственными органами. В обоих случаях авторы моделируют последствия этих действий и выражают озабоченность тем, что президент, осуществляя их, расширяет свою власть за пределы, оговоренные в Конституции. При этом, если статут используется не государственными органами, а судебной властью, то влияние постановления будет зависеть от того, посчитают ли его судьи убедительной интерпретацией статута, поскольку федеральные судьи структурно и функционально независимы от президента. И наоборот, государственные органы, применяющие статут, либо подчиняются президенту, либо, являясь формально независимыми, все же находятся под его влиянием в отличие от судов. В этом случае постановление может иметь более значительные последствия, в первую очередь в области стратегических вопросов, попадающих в категорию неформальных решений. Своей работой авторы, как и другие вышеперечисленные ученые, привлекают внимание к проблеме отсутствия законных норм и стандартов, регулирующих такие действия, а это в свою очередь – в описываемых ими случаях – дает возможность президенту выносить односторонние решения со статусом законов, что превышает его полномочия, закрепленные в Конституции.

495 (1935). Фактически этот закон демонстрировал крайнюю форму корпоратизма, поскольку передавал полномочия частным сторонам наряду с правительственными организациями. Это послужило одним из оснований для нестандартного решения суда. Другим основанием стало, вероятно, снижение популярности Муссолини после его альянса с нацистской Германией. Роль Муссолини в развитии современного корпоратизма очень интересна с исторической точки зрения, но для дискуссии о современной политике не представляет ценности.

⁴⁰ Например, при президенте Гувере американские авиалинии были полностью реструктурированы под влиянием почтовой службы. Министр почт Уолтер Браун (Walter F. Brown), используя зависимость авиакомпаний от перевозки почты как основного источника доходов, заставил их объединиться в несколько крупных корпораций, которыми было легче управлять и которые имели достаточный капитал для инвестирования в пассажирские перевозки [118, с. 33–35; 119, с. 202–210; 120, с. 156–186].

⁴¹ Праздничные постановления, так же, как и запреты, представляют собой объяснения, почему президент предпринимает действие, напрямую обозначенное в Конституции. Как указывают авторы, эти действия не вызывают того беспокойства, о котором говорится в их работе.

Мы покажем, что авторы всех перечисленных работ считают такую форму акта исполнительной власти, как неформальное решение, нарушающей норму права. Однако в такой формулировке проблемы есть, по крайней мере, две трудности. Во-первых, норма права является очень расплывчатым и переменчивым понятием⁴². Это не всегда так; существует ряд формулировок данного стандарта, настолько ясных и последовательных, насколько это и ожидается от заявленного норматива. Одно из таких определений гласит, что государство должно заранее ясно сообщать частным сторонам о любых ограничениях таких их действий, которые повлекут за собой какие-либо наказания. Этот стандарт несложно применять в таких областях, как уголовное право, регулирующее индивидуальное поведение. Однако его чрезвычайно трудно применить в контексте государственного управления, где взаимоотношения между органами власти и регулируемыми сторонами являются продолжительными и изменяющимися во времени, сложными, техническими и основанными на договоренностях⁴³. В этих условиях норма права становится настолько неопределенной, что избежать этого можно, лишь отрицая регулятивный закон в целом, как это делает Robert Nozick [129, с. 26–30, 88–118]. Ни одна из указанных работ симпозиума не занимает такую крайнюю позицию. Все они признают политическую и общественную необходимость регулирующих структур и оценивают предмет своего исследования взвешенно и вдумчиво⁴⁴. Однако в результате возникает ситуация, когда на норму права легко сослаться, но ее чрезвычайно трудно применить. Вторая проблема состоит в том,

что этот подход заставляет выносить предсказуемые решения. В англо-американской правовой традиции существовали институты, внедрившие правовой режим в монархии эпохи Средневековья и раннего Нового времени. Эти институты – законодательные учреждения и суды; их способ внедрения права, как показано выше, – это ограничение и в конечном итоге уничтожение монархической власти. Таким образом, ссылка на норму права естественным образом ведет к необходимости превращения акта исполнительной власти в нормотворчество или принятие решения. В терминах АРА это попытка контролировать неформальное решение путем вывода деятельности административного органа из этой категории и превращения ее либо в неформальное предупреждение или комментирование нормы права, либо в формальное решение. В рамках существующей практики этот подход не кажется перспективным; акт исполнительной власти – очень широкое и многогранное понятие, слишком сложное, чтобы переводить его в формат высокоструктурированных и зачастую долгосрочных процедур. Но еще более бесперспективен этот подход с исторической точки зрения. Это возврат к прошлому, попытка повисить уровень справедливости современных форм управления с помощью решений, выработанных в давние времена при совершенно иных обстоятельствах.

Закон REINS⁴⁵, призванный ограничить рамки акта исполнительной власти, несет в себе тот же недостаток. Основное положение его последней версии состоит в том, что Конгресс должен вынести однозначное одобрение любого акта правительственного учреждения, который «влечет или может повлечь за собой экономический эффект, превышающий 100 миллионов долларов»⁴⁶. Очевидная цель этого

⁴² Некоторые общие и сравнительно новые исследования в этой обширной области см. [123–128].

⁴³ Мы считаем, что правовая норма – это устаревшая формулировка требования справедливых действий государственных учреждений [25, с. 214–226].

⁴⁴ В своей работе Christopher DeMuth уделяет особое внимание настоятельным и крайне безответственным призывам Charles Muttay к гражданскому неповиновению по отношению к государственному регулированию, а также неграмотному и тенденциозному обращению Philip Hamburger к истории [130, 131]. Сам он предлагает вернуть влияние традиционных ветвей власти через более высокоспециализированное законодательство и расширенный судебный надзор. Однако его глубокое исследование динамики экономических и политических показателей, приведших к распространению «исполнительного правительства», доказывает, что он не считает эту меру контроля возможной, т. е. что Muttay и Hamburger во многом правы.

⁴⁵ Как и во многих других случаях современного законотворчества, это название является остроумным акронимом: слово reins (англ. «возжи») составлено из первых букв названия закона Regulations from the Executive In Need of Scrutiny (Правила надзора над органами исполнительной власти). Предлагались различные варианты этого закона, последний из них, предложенный одновременно в обеих палатах сенатором Rand Paul и членом палаты представителей Todd Young, – это вариант S.226, H.R. 427, 114th Cong., 1st Session (2015).

⁴⁶ Кроме того, закон признается основным, если он влечет за собой «крупное повышение затрат или цен для потребителей, отдельных секторов, органов федеральной, местной власти или органов власти на уровне штатов, или географических регионов» или если он имеет «значительные негативные последствия»

закона – ограничить односторонние действия президента (отсюда акроним REINS – «возжи»), однако нетрудно представить себе ситуации, когда правительственные учреждения будут «задушены» этими «возжами», поскольку существует огромное количество действующих законов, тормозящих работу Конгресса. Возможно, это скрытая цель данного закона. Но самое удивительное, что его сторонники пытаются достичь своей цели (какая бы она ни была) через одну из традиционных сфер деятельности учреждений – законотворчество, превращая его из квазизаконодательства в реальное законодательство. Закон REINS не должен оказывать никакого влияния на акт исполнительной власти, поскольку он является в большей степени односторонним, чем процессуально ограниченный и юридически пересмотренный законотворческий процесс. Фактически основным результатом применения данного закона будет переход акта исполнительной власти из области законотворчества, которое станет очень затрудненным, к области нерегулируемой практики вынесения неформальных решений. Другими словами, единственный результат, которого закон REINS вряд ли достигнет, – это результат, заявленный как его основная цель.

3. НЕКОТОРЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ ДЛЯ ВОССТАНОВЛЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО АКТА

В попытке решить проблемы акта исполнительной власти и наложить ограничения в этой области, избежав при этом надуманных обвинений в адрес администрации в целом, мы не должны обращаться исключительно к традиционным ограничениям в рамках процедур законотворчества и вынесения решений. Современная политическая теория и институциональная социология предлагают широкий выбор других многообещающих возможностей. Эти ограничения не традиционны, но перспективны, поскольку берут начало в истории – не истории средневековой или современной Англии, а в истории Новейшего времени и исполнительной власти в это время. Мы уже указывали на две такие возможности. Первая из них – неза-

висимый стандарт [83], а вторая – новый надзорный институт [132]. Далее мы кратко рассмотрим эти две предлагаемые возможности, а затем предложим третью, содержащую определения новых категорий акта исполнительной власти.

3.1. Новый независимый стандарт

Как было показано выше, католическая церковь и феодальная знать не смогли обуздать власть монархии путем введения независимых стандартов естественного права и рыцарства. Они не смогли этого сделать потому, что потерпели поражение в политической борьбе с монархиями, а также потому, что независимые стандарты, которые они пытались навязать, вели к ухудшению ситуации – в первом случае постепенно, во втором – стремительно. Однако это не означает, что сама концепция введения независимых стандартов неверна. Нужно лишь, чтобы стандарт имел смысл в административном контексте и был обоснован теми историческими событиями, которые и породили этот контекст.

