

Организация административного управления

Жак Циллер*

* Жак Циллер – профессор европейского права, преподаёт в Университете г. Павиа, Италия, на факультете политических наук, Президент Европейской Ассоциации публичного права.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Мюллер Ферлаг и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Jacques Ziller, *Verwaltungsorganisation***, in: Bogdandy/ Cassese/ Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*: Grundzüge, C.F. Mueller Verlag: Heidelberg, с. 893 и сл.

I. Предварительные соображения	3
II. Конституционно-правовые основы	7
1. Основополагающие принципы конституционного права	7
а) Конституционные принципы, которые имеют прямое отношение к организации административного управления и персональному составу органов управления	7
б) Конституционные принципы, имеющие косвенное влияние на организацию административного управления и персонал	10
в) Квалификация органов административного управления как исполнительной власти и автономия административного управления по отношению к исполнительной власти	12
2. Влияние исполнительной или соответственно законодательной власти на организацию административного управления и кадровое администрирование	14
3. Правовые основания в праве ЕС и конституционно-правовые основания	16

III. Регулирование административной организации и административного персонала	19
1. основополагающие принципы: функциональное разделение властей, география и иерархия	19
2. Территориальное устройство административного управления	23
a) Традиционные модели территориального административного управления	23
b) Важные отклонения в рамках традиционных моделей	27
c) Отношения между центральным правительством и децентрализованными административными органами	28
d) Влияние права Европейского Союза на территориальное деление	30
3. Функциональная структура прямого и косвенного государственно-административного управления	34
a) Традиционные и новые модели административной организации	34
b) Влияние права Европейского Союза на организацию административного управления	37
4. Административно-управленческий персонал (аппарат)	39
a) Правовой статус административного персонала	39
b) Содержание права публичной службы	41
c) Влияние права Евросоюза на право личного статуса и управление административным персоналом в государствах-участниках	44
IV. Заключительные соображения: влияние категорий и систем государств-участников на административное управление в ЕС	47
Библиография	49

I. Предварительные соображения

1. Темы, обсуждаемые в сравнительно-правовом аспекте в данной обзорной статье, соответствуют в целом той тематической систематизации, которая содержалась в анкете-вопроснике, распространённой в ходе подготовки данного тома *Ius Publicum Europaeum* «Административно-правовые институты в контексте систем государственного управления - организация и персонал». Чрезвычайно различающаяся методика, посредством которой в национальных докладах исследовалась эта тематика, отражает также отличия, которые характерны для рассмотрения соответствующих вопросов в различных системах административного права в научной литературе и, не в последнюю очередь, в пособиях и справочниках по административному праву.

2. В правовых системах, в которых теория административного права сформировалась, прежде всего, на основе анализа и обсуждения судебной практики, как например, во Франции и Великобритании, правовой догматике организации управления в целом уделяется относительно небольшое внимание. Такое положение контрастирует с правовыми системами, в которых правовая догматика рассматривается в известном смысле в качестве необходимого основания правовой теории, как например, в Германии или Италии. Это не означает, что в странах первой группы к теоретическому обоснованию организации управления вообще не проявляется никакого интереса. Просто скорее она понимается как раздел административных наук или также как конституционно-правовая тема, а не как тема собственно науки (теории) административного права. В этих странах в принципе имеется лишь незначительная судебная практика по вопросам организации управления. Возможное исключение составляют, например, во Франции, самоуправление административно-территориальных единиц и других автономных структур системы административного управления или также право, регулирующее положение государственных должностных лиц. Поэтому в этих правовых системах организация управления исследуется, прежде всего, скорее дескриптивным образом, в то время как в системах второй группы аппарат правовых категорий является более развитым. Однако, поскольку во всех странах в сфере организации административного управления приходится решать схожие проблемы, проведение сравнительного исследования не представляет особого труда. Тем не менее, оно является релевантным постольку, поскольку эта организация основывается на законах, а также общих распоряжениях и постановлениях - что в Великобритании, в отличие от Соединённых Штатов или Ирландии, остаётся скорее редким

явлением – и поскольку эта нормативная база также действительно учитывается в повседневной практике административных органов.

