

## Правовая защита и контроль (продолжение, часть II)

*Мартин Кайзер\**

*\*Мартин Кайзер – доктор права, преподаёт в Университете г. Санкт Галлен, Швейцария, является судьёй швейцарского Высшего Административного Суда.*

"*Дайджест публичного права*" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Мюллер Ферлаг и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Martin Kayser, *Rechtsschutz und Kontrolle in Europa***, в: Bogdandy/ Cassese/ Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*: Grundzüge, C.F. Mueller Verlag: Heidelberg.

### Содержание:

1. Внутриадминистративные контрольные процедуры	108
(...)	
b) Контроль посредством внутриадминистративных процедур	108
2. Внешний контроль административных актов	109
a) Контроль структурами, независимыми от органов управления (трибуналы)	110
b) Контроль, осуществляемый специальными уполномоченными лицами (омбудсмены)	112
c) Альтернативные процедуры урегулирования конфликтов	115
3. Формы политического контроля	117
a) Институт парламентской ответственности	117
b) Контроль со стороны общественности	119
4. Государственный надзор и формы финансового контроля	120
a) Государственный надзор	120
b) Финансовый контроль	120

106	Кайзер	
	5. Некоторые предварительные выводы	121
	a) Комплементарный характер	121
	b) Особенности судебной защиты	122
	III. Системные виды европейской административно-судебной защиты	123
	1. Понимание института правовой защиты	124
	a) Объективный административный контроль	124
	b) Процедура субъективной правовой защиты	125
	c) Смешанные формы	125
	2. Организация судебной системы	126
	a) Истоки монистических и дуалистических моделей	126
	b) Отступление монистических систем	129
	c) Варианты дуалистических систем	130
	d) Предварительные выводы	135
	3. Формы исков	136
	a) Относительный характер различения между исками и жалобами	136
	b) Конститутивный иск об отмене или изменении правоотношения	137
	c) Иски о принуждении к выполнению обязательств (совершение действия или воздержание от действия)	138
	d) Иски о признании	140
	e) Исполнение судебных решений	140
	f) Выводы относительно видов исков	142
	4. Предварительная правовая защита	143
	5. Основные принципы процедуры	145
	a) Устное и письменное разбирательство	145
	b) Следственный принцип против принципа состязательности	147
	c) Принцип официальности против принципа диспозитивности	149

ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА И КОНТРОЛЬ	107
d) Принцип усмотрения против принципа связанности иском	150
e) Заключение	151
6. Конвергенция систем европейской административно-правовой защиты	152
IV. Условия допустимости	152
1. Предмет контроля	153
a) Институт «административного акта» и его правовые последствия	153
b) Генерально-абстрактные распоряжения правительства и органов управления	156
c) Правовая защита при договорных правоотношениях с административными органами	157
d) Предварительный вывод	158
2. Исчерпание инстанционного порядка рассмотрения дела	158
3. Правомочие на обжалование	159
a) Соотношение между правомочием на обжалование и пониманием правовой защиты	159
b) Правомочие на обжалование в рамках процедуры объективного контроля	160
c) Права на обжалования, предоставляемые субъектам, не являющимся непосредственно заинтересованными лицами	161
d) Системы с субъективно-правовым пониманием права на обжалование	164
e) Выводы	166
4. Основания иска (жалобы)	167
a) Основания жалобы и пределы контроля	167
b) Противоправность	168
c) Ошибки при установлении обстоятельств дела	170
d) Контроль применения усмотрения	171
5. Некоторые выводы по вопросу об условиях допустимости	179
6. Исключение судебной защиты	180

108	Кайзер	
	а) Внешняя политика и политика безопасности	182
	в) Акты государства (Actes de gouvernement)	186
	7. Правовая защита против судов	191
V.	Тенденции конвергенции в сфере правовой защиты	193
	1. Гарантии права на обращение в суд в национальных конституциях	193
	2. Право на судебную защиту в европейском праве	199
	а) Конвенциональное право	199
	б) Право Евросоюза	200
	с) Побочные воздействия, эффект перетекания (Spill-over-Effekte)	202
	3. Возрастающая сопоставимость административно-правовой защиты	203
VI.	Итоги и перспективы	205

## 1. Внутриадминистративные контрольные процедуры

(...)

### б) Контроль посредством внутриадминистративных процедур

(Продолжение, начало см. ДПП ИМП 1 (2016))

... Внутриадминистративные процедуры могут иметь и другие недостатки. Так, *Теренс Айсон (Terence Ison)* несколько лет назад весьма показательным образом сформулировал, что внутриадминистративные процедуры привлекательны не столько для гражданина, сколько для административных органов, поскольку вследствие этого могут прикрываться неправильные решения исходных инстанций.<sup>58</sup> До тех пор, пока продолжают иметься в наличии такие внутренние возможности правовой защиты, это только поощряет административные органы власти к тому, что исходные решения они не подготавливают с надлежащей тщательностью. И в действительности, исследования в Германии подтверждают вывод, что после упразднения административных процедур

<sup>58</sup> *Terence G. Ison*, „Administrative Justice“: Is it such a Good Idea?, в: Harris/Partington (Hg.), *Administrative Justice in the 21st Century*, 1999, с. 21, 23 и 39.

поддачи протеста (*Widerspruchsverfahren*) органы власти стали готовить свои решения более тщательно.<sup>59</sup> В то же время вряд ли этот германский опыт может быть безоговорочно генерализован. Так, в ряде стран решения органов управления по административным жалобам нередко подлежат официальному опубликованию, что приводит к тому, что первичные инстанции при ошибочных решениях необходимо должны считаться с возможностью быть подвергнутыми критике аналогично тому, как это происходит при судебных решениях. Кроме того, наблюдаемая в Германии тенденция, что инстанции, которые рассматривают административные жалобы в рамках внутриадминистративной процедуры, не реализуют предоставленное им право по контролю целесообразности,<sup>60</sup> до сих пор ещё не смогла утвердиться как характерная для всей системы правопорядка в целом.

## 2. Внешний контроль административных актов

За пределами системы административных органов существуют некоторые формы контроля, которые трудно классифицировать в рамках традиционной систематики форм административного контроля. Сюда относятся, в первую очередь, процедуры в рамках автономных инстанций, независимых от органов управления. Наряду с этим, существует ряд других форм, как например, осуществление согласительных и контрольных процедур специальными уполномоченными лицами (омбудсменами), или специальными органами, такими, как избирательные комиссии, уполномоченные по правам человека и т.д. Кроме того, существуют контрольные механизмы в рамках структур саморегулирования в частных или аттестованных государственными органами профессиональных объединениях, а также в государственных и частных согласительных (третейских) структурах. Ввиду возрастающего числа подобных процедур, часто перенимаемых из англосаксонского права, здесь могут быть выборочно рассмотрены лишь только некоторые из них. Общим является для них цель процедуры (контроль посредством принятия обязательных решений или дачи рекомендаций), а также наличие определённой дистанции субъектов контроля к органам управления, что ясно отличает их

<sup>59</sup> См. *Gernot Sydow/Stephan Neidhardt*, *Verwaltungsinterner Rechtsschutz: Möglichkeiten und Grenzen in rechtsvergleichender Perspektive*, 2007, с 14 и сл, с дальнейшими ссылками.

<sup>60</sup> *Dagmar Oppermann*, *Die Funktion des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens (Widerspruchsverfahrens) in Baurechtssachen aus rechtlicher und rechtstatsächlicher Sicht*, 1997, с. 225 и далее.

от инстанций внутриведомственного контроля. Эти формы обобщаются в дальнейшем под родовым понятием несудебных проверок независимыми органами (*independent accountability agencies*).<sup>61</sup>

#### **а) Контроль структурами, независимыми от органов управления (трибуналы)**

Специализированные контрольные инстанции, независимые от органов управления, в Европе сначала формировались в правовых сферах, где издаётся множество административных актов, которые часто приводят к исковому производству, например, в праве, регулирующем положение иностранцев, предоставление убежища или также в налоговом праве. То обстоятельство, что такие органы особенно многочисленны в Англии, вероятно, не является случайностью. Английская административно-правовая защита была и продолжает также сегодня оставаться дорогим удовольствием, вопреки различным попыткам реформ, которые предпринимались в системе возмещения судебных расходов за счёт средств бюджета. Английский законодатель реагировал на данный феномен, создавая в течение 19-ого и 20-ого столетия множество инстанций, более или менее независимых от органов управления (*statutory tribunals; административные трибуналы*), процедуры в которых являются более простыми, быстрыми и малозатратными. Возникающие вопросы нередко могут быть решены уже на этой ступени, так что у заинтересованного лица нет больше необходимости обращаться в судебные инстанции. Тем не менее, финансовые соображения и соображения, связанные с уменьшением нагрузки - это не единственные причины создания контрольных инстанций, независимых от органов управления.<sup>62</sup> Нередко они создаются в областях, в которых для оценки требуются специальные профессиональные знания, как например, в праве отчуждения собственности, в конкурентном и картельном праве, праве окружающей среды и технологическом праве, а также и в таких областях, как налоговое право или право планирования.<sup>63</sup>

Даже если описанные выше инстанции по рассмотрению жалоб, как правило, находятся на значительной дистанции к объектам контроля, степень их независимости не во всех случаях может удовлетворять строгим

<sup>61</sup> Этот термин использует, например, *John M. Ackerman*, *Understanding independent accountability agencies*, в: *Rose-Ackerman/Lindeseth* (Hg.), *Comparative Administrative Law*, 2010, с. 265 и далее. См. также *Bignami* (сноска 2), с. 881 и сл.

<sup>62</sup> См. *Chantal Stebbings*, *Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth-Century England*, 2006, с. 277 и далее.

<sup>63</sup> См. например, *Brian Thompson*, *From Tribunals to Administrative Justice*, в: *Adler* (Hg.), *Administrative Justice in Context*, 2010, с. 483, 485 и далее, в частности, с. 487.

минимальным требованиям, сформулированным в европейском праве. Комиссии по рассмотрению жалоб, по общему правилу, не зависят от органов управления, но, вместе с тем, не являются судами в смысле европейского права. При этом границы иногда довольно расплывчаты и нечётки, и наименования часто скрывают подлинный характер подобных инстанций.<sup>64</sup> Так, наименование «*court*» в Англии не обязательно означает, что речь идёт о суде.<sup>65</sup> В свою очередь, «*administrative tribunals*» (административные трибуналы) вполне могут отвечать тем требованиям, которые предъявляются европейским правом к судебным органам. Сегодня Закон 2007-го года усиливает как организационную независимость подобных контрольных инстанций, так и личную независимость их членов.<sup>66</sup> Является ли контрольный орган судом в смысле европейского права, должно выясняться соответственно исключительно применительно к каждому конкретному случаю отдельно. В этом плане следует указать здесь на трудности разграничения, которые существуют, например, в Швейцарии и в Швеции.<sup>67</sup>

Различия между полностью независимыми судами и лишь частично независимыми контрольными органами, конечно, не должны переоцениваться. Объектом контроля всегда являются действия административных органов, основное различие состоит в том, что контрольные инстанции, независимые от органов управления, могут проверять только действия определённых административных органов, в то время как компетенция административных судов является в этом смысле универсальной. Также и процесс проверки жалобы в контрольных органах, привязан, как и в рамках судебного производства, к конкретному случаю и носит инцидентный характер. Основное различие заключается, таким образом, в контрольном масштабе, который предстаёт более широким при рассмотрении жалоб в инстанциях, независимых от органов управления, чем в судах. Так, английские апелляционные трибуналы по социальному страхованию (*Social Security Appeal Tribunals*) должны, например, осуществлять всеобъемлющую и самостоятельную проверку решений административных органов первой инстанции с правовой и фактической точки зрения. При этом в соответствии с устоявшейся судебной практикой они могут принимать любое решение, которое могло бы быть вынесено

<sup>64</sup> *Terence Ingman*, *The English Legal Process*, 132010, с. 2.

<sup>65</sup> См. *Attorney General v. British Broadcasting Corporation* [1981] AC 303 (HL) 358, 359 и сл. (Lord Scarman).

<sup>66</sup> *Tribunals, Courts and Enforcement Act* von 2007, в частности раздел 4 часть 2.

<sup>67</sup> С тем, чтобы учесть требования статьи 6 ЕКПЧ, в качестве инстанций по рассмотрению жалоб были созданы различные специальные государственные комиссии (*special state boards*). Если одни из них отвечали конвенциональным критериям, другие, в отличие от этого, не располагали необходимой независимостью, как например, комиссии по налогам (*Board of taxation*); *Marcusson* (сноска 43), пункт 19.

самим административным органом, и таким образом находятся практически в положении этого исходного органа.<sup>68</sup> В результате именно критерий независимости уходит как критерий сравнения на задний план.<sup>69</sup> С точки зрения заинтересованных лиц часто не имеет большого значения, обращаются ли они со своими жалобами в суд или в иные инстанции, которые, хотя, возможно, и не соответствуют в полном объеме строгим европейским минимальным требованиям, но, всё же, находятся на значительной дистанции к административным органам. Часто решающим для участников процесса является, скорее, то, что они быстро и с меньшими затратами получают решение, имеющее обязательную силу. Если это решение оказывается отрицательным, то, тем не менее, в соответствии с нормами права ЕС или ЕКПЧ может быть подана ещё и судебная жалоба. Таким образом, независимые инстанции по рассмотрению жалоб, в значительной степени объединяют в себе преимущества внутриадминистративных и судебных процедур. Ввиду чрезмерной нагрузки судов, такие инстанции утвердились в Европе в качестве примера успешной модели (*Erfolgsmodell*).

#### **б) Контроль, осуществляемый специальными уполномоченными лицами (омбудсменами)**

В большинстве европейских государств был создан - по шведскому образцу - специальный институт уполномоченных лиц - омбудсмены. Они независимы, избираются парламентом, несут ответственность только перед ним, и по долгу службы обязаны сохранять нейтральность при отправлении своих функций. Посредством рассмотрения жалоб они призваны контролировать исполнительную власть и защищать права индивидов.<sup>70</sup> При первом приближении может возникнуть искушение отнести эти контрольные процедуры к формам политического или внутриадминистративного контроля, поскольку их контрольный масштаб сравним скорее с ведомственным или парламентским, чем с судебным

---

<sup>68</sup> Решение *Tribunal of Commissioners* от 22.1.2004, *Social Security and Child Support Commissioners Case R(IB) 2/04* [25] („[the tribunal] in effect stands in the shoes of the decision-maker“). Трибунал по вопросам убежища и иммиграции (*Asylum and Immigration Tribunal*) обладает, в отличие от этого, исключительно компетенцией по контролю вопросов права; по закону контроль им применения усмотрения не допускается; *Nationality, Immigration and Asylum Act* von 2002, section 84. См. *Peter Cane*, *Judicial Review in the Age of Tribunals*, в: Forsyth u.a. (Hg.), *Effective Judicial Review*, 2010, с. 120, с. 132 и сл.

<sup>69</sup> См. *Peter Cane* (сноска 22), с. 271 и сл.

<sup>70</sup> См. *Julia Haas*, *Der Ombudsmann als Institut des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2012, в частности с. 105 и далее, 127 и далее. По вопросу об исторических истоках см. *Marcusson* (сноска 43), пункт 43.



контрольным механизмом. Так, уполномоченные омбудсмены не ограничиваются в своём контроле проверкой исключительно правомерности решения, а напротив, могут привлекать к своей оценке действия органа власти как таковое и решать при этом, признают ли они опротестованные решения «правильными» с точки зрения критерия целесообразности или совместимыми с принципами надлежащего «хорошего управления».<sup>71</sup> При ближайшем рассмотрении можно констатировать, что это впечатление обманчиво. Процедура омбудсменов не может быть однозначно отнесена ни к политическому, ни к внутриведомственному контролю. В отличие от парламентского контроля, уполномоченные омбудсмены во многих странах могут осуществлять свой контроль только по ходатайству частных лиц. Контрольный процесс в них носит в основном инцидентный характер, а не постоянный или, по крайней мере, выборочный характер как в случае политических контрольных механизмов. Кроме того, омбудсмены в противоположность к парламентскому контролю осуществляют проверку действий не правительства, а административных органов. Другим отличием от внутриадминистративных контрольных процедур является то, что омбудсмены пользуются законодательно гарантированной независимостью,<sup>72</sup> схожей в некоторой степени с независимостью судебных органов.<sup>73</sup> По этой причине попытка в рамках классической схемы разделения властей отнести омбудсменов исключительно к парламентским структурам была бы, пожалуй, неоправданным упрощением.

Среди рассматриваемых здесь контрольных механизмов именно контроль омбудсмана предстаёт наиболее близким к контролю, осуществляемому независимыми от органов управления институтами, даже если они не располагают, в отличие от последних, полномочием по принятию обязательных решений. Соответственно, контроль омбудсмана может пониматься как разновидность квази-судебного контроля с

---

<sup>71</sup> Так, в частности в Англии (*Paul Craig*, in diesem Band, § 77 пункт 107 и сл.); часто критикуется отсутствие раскрытия релевантной информации, дача вводящих в заблуждение рекомендаций, а также бесцеремонность действий. См. также *Gonod* (сноска 33), пункт 91.

<sup>72</sup> С точки зрения конституционного права в Австрии (ст. 148а абз. 6 Конституции), Греции (ст. 101А и 103 абз. 9 Конституции), в Польше (*Stanislaw Biernat*, in diesem Band, § 80 пункт 265) и также в Португалии (*Pereira da Silva/Salgado de Matos* [сноска 40], пункт 202).

<sup>73</sup> Так например, в Англии омбудсмены, как и судьи, могут быть смещены с должности исключительно на основании решения обеих палат парламента. Сам отзыв омбудсмана объявляется королевой; *Craig* (сноска 71), пункт 105. Омбудсмен во Франции и Уполномоченный по правам человека в ЕС могут быть смещены с должности только по решению суда; *Haas* (сноска 70), с. 464 с дальнейшими ссылками.

определёнными чертами третейского производства, которая хотя и не соответствует судебным процедурам в смысле требований европейского права, однако, обнаруживает их элементы. Самый важный аспект, который напоминает судебную процедуру, - это уравнивание в положении заинтересованного лица и контролируемого органа власти. Даже если контроль омбудсменов значительно менее формализован, чем судебный контроль, индивид и административный орган впервые встречаются здесь как равноправные стороны. Как и суд, омбудсмен пользуется самостоятельными полномочиями по исследованию обстоятельств дела. В отличие от судебных органов, омбудсмены не правомочны, конечно, выносить имеющие обязательную силу решения. Это не значит, тем не менее, что их рекомендации остаются без всякого действия. Так, опубликование докладов омбудсменов представляет собой чрезвычайно эффективное средство санкционирования действий органов управления. Их рекомендации могут иметь и превентивное действие, побуждая административные органы избегать в будущем повторения ошибок, схожих с теми, которые стали предметом критики, например, путём проведения соответствующей разъяснительной работы среди сотрудников или посредством усовершенствования организационных или процедурных моментов в их деятельности. Даже если органы управления и не обязаны все без исключения рассматривать рекомендации омбудсменов, эти рекомендации, тем не менее, могут вести к тому, что административные органы впоследствии могут пересмотреть принятые решения<sup>74</sup> или попытаться другим способом устранить отмеченные недостатки.<sup>75</sup>

Приближение процедуры омбудсменов к судебным процедурам частично происходит посредством того, что на административные органы может возлагаться обязанность следовать решениям омбудсменов. Так, в Англии три отраслевых министерства оформили соглашение, по которому они обязались, по общему правилу, в области налогового и таможенного процесса следовать рекомендациям специальной третейской инстанции, *Adjudicator's Office*.<sup>76</sup> В свою очередь, такое приближение к судебным механизмам может достигаться в результате того, что орган управления должен мотивированно обосновывать, по какой причине он не следует сделанным рекомендациям и, вместо этого, придерживается своей прежней практики.<sup>77</sup> Полномочия омбудсменов могут поэтому в известном смысле

---

<sup>74</sup> *Craig* (сноска 71), пункт 110.

<sup>75</sup> *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Die rechtlichen Strukturen der Ombudsman-Institutionen in Europa – Rechtsvergleichende Analyse, в: она же (Hg.), Europäische Ombudsman-Institutionen, 2008, с. 48 и далее.

<sup>76</sup> См. *Andrew Rein/Christine Lally*, The Role and Function of the Adjudicator's Office, в: *Harris/Partington* (сноска 58), с. 160, 162.

<sup>77</sup> См. *Craig* (сноска 71), пункт 109.

даже превышать полномочия судов, поскольку они могут по собственной инициативе продолжать осуществлять инициированный заявителями контроль или также начинать расследования по собственной инициативе. В качестве промежуточного вывода относительно сравнения контрольных процедур омбудсменов и судов можно констатировать, что черты сходства и различия в целом примерно уравнивают друг друга. Поэтому не удивительно, что в некоторых европейских государствах омбудсмены рассматриваются как наиболее важная альтернатива судебной правовой защите.

### с) Альтернативные процедуры урегулирования конфликтов

Альтернативные процедуры урегулирования конфликтов приобретают в административном праве всё большее значение. Естественно, их значимость здесь далека от того значения, которое они играют в гражданском праве. Это связано с тем, что при арбитражных процедурах стороны должны иметь право определять предмет спора и, кроме того, не должны затрагиваться существенные публичные интересы или интересы третьих лиц. В административном праве эти требования довольно часто не выполняются.<sup>78</sup> Административные органы и частные лица, таким образом, не без труда могут достигать соглашения относительно того, что вместо судебного разбирательства будут применены альтернативные арбитражные или посреднические процедуры, даже если обе стороны демонстрируют необходимую для этого готовность. Поэтому внесудебные процедуры разрешения конфликтов возможны, как правило, только при спорах, связанных с договорными обязательствами, в частности, в случае *государственных предприятий с участием частного капитала (Public Private Partnerships)* или, например, при соглашениях о защите инвестиций.<sup>79</sup> Естественно, подобные процедуры приобретают значение теперь также и вне сферы договорных отношений. Так например, третейские арбитражи находят всё большее применение при решении проблем в области строительного права и в сфере охраны окружающей среды. Кроме этого, часть доктрины исходит из того, что предметом арбитражного соглашения может становиться также и контроль односторонних актов органов государственной власти.<sup>80</sup> Их значение

---

<sup>78</sup> Дифференцированный анализ см. *Christoph A. Stumpf*, *Alternative Streitbeteiligung im Verwaltungsrecht*, 2006, с. 62 и далее. *Markus Kaltenborn*, *Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, 2007, с. 144 и далее.

<sup>79</sup> См. *Stephan Schiel*, *Erodierung des öffentlichen Rechts durch öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren?*, в: *Scharrer/Dalibor/Rodi/Fröhlich/Schächterle* (Hg.), *Risiko im Recht – Recht im Risiko*, 2010, с. 265 и далее; *Gonod* (сноска 33), пункт 117 и далее.

<sup>80</sup> См. *Stumpf* (сноска 78), с. 141 и сл.

возрастает также вследствие процессов приватизации, отправления публичных функций кооперативными структурами, а также увеличения трансграничных правовых ситуаций и правоотношений. Их преимущества состоят в быстроте процедуры, специализации третейских арбитров, их признании со стороны заинтересованных лиц, а также возможности их исполнения на международном уровне. Этим преимуществам противостоят определённые недостатки, как например, недостаточная транспарентность, отсутствующая предсказуемость решения третейских судей ввиду отсутствия публикуемой соответствующей судебной практики, а также определённое нарушение принципа законности в административном праве. При таком рассмотрении альтернативные процедуры урегулирования споров, конечно, не могут сводиться исключительно к процедурам арбитража. Так, процесс медиации с видимым успехом реализуется уже упомянутыми третейскими инстанциями (*Adjudicator's Office*) в таможенных конфликтах и налоговых спорах;<sup>81</sup> альтернативные процедуры урегулирования споров в возрастающей степени находят применение также в многополюсных административных правоотношениях, как например, в рамках процедур по административному утверждению плана крупномасштабных проектов и инфраструктурных мероприятий. При этом они могут предварять административное-судебное разбирательство или интегрироваться в него посредством переговоров по внесудебным соглашениям (*Vergleichsverhandlungen*). В последнем случае государственные суды в своих действиях становятся своего рода посредниками. В случае, если в рамках переговоров по внесудебным соглашениям или судебного посредничества между сторонами не удаётся достичь соглашения, суд снова оказывается в его традиционной роли контрольной инстанции, разрешающей спор. Нередко суды имеют также возможность временно приостановить судебное разбирательство и таким образом предоставить сторонам возможность договориться в рамках внесудебного посредничества.<sup>82</sup> Альтернативные процедуры урегулирования споров объединяют тем самым преимущества различных форм внутриадминистративного и квазисудебного контроля благодаря тому, что в них присутствует потенциал, позволяющий быстро и экономично принимать решения, в известной степени удовлетворяющие обе стороны. Таким образом, административно-правовые споры всё более приближаются к спорам в гражданском и уголовном праве. Остаётся подождать, будет ли ускоряться это развитие в результате внедрения моделей «(нового) публичного менеджмента» и «(нового) государственного

---

<sup>81</sup> См. выше сноска . 76.

<sup>82</sup> *Joachim von Barga*, *Außergerichtliche Streitschlichtungsverfahren (Mediation) auf verwaltungsrechtlichem Gebiet in rechtsvergleichender Perspektive*, в: Schwarze (Hg.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, с. 319, с. 324 и далее.

управления» и в результате существующей иногда перегрузки судебных органов.

### 3. Формы политического контроля

Под политическим контролем в дальнейшем понимаются механизмы, при помощи которых политические органы могут требовать отчёта от правительства и органов административного управления. Он отличается от внутриадминистративных и внеадминистративных контрольных механизмов в первую очередь тем, что он не пригоден для непосредственной защиты прав индивида.

#### а) Институт парламентской ответственности

Наиболее важной формой политического контроля является парламентский контроль. Он служит необходимым коррелятом ответственности правительства по отношению к парламенту. Правительство возглавляет органы административного управления, даёт им обязательные для исполнения распоряжения, которые через дальнейшие указания и служебные инструкции, в конце концов, достигают государственных чиновников, действующих в качестве первой инстанции. Поскольку правительство или соответственно его члены как вершина системы административного управления несёт ответственность по отношению к парламенту в качестве субъекта контроля, то тем самым, в конечном счёте, обеспечивается и ответственность действующих служащих. Члены парламента осуществляют их функцию надзора различными методами: они могут направлять запросы правительству и органам государственной власти, требовать присутствия членов правительства на их парламентских обсуждениях, создавать комиссии по расследованию, инициировать бюджетные дебаты, организовывать публичные обсуждения или, если говорить в самых общих терминах, требовать от правительства представлять отчёт о его политике.<sup>83</sup> Тем самым косвенно контролируются также и подчинённые правительству административные органы власти. Аналогичным образом может контролироваться деятельность органов и учреждений, находящихся вне системы центральных органов управления, децентрализованных, приватизированных и обособленных единиц управления в силу того, что

---

<sup>83</sup> *Biglami* (сноска 2), с. 883; *Kahl* (сноска 46), пункт 99 и далее; *Biaggini* (сноска 44), пункт 31 и сл. Более подробно см. *Gérard Marcou*, in diesem Band, § 92 пункт 14 и далее.

они несут ответственность по отношению к правительству, а последнее, в свою очередь, подотчётно парламенту.<sup>84</sup>

Парламентская ответственность характеризуется широким пониманием объекта контроля. На переднем плане стоят не отдельные решения правительства и органов административного управления, а скорее преимущественно формы и методы их деятельности как таковые, соответственно, например, в плане функциональности, организационных структур или порядка принятия решений. Так же и контрольный масштаб в случае парламентского контроля носит охватывающий характер. Критериями проверки являются не только правомерность административных актов, но и экономичность, соразмерность или их признание населением.

Парламентский контроль в типичном случае направлен на установление обстоятельств дела (*Sachverhaltsaufklärung*).<sup>85</sup> Уже в силу причин, связанных с практической реализуемостью, такое установление неизбежно должно осуществляться постфактум и ограничиваться отдельными, специально выбранными событиями. Толчком к контрольным процессам может служить информация от средств массовой информации или специальных уполномоченных лиц, а также информация, полученная от населения. Вместе с тем, процедуры парламентского контроля могут инициироваться и самими заинтересованными лицами. В Англии этот принцип нашёл особенно чёткое закрепление; каждому избирателю предоставлена возможность обращать внимание депутата его избирательного округа на недостатки и нарушения. Депутат, в свою очередь, может обратиться с соответствующим заявлением в нижнюю палату парламента, что предоставляет последнему возможность в случае необходимости оказывать соответствующую поддержку. В целом парламентский контроль преследует цель документально зафиксировать недостатки и нарушения и вследствие этого способствовать улучшению деятельности правительства и органов управления (администрации). Его результатом не является возникновение каких-либо юридических обязательств, и, как правило, парламент также непосредственно не обладает возможностями применения санкций.<sup>86</sup> Тем не менее, через парламентские комиссии по расследованию или через специальных уполномоченных парламент может заставлять правительство корректировать определённые мероприятия или методы работы. По общему правилу, способы и средства давления, имеют, таким образом, политическую природу, как например, установление отклонений от

<sup>84</sup> См. *Craig* (сноска 71), пункт 16; к вопросу о государственном надзоре см. ниже.

<sup>85</sup> *Kahl* (сноска 19), пункт 74.

<sup>86</sup> См. однако *Viernat* (сноска 72), пункт 191 (полномочия польской Высшей Контрольной Палаты давать заключение по вопросу об отставке Совета Министров).

бюджета и дача соответствующей оценки в рамках финансового контроля. Парламент направляет действия правительства и органов административного управления также в результате того, что он реагирует на практику, подлежащую с его точки зрения исправлению, изменением законодательства. В результате того, что парламент контролирует, в конечном счёте, правительство, он одновременно осуществляет надзор и за административными органами. На основе заключений парламентских контрольных органов правительство может издавать распоряжения и указания, которые являются обязательными для соответствующих органов, вплоть до отдельных должностных лиц.<sup>87</sup>

### **в) Контроль со стороны общественности**

Без заинтересованной общественности парламентские проверки в значительной степени остаются неэффективными. Результаты парламентских расследований лишь в том случае оказываются действенными, если они становятся предметом обсуждения широкой общественности, что предполагает, в свою очередь, что они принимаются к сведению также и средствами массовой информации. Правительственные органы только тогда признают необходимость изменения их политики, когда их действия, а также деятельность подчинённых им государственных органов обсуждаются населением, когда средства массовой информации оказывают на них давление и граждане выражают своё неудовольствие на предстоящих выборах или при помощи инструментов прямой демократии и участия, как например, через гражданские инициативы, петиции или использование права отзыва.<sup>88</sup> Это может, в свою очередь, побуждать государственные органы, изменять образ действий или принимать в будущем иные решения. В конечном счёте, контроль реализуется через право индивида на получение доступа к официальной информации, нередко гарантированное на конституционном уровне.<sup>89</sup> Это заставляет органы управления обеспечивать транспарентность своей деятельности и может влечь за собой изменения методов их работы. Контроль со стороны общественности ориентирован таким образом в будущее. Заинтересованные лица, потерпевшие от принятых в прошлом мер, извлекают пользу только в редких случаях, например, если дело доходит до

---

<sup>87</sup> Немецкая модель «легитимирующей цепочки» (*Legitimationskette*); *Kahl* (сноска 46), пункт 94, 103 и 159; см. также выше.

<sup>88</sup> Как представляется, такая возможность существует только в некоторых кантонах Швейцарии и на коммунальном уровне в Польше (*Biernat* [сноска 72], пункт 205).

<sup>89</sup> *Kahl* (сноска 46), пункт 109; на европейском уровне - ст. 42 Хартии Основных прав (право на доступ к официальным документам).

отмены административного акта или, по меньшей мере, до устранения его последствий.

#### **4. Государственный надзор и формы финансового контроля**

Государственный надзор и финансовые проверки предстают в качестве особенных контрольных форм, которые не без проблем могут быть включены и классифицированы в рамках системы различных форм контроля.