Один из возможных стандартов берет свое начало в демократической природе современного государства. Обычно его называют подотчетностью и предполагают, в самых общих чертах, что органы власти должны отчитываться перед гражданами в своих действиях⁴⁷. Это положение выглядит достойно, но на деле приводит к непреодолимым трудностям. Прежде всего, концепция подотчетности настолько туманна, что почти лишена смысла; это, скорее, лозунг, чем принцип управления [134]. Во-вторых, в той мере, в какой он несет смысл, положение вступает в противоречие с принципом профессионализма исполнительной власти. Современная тенденция отмены этого принципа нереалистична. Неужели кто-то действительно верит, что правительственные чиновники, инспектирующие атомные электростанции, могут не иметь инженерного образования; что те, кто принимает решения о лекарственных препаратах, могут обойтись без медицинского образования; что федеральные прокуроры могут не иметь степени юриста и т. д.? Можно спорить о том, какое именно образование будет более подходящим, но оспаривать необходимость профессионального образования в целом – значит подрывать саму роль знания в структуре современного мира.

в области конкуренции, занятости, инвестиций, производительности, инноваций» или международной конкуренции США. Данные формулировки отражают Указ президента о балансе затрат и выгод 12866.

⁴⁷ Более широкое обсуждение этой концепции см. [133].

Третья проблема с принципом подотчетности состоит в том, что граждане не могут выразить свое мнение напрямую, как это происходило в древних Афинах. Наше государство некорректно назвать демократическим, как понимали это греки; а лишь представительной республикой⁴⁸. Граждане выражают свое мнение через выбранных представителей; отдельные группы граждан пытаются повлиять на выборы или лоббировать решения выбранных представителей. В результате возникают нарушения и злоупотребления, о которых нет нужды говорить⁴⁹. Следует, однако, отметить один аспект. Даже если мнения граждан более точно передавались правительственным организациям, их нужно было бы еще передать иерархическому руководству, которое контролирует эти организации. Это создает еще один барьер между гражданами и правительством, снова доказывая, что подотчетность не может служить существенным принципом для контроля исполнительной власти.

Более многообещающий принцип можно вывести из концепции самого правительства, чем из концепции демократии. Как заметил Макс Вебер в своем классическом определении бюрократии, современное государственное управление основано на принципе инструментальной рациональности [140, с. 212–225 и в целом]. Декларируемая цель государственного управления – эффективная реализация государственной политики. Вебер выделяет такие характеристики административных органов, как их специализированная юрисдикция, штатные квалифицированные сотрудники, иерархическая организация и тщательное ведение документации. Он считает эти характеристики результатом попыток осуществлять эффективную реализацию государственной политики [140, с. 217–223]. Как известно, Вебер приписывал историческое развитие этого принципа кальвинизму, особенно вере в то, что жизненный успех указывает на избранность личности Богом [141]. Менее категоричное, но и менее противо-

речивое его убеждение состоит в том, что иерархические административные органы были построены по образцу военных частей, и они прибегли к инструментальной рациональности, будучи в состоянии непримиримой войны друг с другом, но не могли пожертвовать эффективностью ради чувств или традиций [140, с. 221–223, 980–982]. Какое бы объяснение мы ни приняли, ясно, что принцип инструментальной рациональности берет свое начало глубоко в истории. Говоря более конкретно, и что важнее для нашего исследования, они берут начало в истории Новейшего времени.

В качестве существенного стандарта акта исполнительной власти инструментальная рациональность означает, что административные органы должны показать: их решения могут хотя бы в небольшой степени способствовать достижению поставленной и признанной цели. В большинстве случаев этот стандарт означает, что данный административный орган пользуется стандартной процедурой, установленной современным стратегическим анализом, а именно: определение задачи, выработка альтернативных решений, выбор наиболее оптимального решения, реализация его наиболее оптимальным образом [142–148]. Менее значимые решения, очевидно, потребуют менее сложной процедуры, но в целом будет применяться тот же стандарт. Например, выбор конкретного объекта проверки или исследования среди всех объектов регулируемой стороны осуществляется на основе инструментально-рациональной стратегии, которую можно описать, – скажем, полученные жалобы или информация об использовании опасных методов работы. Информационные брошюры, выпускаемые данным органом власти, должны создаваться на основе надежных источников информации.

Будучи не столько процедурой, сколько существенным стандартом, инструментальная рациональность может рассматриваться скорее как внутренняя норма органов исполнительной власти, чем как средство внешнего надзора над ними. Однако тот же стандарт может использоваться внешними сторонами, роль которых основана на иных источниках, чем данный стандарт. Например, АРА (5 U.S.C. § 706(2) (a)) дает указание судам пресекать те действия органов исполнительной власти, которые они сочтут «произвольными и необоснованными». Как мы уже отмечали, эта расплывчатая и почти бессмысленная формулировка может быть наполнена содержанием,

⁴⁸ Наше мнение по этому вопросу см. [25, с. 110–143; 135].

⁴⁹ См. в целом [136] (варианты голосования определяются социальными характеристиками); [137] (заинтересованные группы влияют на результаты выборов); [138, с. 326–413] (решения избирателей основываются в большей степени на презентации кандидатов, чем на их предполагаемых или реальных действиях); [139] (избиратели почти совершенно не информированы).

если рассматривать ее как требование придерживаться инструментальной рациональности [83, с. 169–173]. Аналогичным образом можно решить проблему применения 4-й поправки (введенной для уголовных расследований) к ситуациям государственного управления, если заменить требование «наличие ордера» на требование «придерживаться инструментальной рациональности при выборе объекта проверки государственным органом». Фактически это именно то, что сделал Верховный суд в деле *Marshall v. Barlow's*, которое является ключевым в этой сфере⁵⁰.

Аналогичным образом указ президента, требующий оценки основных государственных законов с точки зрения затрат и выгод до ввода в действие этих законов⁵¹, можно рассматривать как попытку применить стандарт инструментальной рациональности к акту исполнительной власти⁵². В этом случае надзорным органом является не суд, а другое федеральное агент-

ство, а именно Административно-бюджетное управление (АБУ)⁵³, которое определяет область применения стандарта. Отличительной чертой данного указа президента является то, что он сохранил относительную последовательность после изменений в системе партийного контроля президентской власти, а также несмотря на то, что президент имеет возможность в одностороннем порядке изменять или отменять подобные указы⁵⁴. Строго говоря, инструментальная рациональность является не единственным фактором мотивации в рамках указа президента о системе затрат и выгод и вытекающих из него актов. Как отмечают некоторые исследователи, он служил также способом контроля президента над сложным и постоянно растущим административным аппаратом [114, с. 885] (обзор работ [149, 153]). Это, скорее всего, правда, но обоснование и дискурс, через которые осуществляется контроль, по-прежнему важны. Если в качестве способа контроля используется инструментальная рациональность, то должны применяться и данный стандарт, и возможности его дальнейшего развития.

3.2. Новый надзорный институт

Как отмечалось выше, когда католическая церковь и английская знать не смогли навязать монарху существенные стандарты, они все же не оставили попыток ограничить его власть. Для выполнения этой задачи возникли новые институты, а именно парламент и суды общего права. Их деятельность была настолько успешной, что свела власть монарха к нулю. По образцу этих институтов был создан механизм контроля над деятельностью государственных органов, закрепленный в АРА. Однако Новейшее время имеет свою историю, и нам нет необходимости ограничивать ин-

⁵⁰ 436 U.S. 307 (1978). В рамках этого дела проводились проверки фабрик для выявления нарушений Закона об охране труда (OSHA); при этом суд отклонил все аргументы правительства о разрешении проверок без предупреждения. Суд постановил, что 4-я поправка должна защищать не только жилые, но и рабочие помещения, что она относится не только к гражданскому, но и к уголовному судопроизводству, что она запрещает проверки без предупреждения, что указанное судом исключение из этого запрета «для полностью регулируемого бизнеса» должно быть тщательно сформулировано и что необходимость получения предупреждения не нарушает целей законодательной программы. Однако в то же время суд постановил, что правительство могло получить предупреждение, не раскрывая ее возможной причины «в уголовном смысле» (там же, с. 320). Вместо этого было бы достаточно указать, что «конкретное предприятие было выбрано для проверки в рамках OSHA для общего государственного плана реализации данного закона на основе нейтральных источников, например, данных о распределении сотрудников по секторам экономики в данной местности или необходимого количества проверок внутри региона» (там же, с. 321).

⁵¹ Указ Президента № 12 866, 3 CFR 638 (1993). Базовое определение основных законов гласит, что они имеют «годовой экономический эффект в размере 100 миллионов долларов и более». Там же, § 3 (f). Это определение используется в законе REINS для установления категории актов, которые требуют одобрения Конгресса.

⁵² См. [149–151]. Это не говорит о том, что анализ затрат и выгод является валидным средством достижения рациональности при принятии государственных решений; в действительности его широко критикуют именно за неспособность достичь этой цели [152]. Мы хотим показать, что аргументы в пользу его валидности неизбежно основываются на его роли в достижении инструментальной рациональности.

⁵³ В рамках АБУ указ президента реализуется Отделом информации и вопросов законодательства (OIRA).

⁵⁴ Указ президента о системе затрат и выгод был введен Рональдом Рейганом и предсказуемо поддержан Джорджем Бушем, см. Указ президента 12291, 3 CFR 127 (1982), дополненный Указом президента 12498, 3 CFR 323 (1986). Затем он был существенно изменен Биллом Клинтонем. Издавая Указ президента 12866, 3 CFR 638 (1993), Джордж Буш стремился сохранить основные положения указа Клинтона, но добавил некоторые вспомогательные положения в начале своего второго срока. В Указе президента 13422, 3 CFR 191 (2008) Барак Обама отменил эти добавления, вернувшись к тексту Клинтона, а затем сделал свои небольшие добавления (Указ президента 13563 (2011)). Таким образом, 35-летняя история Указа президента Рейгана представляет собой пример преемственности и изменений.