3. Напротив, особенности формирования понятийного аппарата в области нормативного регулирования организации административного управления, на первый взгляд, затрудняет сравнительное исследование, поскольку на догматику административного права в различной мере оказывает влияние общая теория права в соответствующем государстве. Это касается также понятий, которые частично унаследованы из римского права и через гражданское право нашли применение в административном праве, как например, понятие «субъективного права». Такие понятия имеют существенное значение, например, в Германии и Италии,¹ значительно менее существенное – во Франции и почти никакое – в Великобритании. Эта трудность признается юристами-компаративистами и преодолевается большей частью путём сравнения так называемых функциональных эквивалентов. Для такого анализа необходима, однако, очень подробная и детальная информация, а также и обширный материал примеров из практики. Более того, следует проводить также различие между теми правовыми системами, в которых наука управления с начала 19-ого столетия развивалась, прежде всего, юристами, как например, в Германии и Франции, и теми, в которых эта задача традиционно выполнялась политологами и социологами, в первую очередь, в Великобритании. В рамках систем первой группы организация управления рассматривается, само собой разумеется, в фундаментальных работах по административному праву. Неспециалисту, однако, не всегда легко понять, являются ли данные соображения выражением правовых взглядов или были разработаны за рамками юридического анализа.² Так, если попытаться типизировать возможные способы рассмотрения, то можно идентифицировать, по меньшей мере, три методологических подхода, применяемых в Европе юристами при исследовании вопросов организации административного управления. Последняя рассматривается:

- как классический элемент и составная часть административного права и его догматики,
- как неюридическая составляющая и рамки административного права,

¹ См. *Wolfgang Kahl*, в: von Bogdandy/ Cassese/ Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*, 2014, § 74 пункт 121 и далее; *Daria de Pretis*, в: von Bogdandy/ Cassese/ Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*, 2014, § 78 пункт 54 и далее.

² См. например, разделы по национальным системам в *Alain Delcamp/John Loughlin*, *La décentralisation dans les Etats de l'Union européenne*, 2002.

- как тема, которая только в редких случаях должна описываться средствами права, а именно судебной практикой.

Однако, дело не обстоит таким образом, что все авторы из определённой страны применяют один и тот же метод рассмотрения, и поэтому отдельные авторы национальных учебников, а также авторы национальных докладов в сравнительно-правовых работах не должны обязательно рассматриваться как типичные представители соответствующей национальной культуры административного права или науки управления.

4. С юридической точки зрения особое значение имеют конституционно-правовые основы организации административного управления. Однако, как правило, они лишь в редких случаях становятся предметом исследования юристами-конституционалистами, разве только тогда, когда в этой сфере появляются особенно важные постановления органов конституционной юрисдикции. Однако, как правило, такие решения немногочисленны, возможно, за исключением постановлений по вопросам самоуправления административно-территориальных единиц. В отличие от этого, как правило, конституционные основы административного права и, возможно, организации управления, рассматриваются специалистами в области административного права, однако, под другим углом зрения, что в свою очередь, не облегчает сравнение. В этом отношении особое значение имеет то обстоятельство, что тексты конституций содержат большей частью лишь незначительное количество предписаний, касающихся организации управления, что ведет, в свою очередь, к весьма различным догматическим конструкциям, которые разрабатываются большей частью на основании принципа разделения властей. Концепция разделения властей, как представляется, может рассматриваться для всех европейских стран как нечто общее. Однако эта видимость обманчива, так как разделение властей между законодательной, исполнительной и судебной властью в принципе признается всюду, она, тем не менее, имеет в них довольно разные формы проявления. Это касается как классификации органов власти, которые не соответствуют в значительной мере этому элементарному делению на три элемента – например, в большинстве парламентских систем исполнительная власть представлена двумя органами, а именно главой государства и правительством. И, что возможно ещё важнее, это также действует и в отношении разделения функций между органами. Здесь же следует подчеркнуть, что конституционная догматика очень разным способом проводит различие между функциями, которые, как правило, приписываются исполнительной власти. Исполнение законов через принятие общеобязательных или индивидуальных мер, через регулирование юридически обязательными и другими инструментами,