##### **а) Государственный надзор**

При помощи мер государственного надзора проверяется деятельность органов самоуправления на её совместимость с определённым стандартом, выступающим в качестве эталона (*Richtmaß*).<sup>90</sup> При этом масштаб контроля значительно уже, чем при внутриведомственном административном контроле, поскольку только таким образом может в достаточной степени обеспечиваться защита автономии самостоятельных органов административного управления (общин, университетов, радио- и телекомпаний и т.д.). Равным образом процедура контроля не ограничена по своей природе чисто последующим контролем и, тем самым, применением исключительно так называемых репрессивных инструментов, как например, протесты, распоряжения или отстранение от должности. В качестве средств надзора могут использоваться также и превентивные инструменты типа необходимость подачи предварительной информации, нотификации или получения разрешения.

##### **б) Финансовый контроль**

В области финансово-бюджетного права контроль осуществляется преимущественно внешними акторами - специальными счётными палатами или инспекторами. Тем не менее, контрольными инстанциями могут выступать также ведомственные вышестоящие инстанции или особые уполномоченные при условии, что между субъектом и объектом контроля существует необходимая дистанция. Контрольный масштаб отличается широкими рамками и охватывает, наряду с проверкой экономичности, также правомерность подлежащих контролю действий.

---

<sup>90</sup> *Kahl* (сноска 46), пункт 101 и сл.



Контрольный процесс сравним с формами политического контроля в том смысле, что финансовый контроль не может инициироваться индивидуумами.<sup>91</sup> В отдельных случаях финансовый контроль может иметь, тем не менее, определённые последствия для конкретных государственных должностных лиц или заинтересованных третьих лиц, например в том случае, если на основе отчёта о проверке инициируются дальнейшие процедуры, например, в служебном или дисциплинарном порядке.

## 5. Некоторые выводы

### а) Комплементарный характер

Исследование различных процедур контроля показывает, что судебная защита представляет собой только одну из многих форм контроля. Различные формы контроля вполне могут быть взаимосвязаны друг с другом. Так например, внутриведомственные административные расследования или надзорные жалобы в вышестоящую инстанцию нередко предшествуют процедурам, осуществляемым в рамках системы мер (должностной) дисциплинарной ответственности. Опубликованное судебное решение может служить основанием для более детального финансового контроля. Для всех этих видов контроля (проверки) характерен соответственно различный ракурс. В рамках внесудебного контроля могут быть учтены обстоятельства, которые не могут оцениваться или могут лишь в недостаточной степени оцениваться в рамках судебной процедуры. Поэтому судебный и внесудебный контроль не должны рассматриваться как взаимоисключающие альтернативы по типу «или - или», а являются потенциальными возможностями по типу «как - так и». Заслугой «новой теории» административного права, а также английских доктрин по вопросам управления является акцентирование необходимости внесудебного контроля. Напротив, традиционно ориентированная теория административного права придаёт последнему меньшее значение. Более верным представляется идея, что юридическая и политическая ответственность не должны противопоставляться друг другу. Политический контроль и правовой контроль преследуют разные цели, концентрируются соответственно на разных вопросах и следовательно позволяют учитывать разные аспекты. Поэтому они со всей необходимостью должны сосуществовать параллельно друг с другом. Там,

---

<sup>91</sup> *Gonod* (сноска 33), пункт 92 и далее.

где судебная правовая защита наталкивается на свои пределы, пробелы могут быть восполнены другими контрольными формами и наоборот. По этой причине следует исходить из того, что различные контрольные процедуры находятся между собой не в отношении противопоставления, а в отношении взаимодополнения. При этом следует подчеркнуть, конечно, что внесудебные проверки всегда только дополняют судебную защиту, однако, никогда не могут заменить её в полном объёме.

### **б) Особенности судебной защиты**

На фоне сопоставления с другими контрольными формами теперь могут быть лучше представлены характерные особенности судебной защиты. В первую очередь, бросается в глаза, что на европейском уровне для административного судопроизводства установлены гораздо более детальные правовые основы, чем для других форм контроля. То, как национальные парламенты осуществляют контроль деятельности правительства и административных органов, в значительной степени регулируется национальным законодательством. Хотя и в отношении иных форм контроля в праве Евросоюза существуют некоторые конкретные предписания, тем не менее, они не носят столь же далеко идущего характера, как нормы, касающиеся административно-судебных процедур. Так, на основании ст. 4 абз. 3 Договора о функционировании ЕС<sup>92</sup> национальные суды государств-участников должны гарантировать защиту прав индивида, вытекающих из права ЕС, вследствие чего процессуальное право в сфере применения права ЕС должно оформлять не менее благоприятные гарантии, чем при чисто внутригосударственных конфликтах (*принцип равноценности, Grundsatz der Gleichwertigkeit*).<sup>93</sup> Кроме того, не должна делаться невозможной или чрезмерно затрудняться реализация прав, предоставленных согласно праву Евросоюза (*принцип эффективности, Grundsatz der Effektivität*). Помимо того, наряду с этими требованиями к национальному процессуальному праву, сформулированными на уровне «судебного права», существуют специфические отраслевые регулирования во вторичном праве,<sup>94</sup> например,

<sup>92</sup> Соответствует ст. 10 Договора о ЕС.

<sup>93</sup> Решения Суда Европейского Союза, EuGH, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271, пункт 37 и далее – *Unibet*; Rs. C-268/06, Slg. 2008, I-2483, пункт 42 и далее – *Impact; Michael Tonne*, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1997, с. 362 и далее.

<sup>94</sup> См. общий обзор *Michael Holoubek*, Rechtsschutz und Verwaltungsautonomie: Die Rechtsschutzanforderungen des europäischen Verwaltungsrechts als Begrenzung der institutionellen Autonomie der Mitgliedstaaten, в: Piipoulos-Strangas/Bauer (Hg.), Die Neue Europäische Union, 2006, с. 255, 262 и далее.

в праве, регулирующем размещение госзаказов,<sup>95</sup> в области, регулируемой директивами о праве на равное обращение<sup>96</sup> или в праве, регулирующем вопросы предоставления убежища.<sup>97</sup> К этому следует добавить также и требования, вытекающие из принципа справедливости (*Fairnessgrundsatz*) в ст. 6 ЕКПЧ, как например, в области материальной помощи для возмещения судебных издержек, ускорения судебных процедур или относительно отдельных предпосылок принятия решения по существу, например сроков для возбуждения иска.

Результатом требований независимости, вытекающих из европейского права, является то, что административно-судебный контроль наиболее последовательно строится как «внешний контроль» (*Fremdkontrolle*). Контрольный субъект располагается по отношению к контрольному объекту на наибольшей дистанции. Процедура контроля, соответственно, всегда носит инцидентный характер; иначе чем, например, при финансовых проверках контроль осуществляется не периодически или систематически, а исключительно только по ходатайству заинтересованных лиц. Наконец, контрольный масштаб ограничивается по общему правилу правом;<sup>98</sup> учёт неправовых факторов (справедливость, экономичность, целесообразность и т.д.) имеет место, если, вообще они учитываются, только в случае наличия соответствующих отсылок в примененном материальном праве.

### III. Системные виды европейской административно-судебной защиты

---

<sup>95</sup> Директива 89/665/EWG от 21.12.1989, ABl. 1989 Nr. L 395/33, Sektoren-Rechtsmittel-RL 92/13/EWG от 25.2.1992, ABl. 1992 Nr. L 76/14 в редакции Änderungs-RL 2007/66/EG от 11.12.2007, ABl. 2007 Nr. L 335/31.

<sup>96</sup> См. ст. 7 и сл. Директивы 2000/43/EG от 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 Nr. L 180/22, а также ст. 9 и сл. Директивы 2000/78/EG от 27.11.2000 zur Festlegung des allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 Nr. L 303/16.

<sup>97</sup> Директива 2005/85/EG от 1.12.2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (т. н. Asylverfahrensrichtlinie), ABl. 2006 Nr. L 236/35.

<sup>98</sup> Исключение составляют, например, Федеральный Административный Суд Швейцарии, Административный Суд Лихтенштейна и Суд по вопросам убежища Австрии (здесь производится проверка соразмерности решений).

Предшествующее рассмотрение наиболее важных форм контроля позволяет осветить в дальнейшем наиболее важные особенности в оформлении национальной административно-правовой защиты.

## 1. Понимание института правовой защиты

Европейские традиции административного права понимают административно-судебный процесс как средство к восстановлению общественного порядка, основанного на соблюдении права, путём обязательного урегулирования публично-правовых споров в рамках надлежащей процедуры. За пределами же этих общих дефиниционных рамок в основе европейских правопорядков лежит разное понимание административно-судебного процесса.<sup>99</sup>

### а) Объективный административный контроль

Во Франции административно-судебная правовая защита принимается, в первую очередь, как средство для реализации объективного права. Контрольная процедура *жалобы в орган административной юстиции на незаконность административного акта (recours pour excès de pouvoir)* понималась, согласно её изначальной концепции, преимущественно как объективная процедура. Посредством этого института индивиду даётся в руки не столько правовое средство, чтобы защититься против органа власти, а скорее средство указать на недостатки в деятельности органа власти и тем самым побудить административные органы действовать в соответствии с правом. Речь идёт, таким образом, об *обращении в суд с целью установления нарушения нормы объективного права (contentieux objectif)*.<sup>100</sup> Соответственно и правомочие на подачу жалобы определяется в

<sup>99</sup> Jean-Marie Woehrling, Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs, в: Schwarze (сноска 82), с. 279, 283 и далее.

<sup>100</sup> См. Tribunal des Conflits, 8.2.1873, *Blanco; Gonod* (сноска 33), пункт 3, 11 и далее; Michel Fromont, IPE III, § 55 пункт 24 и сл.; Albert Bleckmann, Das Ziel des gerichtlichen Rechtsschutzes: Schutz des Einzelnen oder objektive Kontrolle der vollziehenden Gewalt? Die Rolle der Klagebefugnis, в: Mosler (сноска 56), с. 23; Rainer Grote, The scope of judicial review of administrative action and the changing rule of law: some comparative reflections, SA publickreg 19 (2004), с. 513, 517; иная точка зрения см. *Bonnard* (сноска 3), с. 66 и далее.

тенденции широко. Схожая концепция известна Италии, Испании, Греции и Польше.<sup>101</sup>

### **в) Процедура субъективной правовой защиты**

В отличие от этого, в других странах в сфере административно-правовой защиты на переднем плане оказывается, также как, например, в сфере гражданского процесса, защита индивидуальных правовых позиций. Нарушение индивидуальных прав является не только основанием, но и собственно легитимацией следующей за этим процедуры. Эта концепция субъективной правовой защиты лежит в основе немецкого и австрийского административного процесса. Административное судопроизводство ориентировано здесь преимущественно на индивидуальную правовую защиту.

### **с) Смешанные формы**

Многие административные правопорядки не могут быть однозначно отнесены либо к объективной, либо к субъективной системе правовой защиты, так, в частности, в Португалии<sup>102</sup> и Англии. В Англии, хотя правомочие на обжалование определяется схожим французской системе образом, с другой стороны, было бы ошибкой, имея в виду уже историю возникновения английской административно-судебной защиты, ограничивать её цель защитой объективного правопорядка. Постольку английская модель может характеризоваться как система, которая основывается на идее объективного контроля органов административного управления и одновременно отчётливо обнаруживает, однако черты субъективной защиты. Следовательно, оба системных решения не взаимоисключают друг друга.<sup>103</sup> В свою очередь, если, в противоположность этому, в основе правопорядка лежит однозначное решение в пользу одной или другой функции, то это оказывает

<sup>101</sup> *Sommermann* (сноска 36), с. 448 и сл. О ситуации в Польше см. *Biernat* (сноска 72), пункт 116.

<sup>102</sup> См. *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 146 и далее; *Bleckmann* (сноска 100), с. 23 сноска 14.

<sup>103</sup> *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 34 (1976), с. 221, 235, также *ders.*, *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung. Aufsätze 1975–2005*, 2006, с. 288, 298. См. также *Tom Zwart*, *Overseeing the executive: Is the Legislature reclaiming lost territory from the courts?*, в: *Rose-Ackerman/Lindseth* (Fn. 61), с. 148, 152 и далее ; в отношении Италии см. *Daria de Pretis*, in diesem Band, § 78 пункт 167 и сл.

значительное влияние на законодательное оформление административно-правовой защиты.<sup>104</sup>

## 2. Организация судебной системы

Вопросы судоустройства относятся к тем областям, которые оказываются наиболее устойчивыми к влиянию тенденций унификации. Очень часто требования, вытекающие из европейского права, могут выполняться относительно разными организационными мерами. В качестве цели наднациональное право предписывает достижение эффективной правовой защиты, но, тем не менее, не устанавливает, как эту цель нужно достигать. По этой причине организационные моменты до сих пор всё ещё обнаруживают существенные различия. Это и не удивительно, особенно если учитывать то разнообразие форм, которое имеется также и в других областях правового регулирования административной организации. С другой стороны, также и в системе организации органов административного судопроизводства можно все-таки выделить определённые основные типы.

### а) Истоки монистических и дуалистических моделей

При решении вопросов судоустройства первоначально противостояли друг другу две модели. С одной стороны, - монистическая модель с единообразной подведомственностью во всех областях права. С другой стороны, также дуалистическая модель с судами общей юрисдикции по гражданским и уголовным делам и обособленными от них органами административной юстиции. Сегодня дуалистическая модель представляет собой общее правило. Монистическая модель, в противоположность этому, отступает на второй план.

В условиях монистической системы один и тот же суд решает как споры между частными лицами, так и споры между государством и частным лицом. Эта модель соответствует многовековой английской традиции. Высокий Суд (*High Court*) принимал решения не только по уголовным делам, но также и по гражданским делам, причём в последнем случае, по общему правилу, не имело принципиального значения, противостояло ли гражданину другое частное лицо или же орган государственной власти.

---

<sup>104</sup> *Walter Krebs*, *Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle*, FS für Christian-Friedrich Menger, 1985, с. 191, 192, 194.

Никто не защищал эту систему, пожалуй, так бурно как отец-основатель английского права *Альберт В. Дэйси* (*Albert V. Dicey*). Согласно его точке зрения, административные органы не могут иметь больше прав, чем частные лица, и как следствие в отношении них должны действовать и применяться те же средства правовой защиты.<sup>105</sup> В соответствии с данной английской концепцией, гражданин в своём споре с административным органом должен предстать перед тем же судьёй, который бы рассматривал и его судебный спор с частным лицом. В противоположность континентальным теориям, речь не идёт о столкновении частных и публичных интересов, и поэтому нет необходимости ни в особенной части административного права, которое учитывает специфику публичных интересов, ни в особой юрисдикции, которая бы специально занималась применением этого особого права. По мнению *Дэйси*, только в общих судах частные лица и органы власти могли общаться на равных, и только обычные судьи могут находиться на той же дистанции к представителям короны, что и к частным участникам процесса. Наконец также и для самой процедуры должны были действовать те же формы, что и в спорах между равноправными частными лицами.

Деятели и эксперты периода Французской Революции понимали принцип разделения властей в абсолютном смысле. Любой судебный контроль и пересмотр действий органов управления был тождественен для них осуществлению «соуправления» (*Koverwaltung*) считавшимися реакционными общегражданскими судами (*tribunaux judiciaires*). Это передавалось формулой: «вершить суд против органов управления это означает также осуществлять функцию управления (*juger l'administration, c'est encore administrer*).<sup>106</sup> Не в последнюю очередь из опасения того, что намеченные реформы могли оказаться перечёркнутыми, общим судам категорически запрещалось какое-либо вмешательство в деятельность органов управления<sup>107</sup>. Вместо этого, соответствующей компетенцией наделялись специализированные инстанции по рассмотрению жалоб (*Rekursbehörden*), члены которых часть своей профессиональной карьеры посвятили работе в органах управления. Это было связано с вполне

<sup>105</sup> *Albert V. Dicey*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 81915, с. 114.

<sup>106</sup> Эта часто цитируемая фраза приписывается французскому юристу, политику, судье Кассационного Суда (с 1800-ого года) и члену Государственного Совета (с 1803-ого года) *Анриону де Пансэ* (*Henrion de Pansey*) (1742–1829). Заслуживают внимания, например, его критические выпады в адрес Государственного Совета, которые были сформулированы им за три года до того, как он стал его членом. В них из прерогативы монарха принимать решения по вопросам государственного управления он выводил также его право выносить судебные решения по административным делам; *De l'autorité judiciaire en France*, 21818 (первое издание 1810), глава 30, с. 505 внизу.

<sup>107</sup> *Gonod* (сноска 33), пункт 5 и далее; *François Burdeau*, *Histoire du droit administratif*, 1995, с. 45.

понятным ожиданием, что административные служащие будут скорее готовы акцептировать ограничение их усмотрения и свободы действий, если эти ограничения будут предприниматься бывшими коллегами, а не судьями общих судов, которые, естественно, меньше разбирались в вопросах осуществления административного управления. Позже судей общих (обычных) судов упрекали, что они ввиду отсутствия специальных профессиональных знаний или ложно понятого чувства предосторожности, проявляют чрезмерную сдержанность при оценке административного усмотрения или при оценке комплексных правоотношений и обстоятельств дела. Либо, наоборот, раздавались упреки, что они не достаточно учитывают предоставленную органам власти свободу усмотрения.<sup>108</sup> Как следствие, в качестве высшей «кассационной» инстанции по административно-правовым делам выступал не суд в сегодняшнем смысле, а Государственный Совет.<sup>109</sup> Эта модель администратора-судьи («*administrateur-juge*») соответствовала в принципе возникшей в более поздний период германской системе камеральной административной юстиции (*Kameraljustiz*). Наряду с этим, существовала система общих судов по гражданским и уголовным делам, во главе которой находится Кассационный Суд (*cour de cassation*).

В период правления Наполеона дуалистская модель была октроирована во многих других странах. Данная модель, естественно, не могла держаться долгое время; уже в первой половине 19-ого столетия страны, занятые прежде французами, снова вернулись к монистической модели.<sup>110</sup> Идеал единой системы общих судов, в компетенцию которых входят также и административные дела, стал во второй половине этого столетия одной из центральных целей гражданских движений за реформы.<sup>111</sup> Эти движения требовали упразднения ненавистной административной юстиции и в качестве лозунга писали на своих знамёнах введение юрисдикции независимых административных судов. Вторая половина 19-ого столетия отметила переход от институтов внутриадминистративного контроля к системе внешнего контроля органов управления, в том числе в Германии, Франции, Испании и Италии.<sup>112</sup> Прежний тезис „*juger l'administration c'est encore administrer*“ уступил место тезису одного из видных членов французского Государственного Совета, *Александра-Франсуа Вивиана* (*Alexandre-François Vivien*), который заметил: «вершить правосудие значит

<sup>108</sup> *Lemasurier* (сноска 32), с. 3, 7.

<sup>109</sup> См. выше.

<sup>110</sup> Например, в конституциях Нидерландов (1815), а также Бельгии (1831) и Люксембурга (1848); *Auby/Fromont* (сноска 4), с. 451.

<sup>111</sup> См. к развитию в Германии *Kahl* (сноска 46), пункт 117. Также в Греции конституция 1844 года также предусматривала монистическую модель; *Pavlos-Michael Efstratiou*, in diesem Band, § 76 пункт 71.

<sup>112</sup> *Sommermann* (сноска 36), с. 448 и сл.



вершить правосудие» („*juger c'est juger*“).<sup>113</sup> Сколь бы безапелляционно не звучал этот тезис, он в значительной степени способствовал тому, что во Франции смогла удержаться дуалистская модель. Также и сегодня здесь существуют для гражданских и уголовных дел, с одной стороны, и для административных дел, с другой стороны, две отдельные системы инстанций. В последнем случае инстанционный путь ведёт от административных судов (*Tribunaux administratifs*) через апелляционные административные суды (*Cours administratives d'appel*) к Государственному Совету.

### б) Отступление монистических систем

Монистическая модель нигде не смогла утвердиться в чистой форме.<sup>114</sup> Так, в Германии в ходе революции 1848/49 годов, как и в ряде других стран, звучали призывы установить подведомственность административных дел судам общей юрисдикции. *Рудольф фон Гнейст* (*Rudolf von Gneist*) пропагандировал английскую систему, в которой суды, наряду с гражданскими делами, рассматривали также и административные дела. В конечном счёте, федеральные земли учредили самостоятельные Высшие административные суды земель. Эта модель специальной административной юрисдикции является характерной особенностью немецкой правовой системы и сегодня. Она объединяет в этом отношении некоторые черты английской системы подсудности независимым административным судам с элементами французской административной юстиции. В Англии лишь судьи высших кассационных инстанций, Апелляционного Суда и Верховного Суда (*Supreme Court*), имеют всеохватывающую компетенцию, включающую, наряду с рассмотрением гражданских и уголовных дел, также и принятие решений по административным делам. В отличие от этого, в Высшем Суде ряд судей занимаются преимущественно или даже исключительно вопросами административного права.<sup>115</sup> Также и в остальном английское право самое позднее в середине прошлого столетия удалилось от идеалов *Дайси* о единой юрисдикции. Например, в результате введения специальных средств правовой защиты и обжалования действий органов управления, их кодификации в 1970-ые годы, и, прежде всего, в результате установления

<sup>113</sup> *Alexandre-François Vivien*, *Etudes administratives*, 21852, с. 130.

<sup>114</sup> *Gérard Marcou*, *Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale*, *Revue française de droit administratif* 2006, с. 84, 85 и далее; *Guy Braibant*, *La juridiction administrative en droit comparé*, *Revue administrative*, *Sondernummer* 9, с. 204, 205 и сл.

<sup>115</sup> В случае *Административного Суда* (*Administrative Court*) речь идёт об отделении Высшего Суда; *Craig* (сноска 71), пункт 87.

существующей уже с 19-ого столетия юрисдикции особых инстанций, независимых от органов административного управления (*Tribunals*).<sup>116</sup> Следующий шаг на пути к специализации состоял в том, что центральной апелляционной инстанции, Высшему Трибуналу (*Upper Tribunal*) была предоставлена та же компетенция по отмене (административных решений – **прим. Дайджеста**), которая до сих пор принадлежала Высшему Суду.<sup>117</sup> Даже если предположить, что подход *Дайси* не был деформирован уже в период его разработки, то самое позднее во второй половине 20-ого столетия он оказался изжившим себя.

В других государствах с монистической системой, как например, Норвегия, Испания и Венгрия можно также наблюдать определённые тенденции специализации.<sup>118</sup> В этом смысле существующие здесь отличия по отношению с государствами с дуалистической системой органов правосудия нередко переоцениваются.<sup>119</sup> Так например, судья в государстве с традиционно монистической моделью может при определённых обстоятельствах быть обладать большей специализацией, чем его коллега из специального административного суда. Ввиду усиливающейся сложности и сложности различных областей административного права, делающих особенно необходимой наличие специальной квалификации, тенденция к специализации может сохраниться и в дальнейшем. Можно предположить, что монистическая модель в её первоначальном концептуальном варианте едва ли будет сохранять своё значение.

### с) Варианты дуалистических систем

В 19-ом веке французская дуалистическая модель, была, кроме прочего, реципирована в Испании и Португалии, позже также в Греции.<sup>120</sup> Одна из причин заключалась в том, что для контроля административного усмотрения признавали необходимость специальной подсудности

---

<sup>116</sup> См выше.

<sup>117</sup> Раздел 15 (1) Закона о трибуналах, судах и принудительном исполнении (2007 *Tribunals, Courts and Enforcement Act*); *Craig* (сноска 71), пункт 90.

<sup>118</sup> *Jean-Pierre Quéneudec*, Les systèmes juridictionnels, approche comparée, в: Centre d'Etudes et de Recherches sur l'Administration Publique (CERAP) (Hg.), Le contrôle juridictionnel de l'administration, 1991, с. 15, 16 и сл.; *Oriol Mir*, in diesem Band, § 84 пункт 137; *Zóltan Szente*, in diesem Band, § 85 пункт 108.

<sup>119</sup> См. *Daria de Pretis*, La giustizia amministrativa, в: Napolitano (Hg.), Diritto amministrativo comparato, 2007, с. 283, 294.

<sup>120</sup> *De Pretis* (сноска 119), с. 285; *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 3 и далее; *Efstratiou* (сноска 111), пункт 71. См. *Groß* (сноска 45), с. 420 с дальнейшими ссылками.

административным судам.<sup>121</sup> Также и в Австрии обнаруживались тенденции к ограничению влияния общих судов путём создания независимой административной юрисдикции.<sup>122</sup>

Теоретическая модель всеохватывающей компетенции административных судов, конечно, нигде не была осуществлена в её абсолютной форме.<sup>123</sup> Даже если сегодня во всех национальных правовых системах компетенция административных судов уже больше не описывается примерными каталогами или перечнями (их полномочий – **прим. Дайджеста**), а формулируется в виде генеральных клаузулы, суды по гражданским делам продолжают сохранять компетенцию в административно-правовых областях, будь то на основании соответствующих положений в конституции<sup>124</sup> или в обычном законодательстве.<sup>125</sup> Частично при разграничении компетенции ведётся поиск когерентного критерия в том смысле, что решающее значение должен иметь заявляемый истцом интерес. Эта модель лежит в частности в основе итальянского административного процесса. При нарушении субъективного права (*diritto soggettivo*) заинтересованное лицо может обратиться в обычный суд, при нарушении законного интереса (*interesse legittimo*) оно может обратиться в административный суд.<sup>126</sup> Для принятия решения в пользу компетенции гражданских судов нередко ориентируются на их практический опыт. Тем не менее, очень часто линии разграничения можно понять только с точки зрения истории.<sup>127</sup> Так например, распространённая, прежде всего, в немецкоязычном пространстве гражданско-правовая подведомственность по делам об ответственности государства может быть объяснена только с учётом того факта, что первоначально ответчиком выступало не само государство как таковое, а конкретный служащий административного органа, ответственный за соответствующий административный акт. От общих судов по гражданским делам ожидали более благосклонные решения, чем от административных

<sup>121</sup> Pierre Moor/Jean-Marie Woehrling, Le contrôle juridictionnel de l'administration, в: Braibant/Letowski/Wiener (Hg.), Le contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest, 1985, с. 35, 71 и сл.

<sup>122</sup> См. Ewald Wiederin, IPE III, § 46 пункт 36.

<sup>123</sup> Lemasurier (сноска 32), с. 3 и сл.

<sup>124</sup> Ст. 14 абз. 3 предложение 4 и ст. 34 предложение 3 Основного Закона ФРГ (Споры о размерах возмещения при отчуждении собственности и требования о компенсации ущерба).

<sup>125</sup> Так например во Франции (французским судам по гражданским делам подведомственны дела по дорожным правонарушениям, биржевому праву и праву конкуренции), в Италии (*de Pretis* [сноска 103], пункт 159 и далее) и в Австрии (§ 9 Закона от ответственности государства от 18.12.1958 (Gesetzes vom 18.12.1958 über die Staatshaftung)).

<sup>126</sup> См. *de Pretis* (сноска 103), пункт 146.

<sup>127</sup> Moor/Woehrling (сноска 121), с. 35, 43.

судов, в которых, ввиду их изначально отсутствующей независимости, опасались большей строгости при разбирательствах против государственных служащих.

Наконец, в ряде правовых систем подведомственность дел общим судам по гражданским делам признаётся в тех случаях, когда государство выступает как частное лицо. Например, при управлении наличными денежными средствами, ценными бумагами, подлежащим отчуждению недвижимым имуществом. Или если государственные органы власти используют правовые формы, которые предоставлены в распоряжении также частных лиц, как например, конструкция правового договора.<sup>128</sup> В основе этого лежит идея, что частноправовые требования должны заявляться и рассматриваться в общих судах по гражданским делам, а публично-правовые, напротив, - в административных судах.<sup>129</sup> На первый взгляд, это кажется логичным, поскольку трудно увидеть причину, по которой отношение к частноправовой деятельности государства должно быть иным, чем к действиям обычных частных лиц или предприятий.<sup>130</sup> С другой стороны, такая система ведёт к трудностям при разграничении компетенции. Так например, в случае т.н. выведенных (приватизированных) или аутсорсинговых административных единиц, часто неясно, в какой мере они действуют или должны действовать в формах публичного права. В качестве правила здесь признаётся, что административные суды постольку имеют компетенцию, поскольку эти административные единицы отправляют полномочия органов государственной власти.<sup>131</sup> Тем не менее, этот критерий не всегда позволяет провести чёткое разграничение. Наконец, трудности разграничения и определения надлежащей подведомственности вытекают не только в результате тенденций приватизации или децентрализации административной деятельности, но и тенденций к исполнению государственных функций частными лицами. При этом не имеет значения, идёт ли при этом речь об управлении по поручению или о корпоративных, саморегулирующихся или смешанно-экономических органах надзора или отправлении управленческих функций в других квазиадминистративных

---

<sup>128</sup> См. *Athanasios Gromitsaris*, Where is the Public Law Element in Public Sector Contracts? A Comparison of the British, French and German Point of View, в: Ruffert/Sueur (Hg.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, 2009, с. 245, 251 и далее, 256 и далее, 264 и далее; *Michael Holoubek*, in diesem Band, § 79 пункт 9 и сл. С дальнейшими ссылками в сноске 9 и сл. и пункт 87.

<sup>129</sup> См. например § 40 абз. 1 предложение 1 германского Положения об административных судах, в соответствии с которым компетенция административных судов ограничена «публично-правовыми спорами».

<sup>130</sup> *Lemasurier* (сноска 32), с. 6.

<sup>131</sup> См. *Gonod* (сноска 33), пункт 70 и далее.

формах. Джон Белл (*John Bell*) для этого предложил симптоматичное понятие «квази-публичных органов власти» („*public-style authorities*“).<sup>132</sup>

Ответ на вопрос о выборе надлежащей юридической процедуры нередко остаётся неясным не только из-за того, что понятие «акт органа государственной власти» не является однозначно определённым, но и из-за стирания границ между частным и публичным правом. Если исходить из модели, основанной на концепции интересов, то разграничение кажется, на первый взгляд, ясным. То, что служит общественному благу, регулируется публичным правом, и напротив, что служит чисто частным интересам, подчиняется гражданскому праву. Насколько простым кажется это различие, настолько сложно провести его во многих случаях. Так, если во Франции электроснабжение и снабжение газом понимается, например, как государственная функция,<sup>133</sup> то в Нидерландах или в Великобритании, согласно, пожалуй, преобладающей оценке, эти функции рассматриваются как задачи, которые так же успешно могут выполняться частным лицом.<sup>134</sup> Соответственно в одном случае потребитель подаёт жалобу против счёта за услуги, предоставленные частным предприятием, в другом случае против действий административного органа. Ответ на вопрос о выборе надлежащей юридической процедуры, решается, таким образом, на основе довольно случайных критериев. Поэтому в доктрине снова и снова звучала скептическая оценка относительно того, возможно ли вообще найти пригодные критерии разграничения для проведения различия между публичным и частным правом. Наиболее отчётливо это скептическое отношение было сформулировано конституционалистом викторианской эпохи *Дэйси*. По его мнению, выделение публичного права в особую категорию права служит только для того, чтобы путём учреждения специализированных административных судов вывести из-под ответственности органы управления.<sup>135</sup> В схожем направлении идёт сегодня часть английских теоретиков административного права, которые утверждают, что процесс принятия решений частными лицами и органами власти, в конечном счёте, базируются на одних и тех же нормативных требованиях и ценностях, по причине чего различие не только невозможно, но и, более того, опасно.<sup>136</sup> Меры денационализации (приватизации) в период премьерства *Маргарет Тэтчер* (*Margaret Thatcher*)

<sup>132</sup> См. *John Bell*, *Public Law in Europe: Caught between the National, the Sub-National and the European?*, в: van Hoescke (Hg.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, 2004, с. 259, 260 и сл.

<sup>133</sup> Более подробно см. *Gonod* (сноска 33), пункт 71 и далее.

<sup>134</sup> *John Bell*, *Comparative Administrative Law*, в: *Reimann/Zimmermann* (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, с. 1259, 1263.

<sup>135</sup> *Dicey* (сноска 105), с. 115.