ституциональные механизмы теми, которые привели к свержению Стюартов и обезоружили Ганноверскую династию. Рассмотрим, существуют ли какие-либо современные институты, не имеющие прямых предшественников в Средневековье, которые могут ограничить деятельность исполнительной власти, вместо того чтоб цепляться за устаревшую идею о том, что эти действия можно игнорировать.

Один из таких институтов – институт омбудсмана. Он возник в Швеции в XIX в., отсюда его необычное название⁵⁵. Омбудсмен – это государственный чиновник или, в более общем виде, орган, организационно не принадлежащий государственному аппарату, к которому могут обратиться частные стороны, недовольные действиями официальной администрации⁵⁶. Как правило, ведомство омбудсмана имеет широкие полномочия для расследования, с помощью которых определяет обоснованность жалобы. Когда оно пришло к какому-либо выводу, то может предпринять различные действия. Обычно ведомство омбудсмана не имеет власти принуждения, чтобы наказать государственные органы за неправильные действия или приказать им исправиться, но оно может дать рекомендацию, передать информацию другим органам или опубликовать свое заключение⁵⁷.

Создание ведомства омбудсмана само по себе не определяет существенного стандарта, применяемого в этом институте. В большинстве случаев такие ведомства создавались для приема жалоб от населения, поэтому типичные жалобы, с которыми они имеют дело, – это дискриминация, несправедливое рассмотрение дела или коррупция. Поскольку омбудсмен, в отличие от суда, обычно не может восстановить права, налагая санкции или возмещение ущерба, он может гибко реагировать на жалобы, которые практически невозможно удовлет-

ворить в рамках нашей традиционной системы права. Возьмем, к примеру, широко распространенную жалобу на необходимость долго стоять в очереди за получением какого-либо разрешения или льготы в государственных учреждениях⁵⁸.

Было бы, вероятно, очень сложно сформулировать норму права относительно медленного обслуживания, и действительно, такой нормы не существует в американском законодательстве. Однако омбудсмен может расследовать такие жалобы и предпринять ряд действий. Например, можно провести анализ поведения больших масс людей (возможно, с помощью корпорации «Дисней») и дать рекомендации государственным органам или опубликовать отчеты, чтобы побудить эти органы действовать самостоятельно.

В других работах этого симпозиума авторы обращают больше внимания на нарушения в отношении компаний, чем частных лиц, но ведомство омбудсмана может заниматься и ими. Предположим, что Федеральная комиссия связи переработала свое руководство о нецензурной лексике в эфире⁵⁹, включив в него те «короткие слова-паразиты», которые ранее были запрещены отдельным актом и которые стали предметом судебного разбирательства в деле FCC v. Fox Television Stations⁶⁰. Телерадиовещательные компании, которые обязаны придерживаться этого руководства, могут пожаловаться омбудсмену: о чем именно идет речь, какие именно слова запрещены, что делать тем местным радиостанциям, у которых нет оборудования для глушения, является ли данное руководство обязательным или рекомендательным, является ли оно законом, подпадающим под действие раздела 553 и процедуры комментирования? Омбудсмен может в рамках своих полномочий провести быстрое расследование без тех процедурных и юридических проволочек, которые неизбежны при судебном расследовании, а также без тех сложностей политического и общественного характера, которые

⁵⁵ См. [154, с. 21–36; 155, с. 194–195; 156, с. 298]. Первоначальное название «омбудсмен» уже достаточно необычное. Современные стандарты гендерной нейтральности породили еще более странные образования (например, «омбудсперсона» («ombudsperson» – англ.)).

⁵⁶ Общие сведения см. [155, 157–160].

⁵⁷ Например, так происходит в Британии, где механизм работы омбудсмана очень хорошо развит [158; 159, с. 21; 161, с. 155–161]. Однако некоторые ведомства омбудсменов в Британии имеют право требовать предоставления информации и могут заставить неподчиняющиеся стороны предстать перед судом.

⁵⁸ С экономической точки зрения время, проведенное в очереди, является чистым убытком, т. к. оно используется неэффективно [146, с. 83–87]. Кроме того, большинство людей считают, что это очень раздражает [162; 163, с. 87; 164].

⁵⁹ In re Industry Guidance On the Commission's Case Law Interpreting 18 U. S. C. §1464 and Enforcement Policies Regarding Broadcast Indecency, 16 FCC Rcd. 7999, 8002, ^9, 8003, ^10 (2001).

⁶⁰ 566U.S. 502 (2009).

возникают при действиях законодательных органов власти. Если окажется, что жалобы оправданны, омбудсмен может попросить Федеральную комиссию связи разъяснить положения руководства или уточнить, что оно является законодательным актом.

Рассматривая такие жалобы организаций наряду с жалобами от частных лиц, омбудсмен не обладает полномочиями для их дальнейшего разрешения, т. е. он не может заставить организацию изменить свой порядок действий. Однако если организация заботится о своей репутации, она не захочет игнорировать его обоснованное и четко выраженное мнение, что действия организации были неправильными с точки зрения процедуры или неясно описанными. Регулируемые стороны могут сослаться на ответ омбудсмена при передаче дела в суд, инициировать или усилить надзор на этом основании. Такой исход, разумеется, занимает подчиненное положение по сравнению с традиционными инструментами контроля над исполнительной властью, а именно контроля со стороны судебной и законодательной власти, и может поэтому рассматриваться как обратная мера, принижающая значение омбудсмена. Но существует еще одно толкование роли омбудсмена – он может вести переговоры с государственными органами «в тени закона»⁶¹. Это означает, что в случае угрозы применения формально необходимых, но громоздких средств судебного и законодательного контроля, которых и государственный орган, и регулируемые стороны хотели бы избежать, ведомство омбудсмена может наладить между ними продуктивный диалог. Со временем такой диалог может стать достаточно знакомой и привычной процедурой, чтобы служить самостоятельным средством создания более эффективных и справедливых законов, даже при отсутствии той законной власти, которой обладают другие контролирующие институты.

Классическое средство обеспечить независимость ведомства омбудсмена от правительства – сделать его законодательным органом⁶². Правительства штатов и федеральные органы, учредившие ведомства омбудсмена, время от времени пытались обеспе-

чить его независимость через известный в Америке механизм независимого органа или ведомства⁶³. Фактически в США существует прецедент омбудсмена в классическом виде: это органы Конгресса, или органы Статьи I. Конгресс учредил ряд структур, находящихся исключительно в его юрисдикции, задача которых – обеспечение его информацией. Среди них Исследовательская служба Конгресса (CRS), Управление государственной ответственности (ранее Главное бюджетно-контрольное управление, GAO), Бюджетное управление Конгресса (СВО) и ныне действующее Бюро оценки технологий (ОТА)⁶⁴. Сюда следует добавить Советы по законодательству при Сенате и при Палате представителей, которые, хотя и не имеют общеизвестной аббревиатуры, в настоящее время также представляют собой государственные органы, специализированные по сфере деятельности и организованные по иерархическому принципу. Эти органы до сих пор действовали вполне успешно, а учитывая нынешние разногласия в Конгрессе, в высшей степени успешно, – добиваясь репутации беспристрастности и укрепляя ее⁶⁵. Они собирают огромные объемы информации и демонстрируют впечатляющий уровень квалификации. Особенно показателен в этом смысле пример GAO, поскольку оно изучает и анализирует работу исполнительных органов⁶⁶. Расширение этого управления до масштабов настоящего ведомства омбудсмена не потребует больших институциональных перемен. Ему нужно лишь дать полномочия взаимодействовать напрямую с общественностью, получая жалобы и предложения, и с государственными органами, предоставляя им информацию и услуги.

⁶³ Например, Закон о пожилых американцах 1965 г., 42 USC § 3011 (d) (ведомство омбудсмена выступало за долгосрочное медицинское обслуживание в рамках Министерства здравоохранения и социального обеспечения) [167].

⁶⁴ См. [168, с. 78–92; 169].

⁶⁵ Может показаться, что закрытие Бюро оценки технологий (ОТА) – пример обратного. Фактически созданное в 1972 г. Бюро рассматривалось как сторонник демократов. Однако, как пишет Bruce Vamber, ОТА могло исправить эту опасную ситуацию и создать себе репутацию нейтрального органа, как это сделали другие органы Конгресса [168, с. 50–68]. Окончательное закрытие ОТА произошло в результате Соглашения с американским Конгрессом, а именно желания сократить бюджет Конгресса и всех его исполнительных институтов [168, с. 69–77; 170].

⁶⁶ Общую информацию см. URL: <http://www.gao.gov/>

⁶¹ Фраза происходит из работы [165]. Она стала стандартным элементом современной теории применения.

⁶² См. [154, с. 20] («термин омбудсмен обозначает человека (людей), который избран парламентом в качестве его представителя»); [155, с. 8, 51, 158, 202–203; 166].

3.3. Новые процедурные модели

Одна из возможностей контроля, выходящая за пределы традиционных подходов, – это установление процедурных требований для актов, которые не относятся ни к судебным, ни к законодательным решениям. Вероятно, АРА справедливо, хотя и ненамеренно, не установил процедурные правила для всего спектра актов исполнительной власти. Однако существует целый ряд особых случаев, подпадающих под обширное и расплывчатое определение неформальных решений, которые следовало бы отнести к сфере процедурных требований. Это можно сделать через административный указ, но правильнее – через внесение поправок в АРА. В этот закон уже были внесены некоторые новые формы контроля и процедуры, например, новый способ инициирования законодательства (Закон о законодательстве через переговорный процесс – the Negotiated Rulemaking Act)⁶⁷ и новые требования к гласности (Закон о свободе информации – the Freedom of Information Act⁶⁸ и Закон «Открытое правительство» – the Government in the Sunshine Act⁶⁹). Это настоящие инновации, которые выходят за пределы традиционных понятий о судебном или законодательном акте, однако они не имеют прямого отношения к акту исполнительной власти.