через систему политического управления (включая подготовку законопроектов) и, наконец, через контроль над более или менее автономными органами самоуправления.

5. Особенно значительные различия в Европе можно обнаружить, в первую очередь, в области территориальной организации административного управления. Они частично базируются на различиях в основах конституционного порядка (например, наличии федеративной или унитарной структуры), что является частично просто следствием географической структуры государственной территории (различия между равнинной и горной территорией, между побережьем и территорией, расположенной в глубине материка и т.д.) Однако они основываются в большинстве своём на своеобразии исторического развития, т.е. по существу обусловлены политическими и религиозными причинами. Во Франции, например, большинство коммун (*communes*) как территориально-административные единицы сложились на основе существовавших католических церковных общин (*paroisses*). В отличие от этого, в Италии комуны (*comuni*) возникли, однако, скорее из существовавших городских поселений и их окрестностей, управлявшихся и городскими парламентами. Что касается форм организации управления (если абстрагироваться от вопросов территориальной организации), то примерно вплоть до последних двух десятилетий - за исключением Швеции и Финляндии - не имелось принципиальных различий в организационных формах. Все следовали т.н. «веберской модели» иерархии, во главе которой находились политики и базу которой составляли профессионально специализированные органы. Всё же, уже во времена *Макса Вебера (Max Weber)*, в деталях имелись примечательные различия между странами, прежде всего, в том, что касается числа и видов т.н. целевых административных учреждений публичного права (*Zweckkörperschaften des öffentlichen Rechts*).

6. Что касается персонала органов административного управления, то, напротив, уже в течение двух столетий существовали и до сих пор существуют большие различия между странами. В частности, это относится к различиям формального правового основания, например регулирование в праве публичной службы (*Beamtenrecht*) или в трудовом праве, а также к содержанию соответствующих правовых положений, например, наличие или отсутствию определённых требований для служебного соответствия или принципу отбора на конкурсной основе. Несмотря на существование обширной сравнительно-правовой литературы в области нормативного регулирования вопросов персонального состава

органов административного управления, понимание того, что принципы и структуры, которые являются особенностью в собственной стране, в другом государстве нередко соответствуют общему стандарту, как в литературе, так и на практике продолжает оставаться минимальным.

7. Предметом настоящего исследования не является попытка спроектировать общую правовую теорию организации системы административного управления в Европе или хотя бы только в общих чертах дать сравнительное описание регулирования вопросов административной организации и персонала органов управления. Целью нижеследующих комментариев скорее является изложение ряда задач и проблем, которые должны позволить понять основные различия национальных систем, чтобы получить возможность лучше понять, что является мифом и что является действительностью в обсуждении влияния права ЕС на право и управление в государствах-членах.

II. Конституционно-правовые основы

1. основополагающие принципы конституционного права

а) Конституционные принципы, которые имеют прямое отношение к организации административного управления и персональному составу органов управления

8. Одним из исключительно важных проявлений принципов, касающихся организации административного управления в Европе, является британский принцип королевской привилегии (royal prerogative) как основа организации публичной службы (civil service).³ Также исключительно важным и необычным является предписание шведской Формы Правления, которое устанавливает независимость административных учреждений по отношению ко всем государственным органам (включая правительство).⁴ При этом речь идёт о тех конституционных положениях, которые имеют самые внушительные последствия для регулирования административного

³ См. ниже, пункт 16. Более подробно по данному вопросу см. *Paul Craig*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*, 2014, § 77 пункт 11, 15.