<sup>136</sup> *Dawn Oliver*, *Common Values and the Public-Private Divide*, 1999, с. 60 и далее. См. *Martin Loughlin*, *IPE III*, § 44 пункт 65 с дальнейшими ссылками.

были оценены многими не как смещение разграничительной линии между публичным и частным правом, а как смешение обеих областей права до полной неузнаваемости любых границ. Поэтому их категориальное различие всегда встречалось с большой долей скепсиса.<sup>137</sup> Последнее связано также с тем, что англосаксонская догматика мыслит в своей тенденции скорее в понятиях «спектра» или «шкалы», в то время как континентальная и, в частности, немецкая теория склоняется к (предполагаемому) чёткому разграничению.

Также и на континенте проведение чёткого разграничения даётся всё тяжелее. То, что ещё несколько десятилетий назад почти как само собой разумеющееся причислялось к публичному праву, сегодня вполне может регулироваться частным правом. В качестве примера здесь можно привести предоставление правовой защиты против действий государства в экономической области, против действий «смешанных» предприятий или против действий частных агентств, участвующих в отправлении охранных функций, например, в местах исполнения наказаний либо при проведении полицейских или военных операций. В свою очередь, в случае аутсорсинга административной деятельности также неясным нередко остаётся вопрос о том, должен ли персонал таких органов пользоваться правовой защитой в судах по трудовым спорам или в административных судах.

Трудности разграничения обусловлены, в частности, и тем, что индивид всё меньше воспринимается как поданный государства, обязанный к повиновению распоряжениям государственной власти и всё больше рассматривается как равноправный органам власти субъект, будь то как сторона в переговорах или разбирательствах, как потребитель услуг, предоставляемых органами управления, или как лицо, участвующее в отправлении публичных функций.<sup>138</sup> С точки зрения выбора надлежащей юридической процедуры эти трудности разграничения необходимо обуславливают конфликты юрисдикции между административными судами и общими судами по гражданским делам. Для их решения были разработаны разные варианты, как например, принцип принятия на себя компетенции (*Kompetenzattraktion*), правило рассмотрения судом первого обращения или рассмотрение в третьей инстанции.<sup>139</sup> Даже если такие процедуры помогают устранять конфликты юрисдикции, в дуалистических системах частично сохраняется значительная правовая неопределённость.

---

<sup>137</sup> См. *John Allison*, *A Continental Distinction in the Common Law*, 1994, с. 122 и далее.

<sup>138</sup> *Bignami* (сноска 2), с. 869 и сл.; *Fromont* (сноска 47), с. 72.

<sup>139</sup> См. *Michel Fromont*, *La justice administrative en Europe: Convergences*, FS für René Chapus, 1992, с. 197, 203.

**d) Предварительные выводы**

В качестве предварительного вывода можно констатировать следующее. Дуалистические системы характеризуются многочисленными трудностями в том, что касается разграничения компетенции между общими судами по гражданским делам и административными судами. Одна из основных причин этого состоит в том, что в таких правопорядках выбор надлежащей юридической процедуры не всегда следует за правом, применимым в деле. По этой причине в обеих системах можно наблюдать тенденцию к тому, чтобы для рассмотрения дел, связанных с административно-правовой материей, учреждать специализированные судебные инстанции. Даже если специализация, сопровождающая данные тенденции, связана со многими преимуществами, нельзя полностью игнорировать и определённые недостатки. Чем более узкой является специализация суда, тем труднее найти для работы в нём экспертов, которые бы обладали необходимой степенью независимости по отношению к административным органам. Это происходит по той причине, что нередко часть профессиональной карьеры таких судей связана с работой в специальных органах управления, деятельность которых они должны теперь контролировать. Таким образом, стремление к достижению в контрольной форме, с одной стороны, определённой критической дистанции и одновременно профессиональной компетентности, с другой, может порождать определённые трудности. Поэтому при известных условиях может быть более целесообразным и оправданным создавать внутриадминистративные контрольные инстанции или, что является более предпочтительным, внешние органы административного контроля для особых специальных вопросов, решения которых могли бы быть обжалованы в судебной инстанции, обладающей более широкой компетенцией.<sup>140</sup>

Монистических систем в чистой форме сегодня больше не существует, и границы по отношению к дуалистическим моделям являются довольно условными и расплывчатыми. Таким образом, европейская административно-правовая защита в тенденции развивается в направлении трёх вариантов дуалистической правовой защиты:<sup>141</sup>

- правовые системы, находящиеся под французским влиянием (Франция, Греция, Италия, Португалия и Испания), в которых различие между публичным и частным правом оказывает влияние как на материальное право, так и на процессуальные порядки, и профессиональная

<sup>140</sup> С типично англосаксонской точки зрения см. *Bernard Schwartz/Sir William Wade, Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States, 1972, с. 318 и сл., 324.*

<sup>141</sup> *John Bell, Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe, в: Beatson/Tridimas (Hg.), New Directions in European Public Law, 1998, с. 147, 149 и сл.,* здесь скандинавские страны отнесены в отдельную категорию.

квалификация судей в зависимости от специализации отличается частично коренным образом;

- правопорядки, находящиеся под влиянием Германии, в которых системы публичного и гражданского судопроизводства хотя и разделены, но административные судьи, как правило, однако, имеют схожую профессиональную подготовку и квалификацию, что и их коллеги в судах по гражданским делам;

- Англия, Ирландия и Нидерланды, где хотя и существуют тенденции развития в направлении большей специализации, но в остальном различие между публичным и частным правом не играет, тем не менее, никакой или, во всяком случае, никакой решающей роли.

Процесс конвергенции этих трёх групп между собой не может осуществляться слишком быстро, так как регулирование организации судебной системы принадлежит к особо оберегаемым областям национальной организационной и процессуальной автономии и, исходя из опыта оказывается наиболее устойчивым против любых попыток унификации. Определённой конвергенции могло бы, во всяком случае, способствовать то обстоятельство, что многонациональные корпорации ожидают от судов в европейских странах сравнимую степень в специализации и профессиональной компетенции.

### **3. Формы исков**

#### **а) Относительный характер различия между исками и жалобами**

Правовое регулирование системы административного судопроизводства в европейских государствах базируется либо на системе исков, либо на системе жалоб. В первом случае стимулом и основанием было гражданское право: например, в Германии, если заинтересованное лицо нуждается в правовой защите против органа управления, то оно должно подать против него иск. В отличие от этого, во Франции такое лицо должно подать на административный акт жалобу (*recours*). Хотя на первый взгляд, это различие кажется важным и значительным, тем не менее, при ближайшем рассмотрении можно констатировать, что его значение переоценивается. Так, исходным пунктом судебной процедуры в обоих правопорядках является административный акт. Происходит ли оспаривание этого акта посредством жалобы или посредством иска, не играет, в конечном счёте, решающей роли, так как в обеих системах в результате принятия административного акта заинтересованные лица оказываются в состоянии



своего рода «цугцванга» и должны реагировать в течение определённого срока. Таким образом, определение момента начала судебного разбирательства, до определённой степени, находится в руках административного органа. Иная ситуация характерна для английской системы исков, которой чуждо понятие административного акта. Здесь заинтересованные лица имеют больше возможностей определить подходящие временные рамки для начала действий против органа управления. Хотя и в Англии существуют определённые сроки для предъявления иска, положение заинтересованного лица там можно сравнить скорее с положением истца в гражданском процессе, иначе, чем в немецком праве, которое предусматривает для подачи иска срок, который начинает течь с момента оглашения обжалованного административного акта. Основывается ли правовая система на системе иска или жалобы, не имеет, таким образом, основополагающего значения.

В зависимости от вида поданного иска или соответственно поданной жалобы процесс заканчивается постановлением суда, оформляющим правоотношения (*Gestaltungsurteil*), постановлением суда о выполнении обязанности (*Verpflichtungsurteil*), решением суда о признании (*Feststellungsurteil*) или постановлением суда об исполнении (*Vollstreckungsurteil*). В целях упростить изложение в дальнейшем речь идёт только лишь об исках.

#### **в) Конститутивный иск об отмене или изменении правоотношения**

Среди различных видов исков иски об отмене административного акта, представляют собой, пожалуй, старейшую категорию. Один из древнейших прототипов контроля действий государственных органов, основанный на английском гражданско-процессуальном иске в форме истребования дела, *certiorari* (в настоящее время заменено аннулирующим судебным приказом, *quashing order*) стал одним из источников возникновения права на справедливое судебное разбирательство, предусмотренного в ст. 6 ЕКПЧ. В свою очередь, французская жалоба на незаконность административного акта (*recours pour excès de pouvoir*) послужила прообразом для исков о признании недействительности актов ЕС в соответствии со ст. 263 абз. 4 ДФЕС.<sup>142</sup> Поэтому неудивительно, что сегодня во всех европейских государствах существует институт «негативных исков об оспаривании» или «исков о признании актов

---

<sup>142</sup> Соответствует ст. 230 абз. 4 Договора о Европейском Союзе или соответственно ст. 173 абз. 4 Договора о Европейских Сообществах; см. например *Ulrich Everling, Das Verfahren der Gerichte der EG im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Mitgliedstaaten*, FS für Christian Starck, 2007, с. 535.

недействительными».<sup>143</sup> Несмотря на это, в случае так называемых исков об изменении правоотношений европейский минимальный стандарт до сих пор ещё не достигнут. Это связано с тем, что требования, вытекающие из европейского права, были не в состоянии нивелировать и выравнять историческую специфику национального регулирования административного судопроизводства. Так например, между французским «иском об отмене» и немецким «иском об оспаривании» существует большая разница, которая вытекает из разного понимания сущности и функций правовой защиты. Институт иска об изменении конкретного административного акта можно встретить скорее в правопорядках, основанных на системе субъективной правовой защиты. В правопорядках, основанных на системе объективного правового контроля, такие иски воспринимаются до сих пор как вмешательство в систему разделения властей, поскольку, тем самым, суды в сфере компетенции органов управления могут устанавливать, каким способом должно быть принято новое решение. И, в конечном счёте, они, таким образом, обязуют органы управления к определённому положительному действию.<sup>144</sup> Система возможных исковых форм находится, тем самым, в тесной связи с соответствующим общим пониманием института правовой защиты.

### **с) Иски о принуждении к выполнению обязательств (совершению действия или воздержания от действия)**

Посредством исков о принуждении к выполнению обязательства (*Verpflichtungsklage*) орган власти, против которого направлен иск, должен побуждаться к совершению определённого действия. В английском судебном процессе подобные иски уже рано стали самоочевидностью в виде судебного приказа должностному лицу о выполнении требований истца (*mandamus*) и быстро стали популярным средством, позволяющим оказывать давление на ведомство-ответчик. Иск типичен для правопорядков, которые основываются на системе субъективной правовой защиты.<sup>145</sup> Напротив, если правопорядок базируется на принципе

<sup>143</sup> *Epaminondas Spiliotopoulos/George Gerapetritis*, Synthesis Report, в: Spiliotopoulos (Hg.), *Towards a unified judicial protection of citizens in Europe (?)*, 2000, с. 811, 821.

<sup>144</sup> Такое положение существует в Польше (*Biernat* [сноска 72], пункт 240) и во Франции; *Groß* (сноска 45), с. 422.

<sup>145</sup> Например, в Англии и Германии, а также Португалии; *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 194 и далее и пункт 201 и сл. (предоставление информации, доступ к официальным документам и т.д.). В итальянском праве, напротив, иска о принуждении к исполнению обязательства не существует. Жалоба на бездействие административных органов (*azione contro il silenzio*) может, тем не менее, привести к тому, что государственный орган будет обязан к определённому действию в том случае, если он не реагирует на поданную жалобу или иным образом не предпринимает

объективного правового контроля, то суды ограничиваются, как правило, кассационными решениями. Иной подход был бы воспринят как противоречащий с принципом разделения властей, поскольку в этом случае органам управления фактически предписывался определённый образ действий. Поэтому общие иски об исполнении (*allgemeine Leistungsklagen*) только крайне редко выходят за рамки возможного присуждения к исполнению обязательства по договору или выплаты возмещения ущерба.<sup>146</sup> Иск о принуждении к выполнению обязательства принципиально чужд также праву Евросоюза.<sup>147</sup>

При сравнении национальных моделей «исков о принуждении к выполнению обязательства» можно, конечно, констатировать наличие определённых тенденций к сближению.<sup>148</sup> Так например, французские суды с 1995-го года имеют возможность издавать конкретные распоряжения-требования (*injonctions*), адресованные органам управления. При отсутствии таких возможностей правительство и органы управления могут обязываться к определённому действию только, так сказать, обходными путями. В ряде стран заинтересованные лица могут попытаться сначала обратиться в административный орган с ходатайством о принятии определённых мер и затем обжаловать соответствующее отказное решение. В других правовых системах можно попытаться добиться от суда соответствующих формулировок в мотивировочной части судебного решения. Но даже если такие усилия увенчаются успехом, для заинтересованных лиц из этого непосредственно не вытекает ещё ничего конкретного, так как административный орган-ответчик в формальном отношении всегда связан только самим решением суда, но не его обоснованием. Та естественность, с которой английские суды обязуют административные органы к определённым действиям, в континентальной Европе встречается, впрочем, не так часто.<sup>149</sup> То обстоятельство, что иски о воздержании от принятия в будущем определённых мер в отношении истца

---

никаких действий; см. *de Pretis* (сноска 103), пункт 153; *Cristina Fraenkel-Haeberle*, Die Untätigkeitsklage im Vergleich zwischen dem italienischen, deutschen und österreichischen Recht, DÖV 2004, с. 861, 862 и далее.

<sup>146</sup> В континентальных системах подобные иски существуют, например, в Германии и Испании; *Groß* (сноска 45), с. 423.

<sup>147</sup> См. например решение Суда Европейских Сообществ, EuGH, Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065, пункт 53 и далее – *Port* (отсутствие распоряжение о принятии предварительных мер по выполнению обязательств в рамках производства об обеспечительных мерах).

<sup>148</sup> *Thomas Würtenberger/Stephan Neidhart*, Distanz und Annäherung zwischen deutschem und französischem Verwaltungsrecht im Zeichen europäischer Integration, в: *Schwarze* (сноска 82), с. 255, 272.

<sup>149</sup> В Германии существуют, тем не менее, общие иски об исполнении обязательств в Deutschland; в сравнительно-правовой перспективе см. по данному вопросу *Peter Hänni*, Die Klage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung, 1988, с. 251 и сл.

существуют, насколько можно судить, кроме Англии, только в Германии (и здесь, кстати, только при условии наличия особенной потребности в правовой защите), можно объяснить сравнительно слабым положением административных судов. Естественно, следует отметить, что не всегда можно чётко провести границу между негативными исками о воздержании от действий, с одной стороны, и мерами предварительной правовой защиты, с другой. Так например, ходатайство о принятии мер предварительной правовой защиты иногда может подаваться и вне рамок конкретного судебного разбирательства, и в результате в данном случае можно говорить в этом смысле о «квази-негативных исках о несовершении действий».

#### **d) Иски о признании**

Различия в положении судов в конституционной системе находят своё отражение также в особенностях института иска о признании (*Feststellungsklage*). В Германии, Англии и Испании такие иски выступают основным средством правовой защиты. Если они носят субсидиарный характер, то их практическое значение зависит от того, насколько строгие требования предъявляются к применению основных форм правовой защиты. Поэтому, имея в виду свободную интерпретацию предпосылок принятия решений в рамках процедуры рассмотрения жалоб на незаконность административного акта (*recours de excès de pouvoir*), едва ли может удивлять, что французский иск о признании играет на практике скорее подчинённую роль. Следует также подчеркнуть, что в национальных правовых системах, в которых иски о признании имеют субсидиарный характер, подача таких исков частично оговаривается рестриктивными условиями.<sup>150</sup> В целом можно констатировать, что в Европе институт «исков о признании» имеет не столь существенное, как это можно было ожидать на первый взгляд.

#### **e) Исполнение судебных решений**

После того, как вынесено судебное решение, в соответствии с европейскими гарантиями надлежащей юридической процедуры должно быть обеспечено приведение его в исполнение. В какой мере сами суды могут обязывать органы власти, в значительной степени определяется, естественно, общим положением судебной власти в соответствующей национальной правовой системе. Так например, английские суды, ввиду особого положения исполнительной власти, долгое время воздерживались

---

<sup>150</sup> Примером может служить Германия (*Kahl* [сноска 46], пункт 122) и Швейцария.

от того, чтобы пытаться побудить министров к определённым действиям.<sup>151</sup> Эту сдержанность можно, по всей вероятности, объяснить, помимо прочего, тем, что в Англии нарушение подобного распоряжения суда может повлечь за собой наказание за неуважения суда. Привлечения министра к ответственности в виде тюремного заключения или денежного штрафа хотя и становится в этом случае теоретически возможным, практически оно порождало бы, однако, особенно щекотливую и критическую ситуацию, поскольку как правительство, так и суды имеют источником своей конституционно-правовой легитимации, в конечном счёте, власть монарха. В процессуально-правовом отношении это находит своё выражение в том, что, как правило, истцом в этом случае выступает не само заинтересованное лицо, а на его место заступает корона (*ex parte*, то есть судопроизводство при наличии одной стороны - **прим. Дайджеста**). В результате с формальной точки зрения истец предстаёт как лицо, отстаивающее от своего имени чужие права по доверенности (*Prozessstandschafter*). Меры принуждения против короны выступали бы, вместе с тем, как распоряжение суда, который сам получает свою легитимность от короны. Подобная ситуация представляет собой событие, которое никогда ещё до сих пор не имело место и которого скорее стремятся избежать обе стороны.

Совершенно иначе выглядит правовая ситуация в Италии. Если судебное решение остаётся без последствий, заинтересованные лица могут обратиться с ходатайством об обеспечении исполнения в тот самый административный суд, который принял данное решение. После этого суд имеет даже возможность назначить специального уполномоченного комиссара, который принимает распоряжения вместо органа управления.<sup>152</sup> В других странах в случае бездействия существует возможность, по крайней мере, наложения штрафа. При этом существующее здесь правовое регулирование всё ещё находится под сильным влиянием принципа, в соответствии с которым суды не должны посредством вынесения предупреждений о возможном применении принудительных мер напрямую вмешиваться в административный процесс.<sup>153</sup> Это выражается, в частности, в том, что ходатайство об исполнении хотя и может подаваться уже в момент предъявления иска об оспаривании, но, тем не менее, санкции в виде денежных штрафов могут выноситься только при условии, что орган власти в течение шести месяцев не исполнил судебное

---

<sup>151</sup> Изменение судебной практики в *M. v. Home Office* [1994] 1 AC 377 (HL) 425 (Lord Woolf).

<sup>152</sup> Таким особым правовым средством является институт *rimedio di ottemperanza; de Pretis* (сноска 103), пункт 157 и сл.

<sup>153</sup> *Paraskevi Mouzouraki*, L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand, 1999, с. 188 и далее.

решение.<sup>154</sup> Равным образом, в исполнении взыскания штрафов может быть отказано, если оно оказывается невозможным или вредит важным публичным интересам.<sup>155</sup> В большинстве государств возможности заинтересованных лиц ограничены, таким образом, обращением в органы исполнительной власти, отвечающие за исполнение судебных решений. То, что это может вести к столкновениям и конфликтам интересов, представляется очевидным. То обстоятельство, что в большинстве случаев судебные приговоры исполняются без необходимости прибегать к принудительным мерам, не в состоянии объяснить эти относительно слабые имплементационные возможности судов. Причины соблюдения судебных решений лежат не столько в угрозе применения принудительных мер, а скорее в том особом авторитете, которым пользуются суды и судьи. Определённое значение имеет также и то, что должностные лица органов управления - также независимо от угрозы непосредственных санкций - стремятся к тому, чтобы действовать в соответствии с правом (ключевой принцип – «должностная этика»).

#### **f) Выводы относительно видов исков**

С точки зрения существующих исковых форм можно констатировать все ещё наличие существенных различий. С одной стороны, на имеющиеся в распоряжении возможности подачи иска оказывает влияние соответствующее общее понимание института правовой защиты. С другой стороны конкретные исковые формы основываются на глубоко укоренившихся традициях административного управления, которые в этом пункте только очень медленно сближаются друг с другом. В целом, тем не менее, национальные правовые порядки постепенно движутся навстречу друг другу. Например, в системах, основанных на принципе субъективной правовой защиты, в определённой степени допускаются иски лиц, права которых непосредственно не нарушены (*Interessentenklagen*), как в случае германского иска о признании (*Feststellungsklage*; для обозначения данной исковой формы используется и другой вариант перевода, а именно «иск об установлении факта» – прим. Дайджеста). И наоборот, в системах объективного контроля можно обнаружить примеры исков, которые могут подаваться только непосредственно потерпевшими лицами (*Verletztenklagen*). Это имеет место, например, в случае французского иска о возмещении ущерба, при котором жалоба может подаваться исключительно тем лицом, права которого непосредственно нарушены.

---

<sup>154</sup> См. *Gonod* (сноска 33), пункт 143; *Neville L. Brown/John Bell*, *French Administrative Law*, <sup>5</sup>1998, с. 116.

<sup>155</sup> *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 184.

#### 4. Предварительная правовая защита

Институт предварительной правовой защиты, с одной стороны, и правило отлагательного действия, с другой, тесно взаимосвязаны между собой. Если иск против административного акта имеет (автоматическое – **прим. Дайджеста**) отлагательное действие, то это означает, что административный акт не может быть приведён в исполнение, и таким образом продолжает сохраняться статус кво. Однако, поддержанию статус кво может служить, кроме того, и предварительная правовая защита. Так, во Франции в течение долгого времени принцип разделения властей понимался в абсолютном смысле. Возможность признания за жалобой или иском отлагательного действия отвергалась на том основании, что это давало бы возможность судам, вмешиваться в действия административных органов до того, как соответствующие административные акты приобретали юридическое действие.<sup>156</sup> По этой причине Государственный Совет признавал возможность и допустимость непосредственного исполнения административного акта (*приведение в исполнение, caractère exécutoire*) в качестве фундаментальной нормы и стандарта публичного права.<sup>157</sup> Таким образом, в правовых системах, следовавших модели субъективной правовой защиты, отлагательное действие выступало традиционно общим правилом.<sup>158</sup> В то же время в национальных правопорядках, основанных на принципах объективного контроля, в противоположность этому, основополагающее значение имело немедленное (непосредственное – **прим. Дайджеста**) исполнение административного акта.<sup>159</sup>

На основе требований, сформулированных в европейском праве, принципы регулирования предварительной правовой защиты в государствах с объективным правовым контролем и в государствах с

<sup>156</sup> См. *Ludovic Garrido*, L'effet non suspensif des recours devant le juge administratif français à l'épreuve de l'argument de droit comparé, в: Melleray (Hg.), L'argument de droit comparé en droit administratif français, 2007, с. 321, 322 и сл.

<sup>157</sup> CE, 2.7.1982, *Huglo; Gonod* (сноска 33), пункт 140.

<sup>158</sup> Этот принцип действует в Германии (§ 80 абз. 1 Положения об административных судах, VwGO), в Австрии (*Christoph Grabenwarter*, *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2010, с. 83 и 163 и далее) и в Швейцарии.

<sup>159</sup> О правовом положении в Португалии см. например *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 175.

субъективной правовой защитой приблизились друг к другу.<sup>160</sup> Так например, в германской системе теперь допускаются определённые исключения из принципа «отлагательного действия». В то же время во Франции предусматриваются исключения из правила «немедленной исполнимости».<sup>161</sup> Основная идея, которая скрывается за этим, заключается в том, что заинтересованное лицо может потерять всякий интерес в дальнейшем участии в судебном разбирательстве правового спора, когда обжалуемое распоряжение приведено в исполнение. Исходя из принципа эффективности, государства должны поэтому гарантировать предоставление средств предварительной правовой защиты. Предпосылками для их предоставления являются, как правило, наряду с особой срочностью или, соответственно, наряду с непосредственной угрозой возникновения несоразмерного ущерба в случае немедленного исполнения (административного акта – **прим. Дайджеста**), также определённые шансы на достижение успеха в судебном разбирательстве по существу дела.<sup>162</sup> При этом следует учитывать, что отлагательное действие подачи жалобы ни в коем случае не представляет в Европе общепризнанное правило. Отлагательное действие или предварительная правовая защита предоставляется, скорее, исключительно по ходатайству (заинтересованного лица – **прим. Дайджеста**). До тех пор, пока суд не принял решение по данному ходатайству, обжалованный акт не может быть приведён в исполнение. Помимо этого, суды могут принимать меры к поддержанию статус кво или меры для обеспечения возможности эффективного исполнения окончательного решения по существу дела.<sup>163</sup> Специфические традиции регулирования правовой защиты в

<sup>160</sup> *Clotilde Morlot-Dehan*, La protection provisoire devant les juridictions administratives dans l'Union Européenne. L'exemple de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Espagne, de la France, de la Grèce et de l'Italie, *Revue internationale de droit comparé* 2004, с. 459, 460 и далее.

<sup>161</sup> *Michel Fromont*, Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France, *Revue française de droit administratif* 2002, с. 551, 553, 555 и сл.

<sup>162</sup> Так во Франции; *Gonod* (сноска 33), пункт 141. Более умеренные требования установлены в Португалии, где для предоставления предварительной правовой защиты достаточно, что истец имеет определённые шансы выиграть судебный процесс по рассмотрению дела по существу; *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 182. В Австрии шансы иска на успех в судебном производстве по существу дела не играют в принципе никакой роли; *Grabenwarter* (сноска 158), с. 207 и сл. По вопросу о требованиях, вытекающих из европейского права см. *Stefan Lehr*, *Einstweiliger Rechtsschutz und Europäische Union*, 1997, с. 74 и далее; *Kay Windthorst*, *Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz*, 2009, с. 186 и далее; *Karl-Peter Sommermann*, *Der vorläufige Rechtsschutz zwischen europäischer Anpassung und staatlicher Verschlankung*, FS für Willi Blümel, 1999, с. 523, 532 и сл.

<sup>163</sup> Так в Испании (*Santiago González-Varas*, *Die neue Verwaltungsgerichtsordnung Spaniens vom 13.7.1998*, *DÖV* 2000, с. 240, 241) и Португалии (ст. 268 абз. 4 Конституции).



национальных правовых порядков должны были, соответственно, отступить на задний план под воздействием требований, выдвигаемых европейским правом в области гарантий предварительной правовой защиты.

## 5. Основные принципы процедуры

Существующие в Европе административно-судебные процедуры можно подвергнуть сравнению с точки зрения ряда процессуальных принципов. Если в отношении определённых принципов можно констатировать усиливающиеся черты сходства, то в отношении других продолжают сохраняться значительные различия.

### а) Устное и письменное разбирательство

В соответствии со ст. 6 ЕКПЧ судебное разбирательство и оглашение судебного решения должны осуществляться публично. Следовательно, можно было бы думать, что в Европе административное производство всегда ведётся в форме устного разбирательства, поскольку иначе нельзя обеспечить публичность. Однако реальность является, конечно, иной. Если в Англии процедура, исключая её возбуждение, в значительной степени основывается на принципах устного разбирательства, в континентальной Европе административное производство базируется на принципе письменного разбирательства.<sup>164</sup>

Обе традиции в правовой культуре имели многовековую историю. Если английская система с характерным для неё единством гражданского, уголовного и административного производства всегда обнаруживала тенденцию к устному разбирательству, континентальная традиция письменного разбирательства объясняется, в конечном счёте, предметной классификацией административного акта. Процедура административного судопроизводства в континентальной Европе - в противоположность английскому - обуславливается во многом спецификой процедуры в первой инстанции, которая, начиная с 18-го века, все больше обнаруживает тенденции к бюрократизации и формальному фиксированию в письменном виде. Страсбургские органы стояли, таким образом, перед выбором: либо приближать континентальную практику к формальным требованиям Конвенции, либо соответствующим образом переосмыслить и интерпретировать их. В вопросах, касавшихся требований к оглашению судебных решений, они выбрали второй вариант, позволив континентальным судам вышестоящего звена опубликовывать свои

---

<sup>164</sup> См. *Mitchel de S.-O.-L'E. Lasser*, *Judicial Transformations*, 2009, с. 51 и сл.

решения в письменной форме.<sup>165</sup> Примечательно, что ЕСПЧ ссылаясь при этом на французский текст Конвенции („*le jugement doit être rendu publiquement*“), который, в противоположность английской формулировке („*judgement shall be pronounced publicly*“), предлагал простор для более креативной переинтерпретации. В остальном же оба текста исключали возможность толкования *contra legem* (в частности, положение о том, что „*everyone is entitled to a ... public hearing*“).

Исходя из установок европейского права, национальные законодательные и судебные органы должны были распространить принцип устного разбирательства на новые процедуры.<sup>166</sup> Национальные государства, которым были скорее чужды элементы непосредственности судопроизводства, были вынуждены в результате правоприменительной практики страсбургских органов осуществить фундаментальную реорганизацию своих систем административного судопроизводства.<sup>167</sup> Тот факт, что это происходило не без сопротивления национальных судов, становится легко объяснимым, если принять во внимание историю становления правопорядков в странах континентальной Европы. Инстанции, которые десятилетиями вели разбирательство в рамках письменного производства, нередко воспринимали принцип устного производства при вынесении судебных решений по существу дела в качестве тяжкого бремени.<sup>168</sup> Поэтому неудивительно, что принцип устности не так органично прижился в практике континентальных стран, как в Англии, где этот принцип опирается на давнюю традицию. Так, во Франции применение принципов устной процедуры, например, в административных судах (*tribunaux administratifs*) и апелляционных административных судах (*cours administratives d'appel*) ограничивается

---

<sup>165</sup> Решение ЕСПЧ, № 7984/77, от 8.12.1983, Serie A 71, пункт 27 и сл. – *Pretto u.a./Italien*; решение ЕСПЧ, № 8273/78, от 8.12.1983, Serie A 72, пункт 32 – *Axen/Deutschland*.

<sup>166</sup> Так например, в Германии при оспаривании в суде планов застройки стороны в принципе должны иметь возможность в соответствии со ст. 6 ЕКПЧ реализовывать своё право на устное разбирательство. Процедура административно-судебного нормоконтроля как таковая не предусматривает подобной возможности; *Kahl* (сноска 46), пункт 143.

<sup>167</sup> *Marcusson* (сноска 43), пункт 47 и 55.

<sup>168</sup> В этой связи можно указать на многочисленные решения, вынесенные против Швейцарии, ввиду нарушений права на возражение (*Recht auf Replik*). Эти нарушения, в конечном счёте, обусловлены тем, что в рамках письменного административного разбирательства право на возражение может быть реализовано лишь посредством подачи новых письменных представлений, которые, в свою очередь, направляются другой стороне, чтобы она могла высказать свои соображения; см. решение ЕСПЧ, № 18990/91, от 18.2.1997, RJD 1997-I, пункт 27 и 29 – *Nideröst-Huber/Schweiz*; ЕСПЧ, № 33499/96, от 21.2.2002, пункт 39 – *Ziegler/Schweiz*; ЕСПЧ, № 17671/02, от 13.7.2006, пункт 33 – *Ressegatti/Schweiz*.

лишь определёнными моментами, из-за чего сроки судебных разбирательств значительно сокращаются.<sup>169</sup>

Процедура разбирательства в Государственном Совете, насколько можно судить, вообще не предусматривает непосредственного участия сторон в производстве.<sup>170</sup> Также и в Германии действует ряд предусмотренных законодательством исключений из принципа устного разбирательства, причём на практике отказ сторон от устного разбирательства играет всё более важную роль. Это связано также с тем, что письменная процедура во многих случаях может быть эффективнее, а в определённых правовых ситуациях проведение устного разбирательства вообще не имеет особого смысла. Тем не менее, при отказе от имплементации элементов устного производства утрачиваются многие преимущества принципа непосредственности судебного разбирательства, как например, беспрепятственное осуществление права на возражение,<sup>171</sup> последовательное реализация принципа ускорения производства,<sup>172</sup> создание условия для правового диалога, а также возможность разрешения спора посредством достижения мирового соглашения. Исходя из установок европейского права, здесь существует потенциал для развития общеевропейских стандартов принципа непосредственности.