Любые новые требования, нацеленные на совершенствование данной практики, а не на ее ограничение или разрушение, должны соответствовать ее специфическим задачам. Другими словами, потребуется рассмотреть наш исторический опыт в тех областях, которые не отражены в попытках установить контроль над королем до периода Новейшего времени. Две перспективные области – это планирование государственной политики и теория менеджмента. Они предлагают идеи, порожденные современными проблемами нашего сложного технологического общества⁷⁰. Одно из приложений этих

подходов – теория применения (implementation theory), социально-юридическая дисциплина, изучающая способы исполнения административными органами своих установленных законом обязанностей [144, 178].

Руководство – очевидный пример практики, для которой можно задать определенные процедуры. Слово «руководство» – *guidance* – не исконно английский термин⁷¹, а, скорее, перевод японской фразы *Gyosei shido*. Первоначально в Японии это была достаточно неформальная, но широко известная практика, при которой административные органы просили регулируемые стороны о добровольном сотрудничестве. Принятый в Японии подход к регулированию – использование скорее сотрудничества, чем состязательности, – получил высокую оценку американских комментаторов [155, 179], которую, однако, не разделяли регулируемые стороны в самой Японии⁷². В результате этот механизм был видоизменен в сторону формальных правовых норм, закрепленных в Законе об административных процедурах, принятом в Японии в 1993 г.⁷³ Глава 4 этого закона гласит, что орган, выпускающий руководство, должен строго

исследования см., например, [175–177]. Политический анализ сочетает теорию менеджмента с более общими положениями политологии и предлагает конкретные стратегии принятия организационных решений, часто в сфере государственного управления. См. прим. выше (цитируемые источники).

⁷¹ На это указывает использование родового имени существительного с неопределенным артиклем (например, «Федеральная комиссия связи выпустила руководство» – “The FCC has issued “a guidance””), которое в английском языке употребляется исключительно в сфере администрирования. В других сферах слово «руководство» используется только как абстрактное существительное без артикля (например, «Профессор осуществлял руководство студентами» – “Professor Smith gave good guidance to her students”), а также как образованное от него особое, полуконкретное существительное с определенным артиклем («То руководство, которое осуществлял профессор Смит, было очень профессиональным» – “The guidance that Professor Smith gave John was excellent”). Употребление родового имени существительного с неопределенным артиклем “a guidance”, т. е. в значении «письменный документ о правилах деятельности, методичка, инструкция», появилось только после его заимствования из японского языка в сфере административного права.

⁷² Доказательство того, что в Японии происходило не меньше конфликтов, чем в США, но они были преобразованы в различные аспекты регулятивного процесса, см. [180].

⁷³ Закон № 88 от 1993 г., доступный на японском и английском языках, см. URL: http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/APA_2.pdf

⁶⁷ P.L. 101-648, 104 Stat. 4969 (1989), codified at 5 U.S.C. § 561–570.

⁶⁸ P.L. 89-467, 80 Stat. 250 (1966), codified at 5 U.S.C. § 552.

⁶⁹ P.L. 94-409 90 Stat. 1241 (1976), codified at 5 U.S.C. § 552b.

⁷⁰ Теория управления была создана в первой половине XX в. В ней разрабатывается идея «научной», или систематической, структуры функциональной организации, как частной, так и государственной. Основы теории см. [171] (первое издание в 1916 г.); [172] (1933 г.) (обсуждение, в частности, экспериментов Хоторна); [140, с. 220–226, 956–1003 (анализ бюрократии, написано в 1911–1913 гг.); 173; 174, с. 423 n. 14]. Современные

придерживаться границ своей юрисдикции⁷⁴, что он должен «ясно обозначить для регулируемой стороны цель и содержание руководства, а также перечень ответственных лиц»⁷⁵, что руководство должно быть издано или предоставлено в письменном виде по запросу⁷⁶, и, по существу, что исполнительный орган не может угрожать действовать или не действовать определенным образом, чтобы побудить регулируемую сторону придерживаться руководства⁷⁷.

Эти правила полезны для установления границ руководства, но еще больше пользы, особенно в американском контексте, принесло бы введение стандартной процедуры при выпуске определенных видов руководств положениями раздела 553 о процедуре уведомления и комментирования, так как это полностью уничтожит данный механизм. Лучшая стратегия – признать руководство особой формой управления, находящейся в рамках акта исполнительной власти, но при этом подчиняющейся процедурным нормам. Согласно этим нормам, руководство следует признать одной из форм рекомендации, а содержание руководства – областью политики применения и институционального менеджмента.

Прежде всего следует определить категорию руководства. В общепринятом смысле это информация общего назначения, которую административный орган предоставляет регулируемым сторонам и которая относится к их правовым обязанностям, но не расширяет их. Орган, выпускающий руководство, должен обозначить его как руководство, тем самым уведомив регулируемые стороны о сущности и последствиях этого акта. Кроме того, можно потребовать указывать, какие части руководства изменяют правовые обязанности, а какие лишь уточняют их. Например, Национальное агентство по безопасности на дорогах (NHTSA) может выпустить брошюру, в которой одновременно обобщаются его обязательные решения и сообщается о новом устройстве безопасности, которое рекомендовано, но не обязательно по закону⁷⁸. Последнее будет, по существу, просьбой о доброволь-

ном действии. Несмотря на отсутствие принуждения по закону, это может привести к ощутимым результатам через рыночные механизмы; например, производитель может включить в рекламу своего автомобиля сообщение о том, что он оборудован новым средством безопасности, рекомендованным NHTSA.

Еще один возможный механизм контроля – требование, что если административный орган обобщил свои решения в выпущенном руководстве, то он не может изменить свою прецедентную практику, не изменив сначала руководство. В деле *Fox Broadcasting v. FCC* агентство изменило свою прецедентную практику, касающуюся коротких слов-паразитов, и объявило, что санкции будут применяться позже, поскольку правовые обязательства изменились⁷⁹. Верховный суд утвердил акт исполнительной власти, пояснив, что агентство было обязано объяснить свое решение, действия, но не обязано давать более подробных объяснений, как это было бы в случае принятия новой нормы, а не развития старой⁸⁰. Однако FCC ранее выпускало руководство (признанное таковым), где обобщались основные правила касательно неприемлемой лексики, включая короткие слова-паразиты⁸¹, так что предметом спора были изменения в руководстве⁸². Требование

⁷⁹ 566 U.S. 502 (2009).

⁸⁰ Это основной источник противоречий в данном случае. Все стороны согласились, что, пользуясь общепринятым толкованием непоследовательной и необоснованной доктрины APA, т. е. делом *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Automobile Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983), Федеральная комиссия связи должна была предоставить объяснение при изменении порядка регулирования. Судья Scalia, выступая на стороне большинства, постановил, что изменения требовали той же степени обоснования, что новая политика регулирования, но судья Brennan, с другой стороны, доказывал, что изменения требовали дополнительного обоснования. Эта дискуссия интересна с теоретической точки зрения, но остается неясным, как она может отразиться на реальности, т. е. как в реальной ситуации можно отличить адекватное обоснование от дополнительного. В любом случае мы считаем, что обоснование, представленное в рамках вынесения судебного решения и одобренное судом в данном контексте, должно быть включено в руководство.

⁸¹ Проблема 1-й поправки, возникающая в этом случае, намеренно не рассматривается в данном исследовании. Аргумент, что эту проблему нельзя игнорировать, верен, но ее можно опустить, рассматривая это дело в качестве примера, поскольку правительственные руководства, как правило, не касаются вопросов свободы слова.

⁸² In re Industry Guidance On the Commission's Case Law Interpreting 18 U.S.C. §1464 and Enforcement Policies Regarding Broadcast Indecency, 16 FCC Rcd. 7999, 8002, ^9, 8003, ^10 (2001).

⁷⁴ Там же, ст. 32.

⁷⁵ Там же, ст. 35 (1).

⁷⁶ Там же, (2).

⁷⁷ Там же, ст. 33, 34.

⁷⁸ 49 U.S.C. § 30118. Обсуждение полномочий NHTSA в области предложения и отмены рекомендаций [181].

о предварительном изменении руководства не только будет более справедливым, но и придаст руководствам большую инструментальную эффективность.

Второй тип акта исполнительной власти, который можно выделить в отдельную категорию и задать для него процедурные рамки, – это инспекции. Как и руководства, инспекции – это средство добиться соответствия с общепринятыми правилами. Они отличаются от руководств тем, что при обнаружении нарушения указанных правил может последовать применение силы закона, тогда как руководство нацелено на добровольное подчинение. Однако лишь очень немногие административные органы обладают ресурсами для систематических проверок всех регулируемых сторон, чтобы добиться постоянного выполнения всех предписаний. Напротив, административный орган должен выбирать, кого именно будет инспектировать и с какой частотой, тем самым определяя, кто может выполнять правила добровольно, а кого следует принуждать. Очевидно, что это сложная проблема, касающаяся как распределения ограниченных ресурсов административного органа, так и наиболее эффективной стратегии применения. Кроме того, баланс этих факторов, как и сущность самого инспектирования, может значительно отличаться в различных сферах деятельности. Проверка финансовой безопасности банка существенно отличается от проверки предприятия на предмет безопасности его сотрудников; достаточно задуматься о различии в значениях слова «безопасность» в этих двух контекстах, чтобы понять огромный разброс содержания этого аспекта.