⁴ См. ниже, пункт 18. Более подробно по данному вопросу см. *Lena Marcussen*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*, 2014, § 82 пункт 7 и сл., 39.

управления. В Великобритании они предоставляют исполнительной власти особенно широкую свободу действий в вопросах организации управления и публичной службы, а в Швеции, в противоположность этому, гарантируют наибольшую степень самостоятельности органов административного управления по отношению к правительству. Как Соединенное Королевство, так и Швеция в этом отношении являются исключениями в рамках общеевропейских стандартов организации системы управления. Естественно, конкретные пределы свободы действия высших конституционных органов в области регулирования организации системы управления зависит также от соответствующего распределения большинства голосов в парламенте, от гомогенности парламентского большинства и от степени вмешательства внепарламентских политических сил, например, акторов системы социального партнёрства (Sozialpartner).

9. В качестве конституционного принципа, который непосредственно касается организации системы административного управления, в большинстве европейских стран действуют гарантии местного самоуправления и децентрализации. Подобный принцип в явной форме содержится, помимо прочего, в конституциях Германии,⁵ Франции,⁶ Греции,⁷ Польши,⁸ Португалии⁹ и Испании.¹⁰ Также и здесь важным исключением является Великобритания, где конституция не знает принцип местного самоуправления (*Local Government*), в том числе и как неписаный принцип. Поэтому понятие «*Local Government*» не носит правовой характер. Само по себе понятие «местное управление» не означает ничего иного, как органы местного административного управления, и это, несмотря на то, что местное административное управление традиционно формально зависит от избранных на локальном уровне советов. На практике, однако, оно подчинено системе государственного управления, а в Северной Ирландии, Шотландии и Уэльсе - региональному правительству или региональному собранию. Историческое развитие с конца 19-го века и до начала 21-ого века показывает, что в Великобритании не существует

⁵ Kahl (сноска 1), пункт 25 и далее.

⁶ Pascale Gonod, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V: Verwaltungsrecht in Europa, 2014, § 75 пункт 53.

⁷ Pavlos-Michael Efstratiou, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V: Verwaltungsrecht in Europa, 2014, § 76 пункт 19 и далее.

⁸ Stanislaw Biermat, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V: Verwaltungsrecht in Europa, 2014, § 80 пункт 78.

⁹ Vasco Pereira da Silva/André Salgado de Matos, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V: Verwaltungsrecht in Europa, 2014, § 81 пункт 147.

¹⁰ Oriol Mir, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V: Verwaltungsrecht in Europa, 2014, § 84 пункт 120 и далее.

правовой защиты (и, пожалуй, практически никакой политической защиты) против вмешательства законодателя в автономию местных советов.¹¹

10. В некоторых европейских странах, как например, в Ирландии или с 1993-его года также в Бельгии, конституции содержат положения, которые устанавливают количество министерств. При этом отчасти речь идет о попытке предотвратить увеличение министерств, которое часто является следствием коалиционных соглашений политических партий. В случае Бельгии, однако, важной причиной принятия такого регулирования стала необходимость обеспечить баланс между фламандской и французской общинами. В некоторых национальных системах конституции закрепляют также определённые органы, которые в принципе более или менее беспрепятственно могут быть причислены к системе административного управления. Так например, шведский «омбудсмен», начиная с 1809-го года, является конституционным органом,¹² а во Франции конституционная реформа 2008-го года заложила основу для «*Défenseur des droits*» («защитник прав человека») как преемника для «*Médiateur*» («посредник по вопросам прав человека»), введенного в 1973-ем году в законодательном порядке.¹³ В большинстве конституций последней четверти 20-ого века институт независимых уполномоченных или посредников по правам человека получил также и конституционную основу.