#### **в) Следственный принцип против принципа состязательности**

В административно-правовых системах, в которых признаётся т.н. инквизиторский принцип, суды должны исследовать обстоятельства дела *ex officio*, т.е. в силу закона (официальное производство).<sup>173</sup> Члены суда должны – так, во всяком случае, утверждает теория – истребовать от органов власти все документы и материалы дела, которые позволяют им оценить заявления истца.<sup>174</sup> Тем не менее, на практике подобный «следственный принцип» едва ли реализуется в идеальной форме. Так например, во Франции, если сравнивать с другими странами, снятие

---

<sup>169</sup> *Chapus* (сноска 40), пункт 1032.

<sup>170</sup> *Chapus* (сноска 40), пункт 955/2.

<sup>171</sup> См. выше, сноска 168.

<sup>172</sup> Франция на вынесенные против неё решения в конце 1980-х годов ответила принятием ряда законодательных мер, в результате которых срок производства был сокращён; *Gonod* (сноска 33), пункт 140.

<sup>173</sup> Этот принцип действует в Германии и Франции (*Chapus* [сноска . 40], пункт 958 и 988), в Швеции (*Marcusson* [сноска 43], пункт 55) и в Швейцарии.

<sup>174</sup> СЕ, 1.5.1936, *Couespel du Mesnil*; *Chapus* (сноска 40), пункт 992.

свидетельских показаний происходит скорее редко.<sup>175</sup> Более того, у судов отсутствуют также организационно-технические и финансовые средства, чтобы обеспечить всеобъемлющее выяснение обстоятельств дела. По этой причине границы по отношению к административно-правовым системам, основанным на «принципе состязательности», являются довольно условными. В условиях действия доминирующего в гражданском процессе принципа состязательности исследуются только те доказательства, в отношении которых стороны выдвигают соответствующие требования или которые приводятся ими в ходе разбирательства. Судьи не проявляют активность по собственной инициативе; их роль ограничивается скорее оценкой и правовой квалификацией представленного сторонами фактического материала. Тем не менее, по общему правилу при помощи только абстрактных формулировок в процессуально-правовых кодексах сложно оценить, какая действительно роль принадлежит в процессе судьям; решающее значение имеет скорее то, какое представление о судьях положено в основе правопорядка. Так например, сложно представить, чтобы в Англии, для которой характерна модель гражданского процесса, судья по собственной инициативе стал бы истребовать документы и собирать прочие доказательства, тем самым играя активную роль в процессе. Его роль является скорее пассивной и ограничивается тем, что он принимает или отклоняет предоставляемые сторонами доказательства. На другом краю шкалы находятся немецкие и французские административные судьи, которые вполне могут - а при определённых условиях даже должны - по собственной инициативе самостоятельно предпринимать меры по выяснению обстоятельств дела.<sup>176</sup>

Для правопорядков, в которых за судьёй закрепляется не обязанность, но право самостоятельно осуществлять сбор доказательств, характерно, что суды ограничиваются проверкой того, насколько правильно административный орган выяснил и учёл все значимые обстоятельства дела. Если это не так, то оспариваемый административный акт либо отменяется, либо дело, по меньшей мере, возвращается в административный орган для новой оценки.<sup>177</sup> Насколько детально суды проверяют обстоятельства дела, зависит, в конечном счёте, также и от того, предшествовала ли судебному разбирательству внутриведомственная проверка или контроль автономными инстанциями, независимыми от

---

<sup>175</sup> *Brown/Bell* (сноска 154), с. 95, 98. То, что допрос свидетелей является редкостью, связано также с тем, что французская административно-судебная процедура в значительной степени ориентирована на правила письменного разбирательства.

<sup>176</sup> См выше, сноска 174.

<sup>177</sup> О правовом положении в Нидерландах см. *Ymre Esther Schuurmans*, *Review of Facts in Administrative Law Procedures: A European Community Law Perspective*, *Review of European Administrative Law* 1 (2008), с. 5, 7.

органов управления. Чем больше фактического материала уже было собрано в ходе досудебного или квазисудебного производства, тем легче суду ограничиться лишь проверкой того, насколько правильными были выяснение обстоятельств дела и сбор доказательств, осуществлённые данными инстанциями, и были ли при этом в достаточной степени соблюдены процессуальные права. Вместо деления европейских правопорядков на две группы более полезным при классификации методов выяснения обстоятельств дела выглядит скорее образ шкалы, на которой располагаются правопорядки в соответствии с указанными факторами.

### с) Принцип официальности против принципа диспозитивности

При различении принципа официальности (принцип обязательного возбуждения судебного дела – **прим. Дайджеста**) и правила диспозитивности речь идёт о том, кто является действительным «хозяином» процесса. В случае правила диспозитивности право распоряжаться предметом процесса принадлежит сторонам процесса. Они не только могут определять момент начала разбирательства и предмет процесса, но посредством отзыва или признания иска, а также заключения мирового соглашения также и момент его окончания. Принцип диспозитивности может пониматься как форма выражения принципа защиты субъективных прав, но не должен, однако, отождествляться с последним. Так даже в случае французской процедуры *recours de excès de pouvoir*; в основе которой лежит идея объективного правового контроля, суды, по крайней мере, в принципе, связаны содержанием поданной истцом жалобы и сделанными им заявлениями.

Напротив, в основе принципа официальности лежит идея обеспечения объективного правопорядка. Соответственно ход и управление процедурой контролируется самой инстанцией. Она может не только возбудить процесс по собственной инициативе, но и устанавливать его предмет и определять момент его окончания. Принцип официальности превалирует только при внутриадминистративных и некоторых внесудебных формах контроля. В судебных процедурах доминирует, напротив, принцип диспозитивности. Насколько можно судить, это правило не действует только в Португалии. Здесь Генеральный Адвокат (*Ministério Público*) может посредством оспаривания административных актов не только по собственной инициативе возбудить процесс, но также по собственной инициативе продолжить его, даже если заинтересованное лицо отказался от дальнейшего ведения процесса.<sup>178</sup> Тем не менее, речь идёт при этом об исключительном случае. Хотя и в Англии «третьи лица», не

<sup>178</sup> *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 195.

уполномоченные на подачу иска, в рамках т.н. заявительной процедуры (*relator action*) могут ходатайствовать перед Генеральным Прокурором о приёме дела к производству, но всё же, принятие решения об этом находится только на его усмотрении,<sup>179</sup> и таким образом его функция не сопоставима с функцией Генерального Адвоката в Португалии. Для европейского административного процесса характерен, соответственно, в целом принцип диспозитивности. Защита объективного правопорядка отступает, таким образом, по отношению к защите прав индивида на задний план.

#### **d) Принцип усмотрения против принципа связанности иском**

Административно-судебные системы, в которых превалирует принцип связанности иском (или жалобой), суды рассматривают только изложенные сторонами мотивы иска и их обоснование. Так, английский адвокат не может ограничиться в иске простым заявлением, что орган власти применил свою свободу усмотрения противоправным способом, а должен скорее обосновать, в какой мере и в чем конкретно состоит ошибочное применение органом власти усмотрения.

В основе некоторых континентальным правопорядков, напротив, лежит, по крайней мере в принципе, идея «*iura novit curia*» («суд сам знает и применяет право»). Даже если на основе принципа диспозитивности стороны посредством своих ходатайств определяют предмет спора, суды основывают свои решения не только на аргументах, изложенных в юридических ходатайствах сторон. Особенно чётко этот принцип выражен во французском административном процессе, в котором Генеральный Адвокат (*commissaire du gouvernement, правительственный комиссар*) готовит для суда подробный проект решения вместе с меморандумом с наиболее важными прецедентами и ссылками на соответствующую литературу.<sup>180</sup> Кроме того, административные суды могут отменять административные акты по основаниям, которые не приводились со всей определённой сторонами спора (*moyens d'ordre public*).<sup>181</sup> Груз обоснования представителей сторон (адвокатов) во Франции предстаёт несравненно менее значительным, чем например, у их английских коллег. В целом, однако, это различие не должно переоцениваться: Даже если система административного судопроизводства построена на основополагающей максиме *iura novit curia*, это не значит, что суд должен по собственной инициативе проверять каждое возможное основание иска.

<sup>179</sup> *Attorney General v. Gouriet* [1978] AC 435, 487 (Viscount Dilhorne).

<sup>180</sup> См. CE, 29.7.1998, *Esclatine*.

<sup>181</sup> *Bleckmann* (сноска 100), с. 24.

Так, повышенные требования к обязанности представлять обоснование можно наблюдать, например, в рамках процедуры предоставления предварительной правовой защиты, а также рассмотрения жалоб высшими судебными - конституционными и административными - инстанциями. Требования, связанные с обязанностью обоснования, оказываются тем выше, чем более срочным является судебный процесс и чем выше уровень инстанции, в которой происходит процедура судебного обжалования. Кроме этого, в принципе от адвокатов требуются более детальные обоснования, чем от частных лиц. Посредством введения обязанности действовать только через адвоката для обязанности обоснования устанавливаются, таким образом, более высокие требования. В свете вышесказанного различие между Англией и континентом не следует преувеличивать. Также и на континенте стремление выиграть иск необходимо предполагает тщательное его обоснование. Было бы неосмотрительно и неосторожно полагаться на то, что суд по собственной инициативе будет осуществлять проверку не поднятых вопросов. На практике полноценное осуществление принципа применения права ex officio терпит неудачу ввиду перегрузки судов.

#### **е) Заключение**

Из предложенного обзора принципов процедуры следует, что в европейском административном процессе преобладает принцип диспозитивности, то есть право истца распоряжаться предметом процесса. В остальном же наблюдается тенденция в направлении письменного производства, умеренного принципа состязательности и в целом сохраняющего своё значение искового принципа. Насколько сильно соответствующие основополагающие принципы находят своё выражение в процессе, можно оценить только на основании реальной правовой практики. В целом разграничительные линии между этими максимумами являются не столь чёткими, чем это могли бы заставлять думать процессуальные нормы, действующие в различных правовых порядках. Требования, сформулированные в европейском праве, в принципе благоприятствуют тенденциям к унификации европейских систем административного судопроизводства на уровне основных принципов процесса, однако, они едва ли вытесняют устоявшиеся в национальных государствах традиции.

## **6. Конвергенция систем европейской административно-правовой защиты**

В качестве промежуточного вывода можно констатировать следующее. Если сравнивать европейские порядки административного судопроизводства по ряду критериев, то в целом преобладают черты сходства. В организации системы судостроительства следует все ещё отметить наличие существенных различий, что в значительной степени объясняется действием принципа организационной автономии. Равным образом, можно наблюдать различия в видах исков и жалоб. Тем не менее, важное значение имеет здесь то, что посредством несколько иначе оформленного иска иногда можно достигать того же, что и посредством родственного, но в соответствующем правопорядке, тем не менее, отсутствующего института. В регулировании вопросов отлагательного действия и предварительной правовой защиты можно констатировать - не в последнюю очередь благодаря судебной практике Страсбурга и Люксембурга - все больше общих черт. И, наконец, основные процессуальные максимы всё в большей степени могут также определяться как полюса шкалы, на которой можно разместить европейские правопорядки. Основные принципы процесса предстают, таким образом, как факторы конвергентного движения, при помощи которых со временем можно лучше сравнивать друг с другом черты сходства и различия европейских правопорядков.

## **IV. Условия допустимости**

Европейские системы административного судопроизводства устанавливают ряд условий допустимости, которые должны быть исполнены кумулятивно для того, чтобы суд смог заняться рассмотрением заявления по существу. Условия допустимости могут рассматриваться как минимум с двух различных точек зрения. С точки зрения традиционного теоретического подхода (модель «красный светофор», *red-light-Perspektive*) они сужают или соответственно расширяют доступ к судебной правовой защите. В центре внимания находится истец, который либо получает судебное решение по существу дела, либо иск которого объявляется недопустимым. С точки зрения регулятивного подхода (модель «зелёный светофор», *green-light-Perspektive*), напротив, наличие предпосылок для вынесения решения по существу может рассматриваться также как основание, которое вообще создаёт саму возможность для судов



вмешиваться в действия административных органов. Подобная дихотомия следует также и при рассмотрении условий допустимости либо с точки зрения принципа субъективной правовой защиты, либо объективного правового контроля.

Процессуальные нормы, регулирующие порядок судопроизводства, устанавливают в принципе аналогичные условия допустимости. Однако, в отдельных пунктах, естественно, они коренным образом различаются. Нижеследующее изложение необходимо ограничивается, следовательно, рассмотрением основных общих принципов. В частности, исследование фокусируется на предмет контроля (см. ниже, пункт 1), требовании исчерпания допустимых средств защиты (см. ниже, пункт 2), право на подачу иска или жалобы (см. ниже, пункт 3) и основания иска или жалобы (см. ниже, пункт 4).

## 1. Предмет контроля

### а) Институт «административного акта» и его правовые последствия

В прошлом столетии в некоторых европейских правовых порядках компетенция и полномочия административных судов определялись посредством их перечисления в примерных каталогах (т.н. *принцип перечня* – **прим. Дайджеста**). В рамках судебной процедуры предметом оспаривания могло быть соответственно только то, что было чётко указано в законе. Под воздействием требований, установленных в европейском праве, метод перечисления уступил место закреплению полномочий в форме т.н. генеральной клаузулы (общей оговорки – **прим. Дайджеста**).<sup>182</sup> В соответствии с этим, любое распоряжение органа власти в принципе может быть оспорено, за исключением случаев, когда иное предусмотрено законом. Тем не менее, отчасти довольно узко определённые исключения ни в коем случае не могут служить основанием для вывода, что в остальном любые действия административных органов являются оспоримыми в судебном порядке.<sup>183</sup> Так, если в конкретной правовой системе правовая защита ограничена формализованными административными актами, то общие административные действия вне

---

<sup>182</sup> Насколько можно судить, исключением является только Греция; см. *Efstathiou* (сноска 111), пункт 76.

<sup>183</sup> По данному вопросу см. *Georg Ress, Gerichtlicher Rechtsschutz des Einzelnen gegen rechtswidriges Handeln der vollziehenden Gewalt*, в: Mosler (сноска 56), с. 58.

формализованного процесса не могут быть оспорены.<sup>184</sup> Кстати, подобное регулирование, в свою очередь, может противоречить установкам, вытекающим из европейского права.

К концу 19-ого века для обозначения регулирования, устанавливаемого в одностороннем порядке государственным органом для конкретного (единичного) случая, в доктрине и практике утвердилось понятие административного акта.<sup>185</sup> *Otto Mayer (Otto Mayer)* первым чётко отграничил его от остальных действий административных органов управления.<sup>186</sup> С сегодняшней точки зрения институт административного акта предстаёт обусловленным мышлением в бинарных кодировках.<sup>187</sup> В соответствии с такой логикой, либо в наличии имеется предмет иска (жалобы), подлежащий контролю в полном объёме, либо же, в противном случае, его вообще не существует. Существование нечто промежуточного является, по самому определению, невысказанным. Такой подход может вести к тому, что, например, внутриведомственные распоряжения и указания исключались бы из системы судебной правовой защиты.<sup>188</sup> Подобное ограничение формализованными актами находится в полной противоположности к английскому праву, в котором вид оспариваемых мер (административного органа – **прим. Дайджеста**) не играет никакой роли и поэтому не имеет существенного значения, были ли они приняты в форме правового распоряжения, указания, определения, в письменной или устной форме или только в виде реального действия.<sup>189</sup> При всех этих общих характеристиках следует, конечно, учитывать, что в национальных правовых системах различных государств конкретные очертания института административного акта в определённой мере значительно отличаются друг от друга. Так например, область применения французского *acte administratif* распространяется в том числе и на правовые распоряжения (правительства – **прим. Дайджеста**). Иначе, чем в случае более узкого субъективного понимания административного акта в Германии, во Франции речь идёт об объективном контроле правомерности, при котором его распространение на генерально-абстрактные регулирования,

---

<sup>184</sup> См. *René Seerden*, Comparative Remarks, в: ders. (Hg.), Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States, a Comparative Analysis, 2007, с. 401, 409.

<sup>185</sup> *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, с. 411.

<sup>186</sup> См. *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, <sup>2</sup>1914, с. 95 (первое издание 1895).

<sup>187</sup> В поддержку позиции *Niklas Luhmann*, Die Codierung des Rechtssystems, в: Roellecke (Hg.), Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?, 1988, с. 337, 366.

<sup>188</sup> См. например *Holoubek* (сноска 128), пункт 76 и *Gonod* (сноска 33), пункт 127.

<sup>189</sup> См. *Craig* (сноска 71), пункт 47.

устанавливаемые исполнительной властью, предстаёт более логичным.<sup>190</sup> Кроме того, по общему правилу, типично административными актами ограничена лишь судебная правовая защита; в то же время в случае применения форм внесудебного контроля круг подлежащих контролю актов обычно является более широким.

Административный акт в таком понимании должен обосновывать права и обязанности и, тем самым, быть направленным на достижение определённых правовых последствий. В отличие от этого, ординарное административное действие направлено просто на достижение определённых фактических последствий или на изменение фактического положения. Сюда относятся, например, изготовление актов, проведение обсуждений или докладов, а также неформальные согласования, взаимодействие с другими органами власти или непосредственное осуществления предписаний административного права, как например, оцепление улицы после дорожно-транспортного происшествия. То обстоятельство, что ординарные административные действия полностью исключены из системы правовой защиты, в определённых случаях не может считаться приемлемым. Так например, официальные предупреждения и рекомендации могут иметь в высшей степени ощутимые экономические последствия для предприятия или фирмы. По этой причине суды перешли к тому, что они, несмотря на отсутствие формализованного административного акта, стали проверять фактические административные действия<sup>191</sup> или - при наличии сомнений – стали исходить из презумпции наличия оспоримого акта.<sup>192</sup> В других странах этот вопрос был решён либо посредством определения в законе круга неформальных административных действий, которые могут быть оспорены,<sup>193</sup> либо посредством дачи расширительного толкования понятия административного акта<sup>194</sup> либо

<sup>190</sup> *Christian Schönberger*, IPE IV, § 71 пункт 23.

<sup>191</sup> См. например позицию Высшего Арбитражного Суда Швеции (*Regeringsrätten*), RÅ 2004 ref 8 (оспоримость служебного предупреждения об использовании определённых сортов оливкового масла); *Marcusson* (сноска 43), пункт 26. См. в отличие от этого, решение Суда Европейского Союза EuGH, Rs. C-521/04, Slg. 2005, I-3103, пункт 31 и 34 – *Tillack* (неоспоримость предоставления информации Европейской Службой по борьбе с мошенничеством).

<sup>192</sup> Такой позиции придерживается высший Арбитражный Суд Польши; *Biernat* (сноска 72), пункт 131.

<sup>193</sup> В Австрии оспоримыми являются акты непосредственного применения административных дисциплинарных и принудительных мер, как например, контрольные закупки или арест продукции, а также административные действия органов полиции; *Holoubek* (сноска 128), пункт 74, пункт 86 и пункт 30 и далее.

<sup>194</sup> Это действует в Португалии (*Pereira da Silva/Salgado de Matos* [сноска 40], пункт 89 и сл., 158 и 168 и далее) и во Франции (*Gonod* [сноска 33], пункт 126). В Германии административные акты могут издаваться также в устной форме. Информационная деятельность государственных органов подлежит, соответственно, судебной защите;

посредством допуска ходатайств об издании распоряжений о признании (права – **прим. Дайджеста**).<sup>195</sup> Хотя непосредственно осуществление исполнительных мер и санкций органов управления нередко не подлежит оспариванию, однако, в отличие от этого, оспоримым являются распоряжения о применении этих мер. Конституционное право внесло свой вклад в расширение правовой защиты и на реальные акты (действия), создав институт «фактического вторжения в основные права» (*faktischer Grundrechtseingriff*).

То обстоятельство, что наряду с административно-правовыми соглашениями и правовыми распоряжениями, оспоримыми являются в принципе только административные акты, связано с фокусировкой континентальных систем на преобладание начал письменного производства в административном процессе. То, что реализуется в рамках устного производства и, таким образом, происходит собственно чисто де-факто, согласно этой концепции не подлежит проверке в судебном порядке.<sup>196</sup> Наконец, ограничение оспоримости может быть связано также со скорее традиционным пониманием административного права. Если в противоположность этому, оно понимается как наука процесса управления (*Steuerungswissenschaft*), то к категории оспоримых актов могут подпадать также и действия, которые осуществляются не в традиционной форме правового акта.<sup>197</sup>

#### **в) Генерально-абстрактные распоряжения правительства и органов управления**

Оспаривание генерально-абстрактных норм следует принципу, в соответствии с которым жалобы против закона нужно подавать в конституционные суды, а против постановлений и распоряжений, изданных правительством и органами управления, в отличие от этого - в административные суды. Оба вида обжалования имеются в наличии не везде. С одной стороны, если исходить из требований, вытекающих из предписаний европейского права, можно предположить, что приемлемость закона или постановления должна подлежать *инцидентной* проверке в связи с оспариванием индивидуально-конкретного распоряжения. С другой

---

более подробно см. *Friedrich Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, в: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (сноска 19), § 50 пункт 11 и далее. Через расширительное определение акт, в отношении которого допускается подача жалобы (иска) утрачивает качество административного акта в первоначальном смысле.

<sup>195</sup> Это действует в Швейцарии; *Tobias Jaag*, in diesem Band, § 83 пункт 144. По данному вопросу в общем см. *Fromont* (сноска 47), с. 118 и сл.

<sup>196</sup> В отношении Германии см. выше, сноска . 194.

<sup>197</sup> *Voßkuhle* (сноска 12), пункт 23.

стороны, однако, то, насколько в национальных правовых системах, помимо этого, допускается *прямая* возможность обжалования генерально-абстрактных норм, в значительной степени ещё продолжает находиться на усмотрении самих государств. Европейское право, в частности, ст. 6 ЕКПЧ, не требует, соответственно, от государств, чтобы они предусматривали в своих национальных системах процедуры абстрактного нормоконтроля.<sup>198</sup> Естественно, государства могут выходить за рамки минимальных требований европейского права и предусматривать возможность непосредственного обжалования законов и постановлений. Так, системы административного судопроизводства в ряде европейских государств допускают обжалование распоряжений и постановлений, устанавливая при этом в относительно общих формулировках условия допустимости жалобы.<sup>199</sup> В других странах сформулированы более жёсткие условия допустимости,<sup>200</sup> в результате чего обращение в суд нередко оказывается недопустимым ввиду отсутствия правомочия на подачу жалобы. Однако, в свете требований, вытекающих из европейского права, тенденция допускать возможность оспаривания, может в дальнейшем усилиться.

### с) Правовая защита при договорных правоотношениях с административными органами

В отношении споров, касающихся договорных соглашений между государством и частными лицами, в большинстве стран предусматриваются сравнительно широкие возможности правовой защиты в судебном порядке. Так например, французский Государственный Совет признал возможность обжалования решений о заключении договора<sup>201</sup> или отмену или изменение соглашений, заключённых с третьими лицами.<sup>202</sup> В

<sup>198</sup> См. решение ЕСПЧ от 19.4.1991, DR 69, *Ruiz-Mateos u.a./Spanien*; дифференцированный анализ см. *Tim Corthaut/Frédéric Vaneste*, *Waves between Strasbourg and Luxembourg: The Right of Access to Court to Contest the Validity of Legislative or Administrative Measures*, *Yearbook of European Law* 2006, с. 475, 485 и далее.

<sup>199</sup> Так например, в Англии, Франции (см. выше сноска 86), Португалии (*Pereira da Silva/Salgado de Matos* [сноска 40], пункт 177 и далее) и Испании. По вопросу о превентивном контроле постановлений и распоряжений Государственным Советом во Франции, Испании и Италии см. *Armin von Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 1999, с. 438 и далее.

<sup>200</sup> Так в Германии и Италии, где оспаривание возможно в том случае, если оспариваемая норма непосредственно затрагивает интересы данного лица; см. *Jacques Ziller*, *La dialectique du contentieux européen: le cas des recours contre les actes normatifs*, *FS für Michel Fromont*, 2001, с. 443, с. 458 и сл.

<sup>201</sup> CE, 4.8.1905, *Martin; Gonod* (сноска 33), пункт 131.

<sup>202</sup> CE, 16.7.2007, *Société Tropique travaux signalisation*.

сфере права, регулирующего вопросы размещения государственных заказов (*Vergaberecht*), возможности оспаривания следуют уже непосредственно из нормативных предписаний, установленных в европейском и международном праве. В случае споров, вытекающих из договорных правоотношений, компетенцией по их рассмотрению обладают, как правило, административные суды,<sup>203</sup> но в отдельных случаях также и общие суды по гражданским делам.<sup>204</sup> При разграничении компетенции нередко учитывается характер обязательств, вытекающих из соответствующего договора.<sup>205</sup> В остальном же относительно находящихся в распоряжении юридических процедур существует широкий спектр вариантов решения.

#### d) Предварительный вывод

Обзор действий органов государственной власти, которые могут быть оспорены, позволяет констатировать существенные различия. Их существование может быть объяснено отличиями в традициях административного права, а также особенностями требований, предписываемых европейским правом, которые все ещё оставляют государствам-участникам значительную свободу усмотрения.

## 2. Исчерпание инстанционного порядка рассмотрения дела

В ряде правовых порядков действует принцип субсидиарности административно-правовой защиты.<sup>206</sup> В соответствии с ним, прежде, чем обратиться в административный суд, сначала должны быть исчерпаны все иные допустимые средства обжалования (оспаривания).<sup>207</sup> В основе этого

---

<sup>203</sup> Так например, в Австрии при спорах относительно договоров соответствующие государственные органы должны принимать формальное решение; *Holoubek* (сноска 128), пункт 75.

<sup>204</sup> Так в Нидерландах, где для соглашений с государственными органами действуют нормы частного права; *Fromont* (сноска 47), с. 147 и сл. Также в Швеции для договоров между государством и частными лицами не действуют особые административно-правовые регулирования; *Marcusson* (сноска 43), пункт 27.

<sup>205</sup> *Kahl* (сноска 46), пункт 79.

<sup>206</sup> См. выше.

<sup>207</sup> См. например *R v. Chief Constable of Merseyside ex parte Calveley* [1986] QB 424 (CA) 437 (May LJ). Во Франции по спорам, связанным с налогами, сначала необходимо обратиться к соответствующему региональному директору, а затем в апелляционную комиссию на уровне департамента.

лежит идея, что обращение в суд является исключительно «крайней мерой» (*Ultima ratio*). Если стороны получают удовлетворительную правовую защиту в рамках процедуры внутриадминистративного или внешнего административного контроля, это экономит возможные финансовые и временные затраты, связанные с ведением судебного разбирательства.

### 3. Правомочие на обжалование

Для того, чтобы иметь возможность предъявить жалобу (иск), заинтересованное лицо или лица должны обладать процессуальной правоспособностью, дающей основание выступать стороной спора (*Parteifähigkeit*) и процессуальной дееспособностью, дающей основание самостоятельно участвовать в разбирательстве (*Prozessfähigkeit*). Вопрос о процессуальной правоспособности, решается, прежде всего, в соответствии с нормами национального права. Для объединений лиц, как например, религиозных объединений или общественных организаций, возможность участия может устанавливаться также на основе вышестоящих в правовой иерархии норм права. В свою очередь, под процессуальной дееспособностью понимается возможность предпринимать процессуальные действия самостоятельно. Процессуальная дееспособность регулируется в значительной степени национальным правом. В качестве дальнейших условий личного характера участники должны иметь полномочие на ведение процесса (*locus standi, standing, qualité pour recourir*), а также интерес в получении правовой защиты (*intérêt à agir, interest to sue*). Оба вышеупомянутых условия обобщаются понятием «правомочие на обжалование»; они освещаются в дальнейшем более подробно, поскольку они особенно интересны со сравнительно-правовой точки зрения.

#### а) Соотношение между правомочием на обжалование и пониманием правовой защиты

Для лучшего понимания с точки зрения сравнительно-правовой перспективы центральное значение имеет, прежде всего, то, что понятие права на обжалование находится в тесной связи с общим пониманием института правовой защиты. В системах, в которых порядок правовой защиты основывается на идее объективного контроля, для наличия правомочия на обжалование, как правило, достаточным является присутствие у лица *фактического* интереса. Последний в спорном случае

скорее подтверждается судами, так как в процессе речь идёт не только об интересах индивида, но и о публичных интересах.<sup>208</sup> В рамках процесса субъективной правовой защиты к правомочию на обжалования предъявляются более высокие требования, так как, по общему правилу, нужно доказать наличие *защищённого законом* интереса. Эта мысль будет в дальнейшем ещё более углублена. Но сначала, однако, следует рассмотреть, как понимание правовой защиты в фактическом плане отражается на правомочии на обжалование.

#### **в) Правомочие на обжалование в рамках процедуры объективного контроля**

В государствах с процедурой объективного контроля правомочию на обжалование даётся широкое определение. Английская система административно-судебной защиты, которая обнаруживает в себе также отдельные субъективные элементы, с точки зрения правомочия на обжалование может рассматриваться прямо-таки как прототип объективной системы контроля. При определении правомочия на обжалование английские суды располагают широким усмотрением. То обстоятельство, что они часто великодушно подтверждают наличие права на обжалование, связано с тем, что в рамках процедуры проверки допустимости жалобы нужно преодолеть многочисленные другие барьеры, как например, требование наличия актуального интереса, надлежащего основания для подачи жалобы или запрет противоречивого поведения.<sup>209</sup> В результате наличия множества подобных неопределённо сформулированных оснований приемлемости доля исков, которые терпят неудачу уже на стадии проверки допустимости (*permission stage*), составляет примерно 75%.<sup>210</sup> Адвокаты, представляющие своих истцов, часто нередко не могут понять те основания, которые послужили тому, что в одном случае иск допускался, а в другом случае - отклонялся. В то время как один судья объявляет почти половину всех поданных ему исков допустимыми, то другие отклоняют 90% исков уже на уровне контроля допустимости.<sup>211</sup> С точки зрения истца при таком положении дел может

<sup>208</sup> См. *Pieter van Dijk*, *Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of an Interest to sue*, 1980, с. 221 и сл.

<sup>209</sup> Более подробно см. *Lord Bingham*, *Should public law remedies be discretionary?*, *Public Law* 1991, с. 64, 68 и далее; *Lord Woolf/Jeffrey Jowell/Andrew Le Sueur*, *De Smith's Judicial Review*, 2013, пункты 16–014 и далее, 16–046 и далее.

<sup>210</sup> *Harlow/Rawlings* (сноска 12), с. 687 и сл.; общий обзор *Committee of the JUSTICE-All Souls Review of Administrative Law*, *Administrative Justice: Some necessary reforms*, 1988, с. 152.

<sup>211</sup> *Varda Bondy/Maurice Sunkin*, *Accessing Judicial Review*, *Public Law* 2008, с. 647, 662 и сл., 665.



возникнуть впечатление, что успех иска зависит от того, на какого судью наталкиваешься в рамках процедуры проверки допустимости. Поскольку судьи уже на стадии проверки допустимости дают определённую правовую оценку, определяя, перевешивают ли аргументы, говорящие в пользу судебного контроля, или аргументы в пользу сферы автономной ответственности административных органов (*Eigenverantwortung der Verwaltung*), они тем самым на ранней фазе функционально разграничивают роль административных органов и административного контроля.<sup>212</sup> В государствах, системы контроля которых основаны на принципе субъективной защиты (*contentieux subjectif*), проведение подобного разграничение в рамках контроля наличия права на обжалования невозможно. Если в конкретном случае нарушено субъективное право, судья должен признать жалобу (иск) допустимой, при условии, если выполнены остальные предпосылки. Для взвешивающей правовой оценки в вышеуказанном понимании здесь в принципе нет места.