Исходя из этого, можно сделать вывод о нецелесообразности, а может быть, и невозможности создания единых правил для различных административных проверок. Однако вполне реально требовать от административных органов описать те правила, которыми они будут руководствоваться. Довольно часто эти правила уже определены в инструкциях для сотрудников; фактически хорошая управленческая практика требует, чтобы они были либо определены в инструкциях, либо содержались в явном виде в обучающем протоколе для сотрудников⁸³. Таким образом, право административно-

го органа на принятие решений не будет нарушено, если от него потребуют всего лишь обнародовать внутренние правила в виде публичного документа. Конечно, существует опасность, что регулируемые стороны станут бороться против правил проверки, но есть также надежда, что агентства будут формулировать эти правила таким образом, чтобы их выполнение стало более реальным.

Процедурные нормы могут коснуться и той стратегии, которую агентства используют для определения объекта и частоты инспекций. В этом случае также не нужно навязывать единообразие; однако можно потребовать от административного органа обнародовать критерии, по которым принимаются такие важные решения. Одним из вариантов – в случае если агентство не имеет возможности регулярно инспектировать все регулируемые стороны – могло бы стать количество жалоб от клиентов или сотрудников. Этот критерий может в некоторой степени дублироваться с деятельностью ведомства омбудсмена. Другая возможная стратегия – учет характера деятельности регулируемой стороны (например, некоторые банки ведут более рискованные операции, некоторые предприятия используют более опасные материалы), истории выполнения предписаний данной организацией либо случайный выбор. Такой подход отражен в опережающем решении Верховного суда об административных проверках по делу *Marshall v. Barlow's, Inc.*⁸⁴ Как уже отмечалось, это решение принято в контексте проблемы 4-й поправки; суд постановил, что рациональный план, служащий для определения объекта инспекции, выполняет требование 4-й поправки о необходимости достаточного основания⁸⁵. Это решение вызвало громкую волну критики на том основании, что временная отсрочка требования равносильна выдаче общего ордера, а именно это призвана не допустить 4-я поправка⁸⁶. Однако законное требование о принятии рационального плана инспекций административным органом не должно вызывать этого возражения; скорее, оно примыкает

⁸⁴ 436 U.S. 307 (1978).

⁸⁵ См. выше.

⁸⁶ Разумеется, судебной власти придется в любом случае устанавливать, нарушил ли данный орган 4-ю поправку. Но общепринятое правило, кроме установления возможной причины в соответствии с делом *Barlow*, должно также удовлетворить требование о предупреждении, так как это правило, хотя и явно провозглашенное, может быть пересмотрено судами на основании предвзятости и без должного обоснования.

⁸³ Дело в рамках административного права, в котором был рассмотрен весь комплекс проблем, связанных с руководствами для сотрудников, но не был определен их юридический статус: *Morton v. Ruiz*, 415 U.S. 199 (1974).

к вышеупомянутой идее о том, что инструментальная рациональность может служить существенным стандартом для всех актов исполнительной власти.

Современная теория применения предлагает еще одно обоснование для выбора объекта инспекции – это способность регулируемой стороны продемонстрировать добровольное соблюдение правил. Чем более убедительной будет такая демонстрация, тем меньше необходимость устраивать проверку деятельности организации. В этом случае сокращение числа проверок служит и рациональным способом распределения ресурсов административного органа, и вознаграждением для регулируемого органа⁸⁷. Таким образом, достигается баланс между соблюдением статутных норм и их совершенствованием в целях эффективного управления. Фактически Управление охраны труда (OSHA) достигло этого результата в программе «Штат Мэн 200»⁸⁸. Региональный директор OSHA в штате Мэн выбрал 200 работодателей с наибольшим количеством жалоб на травматизм сотрудников и предложил им освободить их предприятия от регулярных проверок при условии, что они разработают свои собственные планы по повышению безопасности⁸⁹. Хотя полного анализа результатов этой программы не проводилось, она в целом представляется очень успешной. На указанных предприятиях значительно сократился уровень травматизма, а OSHA смогло направить ресурсы на решение проблем в других организациях, где было выявлено в четыре раза больше нарушений, чем в предыдущие годы.

В результате административный орган, которому подчиняется OSHA, а именно Министерство труда, решило применить данный подход в масштабах страны. Однако решением апелляционного суда округа Колумбия эта программа была закрыта по процедурным основаниям⁹⁰, что доказывает необходимость установленной законом модели проведения проверок.

⁸⁷ Этот подход был исследован в работах по теории внедрения [182, 183].

⁸⁸ Ash Center for Democratic Governance and Innovation, Harvard Kennedy School, Main Top 200 Experimental Targeting Program. URL: <http://www.innovations.harvard.edu/awards.html?id=3693> (дата обращения: 28.07.2014).

⁸⁹ Эти компании были крупнейшими в штате Мэн; они охватывали всего 1 % работодателей штата, но 30 % занятых и 45 % документированных травм на рабочем месте. См. там же.

⁹⁰ Chamber of Commerce of the United States v. U.S. Department of Labor, 174 F.3d 206 (D.C. Cir. 1999).

В решении судьи Douglas Ginsburg устанавливалась юрисдикция апелляционного суда округа по отношению к программе «Штат Мэн 200», поскольку она представляет собой применение правил техники безопасности на производстве, а не постановление⁹¹. Суд пришел к такому мнению, заявив, что программа соответствует статутному определению правила, поскольку устанавливает новые требования к безопасности, более строгие, чем требует закон, хотя основной целью программы было смягчение проверок для компаний-участниц. Суд счел, что не участвовавшие в программе компании подвергались в результате более частым проверкам⁹², хотя эти более частые проверки не были явным условием, а лишь следствием изменений в схеме распределения ресурсов, что находится вполне в рамках полномочий административного органа. Таким образом, постановив, что программа «Штат Мэн 200» является применением правил техники безопасности, а не постановлением, суд затем закрыл ее из-за несоответствия процедуре законотворчества, описанной в APA, т. е. несоответствия полномочиям по выпуску постановлений. Четко прописанная процедура инспекций, проводимых административным органом, позволит избежать таких ситуаций, определив их полномочия проводить проверки на основе информации о добровольном соблюдении правил.

Еще один пример неформального решения, которое может быть переведено в рамки процедурных норм, – это решение административного органа о прекращении судебного дела после подачи иска. Такой пример из области уголовного судопроизводства приводит в рамках данного симпозиума профессор Arlen; это соглашение о выведении несовершеннолетнего правонарушителя из системы уголовной юстиции до рассмотрения дела в суде. В гражданских делах административный орган, как одна из сторон в федеральном суде, подчиняется Федеральному регламенту гражданского процесса, который явно одобряет достижение соглашения по любым гражданским делам⁹³. Превалирующая государственная политика в этой сфере, установленная указом Пре-

⁹¹ Там же, 209–211.

⁹² Там же, 209–210.

⁹³ FRCP R. 68. Свидетельство того, что они действуют не слишком эффективно и должны быть реорганизованы, хотя огромное большинство дел заканчивается примирением [184].

зидента 12778⁹⁴, настоятельно рекомендует достижение соглашения. Указ гласит: «После установления характера спора в судебном процессе, а также на протяжении всего судебного процесса адвокат [федерального административного органа] рассматривает все возможности и прилагает разумные усилия для достижения соглашения. Такие усилия включают предложение сторонам участвовать в переговорах по соглашению и осуществление этих переговоров в соответствии с правилом 16 Федерального регламента гражданского процесса с целью разрешения спора без дополнительного судебного процесса в рамках гражданского судопроизводства»⁹⁵. Однако некоторые значимые федеральные статуты, в частности Закон Клейтона⁹⁶, налагают ограничения на свободу выбора соответствующего государственного органа в том, что касается принятия решений по делам, начатым данным органом, а статуты, естественно, имеют преимущественное право перед директивами исполнительной власти.

Аргумент профессора Arlen, равным образом применимый к гражданским делам, состоит в том, что современная практика «нарушает норму права, предоставляя прокурорам слишком большой выбор в отношении формы полномочий, которых они обычно не имеют – а именно создание обязанностей – без гарантии, что эта свобода выбора используется в интересах государства» [104, с. 231]. При этом она осознает, что возвращение к традиционным подходам в сфере законодательного или судебного контроля не даст желаемых результатов⁹⁷. Нынешняя

практика централизованного контроля со стороны Департамента юстиции над решением атторнея носит административный характер, а значит, является более современной, однако она создает риск политизации, а кроме того, угрожает гибкости и свободе творчества федеральных прокуроров⁹⁸. Альтернативное решение – определить процедуры, которым прокуроры должны следовать в уголовных и гражданских делах. Статут, оторванный от традиционных моделей законодательства или вынесения решения, мог бы сфокусироваться на реалиях такого процесса. Он мог бы определить круг мер, которые может предложить прокурор, а также степень, в которой эти меры должны подлежать централизованному контролю. Например, этот статут может установить, что меры, создающие обязанности (главный предмет заботы профессора Arlen), могут быть предложены только в ответ на указание прокурора о наличии проблемы в базовой структуре института обвинения, которая привела к предполагаемому нарушению (в отличие, например, от небрежности сотрудника или ошибочного представления отдельных фактов). Указанный статут может также предусматривать, что определенный набор этих требований, создающих обязанности, должен находиться под надзором особого органа внутри Департамента юстиции и устанавливать процедуры, выводящие этот орган из-под политического давления. Создание процедуры, адекватно ограничивающей свободу выбора без нарушения правоприменительной деятельности государственных прокуроров, потребует значительной исследовательской и аналитической работы. При этом важно, чтобы эта задача была свободна от устаревших концепций и выполнялась в свете прагматических реалий современного государственного управления и концептуальных ресурсов современных теорий в области государственной политики и менеджмента.