11. В конечном счёте, следует упомянуть и те конституционные принципы, которые посвящены публичной (государственной) службе. Положения абзаца пятого статьи 33 Основного Закона ФРГ, в соответствии с которым «правовое регулирование государственной службы должно регулироваться и развиваться с учетом традиционных принципов профессионального чиновничества», в сравнительно-правовом аспекте является, пожалуй, наиболее четким в этом отношении конституционным предписанием, которое можно найти в Европе. Лишь частично ему соответствует положение статьи 34 Конституции Франции, предусматривающей, что «закон устанавливает также нормы, касающиеся ... основных гарантий, предоставляемых гражданским и военным государственным служащим». Также как в Германии, где конституционная судебная практика и доктрина выводят целый ряд дальнейших критериев из понятия «традиционные принципы» профессионального чиновничества, так и во Франции из упомянутого положения выводится ряд дальнейших

¹¹ *Martin Loughlin*, IPE III, § 44 пункт 60 и далее.

¹² *Marcusson* (сноска 4), пункт 41 и сл., 60.

¹³ *Gonod* (сноска 6), пункт 121.

признаков чиновничества, которые частично соответствуют германскому праву публичной службы. В отличие от этого, в большинстве европейских конституций можно обнаружить лишь положения, касающиеся соответствующих полномочий законодательной и исполнительной власти по правовому регулированию государственной службы, как это отражено в тексте статьи 34 Конституции Франции, далеко за рамки которых, впрочем, идёт судебная практика. В большинстве этих конституций соответствующая компетенция закрепляется за законодателем. В Бельгии, на Мальте и в Нидерландах исполнительная власть - по примеру Великобритании - обладает полномочием регулировать вопросы права государственной службы правительственными распоряжениями и постановлениями.

12. В большинстве европейских конституций можно найти также нормы, которые гарантирует равный доступ к публичной службе для всех граждан (как например статья 33 абзац 1 Основного Закона ФРГ или статья 6 французской Декларации прав человека 1789-го года, которая является частью действующей конституции). Только в редких случаях соответствующие положения формулируются таким образом, что они могут блокировать доступ к публичной службе для иностранцев и, таким образом, могут влечь за собой проблемы в применении права ЕС,¹⁴ как например, статья 27 Конституции Дании. Особенно примечательной с точки зрения права государственной службы является статья 97 Конституции Италии. Она в принципе оставляет законодательной власти самую широкую свободу действий в оформлении права государственной службы, которая могла простирается вплоть до применения гражданского и трудового права для всего персонала государственных органов административного управления. Однако, в целях обеспечения равного доступа эта норма предусматривает необходимость конкурса как метод отбора кандидатов: «Должности государственной администрации замещаются по конкурсу, кроме установленных законом случаев» (статья 97 предложение 3).

b) Конституционные принципы, имеющие косвенное влияние на организацию административного управления и персонал

13. В различных странах Европы имеется ряд конституционных принципов, которые непосредственно не касаются организации управления, однако, опосредовано оказывают на неё важное влияние.

¹⁴ См. ниже, пункт 60.

Особенно показателем в этой связи является во Франции традиционный принцип разделения административных и судебных органов, который обосновывает не только разделение между обычной и административной юрисдикцией, но и влечет за собой принципиальную неприменимость *Гражданского Кодекса (Code civil)* к действиям органов административного управления. Другим его следствием является также функциональное понимание понятия административного действия («публичная служба», «*service public*»).¹⁵ Такое функциональное понимание приводит судебную практику и доктрину к тому, что вид публичного действия считается более важным, чем организация административного управления. Так например, уже длительное время во Франции признаётся принципиально возможным, что частное лицо выполняет административную функцию, если она относится к функциям публичной службы (*mission de service public*). В этом случае такая деятельность подлежит регулированию административным правом. Его применимость зависит не от действующего правового субъекта, а от исполняемой функции. В отличие от этого, начиная с 1920-ых годов во французской судебной практике было установлено,¹⁶ что выполнение публичной функции в сфере торговли и производства («*service public industriel et commercial*») влечет за собой применимость гражданского и торгового права при контроле судами обычной юрисдикции.