**с) Права на обжалования, предоставляемые субъектам, не являющимся непосредственно заинтересованными лицами**

Сформулированные в нормах европейского права стандарты оставляют за государствами-участниками все ещё значительную свободу усмотрения при определении и регулировании права на обжалование. Собственно конкретные обязательства в отношении предоставления права обжалования иным лицам, чем непосредственно заинтересованные лица - это все ещё исключение.<sup>213</sup> Так, государства сами решают, должны ли они гарантировать возможность подачи жалобы (иска) для обеспечения надлежащего правоприменения. Наиболее важная форма подобных исков - это т.н. общедоступная «публичная жалоба», то есть жалоба, которая может быть предъявлена любым лицом (*Popularklage*; в российской литературе этот термин нередко переводится как «народная» или «популярная» жалоба – прим. Дайджеста). Она основывается на мысли, что должно иметься как минимум хотя бы одно средство правовой защиты, которое направлено на обеспечение правильного осуществления объективного права.<sup>214</sup> На конституционном уровне подобная *actio popularis* закреплена только в Португалии, причём это право

---

<sup>212</sup> *Stephan Gerstner*, Die Drittschutzdogmatik im Spiegel des französischen und britischen Verwaltungsgerichtsverfahrens, 1995, с. 169.

<sup>213</sup> Например, права союзов по охране окружающей среды в области имплементации Орхусской Конвенции о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды; *Sabine Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 2009, с. 398 и далее.

<sup>214</sup> См. *Bleckmann* (сноска 100), с. 22.

предоставляется, тем не менее, только тогда, когда нарушены определённые конституционные права истца.<sup>215</sup> Данное положение напоминает, на первый взгляд, право на жалобу при нарушении прав Европейской Конвенции по правам человека (ст. 14 ЕКПЧ). Естественно, португальская норма отличается от регулирования Конвенции вследствие того, что она в определённых областях гарантирует право любого лица на *судебную* защиту, а не просто правовую защиту в целом, которая может обеспечиваться также и административными органами власти, как это имеет место в случае ст. 14 ЕКПЧ. Таким образом, португальское право идёт значительно дальше, чем регулирование в ряде других стран, которые допускают «публичную жалобу» только в отдельных правовых областях, как например, в сфере муниципального права (*Kommunalrecht*),<sup>216</sup> права планирования (*Planungsrecht*)<sup>217</sup> или регулирования выборов<sup>218</sup> и т.д.<sup>219</sup> Для этих правовых областей общим является то, что уже сам оспариваемый акт касается множества людей. Правовые проблемы, связанные с широким кругом потенциальных истцов, могут быть лучше учтены при установлении такой формы обжалования. Если, напротив, возможность подачи «публичной жалобы» предусматривается в других областях, то стороны (правоотношения – **прим. Дайджеста**) никогда не могут быть уверены, что административный акт, который, в конечном счете, касается только них, совершенно неожиданно будет обжалован каким-то лицом, не имеющим вообще никакого отношения к предмету разбирательства. Схожие соображения имеют значение и для административных органов власти, которые должны были бы считаться с возможностью подачи против них жалобы (иска) также и тогда, когда сами непосредственно заинтересованные лица со всей определённой отказались от предъявления претензий. Если признать, например, право на обжалование налогоплательщиками финансовых решений центрального правительства, это, в конечном счёте, было бы равнозначно *actio popularis*, которая едва ли совместима с принципами правовой стабильности и определённости и правилом предсказуемости.<sup>220</sup>

<sup>215</sup> Ст. 52 абзац 3 Конституции Португалии (право требовать возмещения вреда, в частности, для того, чтобы способствовать судебному рассмотрению нарушений в сфере государственного здравоохранения, прав потребителей, качества жизни и сохранения окружающей среды и культурного наследия); *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 197.

<sup>216</sup> СЕ, 29.3.1901, *Casanova* (Klagebefugnis eines Gemeindesteuerpflichtigen gegen eine Verwaltungshandlung, die das Budget seiner Gemeinde belastet); право на обжалование актов общин в Швеции *Marcusson* (сноска 43), пункт 54.

<sup>217</sup> *Mir* (сноска 118), пункт 147.

<sup>218</sup> *Bleckmann* (сноска 100), с. 27.

<sup>219</sup> Дальнейшие примеры см. ниже.

<sup>220</sup> См. например СЕ, 13.2.1930, *Dufour*. См., однако, выше, сноска 216.

Другой возможностью обеспечения осуществления объективного права является право обжалования, предоставляемое либо объединениям, либо специальным уполномоченным лицам, например, по защите данных или обеспечению принципа равноправия и другим специально уполномоченным лицам, наделённых правами и обязанностями в области защиты публичных интересов. У частных лиц нередко отсутствует время, возможности и соответствующее правомочие для того, чтобы самостоятельно требовать обеспечения защиты публичных интересов. В противоположность этому, объединения, как например, союзы по защите окружающей среды, или специальные уполномоченные имеют больше возможностей для реализации подобных интересов. Соответствующие правомочия на обжалования могут вытекать из права Евросоюза,<sup>221</sup> национального законодательства<sup>222</sup> или судебной практики.<sup>223</sup> В основе этого лежит идея, что у индивидуальных субъектов просто не хватает временных и финансовых ресурсов, чтобы осуществлять публичные интересы. Так например, если правительство предоставляет в распоряжение какого-либо государства деньги в рамках реализации проекта по оказанию экономической помощи, частное лицо не может обжаловать такое решение, ссылаясь на то, что другие неразвитые страны в большей степени нуждались в таких средствах. В свою очередь, частная организация может оспорить подобный проект только тогда, когда ей на основе регулирования в законе предоставлено соответствующее право. Например, английский Верховный суд (*High Court*) в одном из аналогичных случаев, несмотря на все возражения, допустил соответствующий иск неправительственной организации. Суд обосновал это тем, чтобы правительства или граждане государств, не учтённых при распределении помощи, едва ли могли подать иск (жалобу) против такого проекта.<sup>224</sup> Для континентального европейца подобное обоснование может, на первый взгляд, показаться странным. Но, с другой стороны, оно

---

<sup>221</sup> Право на подачу жалобы (иска) предоставляемое союзам по охране окружающей среды в рамках экспертиз экологической совместимости (*Umweltverträglichkeitsprüfung*), а также в области иммисионного, водного права и законодательства об утилизации отходов, как результат имплементации положений Орхусской Конвенции о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды; *Kahl* (сноска 46), пункт 149; см. также *Ruffert* (сноска 40), пункт 37, а также выше, сноска 213.

<sup>222</sup> См. например *Kahl* (сноска 46), пункт 123; *Jaag* (сноска 195), пункт 146.

<sup>223</sup> Так например, право подачи жалобы объединениями лиц в целях защиты интересов своих членов. Иначе ещё СЕ, 30.11.1979, *Martin*, где подобное правомочие отрицалось.

<sup>224</sup> *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte World Development Movement Ltd* [1995] 1 WLR 386 (QB) 395 (Rose LJ); по данному вопросу см. *Craig* (сноска 71), пункт 95.

соответствует тенденции английских судов, которые в спорных случаях скорее предпочитают подтвердить право на обжалование и отклонить жалобу по иным основаниям. Если этим и не удавалось добиться догматической логичности, всё же, тем самым, пробелы в системе правовой защиты восполнялись эффективным и прагматичным образом. Можно констатировать и тенденцию, что если суды оказываются неготовыми к предоставлению таких возможностей, нередко на помощь прибегает законодатель.

Осуществлению объективного права может служить, наконец, также и предоставление права на обжалование публично-правовым образованиям и органам управления. Так, нижестоящие административные органы власти нередко правомочны, например, подавать иски против решений административных судов. Наиболее радикальной является в этом смысле модель, принятая в Португалии, где Генеральный Адвокат обладает компетенцией оспаривать действия административных органов первой инстанции и участвовать в уже текущем процессе.<sup>225</sup> Соответственно, заинтересованное лицо должно сначала ждать, будет ли благоприятное для него постановление или распоряжение оспорено или нет. С одной стороны, это вызывает некоторую правовую неопределённость, но с другой стороны это способствует корректному применению права. В определённом смысле аналогичную дилемму можно наблюдать также в случае предоставления правомочий на подачу уже упомянутых «публичных жалоб» и на подачу жалоб союзами или объединениями, однако наиболее отчётливо она обнаруживается, тем не менее, в случае широких полномочий органов власти к применению средств правовой защиты против отмены их собственных решений. Поэтому не удивительно, что широкие правомочия на обжалование в государствах с субъективным пониманием правовой защиты встречаются значительно реже или вовсе отсутствуют.

#### **d) Системы с субъективно-правовым пониманием права на обжалование**

Германская и австрийская правовые системы основываются на субъективном понимании института правовой защиты. Наряду с многочисленными законодательными положениями, которые содержат конечные предписания относительно общей направленности и целей, в обоих правопорядках имеются большое число предписаний условной природы.<sup>226</sup> Отношения между административными органами и

<sup>225</sup> См. выше; *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 195.

<sup>226</sup> Более подробно см. *Rüdiger Breuer, Zur Lage der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung* 36 (2003), с. 271, 275 и сл.

гражданами понимается по аналогии к гражданскому праву как правоотношение с взаимными правами и обязанностями. Соответственно, индивид рассматривается как носитель субъективных публичных прав. В основе германского и австрийского административного судопроизводства лежит системный принцип «иска потерпевшего лица» (*Verletztenklage, contentieux subjectif*, иски, вытекающие из нарушения субъективных прав), поскольку истец должен доказать нарушение собственных прав, гарантированных соответствующей защитной нормой (*Schutznorm*).<sup>227</sup> Тем самым, названные правопорядки отличаются от французской системы «иска заинтересованного лица» (*Interessentenklage, contentieux objectif*, иски, основанные на нарушении нормы объективного права), в которой истец должен доказать исключительно (фактический) *действительный* интерес. В целом, германские суды трактуют требование наличия права на подачу иска (жалобы) менее строго, чем австрийские суды.<sup>228</sup> В результате индивид может потребовать правовую защиту, таким образом, против почти любогоотягающего (обременяющего) акта. Нередко правовая защита обеспечивается и посредством того, что в нормах закона констатируется наличие субъективно-правового контента.<sup>229</sup> В случаях, имеющих отношение к действию права Евросоюза, судам не оставался никакой иной выбор, как идти этим путём.<sup>230</sup> За рамками права Евросоюза германский законодатель сохраняет значительную свободу действий, которая позволяет ему формулировать правовые нормы и стандарты таким образом, чтобы затруднить возможность выведения на их основе конкретных субъективных прав.<sup>231</sup> Отчасти это приводило к чувствительным пробелам в системе правовой защиты, как например, при регулировании прав хозяйствующих субъектов на обжалования актов коммунальных органов или при регулировании вопросов предоставления субсидий третьим лицам.<sup>232</sup> В последующем эти пробелы правовой защиты, благодаря тому, что соответствующие положения были интерпретированы в субъективно-правовом контексте, были в

<sup>227</sup> *Holoubek* (сноска 128), пункт 67 и сл.; *Kahl* (сноска 46), пункт 121.

<sup>228</sup> См. *Holoubek* (сноска 128), пункт 30 и далее.

<sup>229</sup> *Kahl* (сноска 46), пункт 125 и сл.; *Armin von Bogdandy/Peter M. Huber*, IPE III, § 42 пункт 90 и сл.

<sup>230</sup> Вытекающее из права Евросоюза право на издание плана действий при регулировании вопросов поддержания чистоты воздуха как нарушенное право истца в смысле § 42 абзац 2 германского Положения об административных судах, *VwGO (Kahl* [сноска 46], пункт 141, 147 и далее); *Zulassung von Konkurrentenklagen im Beihilfe- und Wettbewerbsrecht (Holoubek* [сноска 128], пункт 67 и сл.).

<sup>231</sup> *Johannes Masing*, *Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht*, в: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (сноска 12), § 7 пункт 100; более подробно см. *von Bogdandy/Huber* (сноска 229), пункт 88 и далее.

<sup>232</sup> *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, <sup>2</sup>2004, пункт 4/74; *Thomas Würtenberger*, *Verwaltungsprozessrecht*, <sup>2</sup>2006, пункт 292 и сл.

значительной степени ликвидированы. Тем не менее, это не может заслонить того факта, что германский законодатель в определённых границах вполне может ограничивать гарантию надлежащей юридической процедуры (*Rechtsweggarantie*, этот термин нередко переводится как «гарантия обращения в суд по поводу нарушенного права»), отказываясь от признания в соответствующих нормах субъективных прав.

### е) Выводы

Не только в немецкоязычных странах формулируется требование, в соответствии с которым оспариваемые действия должны нарушать защищённые законом интересы истца.<sup>233</sup> Требование «непосредственного поражения» (*Betroffenheit*) в законно защищённых интересах известно также, например, в Греции, Польше и Венгрии. По сравнению с системами административного судопроизводства, в которых достаточным критерием является наличие действительного интереса,<sup>234</sup> в этих странах критерии правовой защиты определены более узко. Примеры Франции и Англии впечатляющим способом показывают, что круг лиц, правомочных на подачу иска (жалобы), в системах административного судопроизводства, которые базируются на идее объективной правовой защиты, может быть достаточно широким. Здесь были признаны, например, право лица, регулярно посещавшего богослужения, на обжалование решения о закрытии церкви,<sup>235</sup> право пользователей общественного транспорта на жалобу против решения об отмене трамвайного маршрута,<sup>236</sup> право ветерана-фронтовика на иск против выдачи «фронтового удостоверения» лицу, нахождение которого на фронте не было подтверждено<sup>237</sup> или право бывшего редактора журнала «Таймс» (*Times*) на подачу жалобы против ратификации Маастрихтского договора.<sup>238</sup>

Названные примеры показывают, что требование наличия у субъекта права на обжалование имеет центральное значение. Одно и то же действие (или акт) в одном государстве могут быть доступны для правового

---

<sup>233</sup> *Efstratiou* (сноска 111), пункт 82 и 84 и сл., *Biernat* (сноска 72), Rn. 11; *Bleckmann* (сноска 100), с. 33.

<sup>234</sup> Наряду с Францией также Швеция (*Marcusson* [сноска 43], пункт 58) и Швейцария (*Jaag* [сноска 195], пункт 146).

<sup>235</sup> СЕ, 8.2.1908, *Abbé Deliard*.

<sup>236</sup> СЕ, 21.12.1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*.

<sup>237</sup> СЕ, 13.5.1949, *Bourgoin*.

<sup>238</sup> *R v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Rees-Mogg* [1994] QB 552 561 и сл. (Lloyd LJ), здесь достаточными были признаны сомнения с точки зрения конституционного права; дальнейшие примеры см. *Craig* (сноска 71), пункт 94 и сл.

контроля в административно-судебном порядке, а в другом – нет, и это только по причине наличия или отсутствия права на обжалование. Роль национальных традиций не ограничивается их влиянием на регулирование полномочий на ведение процесса от собственного имени (*Prozessführungsbefugnis*) и индивидуального интереса, подлежащего правовой защите (*Rechtsschutzinteresse*). Они играют роль также и на уровне регулирования соответствующих прав муниципальных образований, которые в одних странах могут защищать своё право на самоуправление в судебном порядке,<sup>239</sup> а в других - нет. В принципе, можно констатировать, что минимальные требования, сформулированные в европейском праве, смогли способствовать в этой области определённому сближению различных европейских правопорядков, в результате чего судебная практика, основанная на субъективно-правовом понимании института правовой защиты, с одной стороны, и на идее объективного контроля, с другой, сближаются друг с другом.<sup>240</sup> Однако, в конечном счёте, общее понимание института правовой защиты, лежащее в основе соответствующего правопорядка, по-прежнему имеет фундаментальное значение для регулирования критериев -допустимости иска (жалобы).

#### 4. Основания иска (жалобы)

##### а) Основания жалобы и пределы контроля

Является ли допустимой оценка административного действия в судебном порядке, и если да, то в каком объёме, зависит от двух факторов:

- во-первых, от каталога сформулированных законодателем оснований жалобы, то есть наличия урегулированной в законе возможности подачи жалоб на незаконность, на нарушение процессуальных прав или на ошибочное применение усмотрения, и следовательно, от установленного в законе масштаба контроля;

- во-вторых, от так называемой степени интенсивности или «плотности проверки» (*Prüfungsdichte*), осуществляемой судом в конкретном случае, чем обуславливается, например, сдержанность при технических или политических вопросах, более детальная проверка при нарушении фундаментальных основных прав и т.д.

<sup>239</sup> Так в Германии (*Kahl* [сноска 46], пункт 26) и Швейцарии.

<sup>240</sup> *Thomas von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, с. 133 и сл.

Объем проверки зависит, вместе с тем, не только от того, как закон формулирует основания иска (жалобы), но и от того, как суд толкует и применяет право в данном конкретном случае.<sup>241</sup> Так например, применимое право может вполне допускать пересмотр дискреционных актов правительства, то есть актов, в отношении которых действует принцип свободы усмотрения. Если, однако, компетентный суд ограничивает свой контроль в конкретном случае до такого минимума, что оспоренный акт не отменяется даже в исключительных случаях, то истец, несмотря на наличие предусмотренного законом основания для иска (жалобы), в результате остаётся без правовой защиты. Хотя он получает вынесенное судом решение по существу дела, поскольку суд рассмотрел его заявление, все же, в конечном счёте, для него не имеет в итоге никакого значения, был ли процесс проигран вследствие того, что законодательство не допускало возможность подачи жалобы или вследствие того, что суд ограничил пределы своей проверки. По этой причине при исследовании допустимых законом жалоб следует соответственно также всегда принимать во внимание то, как суды определяют пределы контроля в каждом конкретном случае. При этом обнаруживается, что суды иногда удивительно свободно применяют масштабы контроля, определённые в законе.

### в) Противоправность

Общепризнанным является правило, что европейские административные суды должны всегда иметь возможность рассматривать дела об оспаривании противоправности действий административных органов. Этот минимальный европейский стандарт сформировался сравнительно рано, был кодифицирован в ст. 6 ЕКПЧ и в дальнейшем был закреплён в праве Евросоюза. Так, Суд ЕС требует от национальных судов применение той плотности контроля, которая практикуется им самим.<sup>242</sup> На основе этого общеевропейского стандарта истец должен иметь возможность оспорить не только материальную противоправность решения, но и формальную. Решение является материально противоправным, если оно нарушает писанные или неписанные нормы права. Административное действие является формально противоправным, например, при нарушении предписаний о соблюдении определённой формы (*vice de forme, procedural impropriety*), отсутствии компетенции (*incompétence, ultra vires*) или нарушении процессуальных прав (*vice de procédure*). Естественно,

<sup>241</sup> См. *Christoph Grabenwarter*, in diesem Band, § 90 пункт 73 и далее.

<sup>242</sup> EuGH, Rs. C-120/97, Slg. 1999, I-223, пункт 29, 32 f., 35 – *Upjohn*; Rs. C-55/06, Slg. 2008, I-2931, пункт 163 и далее – *Arcor*. Более подробно см. *Claus Dieter Classen*, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, с. 172 и сл.



формальные ошибки в некоторых континентальных государствах только тогда ведут к отмене оспоренного акта, если они повлияли на результат решения.<sup>243</sup> Процедура разбирательства понимается здесь большей частью как «служебная» («*dienend*»); в соответствии с такой концепцией его целью является единственно обеспечение корректного материального правоприменения.<sup>244</sup> Суды, по общему правилу, воздерживаются от того, чтобы отменять административные акты только на основе наличия формальных ошибок, так как это значило бы в их трактовке только излишнюю «работу вхолостую», результат которой всё равно не в состоянии что-то изменить в материальном результате.<sup>245</sup> Это ведёт к тому, что на переднем плане оказывается контроль результата, в то время как контроль процедуры предстаёт скорее как имеющий второстепенное значение или даже как своего рода довесок, не заслуживающий особого внимания.<sup>246</sup>

При подобном подходе упускается из виду, что материальное и формальное право взаимно дополняют друг друга.<sup>247</sup> Процедура разбирательства не является самоцелью, а обеспечивает, особенно при открыто сформулированных нормах, чтобы заинтересованные лица могли участвовать в делиберативном процессе осуществления права. Это особенно подчёркивается гарантированным в ст. 41 Хартии основных прав ЕС правом на надлежащее управление, которое содержит в себе ряд основополагающих процессуальных прав, как например, право быть заслушанным или требование обязательного обоснования принимаемых решений. В несколько упрощённом виде можно сформулировать, что тот, кто хотел бы видеть в процедуре разбирательства только служебный и подчинённый характер, видит в процессе применения права лишь простое исполнение закона, которое, в крайнем случае, может осуществляться и без участия сторон процесса. Такое понимание давно преодолено сегодняшней методологией: вместо того, чтобы оценивать процессуальное право как

---

<sup>243</sup> Так в Германии и во Франции (*Clemens Ladenburger*, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht*, 1999, с. 168 и далее), а также в Италии (*de Pretis* [сноска 103], пункт 71 и 173) и Австрии (*Holoubek* [сноска 128], пункт 66 с дальнейшими ссылками в сноске 106). Аналогично в Португалии; *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 192 сноска 143.

<sup>244</sup> Наиболее чётко это прослеживается в Германии; см. *Kahl* (сноска 46), пункт 62 и 120.

<sup>245</sup> См., в частности, решение RÅ 2005 ref 54, в котором шведский Высший Административный Суд (*Regeringsrätten*) отказался отменить административный акт, несмотря на отсутствие его обоснования; более подробно см. *Marcusson* (сноска 43), пункт 35 и 58.

<sup>246</sup> См. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungskontrolle: Einleitende Problemskizze*, в: *ders./Hoffmann-Riem* (Hg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, с. 9, 21.

<sup>247</sup> См. *Hermann Hill*, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, с. 202 и сл.

вторичное, оно понимается скорее как комплементарное. Отказ от рассмотрения процессуального права как имеющего лишь служебное и подчинённое значение, кроме того, позволяет лучше учитывать также установки и предписания европейского права.<sup>248</sup> Так, целесообразность специфической самостоятельной оспоримости процессуальных действий может обуславливаться тем, что предусмотренные в праве Евросоюза процессуальные права подлежат самостоятельной реализации и защите.<sup>249</sup> Требования, вытекающие из европейского права, хотя и смогли, таким образом, несколько смягчить противоречия между материально-правовым пониманием права, характерным для континентальных систем, и формально-правовым пониманием права, находящимся под англосаксонским влиянием, однако, не смогли их окончательно примирить.

### с) Ошибки при установлении обстоятельств дела

В соответствии с судебной практикой Европейского Суда по правам человека, суды должны иметь возможность проверять установление обстоятельств дела органами управления в принципе в полном объёме.<sup>250</sup> В отличие от этого, если установление фактов состоялось в рамках квази-судебной процедуры, суды могут ограничиваться лишь моментами, обжалованные истцом, и должны отменять только такие решения, в основе которых лежит совершенно неприемлемое установление обстоятельств дела.<sup>251</sup> Таким образом, европейское право не требует всеобъемлющее осуществление принципа, согласно которому суд обязан исследовать все предоставленные ему по делу факты (*Untersuchungsmaxime*). В отличие от этого, признаётся необходимость наличия у суда компетенции по проверке жалоб, не только связанных с правовыми вопросами, но и связанных с вопросами установления фактов.

---

<sup>248</sup> Wolfgang Kahl, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, VerwArch 95 (2004), с. 1, 19 и далее.

<sup>249</sup> В конкретном случае норма, предусматривающая, что процессуальные действия могут оспариваться не самостоятельно, а лишь посредством средств правовой защиты, допустимых против решения по существу, может оказаться несоответствующей праву Евросоюза; Kahl (сноска 46), пункт 120 и 145.

<sup>250</sup> Обзор судебной практики ЕСПЧ см., Nr. 60860/00, решение от 14.11.2006, пункт 43 и далее – *Tsfayo/Vereinigtes Königreich*; *Christoph Grabenwarter*, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1997, с. 426 и далее.

<sup>251</sup> ЕСПЧ, Nr. 19178/91, решение от 22.11.1995, Serie A 335-A, пункт 44 – *Bryan/Vereinigtes Königreich* (процедура рассмотрения проектного плана в специализированных органах, предполагающая широкую свободу усмотрения); по данному вопросу см. *Craig* (сноска 71), пункт 25.

**d) Контроль применения усмотрения**

Для европейских систем административного права общим является принцип, что органы власти могут применять предоставленную им свободу усмотрения исключительно в рамках норм права и в соответствии с установленными в законе целями таких дискреционных полномочий.<sup>252</sup> Если этот принцип оказывается нарушенным, то в зависимости от установленного в процессуальном законодательстве порядка<sup>253</sup> это может представлять собой правонарушение, ошибку в применении усмотрения или самостоятельное основание иска.<sup>254</sup> То, что суды могут проверять дискреционные решения, принимаемые органами власти по их усмотрению, не означает, тем не менее, что последние лишаются тем самым свободы действий и усмотрения. Наоборот, такая свобода действий в качестве принципиального концепта лежит в основе большинства европейских процессуальных законов. Так например, в ряде стран процессуальные законы устанавливают строгий запрет контроля целесообразности.<sup>255</sup> Запрет абсолютного, то есть не предусматривающего исключений контроля может выводиться в этом случае из законодательных<sup>256</sup> или конституционных<sup>257</sup> гарантий самостоятельности деятельности органов управления. Если правительства или органы управления в определённой области правомочны действовать самостоятельно, то соответственно и правовой контроль такой деятельности со всей необходимостью возможен только в ограниченном объёме.<sup>258</sup>

Пределы свободы усмотрения, которые национальные суды признают за органами управления, в различных системах существенно различаются. Двумя противоположными крайностями на этой шкале являются Англия и Германия. Английские административные суды первоначально

---

<sup>252</sup> *Grabenwarter* (сноска 241), пункт 27 и далее. *Martina Künnecke*, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, 2007, с. 73 и далее.

<sup>253</sup> *Grabenwarter* (сноска 241), пункт 46 и далее.

<sup>254</sup> Недостаточный учёт цели закона (*détournement de pouvoir*); *Clemens Lerche*, *Landesbericht Frankreich*, в: Frowein (Hg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, 1993, с. 1 и далее; *Brown/Bell* (сноска 154), с. 246.

<sup>255</sup> См. *Grabenwarter* (сноска 241), пункт 58 и далее, с дальнейшими ссылками.

<sup>256</sup> См. положение в португальском Кодексе административного судопроизводства, в соответствии с которым суды должны уважать «формулирование собственных оценок реализации административных задач» (ст. 71 и 95 абз. 3); *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 199 и сл.

<sup>257</sup> Ст. 20 абз. 2 Основного Закона, по данному вопросу см. *Kahl* (сноска 46), пункт 10. К французскому принципу самостоятельности органов административного управления см. *Gonod* (сноска 33), пункт 24 и далее.

<sup>258</sup> *Hans Christian Röhl*, *Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?*, *Die Verwaltung*, Beiheft 2, 1999, с. 33, 40.

вмешивались только тогда, когда решение представлялось до такой степени необоснованным, что никакой рационально действующий орган власти не вынес бы подобного решения.<sup>259</sup> Эта планка была установлена судебной практикой настолько высоко, что взять её было практически также сложно или невозможно, как в случае германского критерия «объективного произвола»;<sup>260</sup> по выражению одного английского судьи необоснованность должна была прямо-таки бросаться в глаза, чтобы была признана необходимость её исправления.<sup>261</sup> Суды с полным основанием впоследствии отказались от этого строгого масштаба и сегодня проверяют, могут ли они со своей стороны признать решение разумным.<sup>262</sup> В отличие от этого, германские административные суды признают за органами управления гораздо меньшую степень свободы принятия решений.<sup>263</sup> Между этими двумя полюсами располагаются масштабы контроля, применяемые в настоящее время во Франции. В вопросах, связанных с экономикой, строительством, охраной окружающей среды, сферой безопасности и внешней политики, масштаб контроля является довольно ограниченным. Наряду с этим, осуществляется и судебный контроль в умеренной форме, что предполагает всестороннюю проверку, но только вопросов права. И наконец, осуществляется и контроль в полном объеме, который включает в себя также проверку пропорциональности (соразмерности).<sup>264</sup> После того, как в Англии долгое время можно было наблюдать только один единственный масштаб контроля, сегодня судебная практика уже давно разработала более дифференцированную градацию степеней осуществляемой ими проверки. Так, в случаях, связанных с защитой основных прав или недостаточной обоснованностью административных актов органов управления, можно наблюдать значительно более строгий масштаб чем, например, в делах, касающихся

---

<sup>259</sup> *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, 230 (Lord Greene).

<sup>260</sup> *Matthias Herdegen*, Landesbericht Großbritannien, в: Frowein (сноска 253), с. 38, 41 и сл. и 54 и сл.

<sup>261</sup> *R v. Lord Chancellor ex parte Maxwell* [1997] 1 WLR 104, 109 (Henry LJ): „In making such a challenge, the applicant has a mountain to climb. [...] Decisions so unreasonable as to warrant interference jump off the page at you”.

<sup>262</sup> *R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 2 AC 532; *Craig* (сноска 71), пункт 99. См. также *Paul Craig*, Judicial review of questions of law: a comparative perspective, в: Rose-Ackerman/Lindseth (сноска 61), с. 449, 452 и сл.

<sup>263</sup> *Kahl* (сноска 46), пункт 128 и далее. В сравнительно-правовом контексте см. *Künnecke* (сноска 252), с. 132; *Ralf Brinktrine*, *Verwaltungsermessens in Deutschland und England: Eine rechtsvergleichende Untersuchung von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung im deutschen und englischen Verwaltungsrecht*, 1998, с. 515 и далее.

<sup>264</sup> *Умеренный контроль (Contrôle restreint), нормальный контроль (contrôle normale) и максимальный контроль (contrôle maximum)*; подробно см. *Classen* (сноска 242), с. 149 и далее.

сферы безопасности или внешней политики.<sup>265</sup> В свою очередь, также Суд ЕС и ЕСПЧ явно проявляют больше сдержанности при разрешении дел, которые требуют специальных профессиональных знаний или касаются деликатных вопросов экономико-политических квалификаций.<sup>266</sup>

Сравнительно высокая плотность контроля германских административных судов связана с дифференциацией между двумя правовыми категориями: усмотрением и неопределёнными правовыми понятиями.<sup>267</sup> В соответствии с этим подходом в нормах применимого права проводится различие между фактическим составом (*Tatbestand*) и правовым последствием (*Rechtsfolge*). В то время как неопределённость в определении правовых последствий предоставляет органу управления свободу усмотрения, в отношении неопределённо сформулированных предпосылок фактического состава или неопределённых правовых понятий суды должны иметь возможность осуществлять контроль в полном объёме. Исключение должно делаться тогда, когда имеется так называемая «свобода оценки» (*Beurteilungsspielraum*). Эта свобода оценки существует только в том случае, если она может быть установлена судом в положениях закона, следовательно, если норма, по мнению суда, предоставляет органу управления право на «окончательное и общеобязательное» толкование («*letzverbindliche*» *Auslegung*).<sup>268</sup> Даже если суды на основе этого узкого определения признают свободу оценки, за ними всегда остаётся право контролировать, правильно ли орган власти применил имеющуюся у него свободу усмотрения.<sup>269</sup> В этих рамках суд проверяет, соответственно, выбрал ли орган управления правовое последствие, которое предусмотрено законом, была ли им принята во внимание цель предписания, дающего полномочие на применение

<sup>265</sup> Jeffrey Jowell, *Administrative Justice and Standards of Judicial Review*, FS Sir Francis Jacobs, 2008, с. 172, 180 и далее.

<sup>266</sup> См. например решение Суда ЕС EuGH, Rs. C-56/93, Slg. 1996, I-723, пункт 10 – *Belgien/Kommission* (критерии предоставления государственных субсидий); см. также решение ЕСПЧ, Nr. 8543/79 и др., Решение от 26.6.1986, Serie A 101, Rn. 36 – *van Marle u.a./Niederlande* (неприменимость гарантий права на обращение в суд к оценкам показателей на сдаче экзаменов, которая была обоснована тем, что контроль подобных оценок не относится к типичным функциям судов).

<sup>267</sup> *Von Bogdandy/Huber* (сноска 229), пункт 79.

<sup>268</sup> *Kahl* (сноска 46), пункт 128.