4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Наша жизнь неизбежно определяется нашей историей, но мы не должны становиться ее заложниками. Наш исторический опыт накладывает определенные ограничения на современные концепции, и еще более строгие ограничения налагаются на инсти-

⁹⁴ G.W. Bush, October 23, 1991, 56 FR55, 195, October 25, 1991.

⁹⁵ Там же, § 2 (b).

⁹⁶ Раздел 5 Закона Клейтона, 15 U.S.C. § 16 (b) – (g). Предписанная процедура, отражая проблему параллельных дел частных сторон, является очень сложной. Согласно этой процедуре, необходимо внести предложение о соглашении в суд, опубликовать его в федеральном реестре и в газетах, получить комментарии от общественности, ответ административного органа на эти комментарии, затем сделать обзор комментариев и получить ответ суда; при этом определение того, отвечает ли предложенное решение «государственным интересам», может потребовать свидетельских показаний или заключения специалиста.

⁹⁷ Там же [рукопись, с. 40–43, 48]. Профессор Arlen убедительно показала, что суды не имеют ни доктринальной базы, ни административной возможности осуществлять такой контроль, тогда как контроль со стороны Конгресса создает серьезную опасность политизации.

⁹⁸ Там же [рукопись, с. 42–45, 48–49].

туты, которые мы можем создавать и использовать. Размышления об этих ограничениях не сделают их меньше, но они могут стать больше, если мы не будем их осмысливать. Причина этого в том, что история имеет кумулятивные свойства: 800 лет исторического развития оказывают больше влияния, чем какие-то 100 лет. Изучая и критически осмысливая нашу историю, можно попытаться сдвинуть эту закономерность и использовать более современный опыт для решения проблем, не возникавших вплоть до настоящего времени. Это необходимо делать в интересах всего общества и государства.

Список литературы / References

1. Bartlett R. Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal. Oxford, UK: Clarendon Press, 1986.
2. Baker J. H. An Introduction to English Legal History. Oxford: Oxford University Press, 2005.
3. Carroll L. Alice's Adventures in Wonderland & Through the Looking Glass. New York: Signet, 1960.
4. Rubin E. L. Soul, Self, and Society. New York: Oxford University Press, 2015.
5. Brown P. The World of Late Antiquity AD 150-750. London: Thomas & Hudson, 1989.
6. Geary P. Before France and Germany: The Creation and Transformation of the Merovingian World. Oxford, UK: Oxford University Press, 1988.
7. Goffart W. Barbarians and Romans AD 418-584: The Techniques of Accommodation. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1980.
8. Tours G. The History of the Franks. New York: Penguin, 1974.
9. Heather P. The Fall of the Roman Empire: A New History of Rome and the Barbarians. New York: Oxford University Press, 2006.
10. Ward-Perkins B. The Fall of Rome and the End of Civilization. New York: Oxford University Press, 2005.
11. Goldsworthy A. How Rome Fell: Death of a Superpower. New Haven, CT: Yale University Press, 2009.
12. Collins R. Early Medieval Europe 300-800. 2nd Edition. New York: Palgrave Macmillan, 1999.
13. Holland T. The Forge of Christianity: The End of Days and the Epic Rise of the West. New York: Doubleday, 2008.
14. Lopez R. The Birth of Europe. New York: M. Evans & Co, 1967.
15. Wickham C. The Inheritance of Rome: Illuminating the Dark Ages, 400-1000. New York: Penguin, 2009.
16. Barraclough G. The Origins of Modern Germany. New York: W.W. Norton, 1984.
17. Bartlett R. England under the Norman and Plantagenet Kings, 1075-1225. Oxford, UK: Oxford University Press, 2000.
18. Douglas D. C. William the Conqueror: The Norman Impact Upon England. Berkeley, CA: University of California Press, 1967.
19. Thomas H. M. The Norman Conquest: England after William the Conqueror. Plymouth: Rowman & Littlefield, 2007.
20. Berman H. Law and Revolution. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983.
21. Canning J. A History of Medieval Political Thought, 300-1450. New York: Rutledge, 1996.
22. Luscombe D. E., Evans G. R. The Twelfth-Century Renaissance // The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-c. 1450, at 306-26 / Burns J. H., 1988.
23. Nederman C. J. Editor's Introduction // John of Salisbury Policraticus: Of the Frivolities of Courtiers and the Footprints of Philosophers. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
24. Salisbury J. o. Policraticus: Of the Frivolities of Courtiers and the Footprints of Philosophers. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
25. Rubin E. L. Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005.
26. Summa Theologica (Fathers of the English Dominican Province, trans. Westminster, Md: Christian Classics, 1947.
27. Sigmund P. E. Law and Politics // The Cambridge Companion to Aquinas, 217 / Stump K. E. New York: Cambridge University Press, 1993.
28. Black A. Political Thought in Europe, 1250-1450. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
29. Canning J. P. Law, Sovereignty and Corporation Theory, 1300-1450 // The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-1450 / Burns. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
30. Rubin E. L. Judicial Review and the Right to Resist // Geo. L. Rev. 2008. T. 97. P. 61.
31. Holt J. C. Magna Carta. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
32. Bloch M. The Historian's Craft: Reflections on the Nature and Uses of History and the Techniques and Methods of Those Who Write It. New York: Alfred Knopf, 1964.
33. Butterfield H. The Whig Interpretation of History. New York: W.W. Norton & Co, 1965.

34. Dunbabin J. *Government // The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-1450* / Burns. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
35. Tuck R. *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*. New York: Cambridge University Press, 1979.
36. Bloch M. *Feudal Society*. Chicago: University of Chicago Press, 1961.
37. Fichtenau H. *Living in the Tenth Century*. Chicago: University of Chicago Press, 1984.
38. Duby G. *The Chivalrous Society*. Berkeley, CA: University of California Press, 1977.
39. Le Goff J. *The Medieval Imagination*. Chicago: University of Chicago Press, 1985.
40. Seward D. *The Hundred Years War: The English in France, 1337-1453*. London: Constable, 1978.
41. Mallory T. *Le Morte Darthur*. New York: Random House, 1993.
42. Wace, Layamon *Arthurian Chronicles*. New York: Dutton, 1976.
43. *Sir Gawain and the Green Knight: Pearl: Sir Orfeo*. London: George Allen & Unwin, 1975.
44. de. T. C. *Arthurian Romances*. New York: Dover, 1993.
45. Goodrich N. L. *King Arthur*. New York: Harper Perennial, 1986.
46. Davis R. H. C. *A History of Medieval Europe: From Constantine to Saint Louis*. 2nd Edition. New York: Rutledge, 1970.
47. Logan F. D. *A History of the Church in the Middle Ages*. 2nd Edition. New York: Routledge, 2013.
48. Chadwick O. *The Reformation*. New York: Penguin, 1964.
49. MacCulloch D. *The Reformation: A History*. New York: Penguin, 2003.
50. Rollo-Koster J. *Avignon and its Papacy 1309-1417: Popes, Institutions and Society*. Lanham: Rowman and Littlefield, 2015.
51. Elias N. *State Formation and Civilization // The Civilizing Process* / Elias N. Oxford: Blackwell Publishing, 1994.
52. Dewald J. *The European Nobility*. New York: Cambridge University Press, 1996.
53. Hogue A. *Origins of the Common Law*. Bloomington, IN: Indiana University Press, 1986.
54. Pollack F., F. M. *A History of the Common Law before the Time of Edward I*. 2nd Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1968.
55. Warren W. L. *Henry II*. London: Eyre Methuen, 1973.
56. Coke S. E. *Selected Writings*. Indianapolis. Liberty Fund, 2003. Indianapolis.
57. Pocock J. G. A. *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*. New York: Cambridge University Press, 1987.
58. Bowen C. D. *The Lion and the Throne: The Life and Times of Sir Edward Coke*. Boston: Little Brown & Co, 1990.
59. Butt R. *A History of Parliament: The Middle Ages*. London: Constable, 1989.
60. Maddicott J. *The Origins of the English Parliament 924-1327*. London: Selden Society, 2010.
61. Smith D. L. *The Stuart Parliaments: Reconstructions in Early Modern History*. New York: Oxford University Press, 1999.
62. Stone L. *The Causes of the English Revolution, 1529-1642*. New York: Harper & Row, 1972.
63. Foxley R. *Varieties of Parliamentarianism // The Oxford Handbook of the English Revolution*, 414 / Braddick. Oxford: Oxford University Press, 2015.
64. Ashley M. *The English Civil War: A Concise History*. New York: Palgrave Macmillan, 1974.
65. Worden B. *The English Civil Wars, 1640-1660*. London: Weidenfeld & Nicolson, 2009.
66. Trevelyan G. M. *The English Revolution, 1688-1689*. New York: Oxford University Press, 1965.
67. Vallance E. *The Glorious Revolution, 1688: Britain's Fight for Liberty*. New York: Pegasus Books, 2008.
68. Horowitz H. *Parliament, Policy and Politics in the Reign of William III*. Manchester: Manchester University Press, 1977.
69. Hill B. W. *Sir Robert Walpole: Sole and Prime Minister*. London: H. Hamilton, 1989.
70. Leonard D. *Eighteenth Century British Premiers: Walpole to the Younger Pitt*. New York: Palgrave Macmillan, 2011.
71. Chester N. *The English Administrative System, 1780-1870*. Oxford: Clarendon Press, 1981.
72. Mackintosh J. *The British Cabinet*. 3rd Edition изд. London: Stevens, 1977.
73. Wasson E. *A History of Modern Britain: 1714 to the Present*. Malden, MA: Wiley Blackwell, 2009.
74. Poser N. S. *Lord Mansfield: Justice in an Age of Reason*. Montreal: McGill-Queens University Press, 2013.
75. Lemmings D. *Law and Government in England during the Long Eighteenth Century; From Consent to Command*. New York: Palgrave Macmillan, 2015.
76. White G. E. *The Constitution and the New Deal*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.
77. McNollgast J. *The Political Origins of the Administrative Procedure Act*. 15 // *L. Econ & Org.* 1999. № 180.
78. Shapiro M. *APA: Past, Present and Future* // *Va. L. Rev.* 1986. № 72. P. 447.
79. Shepherd G. B. *Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act Emerges from New Deal Politics* // *Nw. L. Rev.* 1996. № 90. P. 1557.
80. Note. *The Federal Administrative Procedure Act: Codification or Reform* // *Yale L. J.* 1947. № 56. P. 690.