14. Другим важным примером конституционных принципов, оказывающих опосредованное влияние на административное управление, является содержащийся в германском Основном Законе принцип исполнения федеральных законов земельными органами (статья 83 Основного Закона). Этот принцип отражает особый тип федеративного государственного устройства, который коренным образом отличается от государственной организации Соединенных Штатов Америки, где федеральные законы в принципе исполняются федеральными органами, а штаты исполняют только своё собственное право. Германская модель важна, прежде всего, потому, что организация управления Европейского Союза гораздо ближе к германской модели, чем к американской, что естественно отнюдь не означает, что все признаки германской модели нашли воплощение в т.н. Европейском Административном Сообществе. Причиной этого является, в первую очередь, договорная основа Европейского Союза, которая имеет совсем иные следствия, чем конституционная основа Федеративной Республики Германии. В Германии

¹⁵ *Gonod* (сноска 6), пункт 21 и далее.

¹⁶ ТС, 22.1.1921, *Société Commerciale de l'Ouest Africain*, как правило цитируется как решение *Bac d'Eloka*.

существует, помимо этого, также понятие «самоуправления, выступающего как реализация основного права» («grundrechtsgetragenen Selbstverwaltung»), как например, академическое самоуправление.¹⁷ У него есть, пожалуй, конституционно-правовые эквиваленты в других европейских странах, если речь идёт о принципе независимости университетских профессоров, но нет специфической догматической основы, которая касалась бы также вопросов организации.¹⁸

15. В качестве других важных конституционных принципов, которые хотя непосредственно и не касаются организации управления, однако, опосредовано оказывают на неё особое влияние, следует, естественно, упомянуть конституционные принципы бюджетного права, которые тесно взаимосвязаны с принципами парламентской демократии и поэтому могут рассматриваться в качестве общих принципов, характерных для всех европейских стран. Различия между странами касаются деталей: закреплённые релевантные принципы или нормы на конституционном или законодательном уровне, а также особенности финансового контроля. Бюджетное право имеет не только каждодневные текущие последствия для административно-управленческой деятельности. Оно, как это ни парадоксально, довольно часто заставляет ответственных лиц использовать для выполнения административных функций частные правовые формы, в надежде, что тем самым удастся обойти императивные нормы бюджетного права. В этом отношении конституционные принципы бюджетного права с точки зрения гарантий более эффективного управления предстают во многих случаях в качестве одной из наиболее важных причин или соответственно одной из наиболее важных помех для развития новых организационных форм административного управления. Взаимодействие государственного права и теории организации управления является, тем не менее, в большинстве европейских стран слишком поверхностным и кратковременным, чтобы сделать возможным надлежащий научно-правовой сравнительный анализ по этой теме.

с) Квалификация органов административного управления как исполнительной власти и автономия административного управления по отношению к исполнительной власти

¹⁷ См. Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung: Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, 1997.

¹⁸ Kahl (сноска 1), пункт 27.

16. Как уже упоминалось выше, британский конституционный принцип *королевской прерогативы (royal prerogative)* имеет особую природу и характер. Его действие означает исключение из принципа парламентского суверенитета, на котором по-прежнему основана конституция Великобритании. В областях, где действует *королевская прерогатива*, а именно в сфере внешних сношений, в сфере организации и функционирования государственного административного управления, исполнительная власть не нуждается ни в парламентском одобрении собственных действий, ни в наличии парламентского законодательства, чтобы издавать имеющие общеобязательную силу предписания и административные акты.¹⁹ Это предполагает, что исполнительная власть без участия парламента может определять как организационную структуру непосредственного государственного административного управления, так и внутренние административные процедуры, как например, правовой статус, а также руководство и администрацию публичной службы (т.е. кадровые вопросы). Этот конституционный принцип объясняет чрезвычайную гибкость и открытость британской системы административного управления в отношении реформ государственного управления, как они имели место, помимо прочего, в 1980-ые и 1990-ые годы. Хотя судебный контроль органов административного управления в Великобритании в течение примерно четырёх десятилетий значительно усилился, королевская прерогатива остаётся неприкосновенной в той степени, в какой она не влечет за собой косвенное влияние на индивидуума вне системы административного управления.