<sup>269</sup> § 114 предложение 1 германского Положения об административных судах – VwGO: «Если административный орган правомочен действовать по своему усмотрению, суд проверяет также не является ли административный акт [...] неправомерным вследствие того, что превышены пределы усмотрения, предусмотренные в законе» («Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt [...] rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind»); аналогично § 40 Закона об административных процедурах - VwVfG.

усмотрения, и применил ли он предоставленное ему усмотрение. В отличие от этого, неопределённые правовые понятия, то есть использованные в законе юридические термины, содержание которых не является однозначным, практически всегда подлежат неограниченной судебной проверке.<sup>270</sup> Подобная дифференциация смогла утвердиться только в немецкоязычном правовом пространстве.<sup>271</sup> Попытки отказаться от подобного, уникального для Европы разграничения,<sup>272</sup> не увенчались успехом. Между тем, германская концепция ошибочного применения усмотрения (*Ermessensfehlerlehre*) выглядит прямо-таки архаизмом.<sup>273</sup> В специальной литературе различаются сегодня до четырнадцати разновидностей ошибочного применения усмотрения.<sup>274</sup> Подобное едва ли обозримое детальное дифференцирование имело в судебной практике следствием, что осуществление судебного контроля в полном объёме стало правилом, в то время как признание свободы оценки, напротив, стало скорее исключением.<sup>275</sup> Определённую сдержанность германские административные суды проявляют лишь при оценке личных квалификаций (в частности, проверке профессиональной пригодности или оценке должностного соответствия), проверке актов независимых коллегиальных органов, созданных на паритетных началах, а также решений, основывающихся на прогнозах (*Prognoseentscheidungen*).<sup>276</sup> В остальном же суды всегда проверяют действия административных органов исчерпывающим образом. Это является полной противоположностью другим правопорядкам, в которых умеренно-сдержанный контроль является правилом, а более детальный, напротив, исключением.

Более строгая проверка, осуществляемая немецкими судами, обусловлена, естественно, не одной только проводимой ими дифференциацией между усмотрением и неопределёнными правовыми понятиями. В конечном счёте, её следует объяснять исключительно исторически. В условиях национал-социалистского режима всякий судебный контроль постепенно был полностью ликвидирован. После крушения Третьего Рейха реализация идеи о том, что не человек существует для государства, а, наоборот, государство для человека,<sup>277</sup> стала

<sup>270</sup> Впервые в решении Федерального Конституционного Суда ФРГ, BVerwGE 5, 153, 162.

<sup>271</sup> Grabenwarter (сноска 241), пункт 35 и далее.

<sup>272</sup> Schmidt-Aßmann (сноска 232), пункт 4/46 и сл.; Thomas Groß, Die deutsche Ermessenslehre im europäischen Kontext, ZÖR 2006, с. 625, 641.

<sup>273</sup> См. Groß (сноска 272), с. 641.

<sup>274</sup> Robert Alexy, Ermessensfehler, JZ 1986, с. 701, 703 и далее.

<sup>275</sup> Groß (сноска 272), с. 632 и сл.; он же (сноска 45), с. 428.

<sup>276</sup> Kahl (сноска 46), пункт 131.

<sup>277</sup> Проект конституционного Конвента в Херренкимзее, ст. 1 предложение 1, в: Wilms (Hg.), Dokumente zur neuesten deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. III/1, 2001.

для Германии особо актуальной.<sup>278</sup> Это необходимо повлияло и на судебную практику. Индивид больше не был как при национал-социалистском режиме подданным, а стал гражданином.<sup>279</sup> Если прежде он был полностью во власти ничем не ограниченного, необузданного произвола органов управления, теперь он мог снова уверенно противостоять им теперь как носитель субъективных прав, подлежащих защите в судебном порядке.<sup>280</sup> В тот период эта субъективация (*Subjektivierung*) представлялась в качестве своего рода «коперниковского переворота».<sup>281</sup> Конституционная гарантия права на обращение в суд в соответствии со ст. 19 абз. 4 Основного Закона предполагала нарушение субъективных прав. Эта «фундаментальная норма»<sup>282</sup> чувствовалась как «главное формальное конституционное право»,<sup>283</sup> которое закладывает<sup>284</sup> «ключевой камень в свод здания правового государства».<sup>285</sup> Если изначально административное право конструировалось в значительной мере в отрыве от конституционного права и толковалось как более устойчивое («конституционное право проходит, административное право остаётся», *Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*),<sup>286</sup> то сегодня оно понимается как «конкретизированное конституционное право» (*konkretisiertes Verfassungsrecht*).<sup>287</sup> При ближайшем рассмотрении субъективация не означала радикального изменения парадигм, как она представлялась сначала. Германские граждане обрели субъективные права

<sup>278</sup> Rainer Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, с. 21.

<sup>279</sup> Решении Федерального Конституционного Суда ФРГ в: BVerwGE 1, 159, 161 – *Fürsorgeanspruch*.

<sup>280</sup> См. например, показательное решение Федерального Конституционного Суда в: BVerwGE 1, 321, 326 – *Kleingarten*.

<sup>281</sup> Fritz Ossenbühl, 40 Jahre Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1993, с. 753, 756.

<sup>282</sup> Решение Федерального Конституционного Суда BVerfGE 58, 1, 40 – *Eurocontrol I*.

<sup>283</sup> Friedrich Klein, Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), с. 67, 88, аналогично центральному материальному основному праву человеческого достоинства (ст. 1 абз. 1 во взаимосвязи со ст. 2 абз. 1 Основного Закона).

<sup>284</sup> Richard Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, в: Wandersleb (Hg.), Recht – Staat – Wirtschaft, Bd. 3, 1951, с. 9. См. уже Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, <sup>8</sup>1928 (перездано в 1960 г.), с. 39 и сл., где автор охарактеризовал создание специальных административных судов как «поворотный момент» и как «венец правового государства». Представление об административном судопроизводстве как «ключевом камне доктрины правового государства» см. уже у Karl Freiherr von Lemayer, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Grünhuts Zeitschrift 22 (1895), с. 353, 380.

<sup>285</sup> Von Bogdandy/Huber (сноска 229), пункт 76 и далее.

<sup>286</sup> Mayer (сноска 186), с. VI.

<sup>287</sup> Fritz Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, с. 527 (также в *он же*, Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, с. 212).

уже в 19-ом веке. В период национал-социализма эти субъективные права были уничтожены. Перед национал-социалистами стояла при этом не слишком сложная задача. Хотя в 19-ом веке и были введены принципы правового государства и принцип законности (*Legalitätsprinzip*), подданные, тем не менее, не превратились тогда в подлинных граждан. Так, прусские чиновники административной и государственной службы в значительной степени набирались из аристократии. Кроме того, имелся глубокий разрыв между политической, то есть близкой к государству буржуазией (административные служащие, судьи, профессора) и экономической буржуазией.<sup>288</sup> Идея субъективных прав была, таким образом, ничуть не нова. Что отсутствовало, так это условия, которые защищали бы субъективные права против тоталитарных тенденций, как например, тенденций национал-социалистского периода.

Суды должны были, таким образом, конкретизировать, наряду с другими основными правами, также и гарантию права на обращение в суд и надлежащую юридическую процедуру. Уже скоро положение индивида как субъекта прав стало пониматься как основа для права на надлежащее (правильное) применение усмотрения или «дискреционных полномочий». Согласно этой концепции индивид должен был иметь право на исчерпывающий судебный контроль.<sup>289</sup> В частности, суды в принципе должны были проверять неопределённые правовые понятия в полном объёме.<sup>290</sup> Из гарантии права на обращение в суд по поводу нарушенного права Федеральный Конституционный Суд вывел обязанность административных судов проверять административные акты с правовой и фактической точки зрения в полном объёме.<sup>291</sup> Вследствие этого, в противоположность Англии, ограничение контроля общей проверкой принципиальной приемлемости административного решения или же контролем отсутствия элементов произвола признавалось недопустимым.<sup>292</sup> Вновь обнаруженное правовое государство, упрощённо говоря, представало в результате судебским государством (*Justizstaat*) и торжествовало свою победу над административным усмотрением и дискреционными полномочиями органов исполнительной власти, этим

---

<sup>288</sup> *Hartmut Kaelble*, *Französisches und deutsches Bürgertum 1870–1914*, в: Kocka (Hg.), *Bürgertum im 19. Jahrhundert*, Bd. 1, 1988, с. 107, 139.

<sup>289</sup> *Wahl* (сноска 278), с. 23 и сл. («фобия на свободу действий органов административного управления»); *Grabenwarter* (сноска 241), пункт 4 и далее, («почти враждебное отношение к усмотрению», пункт 7).

<sup>290</sup> Особо выделено у *Hartmut Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, <sup>19</sup>2013, § 7 пункт 62.

<sup>291</sup> См. например, решение Федерального Конституционного суда ФРГ в: BVerfGE 8, 274, 326 – *Preisgesetz* и 58, 1, 40 – *Eurocontrol I*.

<sup>292</sup> *Eberhard Schmidt-Aßmann*, в: Maunz/Dürig (Hg.), *Kommentar GG*, Art. 19 Abs. 4 пункт 183.



«апокрифическим политическим реликтом исчезнувшего права монархов».<sup>293</sup> Соответственно, немецкие суды не ограничивались проверкой того, можно ли рассматривать правовую позицию органа власти в принципе допустимой. Скорее напротив, они подвергали акты органов управления всестороннему контролю, проверяя их в полном объеме, в том числе с точки зрения органа власти, принявшего соответствующее решение.<sup>294</sup> Такая концепция идентичности нормы действия и нормы контроля находилась в явном противоречии с той поверхностностью, с которой английские суды в послевоенное время осуществляли проверку действий административных органов. Англия испытала свой последний большой политический переворот в 17-ом веке, и можно было больше не опасаться возврата во времена деспотизма. В практике английских судов в период до и во время последней мировой войны были сформулированы стереотипы контроля,<sup>295</sup> которые не могли быть использованы судами послевоенной Германии уже в силу специфического исторического опыта.

Другой причиной относительно высокой плотности контроля, осуществляемого германскими судами, являются скорее незначительные возможности для демократического участия. Если уж граждане не могли добиваться всеобъемлющего, не говоря уже непосредственного, демократического участия в осуществлении политической власти, то, всё же, они должны были получить, по крайней мере, максимально широкую защиту средствами административного судопроизводства.<sup>296</sup> В этих рамках управление рассматривается соответственно, в первую очередь, не как выражение демократического самоопределения, а как угроза индивидуальной свободе.<sup>297</sup> Наконец, ещё одна причина более высокой плотности контроля заключается также в том, что в противоположность англосаксонской концепции для германских административных судов более важным является скорее результат процесса, а не сам процесс.<sup>298</sup>

Плотность проверки, характерная для других европейских административных судов, может быть показана на шкале между двумя крайностями - между моделями Англии и Германии. Если, например,

---

<sup>293</sup> *Hans Heinrich Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, с. 201. Аналогично этому *Otto Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), с. 175, 195 и 339.

<sup>294</sup> *Kahl* (сноска 46), пункт 128.

<sup>295</sup> См. *Liversidge v. Anderson* [1942] AC 206 (отказ в судебной проверке оснований, побудивших министра внутренних дел во время Второй мировой войны отдать приказ об интернировании). Аналогично CE, 4.1.1918, *Graty* (недопустимость жалобы на распоряжение об интернировании бельгийского гражданина во время Первой мировой войны).

<sup>296</sup> *Wahl* (сноска 278), с. 19.

<sup>297</sup> *Kahl* (сноска 46), пункт 93.

<sup>298</sup> См. *Kahl* (сноска 46), пункт 67.

Австрия и Испания приближаются скорее к германской модели, Франция лишь немного удаляется от английского конца шкалы.<sup>299</sup> Во всех системах плотность проверки повысилась в результате включения в неё контроля пропорциональности.<sup>300</sup> (При этом не всегда бывает просто чётко отграничить контроль пропорциональности от контроля адекватности.) В случае английских судов это привело к ощутимому расширению масштаба проверки.<sup>301</sup> В Германии принцип пропорциональности стал вообще *центральный* масштабом контроля.<sup>302</sup> Аналогичное развитие можно наблюдать в других странах.<sup>303</sup> Если оставаться в рамках примера со шкалой, то в целом можно сказать, что европейские страны двигаются по ней скорее в направлении Германии. Естественно, можно подвергнуть сомнению то, что всеобъемлющий судебный контроль всегда представляет для заинтересованного лица оптимальное решение. С учётом существования разных концепций правовой защиты остаётся надеяться, что европейские административные суды при определении плотности осуществляемого ими контроля будут сохранять ориентацию на рамки рассматриваемого конкретного случая, а также не будут постоянно стремиться в тенденции к максимально плотному контролю. Если установлен слишком высокий стандарт плотности проверки, то правительство и органы управления теряют необходимую свободу манёвра, что, в свою очередь, может весьма чувствительно сдвигать тонко уравновешенные в соответствующих политических системах параметры разделения властей. Чрезмерная плотность судебного контроля приводит к тому, что несколько утрачивает своё значение также внутренний и внешний административный контроль. По этой причине вариативная адаптация плотности проверки к особенностям конкретного случая остаётся постоянной задачей административных судов.

---

<sup>299</sup> См. *Gonod* (сноска 33), пункт 135; *Volker Schlette*, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, с. 344 и далее; *Grabenwarter* (сноска 250), с. 128 и далее, 352.

<sup>300</sup> *De Pretis* (сноска 119), с. 313 и далее; *Aldo Sandulli*, La proporzionalità dell'azione amministrativa, 1998, с. 39 и далее; *Christoph Möllers*, in diesem Band, § 93 пункт 63.

<sup>301</sup> См. *Craig* (сноска 71), пункт 104 и *Ruffert* (сноска 40), пункт 23.

<sup>302</sup> *Kahl* (сноска 46), пункт 16.

<sup>303</sup> Например, в Греции (*Efstathiou* [сноска 111], пункт 91), Италии (*de Pretis* [сноска 103], пункт 16, 82 и 178), Испании (*Mir* [сноска 118], пункт 6, 16 и 153) и Швейцарии (*Jaag* [сноска 195], пункт 22 и далее).

## 5. Некоторые выводы по вопросу об условиях допустимости

Различные предпосылки допустимости, связанные с такими критериями, как предмет иска, правомочие на обжалование и возможные основания иска, находятся в тесной взаимосвязи друг с другом. В зависимости от того, как определяется круг административных действий, которые могут быть оспорены, правовая защита может подвергаться определённым ограничениям. В свою очередь, в Германии жалоба может оказаться недопустимой в ситуации, когда сам по себе административный акт и является в принципе оспоримым, однако отсутствует истец, права которого нарушены данным актом в смысле ст. 19 абз. 4 Основного Закона. В Англии правовая защита ограничивается как вследствие наличия у судов широкого усмотрения при решении вопроса о допустимости, так и в результате применения вариативной плотности контроля, который иногда сужается настолько, что заинтересованные лица выигрывают судебные процессы только в действительно самых крайних случаях. Условия допустимости должны, таким образом, исследоваться всегда в их общей взаимосвязи; изолированное рассмотрение чаще всего даёт неверную картину. Если рассмотрение ограничить, например, сравнением исключительно правомочия на обжалование, то это сравнение, скорее всего, приведёт к выводу, что «третьим лицам» проще добиться принятия решения по существу в Англии и во Франции, чем в Германии. В действительности же, составить правильное представление об объёме обеспечения правовой защиты в сравниваемых странах можно только в том случае, если к рассмотрению привлечь также предмет иска и остальные условия допустимости. По этой причине вопрос о том, отсутствие какого необходимого условия приводит к отказу в иске (жалобе), в конечном счёте, не имеет существенного значения. Если иск (жалоба) признаётся недопустимым, правовая защита ограничивается в любом случае.<sup>304</sup> Подобное ограничение является постольку допустимым, поскольку оно согласуется с положениями европейского права. В соответствии с этим, решающее значение, в конечном счёте, имеет только то, является ли предоставленная правовая защита эффективной в области применения вышестоящего права. Вместе с тем, государства-участники располагают определённой свободой действия при регулировании конкретных предпосылок для принятия судебного решения по существу.

При рассмотрении права на обжалование становится очевидным, что никогда не следует упускать из виду также и масштаб судебной проверки. Если иск или жалоба признаются допустимыми, поскольку это

---

<sup>304</sup> *Chris Himsworth, Convergence and Divergence in Administrative Law*, в: Beaumont/Lyons/Walker (Hg.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, 2002, с. 99, 108 и сл.

соответствует установленному регулированию приемлемых оснований для обращения в суд, это ещё не значит, что суд проверяет эти обращения в полном объёме. Отказное решение может быть принято, в частности, по той причине, что суд проявляет особую осторожность при оценке сложных вопросов применения усмотрения. Получает ли заинтересованное лицо отказное решение или решение о недопустимости, нередко зависит во многом от случайных факторов и обстоятельств. Здесь же следует отметить, что решение о недопустимости часто не отличается существенным образом от отказного решения по существу. По меньшей мере, это действует в отношении определения судебных издержек и порядка их возмещения. Наконец, следует учитывать, что с точки зрения процессуального права проверка судом наличия условий допустимости представляет собой только первую фазу судебного процесса. Это особенно отчётливо обнаруживает пример английской процедуры контроля допустимости.<sup>305</sup> Условия допустимости могут рассматриваться, таким образом, исключительно в их совокупности, и в контексте их применения судами в конкретном случае.

## 6. Исключение судебной защиты

То обстоятельство, что законодатель и судебная власть ограничивают правовую защиту, регулируя (или соответственно применяя) различные условия допустимости, приводит к тому, что существуют определённые области, в которых судебная защита исключается. Это не вызывает возражений с точки зрения европейского права в той мере, в какой соответствующие ограничения не имеют отношения к праву Евросоюза, к гражданским правам и обязанностям (*civil rights and obligations*) или к административным действиям, носящим квазиуголовно-правовой характер. Хотя область применения права Евросоюза и права ЕКПЧ значительно выросла, за европейскими государствами сохраняется, тем не менее, определённая свобода действий. Так например, судебная практика Страсбурга, как и прежде, позволяет устанавливать исключения из принципа судебной защиты в так называемых «ключевых областях» публичного права.<sup>306</sup> Это объясняется тем, что сначала страсбургская судебная практика демонстрировала особую осторожность при распространении области применения ст. 6 ЕКПЧ на административное

---

<sup>305</sup> См. выше.

<sup>306</sup> Решение ЕСПЧ, №. 62023/00, решение о допустимости от 13.1.2005 – *Emesa Sugar N.V./Niederlande*(„hard core of public authority prerogatives“).

право. На более же поздних фазах её распространение на специальные области административного права происходило настолько стремительно, что на передний план всё более выдвигался вопрос, а собственно для каких областей ещё действуют исключения из требования наличия эффективного судебного контроля. Пожалуй, именно учёт свободы усмотрения национальных государств и устоявшихся структур в традиционно публично-правовых областях приводит к тому, что судебная практика в результате все ещё допускает исключения из правила обязательного предоставления судебной защиты. Это действует, в частности, в сфере правового регулирования положения иностранцев,<sup>307</sup> вопросов гражданства и избирательного права, а также в сферах, демонстрирующих особенно тесное отношение к государственным структурам, например в области школьного образования,<sup>308</sup> воинской обязанности или службы в вооружённых силах. ЕСПЧ признаёт исключения из права на судебную защиту в таких областях допустимыми даже тогда, когда (действиями государства – **прим. Дайджеста**) затрагиваются имущественные интересы, и, тем самым – согласно устоявшейся точке зрения – также и *civil rights*.<sup>309</sup> В отличие от этого, свобода действий государств-участников в других областях ограничивалась во всё большей степени. Прежде всего, это касалось, в частности, области регулирования государственной службы, а также сферы предоставления предварительной правовой защиты.<sup>310</sup> Такое развитие связано, в первую очередь, с тем, что судебная практика ЕСПЧ приобрела особое значение (также и в чисто в количественном выражении) только в восьмидесятых годах<sup>311</sup> и лишь медленно и весьма осторожно расширяла сферу действия ст. 6 ЕКПЧ за те пределы, которые были установлены существовавшей в то время Европейской Комиссией по

---

<sup>307</sup> См. например, решение ЕСПЧ, Nr. 39652/98, решение от 5.10.2000, ECHR 2000-X, пункт 37 и сл.– *Maaouia/Frankreich*; EGMR, Nr. 48321/99, решение от 9.10.2003, ECHR 2003-X, пункт 94 – *Slivenko/Lettland*. См. в отличие от этого *R (Harrison) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] EWCA Civ 432 (CA) [29] и [34] (Keene LJ; неприменимость ст. 6 ЕКПЧ; тем не менее, подтверждена компетенция судов по национальному праву).

<sup>308</sup> *R (B) v. Head teacher of St Michael's Church of England School* [2007] EWHC 2052 (Admin) [9] (Beatson J) (неприменимость ст. 6 ЕКПЧ к экзаменам на аттестат зрелости).

<sup>309</sup> В качестве примера решение ЕСПЧ, Nr. 24194/94, решение от 21.10.1997, ECHR 1997-VI, пункт 51 – *Pierre-Bloch/Frankreich* (утрата места в парламенте).

<sup>310</sup> См. решение ЕСПЧ, Nr. 63235/00, решение от 19.4.2007, ECHR 2007-II пункт 62 – *Vilho Eskelinen u.a./Finland* (принципиальная применимость ст. 6 ЕКПЧ к отношениям, возникающих при найме на работу, предполагающую особые доверительные отношения к структурам государства) и Nr. 17056/06, решение от 15.10.2009, ECHR 2009, пункт 82 – *Micallef/Malta* (меры предварительной правовой защиты); см. также ниже, сноска 338.

<sup>311</sup> До 1980-го года Суд вынес всего 36 постановлений; *Mark W. Janis/Richard c. Kay/Anthony Bradley*, *European Human Rights Law*, <sup>3</sup>2008, с. 69 и сл.

правам человека.<sup>312</sup> Кроме того, определённую роль играет и то обстоятельство, что все больше вопросов, лежащих вне сферы действия ст. 6 ЕКПЧ, регулируются правом Евросоюза, как например, правовое регулирование порядка предоставления убежища.<sup>313</sup> Тем не менее, можно назвать целый ряд ещё остающихся последних «национальных редутов».

#### а) Внешняя политика и политика безопасности

В первую очередь, под действие принципа предоставления судебной защиты нередко не подпадают акты (государственной власти – **прим. Дайджеста**) в области внешней политики и политики безопасности. При этом, когда речь идёт о государственных актах, прямо не затрагивающих индивидуально заинтересованных лиц, это не вызывает особых проблем.

Так например, признание иностранных государств,<sup>314</sup> установление дипломатических отношений, исполнение обязательств по отношению к третьим государствам<sup>315</sup> или объявление войны<sup>316</sup>, по общему правилу, не затрагивают напрямую индивида. Таким образом, распространение судебной правовой защиты также и на такие акты мало бы что давало. Суды вынуждены были бы в этом случае принимать решения по вопросам, не имеющим очевидных последствий для конкретных индивидуальных правовых позиций. Следует отметить, что исключение судебной правовой защиты в областях внешней политики и политики безопасности допустимо

---

<sup>312</sup> В соответствии с практикой Комиссии исключение составляли, в частности, выплаты на исследовательские цели (Европейская Комиссия по правам человека, № 6776/74, решение от 19.12.1974, DR 2, с. 123, 124 – *X/Schweden*) или выплаты на учебные цели (Европейская Комиссия по правам человека, № 14688/89, решение от 4.12.1989, пункт 1 – *Simpson/Vereinigtes Königreich*).

<sup>313</sup> См. выше, сноска 97.

<sup>314</sup> *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keller Ltd* [1967] 1 Law Reports (Appeal Cases, Third Section) 853, 903 (Lord Reid) - обязательность для судов решения правительства о непризнании Германской Демократической Республики в качестве государства.

<sup>315</sup> *De Pretis* (сноска 103), пункт 9 (недопустимость жалобы, направленной против строительства американской военной базы, что было обосновано тем, что итальянское правительство согласилось на то, чтобы предоставить для этого территорию). См. в отличие от этого, противоположное решение английского Высшего суда по делу, которое также обнаруживало аналогичные политические коннотации (*World Development Movement*, см. выше, сноска 224).

<sup>316</sup> См. *R (Campaign for the Nuclear Disarmament) v. Prime Minister* [2002] EWHC 2777 (QB) [59] (Richards J) (недопустимость жалобы, которая была направлена против отправки военного контингента в Ирак в соответствии с Резолюцией ООН).

также и согласно Рекомендации Совета Министров по судебному пересмотру административных актов.<sup>317</sup>

Если же, напротив, речь идёт об имплементации санкций ООН (как например, замораживании банковских счетов или запрете въезда в страну,<sup>318</sup> отказе в предоставлении дипломатической защиты,<sup>319</sup> возложении обязанности расследовать случаи причинения смерти в вооружённых силах,<sup>320</sup> возобновлении испытаний ядерного оружия<sup>321</sup> или о других сферах, имеющих отношение к защищённым правовым позициям<sup>322</sup>), то встаёт вопрос о гарантиях судебной правовой защиты. При этом принцип обеспечения «эффективной правовой защиты» отнюдь не требует, чтобы всегда гарантировалась возможность непосредственного обжалования самого международно-правового акта. В принципе следует

---

<sup>317</sup> Рекомендация (2004) 20 Комитета министров Совета Европы государствам-членам по судебному пересмотру административных актов (принята Комитетом министров 15 декабря 2004 года, см. пункт 13.

<sup>318</sup> В качестве примера из практики последнего времени можно указать на решение по делу *R (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2005] EWHC 1809 (правомерность основанного на решении Совета Безопасности решения об исключении доступа к суду для задержанного британскими военными лица, имеющего британско-иракское гражданство, что обосновывалось утверждением о приоритете Резолюции над ст. 5 ЕКПЧ; в принципе подтверждено Палатой Лордов; [2007] UKHL 58). По данной проблематике в целом см. например *Dominik Schulte, Der Schutz individueller Rechte gegen Terrorlisten*, 2010, с. 139 и далее.

<sup>319</sup> СЕ, 25.3.1998, *Société Sapvin* (отсутствие средства правовой защиты против бездействия министра иностранных дел, отказавшегося вступить в переговоры с Испанией в целях исполнения судебного решения); см. однако *R (Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598 (CA) [99] (Lord Philipps) (обязанность правительства, по крайней мере надлежащим образом исследовать возможности предоставления дипломатической защиты при наличии оправданного интереса), см. также ниже, сноска 331.

<sup>320</sup> *Secretary of State for Defence v. R (Catherine Smith, HM Assistant Deputy Coroner for Oxfordshire, The Equality and Human Rights Commission)* [2009] EWCA Civ 441 (CA) [105] (Anthony Clarke MR) (вытекающая из ст. 2 ЕКПЧ обязанность компетентных военных органов расследовать обстоятельства гибели посланного в Ирак военнослужащего, наступившей от солнечного удара).

<sup>321</sup> СЕ, 29.9.1995, *Association Greenpeace France* (отказ от проверки указа президента о возобновлении атомных испытаний, обоснованный тесной связью с ведущимися переговорами по Договору о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний); аналогично этому СЕ 11.7.1975, *Paris de Bollardière*.

<sup>322</sup> СЕ, 15.4.1996, *Fratoni* (отказ в выдаче загранпаспорта); *R (on the application of Bancoult v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2))* [2008] UKHL 61 [53] (Lord Hoffmann) (запрет доступа к островной группе для жителей островов, в основе которого лежал международный договор, заключённый с США); *R (Gentle and another v. Prime Minister)* [2008] UKHL 20 [6] (Lord Bingham).

признать, что подписание,<sup>323</sup> ратификация<sup>324</sup> или расторжение международных договоров могут обосновывать для индивида новые права и обязанности или также менять уже существующие правовые гарантии его прав. Однако, вопрос о допустимости непосредственно оспорить сам внешнеполитический акт в этой связи не встаёт в тех случаях, если заинтересованные лица могут обжаловать действия административных, основанных на новом международном договоре или на прекращении его действия. При такой инцидентной проверке соответствующего договора административный суд может также дать оценку и его соответствия конституции или другим международно-правовым обязательствам. В этой связи может также проверяться правомерность заключения международного договора, то есть контроль соответствия его заключения процедуре, предусмотренной внутренним правом данного государства. При этом правовая защита продолжает оставаться эффективной в той мере, в какой суд обладает компетенцией признавать внешнеполитические акты, противоречащие конституции или международному праву, не имеющими юридического значения.

Таким образом, можно видеть, что и в области актов, затрагивающих вопросы внешней политики, акценты стали расставляться по-новому. Ещё вплоть до второй половины 20-ого столетия для исключения судебной защиты было достаточно, чтобы данный акт имел хотя бы косвенное отношение к третьему государству.<sup>325</sup> Сегодня является само собой разумеющимся, что акты, связанные с индивидуальными правовыми позициями, как например, высылка<sup>326</sup> или выдача,<sup>327</sup> подлежат судебному

---

<sup>323</sup> *Blackburn v. Attorney General* [1971] 1 WLR 1037 (CA) 1041 (Lord Denning MR) (относительно ещё только предстоящего подписания Договора о создании Европейского Сообщества).

<sup>324</sup> Так например, в соответствии с решением бельгийского Государственного Совета от 8.11.1983 ратификация международного договора находится единственно на усмотрении монарха; цитата по *Rusen Erges*, *Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux: actes de gouvernement ou réserves du pouvoir discrétionnaire?*, в: *Revue de Droit international et de Droit comparé* 1986, с. 72, 115 с дальнейшими ссылками в сноске 137. Аналогично СЕ, 3.3.1961, *Sieur André et Société des tissages Nicolas Gainaut*; 18.7.1979, *Coparex*. См. однако *Rees-Mogg* (сноска 238) (Ратификация Маастрихского Договора).

<sup>325</sup> См. например решения по делам *Liversidge* и *Graty*, см. цитату выше, сноска 295.

<sup>326</sup> СЕ, 4.12.1925, *Colrat* (решение французского консула о высылке гражданина Франции из третьего государства по причине нежелательности его нахождения в стране); 3.7.1996, *Moussa Koné* (высылка).

<sup>327</sup> СЕ, 13.10.1993, *Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de Hong Kong* (отказ в выдаче малазийского бизнесмена).



контролю и защите.<sup>328</sup> В праве Евросоюза это развитие было воспринято и интегрировано лишь частично. Так Суд Европейского Союза по-прежнему не обладает полномочиями проверять действия государств-участников, осуществляемые ими в сфере уголовно-правового или полицейского сотрудничества в целях поддержания публичного порядка и охране внутренней безопасности (ст. 276 Договора о функционировании Европейского Союза, ДФЕС). Вместе с тем, физические и юридические лица могут теперь подавать иски в целях контроля правомерности решений, которыми предусматриваются т.н. ограничительные меры в смысле ст. 275 абз. 2 ДФЕС. В этом случае речь идёт, соответственно, о мерах, связанных с приостановлением, ограничением или полным прекращением экономических и финансовых отношений с третьими государствами (см. ст. 215 абз. 1 ДФЕС). Тем самым теперь могут быть восполнены, по крайней мере, некоторые из существующих пробелов правовой защиты при имплементации санкций ООН и принятии мер по борьбе с терроризмом.

В отношении контроля актов, касающихся вопросов внешней и внутренней безопасности, судебные органы проявляют определённую сдержанность. Нередко суды вообще отказываются давать им правовую оценку, поскольку обжалуемый акт правительства признаётся как политический по своей природе.<sup>329</sup> Такая стратегия представляется сомнительной. Акты, которые могут оказать воздействие на права и обязанности индивида, не всегда просто отграничить от актов, не оказывающих такого воздействия. Так например, решение об использовании вооружённых сил за пределами государственной территории долгое время относилось к классическим актам внешней политики, и считалось своего рода «юридической чёрной дырой» («*legal black hole*»). Сегодня же встаёт вопрос, почему военнослужащий не должен иметь возможность обратиться в суд с иском о признании такого решения

---

<sup>328</sup> См. J. Ruiloba Albariño/Susana Galera, European regional tradition – The Council of Europe, в: Galera (Hg.), *Judicial review: A comparative analysis inside the European legal system*, 2010, с. 173, 198 и далее.