81. Strauss P. L. Administrative Justice in the United States. 2nd Edition изд. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2002.
82. Breger M. J. The APA: An Administrative Conference Perspective // Va. L. Rev. 1986. № 72. P. 337.
83. Rubin E. It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative // Cornell L. Rev. 2003. № 89. P. 95.
84. Araiza W. D. In Praise of a Skeletal APA: Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance, Judicial Remedies for Agency Inaction, and the Questionable Value of Amending the APA // Admin. L. Rev. 2004. № 56. Pp. 979, 1001.
85. Asimow M. The Spreading Umbrella: Extending the APA's Adjudication Provisions to All Evidentiary Hearings Required By Statute // Admin. L. Rev. 2004. № 56. P. 1041.
86. Krotoszynski R. J. Taming the Tail that Wags the Dog: Ex Post and Ex Ante Constraints on Informal Adjudication // Admin. L. Rev. 2004. № 56 P. 1057.
87. Sofaer A. D. Judicial Control of Informal Discretionary Adjudication and Enforcement // Colum. L. Rev. 1972. № 72. P. 1293.
88. Verkuil P. A Study of Informal Adjudication Procedures // U. Chi. L. Rev. 1976. № 43. P. 739.
89. Strauss P. L. Revisiting Overton Park: Political and Judicial Controls Over Administrative Actions Affecting the Community // UCLA L. Rev. 1992. № 39. P. 1251.
90. Strauss P. L. The Rulemaking Continuum // Duke L.J. 1992. № 41. P. 1463.
91. Strauss P. L. Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe – Of Politics and Law, Young Lawyers and the Highway Goliath // Administrative Law Stories, 258 / Strauss. New York: Foundation Press, 2006.
92. Rakove J. Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution. New York: A.A. Knopf, 1996.
93. Strauss P. L. The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch // Colum. L. Rev. 1984. № 84. P. 573.
94. Farrand M. The Records of the Federal Convention of 1787. New Haven, CT: Yale University Press, 1966.
95. Madison J., Hamilton A., Jay J. The Federalist Papers no. 74. New York: Penguin, 1987.
96. Amar A. R. Some Opinions on the Opinions Clause // Va. L. Rev. 1996. № 82. P. 647.
97. Calabresi S. G., H. R. K. The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary // Harv. L. Rev. 1992. № 105. P. 1153.
98. Lessing L., Sunstein C. R. The President and the Administration // Colum. L. Rev. 1994. № 94. P. 32.
99. Rosenberg M. Congress's Prerogative Over Agencies and Agency Decisionmakers: The Rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary Executive // Geo. Wash. L. Rev. 1989. № 57.
100. Froomkin A. M. Note, Defense of Administrative Agency Autonomy // Yale L. J. 1987. № 96. Pp. 787, 800–801.
101. McCraw T. K. Prophets of Regulation: Charles Francis Adams, Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Cambridge, MA: Belknap Press, 1986.
102. Stone R. D. The Interstate Commerce Commission and the Railroad Industry: A History of Regulatory Policy. New York: Praeger, 1991.
103. Strauss P. L. Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions: A Foolish Inconsistency? // Cornell L. Rev. 1987. № 72. P. 488.
104. Arlen J. Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements // Journal of Legal Analysis. 2016. № 8. P. 191.
105. Price, S. Z. Seeking Baselines for Negative Authority: Constitutional and Rule-of-law Arguments Over Nonenforcement and Waiver // Journal of Legal Analysis. 2016. № 8. P. 235.
106. Epstein, A. R. The Role of Guidances in Modern Administrative Procedure: The Case for De Novo Review // Journal of Legal Analysis. 2016. № 8. P. 47.
107. Franklin D. L. Legislative Rules, Nonlegislative Rules and the Perils of the Short Cut. // Yale L.J. 2010. № 120. P. 276.
108. Funk W. When is a "Rule" a Regulation?: Marking a Clear Line Between Nonlegislative Rules and Legislative Rules // Admin. L. Rev. 2009. № 54. P. 659.
109. Gersen J. E. Legislative Rules Revisited // U. Chi. L. Rev. 2007. № 74. P. 1705.
110. Manning J. Nonlegislative Rules // Geo. Wash. L. Rev. 2003. № 72. P. 893.
111. Strauss P. L. Publication Rules in the Rulemaking Spectrum: Assuring Proper Respect for an Essential Element // Admin. L. Rev. 2001. № 53. P. 803.
112. Levin R. M. Direct Final Rulemaking // Geo. Wash. L. Rev. 1995. № 64. P. 1.
113. Noah L. Doubts About Direct Final Rulemaking // Admin. L. Rev. 1999. № 51. P. 401.
114. DeMuth C. C., H. G. D. Rationalism in Regulation // Mich. L. Rev. 2010. № 108. Pp. 877, 885.
115. Aidi H. D. Redeploying the State: Corporatism, Neoliberalism, and Coalition Politics. New York: Palgrave Macmillan, 2008
116. Hartmann E., Kjaer P. F. The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

117. Suarez-Villa L. Technocapitalism: A Critical Perspective on Technological Innovation and Corporatism. Philadelphia: Temple University Press, 2009.
118. Heppenheimer T. A. Turbulent Skies: The History of Commercial Aviation. New York: John Wiley & Sons, 1995.
119. Komons N. A. Bonfires to Beacons: Federal Civil Aviation Policy Under the Air Commerce Act, 1926-38. Washington, DC: U.S. Department of Transportation, 1989.
120. Smith H. L. Airways: The History of Commercial Aviation in the United States. New York: A.A. Knopf, 1942.
121. DeMuth, Ch. Can the Administrative State be Tamed // Journal of Legal Analysis. 2016. № 8. P. 121.
122. Rodriguez D. B., Stiglitz E. H., Weingast B. R. Executive Opportunism, Presidential Signing Statements, and the Separation of Powers // Journal of Legal Analysis. 2016. № 8. P. 95.
123. Bingham T. The Rule of Law. London: Allen Lane, 2010.
124. Fuller L. L. The Morality of Law. New Haven, CT: Yale University Press, 1964.
125. Tamanaha B. On the Rule of Law: History, Politics, Theory. New York: Cambridge University Press, 2004.
126. Dorf M. Prediction and the Rule of Law // UCLA L. Rev. 1995. № 42. P. 651.
127. Fallon R. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse // Colum. L. Rev. 1997. № 97. P. 1.
128. Raz J. The Rule of Law and its Virtue // Law Q. Rev. 1977. № 93. P. 195.
129. Nozick R. Anarchy, State, and Utopia. New York. Basic Books, 1974. New York.
130. Murray C. By the People: Rebuilding Liberty Without Permission. New York: Crown Forum, 2015.
131. Hamburger P. Is the Administrative State Unlawful? Chicago: University of Chicago Press, 2014.
132. Rubin E. L. Bureaucratic Oppression: Its Causes and Cures // Wash. U. L. Rev. 2012. № 90. P. 291.
133. Dowdle M. W. Public Accountability: Designs Dilemmas and Experiences. New York: Cambridge University Press, 2006.
134. Rubin E. L. The Myth of Accountability and the Anti-administrative Impulse // Mich. L. Rev. 2005. № 103. P. 2073.
135. Rubin E. L. Getting Past Democracy // U. Pa. L. Rev. 2001. № 149. P. 711.
136. Berelson B. R., F. L. P., N. M. W. Voting: A Study of Opinion Formation in a Presidential Campaign. Chicago: University of Chicago Press, 1954.
137. Fiorina M. P. Congress: Keystone of the Washington Establishment. 2nd Edition изд. New Haven, CT: Yale University Press, 1989.
138. Miller W. E., M. S. J. The New American Voter. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.
139. Bartels L. M. Uninformed Voters: Informational Effects in Presidential Elections // Am. J. Pol. Sci. 1996. № 40. P. 194.
140. Weber M. Economy and Society. Berkeley, CA: University of California Press, 1978.
141. Weber M. The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism. New York: Routledge, 2002.
142. Bardach E. A Practical Guide for Policy Analysis: The Eightfold Path to More Effective Problem Solving. 3rd ed. изд. Washington, DC: CQ Press, 2009.
143. Birkland T. An Introduction to the Policy Process: Theories, Concepts and Models of Public Policy Making. 2nd Edition. Armonk, NY: M.E. Sharpe, 2005.
144. Ayres I., J. B. Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate. New York: Oxford University Press, 1992.
145. Sparrow M. K. The Regulatory Craft: Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2000.
146. Stokey E., R. Z. A Primer for Policy Analysis. New York: W.W. Norton, 1978.
147. Weimer D. L., R. V. A. Policy Analysis: Concepts and Practice. 4th Edition. Upper Saddle River, NJ: Prentice-Hall, 2004.
148. Wildavsky A. Speaking Truth to Power: The Art and Craft of Policy Analysis. Boston: Little Brown, 1979.
149. Revesz R. L., A. L. M. Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health. New York: Oxford University Press, 2008.
150. Adler M. D., A. P. E. Rethinking Cost-Benefit Analysis // Yale L. J. 1999. № 109. P. 165.
151. Sunstein C. R. Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit State // Stan. L. Rev. 1996. № 48. P. 247.
152. Ackerman F., Heinzerling L. Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection // U. Pa. L. Rev. 2002. № 150. P. 1553.
153. Kagan E. Presidential Administration // Harv. L. Rev. 2001. № 114. P. 2245.
154. Wahab I. I. The Swedish Institution of Ombudsman: An Instrument of Human Rights. Stockholm: LiberForlag, 1979.
155. Gellhorn W. Ombudsmen and Others: Citizens' Protection in Nine Countries. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.
156. Scott F. Sweden: The Nation's History (Revised Edition). Carbondale, IL: Southern Illinois University Press, 1988.
157. Buck T., Kirkham R., B. T. The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice. Farnham: Ashgate, 2011.
158. Gregory R., Giddings P. The Ombudsman Institution: Growth and Development. The Ombudsman in Six Continents. Amsterdam: IOS Press, 2000.