17. Во многих странах имеются конституционные положения, которые функционально относят административное управление к исполнительной власти, как например, статья 20 Конституции Франции, устанавливающая, что администрация находится в распоряжении правительства. Подобные конституционные положения могут иметь большое значение в плане догматики, однако, они имеют положительные правовые последствия постольку, поскольку они связаны с принципом парламентского контроля правительства и – как например, в Германии – поскольку они могут ограничивать учреждение независимых органов.²⁰ Причисление административного управления к исполнительной власти не противоречит принципу, в соответствии с которым управление считается самостоятельной, демократически легитимированной ветвью государственной власти (ст. 20 абз. 2 Основного Закона). У этой нормы

¹⁹ *Craig*, (сноска 3), пункт 11.

²⁰ См. ниже, пункт 47. Более подробно по данному вопросу см. *Kahl* (сноска 1), пункт 40 и далее.

есть эквиваленты также в большинстве европейских стран. Это собственно предполагает только то, что исполнительная власть и административное управление связаны законом и правом и что политические преференции могут проявляться только в рамках свободы усмотрения, предусмотренной законом и правом. Это действует также и в отношении организации административного управления, поскольку она определена конституцией или законом.

18. Совершенно иной пример представляет Швеция, где конституция чётко обозначает административное управление как отличный от исполнительной власти и автономный по отношению к ней институт. В статье 7 главы 11 Формы Правления устанавливается: «Ни один орган, в том числе Риксдаг или принимающий решение орган коммуны, не может определять, какое решение в каждом конкретном случае должен принять орган управления по вопросу, который касается осуществления административной власти в отношении частного лица или коммуны либо исполнения законов». Также и в Швеции ведётся дискуссия, имеет ли правительство возможность и правомочие (и если да, то в какой степени) оказывать влияние на административные учреждения – в том числе посредством назначения высших должностных служащих административных органов власти.²¹ Тем не менее, отношение правительства и органов управления концептуально задумано там принципиально иначе, чем в других европейских государствах, что привело к особенной форме организации управления в т.н. агентствах.²² Это в равной степени справедливо для Финляндии, где также и во время русского господства с 1809-го по 1920-ый год сохранялась шведская форма административного управления.

2. Влияние исполнительной или соответственно законодательной власти на организацию административного управления и кадровое администрирование

19. Важная тема в рамках проблематики конституционных основ организации административного управления или персонального состава административных органов - это распределение полномочий между законодательной и исполнительной властью. При этом не имеется таких чётких разделений как в случае проблемы причисления административного

²¹ *Marcusson* (сноска 4), пункт 17.

²² См. ниже, пункт 47.

управления к исполнительной власти и автономии управления по отношению к исполнительной власти. Даже в Великобритании, где эти полномочия в принципе закреплены за исполнительной властью, имеются области организации управления и управления кадрами, которые регулируются законодателем. Распределение компетенции между исполнительной властью и парламентом имеет на практике два важных последствия. Во-первых, компетенция парламента может влечь за собой ряд барьеров, которые могут тормозить желательное с точки зрения правительства реформирование административного управления или даже блокировать его совсем. Это частично зависит соответственно от сплочённости правящей партии или правительственной коалиции, но также и от продолжительности процесса законодательства и, не в последнюю очередь, от потенциально возможного конституционного контроля, который может установить границы для реформы административного управления. Во-вторых, нередко отнюдь не парламент, а именно сами административные органы непосредственно участвуют в определении их собственной организации или же практически вообще самостоятельно её устанавливают, если эти вопросы относятся к компетенции исполнительной власти. Именно эти практические последствия, наряду с влиянием исторического наследия, объясняют разнообразие решений относительно распределения компетенции, которое можно обнаружить в отдельных европейских странах.