<sup>329</sup> См. CE, 23.9.1992, *Gisti und Mrap* (отказ в рассмотрении отмены зачисления в студенты иракских учащихся после взятия французских заложников в Ираке во время первой Иракской войны); 18.12.1992, *Préfet de la Gironde gegen Mhamedi* (отказ в проверке решения о высылке гражданина Марокко после того, как французское правительство после серии террористических атак приостановило действие двустороннего договора о безвизовом пребывании); 30.3.1966, *Société Ignazio Messina* (отказ от возмещения ущерба, вызванного задержанием торгового судна военным кораблём, которое обосновывалось тем, что Франция ввиду Алжирского кризиса находилась в состоянии квази-военного положения; ЕСПЧ, Решение от 14.12.2006, ECHR 2006-XIV, пункт 113 – *Markovic u.a./Italien* (значение внешнеполитического контекста для решения вопросов, касающихся компенсации за нанесённый ущерб).

противоречащим международному праву. При этом совершенно необязательно, чтобы предъявление подобных исков имело отлагательное действие. И соответственно, это не создаёт препятствий для осуществления самой военной операции. Тем не менее, следует признать, что в таких случаях судебная проверка должна осуществляться с особой осмотрительностью.<sup>330</sup> Вместо того, чтобы считать такие запросы заведомо не подлежащими рассмотрению в судебном порядке в принципе (*nicht justiziabel*), представляется более уместным рассматривать их в качестве своего рода «серых дыр» («grey holes»), то есть как акты, которые подлежат судебной проверке с несколько сниженной интенсивностью (плотностью) контроля.<sup>331</sup>

### в) Акты государства (*Actes de gouvernement*)

К *актам государства (actes de gouvernement)* относятся те решения правительства, которые в силу их преимущественно политического характера непригодны для судебного контроля. Это служит основой для их отграничения от дискреционных решений, основанных на осуществлении усмотрения (*Ermessensentscheide*), ограниченный контроль в отношении которых возможен. Термин «*Actes de gouvernement*» впервые был использован французским Государственным Советом, когда наследники Наполеона предприняли попытку подвергнуть судебной проверке договор Фонтенбло 1814-го года. Государственный Совет признал иск недопустимым, аргументировав это тем, что в противном случае были бы поставлены под сомнение решения правительства, носящие преимущественно политический характер.<sup>332</sup> В дальнейшем Государственный Совет признал также отсутствие у него компетенции по рассмотрению обращений, связанных с военными событиями или с дипломатическим правом.<sup>333</sup> Основываясь на этой юридической практике, (административные) суды в случаях, которые касаются взаимоотношений между государственными органами, в большинстве случаев признают подаваемые иски недопустимыми. В качестве примеров можно назвать

---

<sup>330</sup> См. например решение Федерального Конституционного Суда ФРГ в: BVerwGE 127, 302.

<sup>331</sup> Таково было мнение меньшинства состава Суда в решении по делу *Markovic* (сноска 329), а также большинства судей в решении по делу *Abbasi* (сноска 319). Более подробно см. *Jan Henrik Klement, Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im öffentlichen Recht*, 2006, с. 293 и далее.

<sup>332</sup> CE, 22.8.1839, *Héritiers Napoléon* („*actes de gouvernement ayant un caractère essentiellement politique*“).

<sup>333</sup> *Burdeau* (сноска 107), с. 188.

обращения по вопросам роспуска парламента,<sup>334</sup> назначения даты перевыборов,<sup>335</sup> распределения мест в Кабинете Министров, а также назначения и освобождения от должностей в правительстве,<sup>336</sup> представительных учреждениях<sup>337</sup> и судах.<sup>338</sup>

Правовая конструкция «политического акта» или «акта государства» находила своё отражение не только в судебной практике, но также и в законодательстве. Так например, испанский Закон об административном судопроизводстве, принятый ещё во времена диктатуры в 1956-ом году, объявлял «политические» или соответственно правительственные акты не подлежащими судебному контролю.<sup>339</sup> Пробелы правовой защиты, следовавшие из подобного регулирования, были окончательно устранены только с принятием Закона об административном суде 1998-го года.<sup>340</sup>

Не подлежат контролю в судебном порядке, как правило, также акты и действия, которые осуществляются в рамках процесса правотворчества.<sup>341</sup> Это действует в отношении предложения законопроекта<sup>342</sup> и его

---

<sup>334</sup> CE, 20.2.1989, *Allain*. Ebenso der italienische Staatsrat; *de Pretis* (сноска 103), пункт 9, сноска 7.

<sup>335</sup> *De Pretis* (сноска 103), пункт 9, сноска 7.

<sup>336</sup> Европейская Комиссия по правам человека, Nr. 15344/89, решение о допустимости от 14.12.1989, DR 34, с. 210 и далее, пункт 1 – *Habsburg Lothringen/Österreich* (запрет пассивного избирательного права на президентских выборах не подпадает в сферу действия ст. 6 ЕКПЧ). Аналогично этому, сложно себе представить, чтобы допустимой была признана жалоба направленная против назначения определённого кандидата премьер-министром, поскольку это прерогатива осуществляется лично монархом (*royal prerogative*).

<sup>337</sup> Отказ в признании применимости ст. 6 ЕКПЧ: Европейская Комиссия по правам человека, Nr. 8172/78, решение от 7.12.1978, DR 16, с. 162, 163 – *X/Vereinigtes Königreich* (наследуемое место в британской высшей палате парламента); ЕСПЧ (сноска 309), пункт 51 (утрата места в парламенте); Европейская Комиссия по правам человека, Nr. 11068/84, решение о допустимости от 1.5.1985, DR 43, с. 195, 196 – *Priorello/Italien* (предпосылки предоставления пассивного избирательного права на выборах в коммунальный парламента).

<sup>338</sup> ЕСПЧ, Nr. 47936/99, решение о допустимости от 8.2.2001, пункт 1 – *Pitkevich/Russland* (лишь сторона процесса, но не смещённый судья может ссылаться на ст. 6 ЕКПЧ); *Biernat* (сноска 72), пункт 56 (вопрос об оспоримости отказа президента о назначении судьи).

<sup>339</sup> *Mir* (сноска 118), пункт 85.

<sup>340</sup> К переходному периоду между вступлением в силу Конституции 1978-го года и принятием Закона 1998-го года см. *Pablo Acosta*, National legal tradition – Spain, в: Galera (сноска 328), с. 113, 126.

<sup>341</sup> *Zaim M. Nedjatigil*, Judicial Control of Administrative Discretion: a Comparative Study, *Anglo-American Law Review* 14 (1985), с. 97, 115 и сл.

<sup>342</sup> CE, 9.5.1951, *Mutuelle nationale des Étudiants de France* (недопустимость жалобы против направления законопроекта в парламента); аналогичным образом уже CE,

обсуждения, принятия или введения в действие законов или соответственно их министерской контрассигнации. Другими примерами являются также одобрение конституций федеральных единиц или утверждение соглашений между муниципальными образованиями<sup>343</sup> либо договоров между федеральными единицами в составе федеративного государства. При этом, естественно, бросается в глаза что акты, которые в одной национальной правовой системе считаются неоспоримыми, в другой системе вполне могут подлежать судебной проверке. Общевропейский минимальный стандарт начинает здесь только ещё формироваться. Так, в соответствии с Рекомендацией Совета Министров по судебному пересмотру административных актов её действие не распространяются на акты и действия национальных парламентов в той мере, в какой они осуществляют законодательную функцию.<sup>344</sup> Кроме того, также и в рамках одной и той же правовой системы правовая защита не всегда является конгруэнтной и единообразной. Так например, в Англии введение в действие закона подлежит контролю со стороны соответствующего министра.<sup>345</sup> В отличие от этого, немислимой была бы судебная проверка акта утверждения закона королевой, поскольку своей королевской санкцией (*royal assent*) она реализует причитающуюся лишь ей королевскую привилегию (*royal prerogative*).

Помимо этого, по общему правилу частные лица также не могут обжаловать введение режима чрезвычайного положения и осуществление соответствующих полномочий.<sup>346</sup> В исключительных ситуациях конституционный законодатель (либо законодатель) доверяют превентивному или последующему контролю, который осуществляется конституционными судами или советами<sup>347</sup> либо самой исполнительной

---

12.3.1853, *prince de Wagram*. См. *Gonod* (сноска 33), пункт 127 и сл. С дальнейшими ссылками.

<sup>343</sup> *Biernat* (сноска 72), пункт 139 и сл. (недопустимость обжалования соглашений о сотрудничестве между коммунарами).

<sup>344</sup> Рекомендация 2004 (20) (сноска 317) цифра 12.

<sup>345</sup> *R v. Secretary of State for the Home Department ex parte Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513 (HL) 570 f. (Lord Lloyd) (проверка решения об отказе введения в действие закона, обоснованном тем, что министр внутренних дел правомочен лишь принять решение о том, *когда* закон вступает в силу, но не о том, *вступит ли он вообще* в силу).

<sup>346</sup> См. СЕ, 2.3.1962, *Rubin de Servens* (недопустимость оспаривания осуществления французским президентом полномочий в случае объявления чрезвычайного положения в соответствии со ст. 16 французской Конституции от 4.10.1958); по данному вопросу см. *Gonod* (сноска 33), пункт 127, сноска 157.

<sup>347</sup> Так, французский президент перед объявлением чрезвычайного положения обязан заслушать Конституционный совет (ст. 16 абз. 3 французской Конституции от 4.10.1958, см. выше, сноска 346); см. также *Horst Dreier*, IPE I, § 1 пункт 53; *Olivier Jouanjan*, IPE I, § 2 пункт 72.

властью.<sup>348</sup> Тем не менее, в отношении принимаемых в условиях чрезвычайного положения мер, которые затрагивают правовые позиции индивидов, административные суды призваны выполнять исконно присущую им функцию. При проверке таких мер они инцидентно проверяют также и само объявление режима чрезвычайного положения, решая, имеет ли в действительности место чрезвычайная ситуация и требует ли эта ситуация ограничения определённых конституционно-правовых или международно-правовых гарантий.<sup>349</sup> Таким образом, также в этой области возможность непосредственно оспорить введение чрезвычайного положения не является императивом постольку, поскольку защита индивидуальных правовых позиций гарантирована инцидентным контролем.

Некоторые национальные правопорядки определяют «акты государства» по критерию издавшего данный акт органа, в общем и целом признавая не подлежащими оспариванию действия правительства и парламента<sup>350</sup> или акты главы государства.<sup>351</sup> Подобный подход ставит проблематику политических актов с ног на голову: здесь даже не предпринимается попытка дать определение политическому акту и уже затем на этой основе квалифицировать как таковые отдельные акты и действия соответствующих органов государственной власти.<sup>352</sup> Скорее наоборот, в качестве политических и тем самым неоспоримых актов заведомо признаются любые решения высших государственных органов. В этих правопорядках конституционный и обычный законодатель оставляют за собой право посредством регулирования компетенции и полномочий высших органов исключить судебную правовую защиту индивида в областях, которые затрагивают его защищённые правовые позиции.<sup>353</sup>

<sup>348</sup> Особенно показателен в этом смысле пример Швейцарии.

<sup>349</sup> Подтверждено в отношении ст. 15 абз. 1 ЕКПЧ в решении Европейской Комиссии по правам человека, Nr. 332/57, решение от 1.7.1961, Serie A 3, пункт 41 – *Lawless/Irland*, наоборот, не подтверждено в решении ЕСПЧ, Nr. 21987/93, решение от 18.12.1996, RJD 1996-VI, пункт 83 и сл. – *Aksoy/Türkei*.

<sup>350</sup> В Швейцарии акты правительства и парламента могут оспариваться на основании ст. 189 абз. 4 швейцарской федеральной Конституции лишь в том случае, если такая возможность предусмотрена в специальной норме законодательства (что является редким исключением) или если оказывается применимой ст. 6 ЕКПЧ.

<sup>351</sup> Так в Польше (*Biernat* [сноска 72], пункт 56) и в Англии, поскольку королева на основании предоставленных персоне монарха полномочий (*royal prerogative*) принимает решение в своём сугубо личном качестве (назначение и смещение премьер-министра, подписание законов, а также роспуск парламента; см. выше, сноска 336). Аналогично ст. 13.8.1 ирландской Конституции, которая исключает судебный контроль актов президента.

<sup>352</sup> См. *Möllers* (сноска 300), пункт 11.

<sup>353</sup> Так например, польский президент принимает решение не только о назначении профессоров, но также и о предоставлении гражданства; *Biernat* (сноска 72), пункт 5.

То обстоятельство, что в случае политических актов суды осуществляют своё вмешательство с особой сдержанностью и осторожностью, объясняется, прежде всего, отсутствием соответствующих масштабов проверки. Например, вопрос о том, когда правительство должно ввести в действие закон, в зависимости от соответствующего регулирования во внутригосударственном праве часто находится до некоторой степени на усмотрении самого правительства. По этой причине введение в действие закона, осуществлённое с задержкой, доступно судебному пересмотру лишь с определёнными ограничениями. *Акты государства* только весьма неохотно подвергаются судами проверке также и по той причине, что принцип политической ответственности действует в таких случаях практически так же эффективно, как и правовая ответственность. Например, если министр внутренних дел отказывается ввести закон в действие, парламент может побудить его к этому, оказав политическое давление или издав новый закон. В подобных случаях судьи всё ещё демонстрируют осторожность при вмешательстве в процессы, которые касаются, прежде всего, взаимоотношений между двумя другими ветвями власти.<sup>354</sup> В этом находит свой чёткое выражение то обстоятельство, что судебный и внесудебный контроль, в конечном счете, ориентирован на осуществление принципа *сдержек и противовесов (checks and balances систему взаимного контроля и баланса)*.<sup>355</sup> Если суды вмешиваются в преимущественно политические по своему значению процессы или события, которые затрагивают отношения, в первую очередь, между исполнительной властью и законодательной властью, они меняют установленный в государстве порядок распределения властных полномочий. Кто и какие функции выполняет в системе дифференцированных и взаимодействующих контрольных механизмов, устанавливается в конституциях и законодательстве в этом отношении только примерно и условно. Осуществление контроля зависит в значительной степени от того, как соответствующий государственный орган понимает принцип распределения власти (*Machtverteilung*), отвечающего предъявляемым к нему функциональным требованиям.

---

<sup>354</sup> Мнение меньшинства Lord Mustill (с. 560) в решении по делу *Fire Brigades Union* (Сноска 345). Аналогично *Adam Tomkins*, *Public Law*, 2003, с. 29.

<sup>355</sup> См. *Kahl* (сноска 19), пункт 71 и сл.

## 7. Правовая защита против судов

Как европейское, так и национальное право гарантируют, как правило, только правовую защиту против органов управления, но не против судов.<sup>356</sup> Тем не менее, соответствующее право на рассмотрение дела второй инстанцией в административном судопроизводстве признается, например, тогда, когда разбираемый конфликт обнаруживает черты, указывающие на его квази уголовно-правовой характер.<sup>357</sup> В свою очередь, в силу ст. 13 ЕКПЧ на внутригосударственном уровне должна существовать возможность обращения с жалобой на чрезмерную длительность производства. В остальном же, в области регулирования инстанционного порядка обжалования, который должен действовать на национальном уровне, существует лишь незначительное число предписаний.

Соответственно, поскольку в европейском праве обязательные нормы по данному вопросу практически отсутствуют, то, в лучшем случае, можно описать лишь самые общие контуры некоторой «модели» инстанционного порядка и процедуры. При этом можно выделить следующие этапы. Первый этап это возможное внутриадминистративное производство по жалобе. За ним следует разбирательство в административном суде первой инстанции. Его решение может быть затем обжаловано в высшем административном суде, а при определённых условиях - передано на рассмотрение ещё и конституционного суда.<sup>358</sup> Естественно, более конкретные детали инстанционного порядка могут регулироваться и регулируются самым различным образом. Существующие различия объясняются, в первую очередь, тем, что в федеративных государствах для того, чтобы гарантировать единство и единообразие правопорядка необходимо большее количество судов. Если, например, федеральное право применяется судами субъектов федерации, суды федерального уровня должны иметь возможность проверять их решения. В противном случае, дело могло бы доходить до того, что в отдельных субъектах, входящих в состав федеративного государства, федеральное право применялось бы различным образом. В свою очередь, вопрос о том, сколько инстанций должно иметься в распоряжении, является также вопросом и о финансовых средствах, которые может и хочет инвестировать данное конкретное государство в институты судебной защиты. Если такие ресурсы не

---

<sup>356</sup> Исключение предусмотрено в ст. 78 польской Конституции (специальные гарантии правовой защиты; *Biernat* [сноска 72], пункт 230). О противоречиях в Германии см. *Peter M. Huber*, в: von Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), *Kommentar zum GG*, Bd. 1, <sup>5</sup>2005, ст. 19 абз. 4 пункт 434 и далее.

<sup>357</sup> Ст. 2 абз. 1 Протокола № 7 к ЕКПЧ.

<sup>358</sup> Такое положение, наряду с другими государствами, в Германии, Австрии, Швейцарии, Испании, Чешской Республике и Венгрии; *Fromont* (сноска 47), с. 158.

слишком значительны, то многоуровневая правовая защита, которая включает три или даже четыре инстанции, предоставляется часто только по решению наиболее принципиальных вопросов. В свою очередь, если любое разрешение на строительство подлежит рассмотрению и решению высшими судами, то финансовые затраты и эффективность правовой защиты оказываются в явной диспропорции. Наконец, укороченный инстанционный порядок движения дел характерен как раз в случае т.н. многополюсных административных правоотношений (*mehrpoleige Verwaltungsverhältnisse*). В то время, как наличие дополнительной инстанции с возможностью принятия мер предварительной правовой защиты представляет преимущество для подающих иски (жалобы) третьих лиц, для ответчика это ведёт к потере времени и к связанным с этим рискам серьёзных издержек. Количество существующих инстанций, а также основания и специфика рассмотрения ими поступающих обращений, зависят, в конечном счёте, также и от соответствующих правовых традиций и особенностей национально-государственной системы.

При каких условиях решения административных судов могут быть оспорены в конституционных судах, также в значительной степени зависит и определяется соответствующими национальными правовыми традициями. Подаётся ли жалоба в административный суд или сразу в орган конституционного контроля, часто является результатом случайного выбора. В рамках одной правовой системы, например, неправительственная организация, которая выступает против размещения в определённой местности ядерного оружия, может подать жалобу в конституционный суд.<sup>359</sup> Однако, в другой системе более многообещающей в подобном случае может оказаться коллективная жалоба представителей населения, живущего по соседству с данной местностью, на том, что такое размещение нарушает их права, защищённые законом.<sup>360</sup> Или другой пример. Жалоба против нового закона о государственной службе, как правило, должна подаваться в орган конституционного контроля. Если же государственный служащий пропустит срок для обжалования, он все ещё может, дождавшись момента, когда на основании данного закона будет издано конкретное постановление, подать жалобу против данного постановления в административный суд и потребовать при этом также проверки правомерности самого закона. Для лица, подающего жалобу, в итоге не имеет принципиального значения то, осуществляется ли судебное разбирательство его жалобы в конституционном или административном суде. Скорее наоборот, важным для него является прежде всего то, может ли он в реальности добиться цели своей жалобы (иска).

<sup>359</sup> См. BVerfGE 66, 39, 56 – *Pershing II*, причём жалоба против размещения ядерного оружия блоком НАТО была, естественно, признана недопустимой.

<sup>360</sup> См. выше, сноска 315.



## V. Тенденции конвергенции в сфере правовой защиты

Государственный процесс административного управления реализуется в конфликте между двумя противоположными полюсами. С одной стороны, определяющую роль играют в нём национальные традиции, которые обуславливают и формируют данный процесс вплоть до самых мельчайших тонкостей. С другой стороны, на практике национальные процессуальные правовые порядки и их интерпретация обнаруживают тенденцию к их сближению и унификации. Некоторые из оснований, которые способствовали усилению общих черт в национальных системах правовой защиты, были выше уже названы. Здесь они рассматриваются в контексте гарантий надлежащей судебной процедуры в национальном и европейском праве, а также в контексте требований, вытекающих из принципа эффективности.

### 1. Гарантии права на обращение в суд в национальных конституциях

подавляющее большинство, если не все европейские конституционные порядки, содержат более или менее ясно оформленные и закреплённые гарантии права на обращение в суд и на надлежащую судебную процедуру. В ряде национальных конституционных текстов содержатся конкретные положения, которые чётко и ясно регулируют право на судебную защиту против актов органов управления.<sup>361</sup> Вместе с тем, для обоснования данного права применяются также и нормы, где это право не сформулировано столь однозначным образом. Так например, польский конституционный суд особое право на судебную защиту вывел из «права

---

<sup>361</sup> Так например в ст. 19 абз. 4 Основного Закона ФРГ, ст. 20 абз. 1 конституции Греции, ст. 24 и 113 абз. 1 конституции Италии (*de Pretis* [сноска 103], пункт 8), ст. 45 абз. 1 и ст. 78 конституции Польши (*Biernat* [сноска 72], пункт 230), ст. 20 абз. 1 и ст. 268 абз. 4 конституции Португалии (*Pereira da Silva/Salgado de Matos* [сноска 40], пункт 40), ст. 29а федеральной конституции Швейцарии, ст. 24 абз. 1 конституции Испании (*José Martínez Soria*, *Die Garantie des Rechtsschutzes und das Gewaltenteilungsprinzip*, *European Review of Public Law* 1997, с. 335, 342 и далее), а также ст. 57 абз. 5 конституции Венгрии (*Szente* [сноска 118], пункт 12 и 104). См. также ст. 36 чешской Хартии основных прав, а также ст. 23 конституции Словении.

на справедливое и открытое разбирательство», гарантированного в ст. 45 абз. 1 конституции Польши.<sup>362</sup> Кроме того, существуют также конституционные тексты, не содержащие чётко определённых гарантий права на судебное разбирательство или норм, из которых такие гарантии могли бы быть выведены с достаточной убедительностью. Если в основе такого правопорядка лежит монистическое понимание соотношения между международным и национальным правом, действуют минимальные требования Европейской Конвенции прав человека или Международного Пакта о гражданских и политических правах. Наконец, существуют правовые системы, в которых, независимо от приверженности монистическому или дуалистическому принципу, внутригосударственная гарантия права на обращение в суд причисляется к некодифицированному конституционному праву. Классические примеры - это Франция и Англия. Гарантия права на судебную процедуру действует здесь не на основе (или, во всяком случае, не в первую очередь на основе) определённой конституционной нормы, а также не на основе обращения к соответствующим международным гарантиям, а на основе судейского права.<sup>363</sup>

В противоположность чётким гарантиям, зафиксированным в тексте конституции, гарантии права на обращение в суд, которые выводятся судебным правом, имеют тот недостаток, что они могут быть отменены законодателем. Законодательные атаки и нападки на административную юрисдикцию имеют долгую традицию. Так, истоки европейской административно-правовой защиты можно обнаружить в периоде правления *Тюдоров* в конце 16-го века.<sup>364</sup> Вслед за подтверждением новоприобретённого права английских судов осуществлять проверку действий органов управления<sup>365</sup> уже скоро последовали первые исключаящие оговорки, посредством которых судебная правовая защита в определённых областях признавалась недопустимой.<sup>366</sup> Суды реагировали

---

<sup>362</sup> Решение P 12/01 от 4.7.2002, напечатано в: *Boleslaw Banaszkiwicz, Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes der Republik Polen seit dem Inkrafttreten der neuen Verfassung bis zum Urteil über die EU-Mitgliedschaft (1997–2005)*, 2006, с. 159, 161.

<sup>363</sup> CE, 7.2.1947, *D'aillières*; 17.2.1950, *Dame Lamotte*. См. также решение Конституционного Суда (*Conseil constitutionnel*) № 96-373 DC от 9.4.1996, а также № 2006-540 DC от 27.7.2006. Более подробно см. *Gonod* (сноска 33), пункт 107; *Pacteau*, *Länderbericht Frankreich*, *European Review of Public Law* 1997, с. 715, 725 и сл.

<sup>364</sup> *Rooke's Case* (1597) 5 Coke Reports 99b = 77 ER 207 (KB) 210.

<sup>365</sup> *Bagg's Case* (1615) 11 Coke Reports 93b (KB) 98a = 77 ER 1271 (KB) 1278.

<sup>366</sup> *Louis L. Jaffe/Edith G. Henderson*, *Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins*, *Law Quarterly Review* 1956, с. 345, 353 и сл.

на это тем, что они провозглашали такие оговорки неприменимыми.<sup>367</sup> В ответ на это в парламентах поднимался вопрос о принятии новых оговорок,<sup>368</sup> однако, от этого нередко воздерживались, пожалуй, не в последнюю очередь из-за опасений возникновения конфликта о прерогативе «окончательного слова», который было бы сложно разрешить без значительных издержек. Хотя с одной стороны, суды возвели гарантию права на обращение в суд до уровня составной части общего права (Common Law),<sup>369</sup> но другой стороны английский парламент, по меньшей мере теоретически, мог в любое время в руке ограничить это право. Если учитывать, что в Англии не существует института конституционной юрисдикции, то можно не без оснований предположить, что «последнее слово» принадлежит здесь законодателю. Постоянная дискуссия между судами и парламентом вокруг интерпретации подобных оговорок, разумеется, подчёркивает относительный характер данного предположения.

Кроме того, дело не ограничилось спором исключительно вокруг вопросов толкования. Так, после терактов 11-го сентября британское правительство вносило в парламент закон, который должен был подвергнуть массивным ограничениям судебную правовую защиту в правоотношениях, связанных с предоставлением убежища.<sup>370</sup> Это побудило ряд судебных лордов (члены Палаты Лордов, составляющие высший суд Великобритании – **прим. Дайджеста**) прибегнуть к угрозам введения судов конституционной юрисдикции и, тем самым, поставить под сомнение оплоты английского конституционного права. Примечательны при этом те резкость и чёткость, с которыми высшие судьи сформулировали свои угрозы, а также тот факт, что они прозвучали не в рамках выступлений на публике или в рамках теоретической дискуссии, а в знаменательном судебном *obiter dicta*.<sup>371</sup> То, что они были готовы

<sup>367</sup> См. например *Groenvelt v. Burwell* (1699) 1 Lord Raymond 454 (KB) 469 (Lord Holt CJ); *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* 2 AC 147 (HL) 171 (Lord Reid), 200 f. (Lord Pearce), 207 f. (Lord Wilberforce).

<sup>368</sup> Так, после того, как в решении по делу *Anisminic* (сноска 367) суд обошёл исключительную оговорку, британское правительство поставило вопрос о принятии нового, на этот раз «герметично» сформулированного запрета доступа в суд; *Stanley A. de Smith*, *Judicial Review in Administrative Law: The ever-open Door?*, *Cambridge Law Journal* 27 (1969), с. 161, 164 и сл.; *Sir William Wade*, *Constitutional and Administrative Aspects of the Anisminic Case*, *Law Quarterly Review* 85 (1969), с. 198, 205.

<sup>369</sup> См. например *Groenvelt* (сноска 367); *Chester v. Bateson* [1920] 1 KB 829 (KBD) 833 и сл. (Darling J); *R (Anufrijeva) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] UKHL 36 (HL) [26] (Lord Steyn).

<sup>370</sup> *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants etc) Bill* (2003–04) Abschnitt 10 (7).

<sup>371</sup> *R (Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56 [102] (Lord Steyn), [159] (Baroness Hale). Критику по данному вопросу см. *Jeffrey Goldsworthy*, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, 2010, с. 281 и далее, 304 и далее.

поставить под сомнение одну из несущих основ английского конституционного права, может быть объяснено, пожалуй, тем, что в случае гарантии правовой защиты в суде на карту было поставлено слишком много, чтобы можно было позволить себе промолчать. Но на правительство это, во всяком случае, не произвело особого впечатления, и оно дальше придерживалось своей весьма проблематичной линии. Только настойчивые действия верхней палаты заставили министра внутренних дел, в конечном счёте, пойти на уступки.

В результате Англия оказалась почти в состоянии конституционного кризиса. Если бы Высший Суд реализовал на практике свою угрозу и признал бы за собой полномочие по проверке конституционности законов (как это сделал американский Верховный Суд в решении по делу *Marbury v. Madison*), то вопрос о том, кому в будущем принадлежало бы «последнее слово», так и остался бы нерешённым. Это привело бы к новым исключаящим оговоркам со стороны парламента и противоположным судебным решениям и, в свою очередь, к новому витку конфронтации, в которой, в итоге решающую роль играли бы одни лишь властные полномочия (*Machtbefugnisse*). Это, в конечном счёте, показывает, насколько нестабильной оказывается система административной юрисдикции, которая находит своё закрепление исключительно в судебном праве. Естественно, в результате этого судьи могут противостоять исключаящим оговоркам, принимаемым законодателем, и контролировать соблюдение сформулированных ими гарантий права на обращение в суд. Тем не менее, если законодатель блокирует такие попытки, вновь принимая - уже в более чёткой форме - те же исключаящие оговорки, судам не остаётся ничего другого, как идти на новую «пробу сил». В тех системах, где гарантии обращения в суд и сопутствующие им полномочия по конституционно-судебному контролю, напротив, зафиксированы в писаных конституциях, судьи находятся в существенно более комфортабельном положении. Здесь сама конституция закрепляет, что суду, а не парламенту принадлежит «последнее слово». В противном случае, правительство и парламент всегда имеют возможность создавать определённые сложности в осуществлении правовой защиты судами.

В Германии законодатель имеет возможность в принципе ограничивать гарантии права на обращение в суд, формулируя, в частности, соответствующие нормы таким образом, что из них не могут быть выведены субъективные права.<sup>372</sup> Это частично напоминает регулирование права на обращение в суд в швейцарском праве, нормы которого прямо предусматривают право законодателя устанавливать определённые

---

<sup>372</sup> См. выше, с. 165.

ограничения и исключения.<sup>373</sup> Однако, в свою очередь, существуют возможности сравнения с Англией, где законодателем предпринимались попытки ограничивать гарантии обращения в суд, созданные судебной практикой. Отличие между Германией и упомянутыми странами состоит в том, что исключающие оговорки или другие попытки установления ограничений могут признаваться германскими судами не соответствующими конституции и, тем самым, не подлежащими применению. В случае ограничительных формулировок закона германские суды иногда используют метод т.н. креативного толкования с тем, чтобы констатировать наличие субъективного права и, таким образом, гарантии защиты права в судебном порядке. Здесь обнаруживается примечательная параллель с гарантией надлежащей судебной процедуры в Европейской Конвенции о защите прав человека. За пределами собственно уголовно-правовых по своей природе областей ст. 6 ЕКПЧ находит применение в административном праве только в том случае, если индивид может сослаться на принадлежащее ему *гражданское право (civil right)*. Это право должно было следовать, естественно, из внутреннего права. Если в нём не предусмотрено соответствующего права, заинтересованное лицо оставалось лишённым судебной защиты. Тем самым, область применения ст. 6 ЕКПЧ в значительной степени определяется национальным правом. Разумеется, можно привести многочисленные примеры, когда ЕСПЧ расширял область применения конвенциональной гарантии права на обращение в суд, подтверждая наличие гражданского права, несмотря на противоположное мнение национальных судов. Сегодня отношение ЕСПЧ в этом плане является, конечно, скорее, более сдержанным, и при наличии сомнений он придерживается оценки, данной высшим национальным судом.<sup>374</sup> Таким образом, национальное право оказывалось тесно сплетённым с конвенциональной гарантией права на обращение в суд, и в результате механизм его осуществления был, в конечном счёте, аналогичен гарантиям, установленным в германском праве. Как в ЕСПЧ, так и в германских судах речь идёт таким образом не о том, какие гражданские права или соответственно субъективные правовые позиции непосредственно следуют из ЕКПЧ или Основного Закона, а скорее о том, содержит ли национальное право или соответственно обычное законодательство такие права. Даже если соответствующие гарантии права на обращение в суд в значительной степени становились независимыми от

<sup>373</sup> Ст. 29а предложение 2 федеральной конституции Швейцарии (возможность законодательного ограничения доступа в суд).