159. Gregory R., Ph. G. Righting Wrongs: The Ombudsman in Six Continents. Amsterdam: IOS Press, 2000.
160. Reif L. C. The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
161. Stacey F. Ombudsmen Compared. New York: Oxford University Press, 1978.
162. Chebat J.-C., Filiatrault P. The Impact of Waiting in Line on Consumers // Int'l J. Bank Marketing. 1993. № 11. P. 35.
163. Clemmer E. C. Toward Understanding and Controlling Customer Dissatisfaction with Waiting During Peak Demand Times // Schneider B. Designing a Winning Service Strategy / Bitner, L.A. C. Chicago: American Marketing Assoc., 1989.
164. Taylor S. Waiting for Service: The Relationship between Delays and Evaluations of Service // J. Marketing. 1994. № 58. P. 56.
165. Mnookin R. H., L. K. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce // Yale L. J. 1979. № 88. P. 950.
166. Gregory R., Ph. G. The Ombudsman, the Citizen and Parliament: A History of the Office of Parliamentary Commissioner for Administration and Health Service Commissioners. London: Politico's Pub., 2002.
167. Brandon D. I., al. e. Special Project, Self Help: Extrajudicial Rights, Privileges and Remedies in Contemporary American Society // Va. L. Rev. 1984. № 37. P. 845.
168. Bimber B. The Politics of Expertise in Congress: The Rise and Fall of the Office of Technology Assessment. Albany, NY: State University of New York Press, 1996.
169. Mucciaroni G., Quirk P. J. Deliberative Choices: Debating Public Policy in Congress. Chicago: University of Chicago Press, 2006.
170. Margolis R. M. Losing Ground: The Demise of the Office of Technology Assessment and the Role of Experts in Congressional Decision-Making // International Symposium on Technology and Society, Technical Expertise and Public Decisions, 1996. P. 36.
171. Fayol H. General and Industrial Management. London: Pitman, 1949.
172. Mayo E. The Human Problems of an Industrial Civilization. New York: Macmillan, 1933.
173. Taylor F. The Principles of Scientific Management. New York: Harper, 1911.
174. Bendix R. Max Weber: An Intellectual Portrait. Berkeley, CA: University of California Press, 1977.
175. Amin A. Post Fordism: A Reader. Malden, Mass.: Blackwell Publishers, 1994.
176. Markides C. Diversification, Refocusing, and Economic Performance. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1996.
177. Morgan G. Images of Organization. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2006.
178. Pressman J., Wildavsky A. Implementation. Berkeley: University of California Press, 1973.
179. Lepon J. M. Administrative Guidance in Japan // 2 Fletcher Forum, 1978. P. 139.
180. Litt D. G., Macey J. R., Miller G. P., Rubin E. L. Politics, Bureaucracies, and Financial Markets: Bank Entry into Commercial Paper Underwriting in the United States and Japan // U. Pa. L. Rev. 1990. № 139. P. 369.
181. Mashaw J. L., Harfst D. L. The Struggle for Auto Safety. Cambridge, MA Havard University Press, 1990.
182. Bardach E., Kagan R. Going By the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness. Philadelphia: Temple University Press, 1982.
183. Scholz J. Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement // Law & Soc. Rev. 1984. № 18. P. 179.
184. Glover M. The Federal Rules of Civil Settlement // N.Y.U. L Rev. 2012. № 87. P. 1713.
185. Bardach, Eugene. 1977. The Implementation Game: What Happens after a Bill Becomes a Law. Cambridge, MA: MIT Press.
186. Braddick J. ed. 2015. The Oxford Handbook of the English Revolution. Oxford: Oxford University Press.
187. Runciman, Steven. 1951. A History of the Crusades: Volume 1: The First Crusade and the Foundation of the Kingdom of Jerusalem. Cambridge: Cambridge University Press.
188. Smith, David L. 2015. Parliaments and Constitutions. In Braddick, ed., The Oxford Handbook of the English Revolution, 186. Oxford: Oxford University Press.
185. Rubin E. L. Executive Action: Its History, its Dilemmas, and its Potential Remedies // Journal of Legal Analysis. 2016. T. 8, № 1. Pp. 1–46.

Дата поступления 01.11.2016

Дата принятия в печать 09.12.2016

Дата онлайн-размещения 29.12.2016

© Рубин Э. Л., 2016. Впервые опубликовано на русском языке в журнале «Актуальные проблемы экономики и права» (<http://apel.ieml.ru>), 20.12.2016; лицензия Тагарского образовательного центра «Таглитат». Статья находится в открытом доступе и распространяется в соответствии с лицензией Creative Commons Attribution License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>), позволяющей неограниченно использовать, распространять и воспроизводить материал на любом носителе при условии, что оригинальная работа, впервые опубликованная в журнале «Актуальные проблемы экономики и права», процитирована с соблюдением правил цитирования. При цитировании должна быть включена полная библиографическая информация, ссылка на первоначальную публикацию на <http://apel.ieml.ru>, а также информация об авторском праве и лицензии.

Информация об авторе

Рубин Эдвард, профессор права и политологии, Школа права, Университет Вандербилта
Адрес: 131 21st Avenue South, Nashville, TN, USA, 37203, tel.: +1 (615) 322-5620
E-mail: ed.rubin@vanderbilt.edu

E. L. RUBIN¹

¹ *Vanderbilt University Law School, Nashville, TN, USA*

EXECUTIVE ACTION: ITS HISTORY, ITS DILEMMAS, AND ITS POTENTIAL REMEDIES*

Objective: to analyze the history of formation and development of the executive actions, to elaborate unified requirements for their content.

Methods: the dialectic approach to the cognition of social phenomena, which allows to analyze them in their historical development and functioning, in the context of the unity of objective and subjective factors, determined the choice of research methods: formal-logical and comparative-legal.

Results: the paper summarizes the existing scientific provisions concerning the absence of unified requirements for executive actions. The author analyzes the history of formation of the executive actions, their essential features, supervisory institutions and procedural mechanisms, which would promote the introduction of the legal standards in to the sphere of state administration.

Scientific novelty: for the first time the article summarizes and analyzes the various scientific approaches to the requirements for executive actions; the necessity is proved to publish the internal rules of executive authorities as a public document.

Practical significance: the conclusions of the article can be used in scientific, educational and law enforcement activity when considering the issues of executive actions.

Keywords: Action; Executive authority; Normative legal act; Law enforcement; Implementation of rights; Supervisory institutions; Procedural mechanisms

Received 01.11.2016

Accepted 09.12.2016

Available online 29.12.2016

© Rubin E. L., 2016

For original publication: Rubin E. L. Executive action: its history, its dilemmas, and its potential remedies, *Journal of Legal Analysis*, 2016, vol., 8, No. 1, pp. 1–46.

Information about the author

Edward L. Rubin, Professor of Law and Political Science, Vanderbilt University Law School, Nashville, TN, USA
Address: 131 21st Avenue South, Nashville, TN, USA, 37203, tel.: (615) 322-5620
E-mail: ed.rubin@vanderbilt.edu

For citation of Russian version: Rubin E. L. Executive action: its history, its dilemmas, and its potential remedies, *Actual Problems of Economics and Law*, 2016, vol. 10, No. 4, pp. 200–229 (in Russ.). DOI: 10.21202/1993-047X.10.2016.4.200-229

* Originally published by Oxford University Press on behalf of The John M. Olin Center for Law, Economics and Business at Harvard Law School. This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>), which permits non-commercial re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. For commercial re-use, please contact journals.permissions@oup.com doi:10.1093/jla/law008