<sup>374</sup> См. например, ЕСПЧ, №. 2010/06, решение от 17.6.2008, пункт 46 – *Kehoe/Vereinigtes Königreich* (вопрос о праве на получение алиментов от отца ребёнка был оставлен открытым) и иная правовая позиция в *R (Kehoe) v. Secretary of State for Works and Pensions* [2005] UKHL 48 (HL) [7] (Lord Bingham; такое право признано не было).

положений национального права или соответственно обычного законодательства, этот механизм показывает, что они всегда развиваются в определённом конфликте между различными нормативными уровнями. Хотя при определении и сферы действия ст. 6 ЕКПЧ, и германской гарантии обращения в суд именно судам принадлежало «последнее слово», их решения, ввиду этого конфликта, требуют специфического, особого обоснования.

Спор о праве решающего (последнего) слова имеет определённое значение нередко также и в ситуациях, когда правительства и парламенты пытаются воспрепятствовать имплементации решений административных судов. Так например, французский парламент нередко признаёт действительными административные акты, прежде отменённые судами (т.н. законодательное подтверждение, *validation législative*). После того, как *Государственный Совет* во время алжирского кризиса признал президентский декрет, введший военный трибунал, противоправным ввиду отсутствия возможности оспаривания (обжалования) в независимом суде,<sup>375</sup> парламент вскоре после этого издал закон, которым он признал за основанными на первоначальном особом декрете распоряжениями «полную действительность». То есть, тем самым, он иммунизировал соответствующие решения военного трибунала от судебных исков. В другом случае британское правительство аналогичным образом добилось того, что организация, в конечном счёте, не получила возмещение ущерба, хотя оно было присуждено решением суда.<sup>376</sup> Правительству, благодаря наличию у него комфортабельного большинства в парламенте, в конечном счёте, без труда удалось проигнорировать судебное решение, вступившее в законную силу. В соответствии с судебной практикой ЕСПЧ для таких интервенций законодателя должны иметься убедительные уважительные причины, имеющие свои основания в важных публичных интересах.<sup>377</sup> Этим даётся только частичный ответ на вопрос о взаимоотношениях между судами, с одной стороны, и правительством и парламентом, с другой. По сравнению с неписаными гарантиями чётко прописанные в конституциях запреты вмешательства и гарантии права на обращение в суд создают в этом смысле существенно больше ясности.

---

<sup>375</sup> CE, 19.10.1962, *Canal*.

<sup>376</sup> См. *Burma Oil Co (Burma Trading) Ltd v. Lord Advocate* [1965] AC 75 (HL) 112 f. (Lord Reid).

<sup>377</sup> ЕСПЧ, Nr. 13427/87, решение от 9.12.1994, Serie A 301-B, пункт 49 – *Stran Greek Refineries und Stratis Andreadis/Griechenland*; ЕСПЧ, Nr. 39374/98, решение от 7.11.2000, ECHR 2000-XI, пункт 20 – *Anagnostopoulos u.a./Griechenland*; ЕСПЧ, Nr. 58112/00, решение от 10.7.2003, пункт 52 – *Multiplex/Kroatien*; ЕСПЧ, Nr. 20153/04, решение от 18.12.2008, пункт 71 – *Unédic/Frankreich*.

## 2. Право на судебную защиту в европейском праве

### а) Конвенциональное право

В гарантиях, содержащихся в ст. 6 ЕКПЧ, видится сильное влияние англосаксонской правовой системы. Создатели Конвенции следовали в своих формулировках относительно схожим гарантиям, закреплённым во Всеобщей Декларации прав человека, на которые в свою очередь существенное воздействие оказало английское судебное право. Эта английская модель относительно широкой судебной защиты, осуществляемой обычными судами, со вступлением в силу Конвенции столкнулась с первоначальной французской моделью, в которой правовая защита гарантировалась, прежде всего, внутренними административными инстанциями. На момент своего присоединения к системе Конвенции ряд европейских государств ещё не осмыслили последующее превращение *Государственного Совета* в особый административный суд. И тем сильнее было их удивление, когда Страсбургские органы постепенно стали распространять гарантии надлежащей процедуры согласно ст. 6 ЕКПЧ также и на различные области административного права. На этом фоне не удивляет, что Суд не сразу подтвердил собственно самостоятельное *право* на судебную защиту. Поскольку в тексте ст. 6 ЕКПЧ такое право не упоминается, его обоснование оказывалось, соответственно, непростой задачей; Суду приходилось при этом ссылаться не только на различия формулировок во французском и английском тексте, но и на историю возникновения нормы.<sup>378</sup> В обосновании судебной практики ЕСПЧ (по данному вопросу - **прим. Дайджеста**) ощутимо его стремление вступить в диалог с национальными конституционными судами. Это было обусловлено тем, что в Европе 1970-ых годов право на судебную правовую защиту все ещё не признавалось одним из органических элементов национального права.

При вступлении в силу ЕКПЧ право на судебную защиту и сопутствующие ему гарантии относились, по всей вероятности, к тем конвенциональным положениям, которые оказались наиболее недооценёнными. В административном праве нормативная система статьи 6 Конвенции с её на первый взгляд безобидными формулировками (*гражданские права, уголовное обвинение*) стала своего рода «троянским конём», который только и ждал того, чтобы быть обнаруженным и открытым судебной практикой и доктриной. Для унификации административно-судебной защиты в Европе данные правовые гарантии имели основополагающее значение. В судебной практике Страсбургских

---

<sup>378</sup> Европейская Комиссия по правам человека, Nr. 4451/70, решение от 21.2.1975, Serie A 18, пункт 28 и далее, 36 – *Golder/Vereinigtes Königreich*.

органов были разработаны минимальные требования в отношении допустимых предметов и оснований иска, а также объёма контроля, а конвенционально-правовое понятие суда облегчило сопоставимость основ правового регулирования организации судебных органов. В свою очередь, на некоторые сферы административно-судебной правовой защиты гарантии ст. 6 ЕКПЧ всё ещё не оказывала особого влияния, как например, это имело место в вопросах оказания финансовой помощи при возмещении судебных расходов (*Prozesskostenhilfe*).<sup>379</sup> Здесь становятся заметными некоторые колебания Европейского Суда в его попытках путём толкования способствовать формированию общеевропейского административно-процессуального права. Как раз в таких областях, как предоставление помощи в возмещении судебных расходов это имело бы весьма существенные для государств-участников финансовые последствия. Однако, за пределами подобных вопросов, которые обнаруживают определённые политические коннотации, нельзя не признать центральное значение ст. 6 ЕКПЧ для развития *Ius Commune*. Сравнение со ст. 13 ЕКПЧ показывает это особенно ясно. Данная конвенциональная норма ограничивается лишь требованием предоставления эффективной правовой защиты, которая вполне может гарантироваться также и административным органом (а не только судом – прим. *Дайджеста*) и, помимо этого, она находит применение только в тех случаях, когда затронуты другие права Конвенции. Данная норма оказала влияние на национальные процессуальные порядки исключительно в том смысле, что она требует гарантий правовой защиты против затягивания судебного разбирательства и, в конечном счёте, это привело к созданию специальных возможностей для подачи жалоб против судебной волокиты (*Beschleunigungsbeschwerden*).<sup>380</sup>

### в) Право Евросоюза

Развитие, происходившее в праве Евросоюза, вполне сравнимо с тем, которое можно было наблюдать в праве Конвенции. Право на судебную защиту не было закреплено в учредительных договорах ЕС, и также в остальном в начальные периоды существования Сообществ ничего не указывало на то, что суд предпримет попытки побудить государства-участники к гармонизации их национальных положений об административном судопроизводстве. Введение через судебное право

<sup>379</sup> См. ЕСПЧ, №. 6289/73, решение от 9.10.1979, Serie A 32, пункт 24 – *Airey/Ireland* (бракоразводный процесс); ЕСПЧ, №. 46311/99, решение от 7.5.2002, ECHR 2002-III, пункт 54 – *McVicar/Vereinigtes Königreich* (судебный процесс по делу о клевете).

<sup>380</sup> См. выше; *Kahl* (сноска 46), пункт 143.



принципов эквивалентности (*Gleichwertigkeit*) и эффективности<sup>381</sup> имеют в этом отношении долгую историю и традицию: их развитие было в той же малой степени «вынужденным», как и утверждение гарантии права на обращение в суд в Англии или в праве Конвенции. В конечном счёте, также и здесь суд преодолел сопротивление национальных структур (или как в случае Англии – исполнительных органов). Смена парадигм была завершена признанием гарантии надлежащей судебной процедуры и права на обращение в суд в сфере действия и применения права Сообществ.<sup>382</sup> Это право было кодифицировано в ст. 47 абз. 2 Хартии основных свобод. Одновременно, параллельно с этим было обобщено и то, что уже раньше проявлялось на уровне тенденций к гармонизации. Здесь можно указать хотя бы на, вероятно, одно из наиболее важных достижений судебного права, а именно гармонизацию правового регулирования предварительной правовой защиты в Европе, когда было сформулировано требование, что для государств-участников должны действовать те же предпосылки её предоставления, как для мер предварительной защиты, принимаемых самим судом.<sup>383</sup> Наряду с этими линиями судебной практики, являющимися путеводными для развития общеевропейского административно-процессуального права, не могут предаваться забвению также и влияния национального права, проявляющиеся, пожалуй, менее выдающимся образом. Причём также и здесь следует указать (лишь в качестве примера) на то большое значение, которое имеют процессуальные ошибки в национальном административном процессе.<sup>384</sup>

Даже если значение судейского права ни в коем случае не должно недооцениваться, в процессе гармонизации национальных положений об административных судах всё большую роль играет вторичное право Евросоюза. Его влияние распространяется на многочисленные области в результате того, что для растущего числа различных секторов материального административного права и различных аспектов, которые традиционно регулировались национальным административно-процессуальным правом, вторичное право устанавливает определённые минимальные обязательные предписания.<sup>385</sup> Наконец, гармонизация

---

<sup>381</sup> См. выше.

<sup>382</sup> Суд ЕС, Rs. C-222/84, Slg. 1986, I-1651, пункт 18 – *Johnston*.

<sup>383</sup> Суд ЕС, Rs. C-453/03 и.а., Slg. 2005, I-10423, пункт 104 – *ABNA*. По данному вопросу *Kahl* (сноска 46), пункт 150 и сл.; *von Danwitz* (сноска 240), с. 129 и сл., 278 и сл.

<sup>384</sup> См. выше.

<sup>385</sup> См. в качестве примера Директиву 2002/8/ЕС от 7.1.2003 По улучшению доступа к правосудию в трансграничных спорах посредством установления минимальных общих правил относительно правовой помощи по таким спорам, ABl. 2003 Nr. L 26/41; см. уже *Thomas von Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996, с. 296 и далее.

осуществляется посредством того, что административное действие программируется все более финально, а не кондиционально (организационное управление вместо исполнительного управления).<sup>386</sup>

### с) Побочные воздействия, эффект перетекания (*Spill-over-Effekte*)

Индивидуальные права, вытекающие из права Конвенции и права Евросоюза, действуют исключительно тогда, когда спор лежит в рамках соответствующих гарантий: для этого необходимым является, например, связь с правом Евросоюза, непосредственное отношение к вопросам *гражданских прав* или действию административных актов (квази) уголовно-правового характера. Вопрос об сфере применения, конечно, не должен переоцениваться. Прежде всего, в ряде государств право на судебную защиту кодифицировано в их национальных конституциях. Помимо этого, принципы, сформулированные международными судами, стали релевантными также и в судебных производствах, которые не охватываются международно-правовыми гарантиями. Ведь при разбирательстве в национальных судах было бы непросто обосновать, почему в рамках одного производства, подпадающего под действие европейских гарантий правовой защиты, должны обеспечиваться специальные процессуальные гарантии (как например, общественность и публичность, право на возражение или право на предварительную правовую защиту), а в другом, чисто национальном производстве, напротив нет.<sup>387</sup> После того, как английские суды, например, признали право на предварительную правовую защиту против актов правительства в сфере применения права Сообществ, стало невозможным убедительно обосновать далее отрицание подобного права в рамках чисто внутреннего производства. Вследствие этого данное право было признано также и здесь.<sup>388</sup> «Эффект перетекания» (*Spill-over-Effekte*) вносит таким образом существенный вклад в унификацию регулирования производства дел в административных судах европейских государств.

<sup>386</sup> Kahl (сноска 46), пункт 161; Möllers (сноска 300), пункт 64.

<sup>387</sup> См. Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung*, в: Hoffmann-Riem/ders. (Hg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, с. 429, 445.

<sup>388</sup> Craig (сноска 71), пункт 114.

### 3. Возрастающая сопоставимость административно-правовой защиты

Конгруэнтность административно-правовой защиты в Европе связана не только с императивными установками европейского права и национальными гарантиями права на обращение в суд, но и с тем фактом, что европейские административные правовые порядки выросли за счёт взаимных рецепций. Естественно, модели других государств не перенимались или заимствовались как целое (*правовые заимствования, legal transplants*). Скорее, они принимались во внимание таким образом, чтобы они могли укорениться и получить дальнейшее развитие в собственной правовой системе и там обрести своё «собственное» существование (*взаимное обогащение, cross-fertilisation*).<sup>389</sup> Ввиду такого взаимообмена, сравнение различных моделей регулирования административного судопроизводства или соответственно процедур контроля напрашивается прямо-таки само собой. Против этого нередко можно услышать возражение, что национальные особенности необходимо противопоставить рецепции «чужих» норм именно в административном праве.<sup>390</sup> Однако, и в других правовых областях, в частности, в уголовном праве или в сфере частноправового регулирования в области обязательственного или социального права, особенные, характерные для данной конкретной страны общественные или политические отношения также вполне могут иметь особое значение.<sup>391</sup> Сравнение правового регулирования организации административного управления может быть затруднено рядом факторов, как например, различиями в формировании и организации системы административных органов (децентрализованные, приватизированные или как-нибудь иначе обособленные административные единицы) и в регулировании определённых правовых институтов (защита доверия - *Vertrauensschutz*, использование предметов общественного пользования - *Nutzung öffentlicher Sachen*). Сюда же можно также отнести частично тесное сцепление правового регулирования организационного устройства с конституционно-правовыми особенностями, а также - в большинстве случаев - отсутствие

<sup>389</sup> Например, разграничение у *Bell* (сноска 141), с. 147.

<sup>390</sup> См. *Ulrich Scheuner*, Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtentwicklung, DÖV 1963, с. 714; *Giacinto della Cananea*, IPE III, § 52 пункт 13; *Jean Rivéro*, Vers un droit commun européen: Nouvelles perspectives en droit administratif, в: Cappelletti (Hg.), New Perspectives for a Common Law of Europe, 1978, с. 389, 395 и сл., 406.

<sup>391</sup> См. *Gerhard Robbers*, Europäische Verwaltungsrechtsgeschichte, в: Schulze (Hg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, 1991, с. 153, 157 и далее. См. также *Angelo D'Amico/Assunt Cappelli*, Sistemi giuridici e controllo giurisdizionale sull'amministrazione, 2001, с. 10.

кодификаций.<sup>392</sup> В вопросах контроля административного управления и, в частности, в вопросах административного судопроизводства такие факторы играют, в противоположность этому, скорее подчинённую роль. Соответственно противоположности между различными правовыми системами ни в коем случае не являются настолько непреодолимыми, чтобы они делали невозможным проведение правового сравнения.<sup>393</sup> Скорее наоборот, посредством такого сравнения становится возможным определить основные общие линии.<sup>394</sup>

Сопоставимости (институтов административно-правовой защиты – **прим. Дайджеста**) способствует, кроме того, также и выравнивание экономических и социальных отношений в Европе.<sup>395</sup> В большинстве случаев правовая защита в административном праве, соответственно, так же хорошо подходит для сравнения, как и различные подобласти материального гражданского права или гражданско-процессуального и уголовно-процессуального права.<sup>396</sup> К этому следует добавить, что административно-правовая защита опирается на давнюю традицию, которая простирается в какой-то степени даже дальше в прошлое, чем соответствующая традиция в материальном административном праве.<sup>397</sup> Сопоставимость, если суммировать, представляет собой важный фактор конвергенции. Естественно, развитие сравнительного административно-процессуального права ещё не продвинулось также далеко, как компаративистика в области гражданско-процессуального права. Тем не менее, нередко соответствующие наработки из доктрины попадают в текущий законодательный процесс. Равным образом, также и суды при толковании вопросов собственной процедуры или процессуального права

---

<sup>392</sup> См. *Schönberger* (сноска 190), пункт 12.

<sup>393</sup> Так в отношении английской и континентально-европейской административноправовой защиты *Pierre Legrand*, *European Legal Systems are not Converging*, *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), с. 52, 74.

<sup>394</sup> См. По вопросу о конфликте мнений относительно сопоставимости *Ronny Abraham*, *Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe: l'influence des jurisprudences européennes*, *European Review of Public Law* 1997, с. 577, 590.

<sup>395</sup> *Fromont* (сноска 47), с. 71 и сл.; *Jürgen Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2005, с. 91.

<sup>396</sup> *Schönberger* (сноска 190), пункт 48 в конце, а также к вопросу об универсальной архетипологии в гражданском праве пункт 9; *Chiti*, *Diritto amministrativo comparato*, 1999, с. 213 f.; *Hermann Mosler*, *Das Heidelberger Kolloquium über Gerichtsschutz gegen die Exekutive: Gegenstand und Methode*, в: ders. (Hg.), *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, Bd. 1, 1971, с. XIII и далее, XVI.

<sup>397</sup> См. *Sabino Cassese*, *La construction du droit administratif: France et Royaume Uni*, 2000, с. 13.

нередко прибегают к сравнительно-правовой аргументации.<sup>398</sup> Интернационализация многих административных правоотношений довершает картину. Это, наконец, дополняется тем, что данные из гражданско-процессуальной правовой компаративистики могут быть перенесены также на сравнительный административный процесс и сравнительное административно-процессуальное право.<sup>399</sup>

## VI. Итоги и перспективы

Проведённый сравнительно-правовой анализ позволяет сделать ряд выводов.

Наиболее важным является то, что судебная правовая защита от актов правительства и органов административного управления не должна рассматриваться изолированно, а может быть в достаточной степени понята только тогда, когда она анализируется в контексте других форм правового, а также и внеправового контроля. Процедуры судебного контроля всегда следует рассматривать как составную часть более охватывающей системы регуляции и управления административно-правовой деятельности. Они представляют собой важную, но отнюдь не единственную форму контроля. При этом не следует забывать, что в некоторых областях внесудебные контрольные механизмы предоставляют заинтересованному лицу схожую и частично даже равноценную правовую защиту. Кроме того, процедуры внесудебного контроля оказываются действенными во многих областях, в которых судебная правовая защита не может или только неудовлетворительным образом может обеспечивать привлечение правительственных органов и органов административного управления к ответственности. По этой причине в основу настоящей публикации положено широкое понимание административно-правовой защиты, которое ориентируется на «новую теорию» административного права или соответственно новые английские теории управления (т. н. доктрины «зелёного светофора», *green light theories*). Фокусирование на юридической ответственности, как это было характерно для традиционного юридического метода в Германии и прежней английской догматики административного права (т.н. модель «красного светофора»,

---

<sup>398</sup> См. *Mark Andenas/Duncan Fairgrieve*, Introduction: Finding a Common Language for Open Legal Systems, в: *Canivet/Andenas/Fairgrieve* (Hg.), *Comparative Law before the Courts*, 2004, с. xxvii и далее.

<sup>399</sup> Более подробно см. *Matthias Breidenstein*, *Zur Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung*, 2012, с. 16.

*red light theories*), более, в любом случае, не соответствует сегодняшней системе взаимодействующих между собой различных форм многоступенчатого контроля (административных актов – **прим. Дайджеста**). Следовательно, судебная защита всегда должна пониматься лишь как *одна* из многих параллельно существующих форм контроля.

Другой вывод, который можно сделать, заключается в том, что судебная правовая защита и демократическое управление находятся в некотором противостоянии друг с другом (*Spannungsverhältnis*). С одной стороны, парламенты направляют действия органов административного управления посредством определённых установок и директив, более или менее конкретно сформулированных в законах. Это является выражением не только принципа правового государства, но и принципа демократии. Чем более конкретно сформулированы эти установки, тем увереннее может быть законодатель, что им будут также и следовать. С другой стороны, законодатель не может заранее предвидеть многие, если не большинство конкретных ситуаций, в результате чего он неизбежно должен прибегать к неопределённым формулировкам. Это было одной из основных причин введения или дальнейшего усиления контроля органов административного управления. Поскольку такой контроль является по своей природе судебным или внеадминистративным (*verwaltungsextern*), постольку он представляет собой выражение принципа разделения властей,<sup>400</sup> который, в свою очередь, непосредственно связан с принципом правового государства. Административно-судебная защита может исследоваться подобающим образом, в конечном счёте, только в контексте учёта указанного противостояния между принципами правового государства, с одной стороны, и демократии, с другой.

В учебной литературе противоречие между принципами правового государства и демократии часто иллюстрируется через пример юрисдикции конституционных судов. В отличие от этого, юрисдикция административных судов часто представляется как нечто, что существует на, якобы, нейтральной почве, поскольку административные суды противостоят не парламенту, выбранному непосредственно народом, а всего лишь органам правительства и административного управления, имеющим лишь опосредованную демократическую легитимацию. Это различие, естественно, вводит в заблуждение. Разрешается ли спор конституционными судами или административными судами, нередко определяется в зависимости от (во многом) случайных факторов. Аналогичный правовой спор может решаться в одном правовом порядке административным судом, а в другом - конституционным судом. Также и в рамках одной правовой системы часто зависит чисто от случая, решается

---

<sup>400</sup> См. выше.

ли конкретный вопрос права сначала административным или конституционным судом. Наконец, также и чёткая в догматическом отношении граница, которая прежде проводилась между судебным контролем административных действий (*judicial review* в смысле английской модели) и контролем законов (*judicial review* в смысле американской модели), всё более отходит на задний план. В основе обоих феноменов, в конечном счёте, лежит постоянная борьба за властные полномочия.<sup>401</sup> Это отчётливо проявляется в исключаящих оговорках, предусмотренных законом. Правительство и парламент стремятся защитить свои прерогативы, ограничивая юрисдикцию административных судов в политических чувствительных областях, как например, в области борьбы с терроризмом или в области миграционного права. Не только общее управление, но и контроль должен был осуществляться здесь внутриадминистративными или политическими инстанциями. Согласно такому подходу, при решении, например, вопросов о предоставлении гражданства правовая защита должна была обеспечиваться исключительно самими административными органами, и их решения не подлежали обжалованию в органах внешнего контроля или же в судебных органах. Если же суды в последующем игнорируют такие исключаящие оговорки, то в тех государствах, в которых отсутствуют органы конституционной юрисдикции, у законодателя есть возможность ограничивать доступ в суды путём принятия новых, более чётко сформулированных исключаящих оговорок. Кто одерживает верх в этой патовой ситуации, зависит, в конечном счёте, от взаимодействия сосуществующих политических факторов и соотношения сил. В государствах, где право на обращение в суд гарантировано на уровне конституционного права, суды находятся, в отличие от этого, в значительно более комфортабельном положении. Однако и для них существуют границы, когда вопрос ставится о том, чтобы подвергнуть административно-судебному контролю политически высокочувствительные области.

Сравнительно-правовой анализ показал также фундаментальное различие судебного и внесудебного контроля. Политические контрольные механизмы позволяют при принятии решений в конкретном случае в определённой мере учитывать и их значение и последствия для интересов «третьих лиц» или также публичных интересов. В отличие от этого, в рамках судебного разбирательства принимаются во внимание исключительно интересы непосредственных участников процесса. Это отнюдь не означает, что суды не могут или не должны действовать в правотворческом ключе и принимать решения, имеющие квази-законодательное значение. Только делают они это как раз лишь выборочно

---

<sup>401</sup> См. *Paul Craig*, *Political Constitutionalism and Judicial Review*, в: Forsyth (сноска 68), с. 19, в частности с. 32 и сл.

и ограничено по определённым пунктам. Если использовать высказывание судьи *Холмса (Holmes)*, они ограничиваются принятием решений по соответственно подлежащим рассмотрению конкретным делам, и поэтому как раз только в «промежуточных областях».<sup>402</sup> В случае комплексных вопросов может случиться, что судья тянет (или должен тянуть), так сказать, за один «край паутины», не имея возможности предусмотреть и оценить последствия этого для всей филигранной тонкой архитектуры в целом.<sup>403</sup> Это, однако, не значит, что судебная защита должна быть полностью исключена в таких случаях.

Наконец, третий вывод, который можно сделать на основе проведённого сравнительно-правового анализа, заключается в том, что суды в случаях, сопровождаемых комплексными техническими, общественными или политическими импликациями, снижают интенсивность (плотность) своей проверки или, по меньшей мере, стараются это делать. Представляется, что дихотомический подход, в соответствии с которым спорный акт либо контролируется в полном объёме, либо не контролируется вовсе, должен быть, тем не менее, преодолен и заменён моделью разноступенчатой плотности контроля (*abgestufte Prüfungsdichte*).<sup>404</sup> Осуществляя юстировку плотности своей проверки, суды, должны учитывать не только количество заинтересованных лиц и поставленные на карту интересы, но также и принимать во внимание то, какие другие альтернативные механизмы правовой защиты существуют. Если у заинтересованного лица была возможность изложить свою точку зрения, представить доказательства и на равноправной основе участвовать в споре с органом административного управления в официальной инстанции, пользующейся значительной степенью независимости, то вряд разумно, чтобы суд впоследствии применял тот же масштаб контроля, как это уже было сделано независимым органом. Скорее наоборот, его задача должна состоять в том, чтобы осуществить контроль материальной и формальной правомерности принятого инстанцией предварительного решения. В конкретном выражении это означает, в частности, что суд должен проверить, в полной ли мере предварительная инстанция учла процессуальные права, надлежащим ли образом она исследовала обстоятельства дела и в достаточной ли степени плотность её контроля была приведена в соответствие со спецификой рассматриваемого случая. Всё другое было бы

---

<sup>402</sup> *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) («[J]udges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from molar to molecular motions»).

<sup>403</sup> *Lon Luvois Fuller*, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review* 92 (1978), с. 353, 395.

<sup>404</sup> См. *Paul Daly*, *A Theory of Deference in Administrative Law*, 2012, с. 278 и далее; *Jeff King*, *The Pervasiveness of Polycentricity*, *Public Law* 2008, с. 101.



ненужным дублированием, которое в экстремальном случае выхолащивало бы пределы свободы оценки и решения административных органов власти и делало бы излишним всё предшествующее производство по жалобе.

Из вышесказанного можно заключить, что в основе разграничения политического и правового контроля лежат их различные функции. В то время как административные суды вместе с судами по гражданским делам и уголовными судами обеспечивают юридическую ответственность органов управления и их должностных лиц, многие из внесудебных форм контроля оперируют в области политической ответственности. Их механизмы коренным образом отличаются от механизма судебного разбирательства, и их санкции, в конечном счёте, нередко производны и зависимы исключительно от поддержки заинтересованной общественности. Предшествующее сравнительно-правовое исследование показало, в-четвёртых, что не всегда можно установить чёткие разграничительные линии между формами судебного контроля и формами внешнего или внеадминистративного контроля. Поэтому также и в этой области представляется необходимым отказаться от устаревших догм, мыслящих в бинарных кодировках и обратиться к моделям подвижных шкал.

Понимание института правовой защиты, лежащее в основе европейских кодексов административного судопроизводства, отказывается равным образом от категориальных различий. Естественно, можно обнаружить влияние, соответственно, субъективной и объективной модели контроля на особенности регулирования права на подачу жалобы, допустимых средств правовой защиты, возможные основания жалоб и частично организации судов. Однако, тем не менее, европейские традиции административно-правовой защиты заметно приблизились друг к другу также и в этой области, оказывая плодотворное влияние друг на друга и способствуя формированию общего понимания института судебной защиты. Эти процессы конвергенции в значительной мере поддерживаются тем воздействием, которое оказывает европейское право. При этом сравнение с ситуацией в середине 20-го столетия показывает, что общих черт становится всё больше, в то время как различия в возрастающей степени ограничиваются областями, в которых всё ещё большую роль играют соответствующие традиции административного права и, прежде всего, сферами т.н. организационного права (*Organisationsrecht*). Вплоть до середины 20-ого столетия европейские государства можно было ещё сравнивать с точки зрения того, в каком объёме они обеспечивали судебную правовую защиту против актов органов административного управления. Различия были значительны: в то время как в ряде стран была создана действительно развитая система судебной защиты, в других странах она обеспечивалась только в немногих областях

административного права, но и там только в предельно ограниченном объёме. Сегодня европейские государства, в противоположность этому, отличаются уже не по тому, в какой мере они предоставляют судебную защиту, а наоборот, по тому, в какой мере они её исключают. В области административно-судебной защиты в *Ius Commune Europaeum* произошла, следовательно, подлинная смена парадигм. В результате действия общих стандартов права Евросоюза, взаимного влияния национальных правовых систем, а также внутригосударственных и европейских гарантий права на обращение в суд национальные традиции правовой защиты в различных государствах сблизились друг с другом, так что сегодня в области судебной защиты черты сходства всё больше преобладают над различиями. Представляется возможным констатировать последовательное развитие в направлении формирования общеевропейского административно-процессуального права.

Административно-процессуальное право, таким образом, более доступно для сравнения, чем право, регулирующее организацию административного управления. Как указывалось выше, это связано не только со схожими формулировками условий вынесения решения по существу и общими европейскими процессуальными принципами, но и с постоянно усиливающимся процессом европеизации. Национальные традиции административного права не только оказали сильное взаимное влияние друг на друга, но и оказали воздействие на право ЕКПЧ и право Евросоюза. Таким образом, сегодняшние гарантии права на обращение в суд, существующие в международном и европейском праве, возникли не в безвоздушном пространстве. Их создатели и авторы выросли, в первую очередь, на традициях национальных систем своих государств и вследствие этого ориентировали свои проекты на стандарты национального права. Таким образом, при исследовании европейских механизмов административно-правовой защиты не должны упускаться из виду как горизонтальные процессы взаимодействия и обмена, так и взаимные влияния между надгосударственным, межгосударственным и национальным правом европейских государств. Если в 1960-ые годы на переднем плане находилось, скорее, влияние национального права на европейское право, то в последующем процесс развивался главным образом в противоположном направлении. Это происходило в результате того, что европейские суды побуждали государств-участников к тому, чтобы они ориентировали свои кодексы административного судопроизводства на общеевропейский минимальный стандарт. Таким образом, даже если административно-судебная защита должна исследоваться исключительно с учётом национальных традиций государств-участников, сегодня преобладают процессы европеизации и конвергенции. Куда ведёт это развитие, в данный момент с уверенностью

сказать сложно. Тем не менее, совершенно ясно, что сходство структур в области административно-правовой защиты стало важным фактором конвергенции в процессе становления *Ius Publicum Europaeum*.

### Библиография

- Francesca Bignami*, From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law, *American Journal for Comparative Law* 2011, с. 859.
- Paul Craig/Adam Tomkins* (Hg.), *The Executive and Public Law: Power and Accountability in Comparative Perspective*, 2006.
- Thomas von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008.
- Daria de Pretis*, La giustizia amministrativa, in: *Napolitano* (Hg.), *Diritto amministrativo comparato*, 2007, с. 283.
- Michel Fromont*, *Droit administratif des Etats européens*, 2006.
- Jochen Abr. Frowein* (Hg.), *Die Kontrollrechte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, 1993.
- Susana Galera* (Hg.), *Judicial review: A Comparative analysis inside the European legal system*, 2010.
- Christoph Grabenwarter*, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1997.
- Thomas Groß*, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, *Die Verwaltung* 2000, с. 415.
- Wolfgang Kahl*, Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2009, § 47.
- Jeanne Lemasurier*, *Le contentieux administratif en droit comparé*, 2001.
- Hermann Mosler* (Hg.), *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, 3 Bde., 1971.
- Jürgen Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2005.
- Epaminondas Spiliotopoulos* (Hg.), *Towards a unified judicial protection of citizens in Europe*, 2000.