20. В ряде стран, как например, в Бельгии, Франции, Нидерландах и Великобритании, организация государственного управления является в принципе задачей исполнительной власти. У последней есть для этого также и необходимые (конституционные) полномочия, т.е. компетенция регулировать собственное административное управление при помощи постановлений и распоряжений без того, чтобы для этого требовалось специальное правомочие, установленное в законе. Это соответствует логике парламентской системы, в условиях которой, в конечном счёте, только парламентский контроль должен был ограничивать усмотрение исполнительной власти в вопросах собственной организации. Тем не менее, имеется также ряд стран, в которых хотя и действует парламентская система, но законодатель обладает компетенцией по организации системы административного управления. Это, кроме прочего, Германия, Италия и Швеция, а также большинство других европейских государств. Однако, и в системах, в которых принципиальная организационная компетенция закрепляется за исполнительной властью, существуют области регулирования, которые остаются за законодательной властью. Это имеет место в тех случаях, когда речь идет об образовании административно-

территориальных единиц или выборных местных органов власти. В Бельгии, Франции и Нидерландах законодатель сохраняет за собой также возможность образовывать публичные учреждения или отдельные категории общественных учреждений (как предусмотрено, например, в конституции Франции). Этот принцип действует также в Великобритании, если речь идет о том, чтобы создать орган, обладающим статусом юридического лица, т.е. «корпорации» («*corporation*»).

21. Однако установление компетенции законодательной или соответственно исполнительной власти в вопросах организации административного управления имеет – в зависимости от страны и исторического периода – совершенно различные последствия. Более важными, чем установленная в законе компетенция, являются на практике, с одной стороны, партийная система и, с другой стороны, т.н. «корпоративная власть» чиновничества (*korporative Macht der Beamten*). С чисто юридической точки зрения особенно важно проводить различие между организационными мерами в рамках общегосударственного или регионального либо локального административного управления, с одной стороны, и учреждением автономных организаций или учреждений, обладающих правосубъектностью, с другой стороны. Первая категория мер не подпадает в большинстве случаев под судебный контроль, так как речь идет о так называемых «внутренних» мерах – причем, однако, не следует исключать, что несоблюдение законодательных оснований организации влечет за собой недействительность её правовых актов. Если речь идет, напротив, об образовании организаций или учреждений, то, как правило, существует возможность всестороннего судебного контроля. В этой связи следует упомянуть судебную практику органов конституционного и административного судебного контроля во Франции. Здесь был разработан ряд критериев, которые не только проясняют распределение компетенции между исполнительной и законодательной властью, но и ограничивают свободу действий исполнительной власти в пределах ее собственной компетенции в том, что касается уставных документов и полномочий публичных учреждений.

3. Правовые основания в праве ЕС и конституционно-правовые основания

22. Правильное понимание возможного влияния права Евросоюза на организацию административного управления или персонал административного аппарата государств-участников предполагает понимание системы разграничения компетенции Европейского Союза или

соответственно государств-участников на основе уставных документов. Как это чётко закреплено в Лиссабонском Договоре (хотя речь не шла об изменении собственно уже давно существующих принципов коммунитарного и международного права), распределение компетенции между Европейским Союзом и государствами-участниками руководствуется принципом *передачи ограниченных полномочий в определённых сферах (Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung)*. Статья 5 абз. 2 Договора об образовании ЕС, в частности, гласит: «Согласно принципу наделения компетенцией Союз действует только в пределах компетенции, которую предоставили ему в Договорах государства-члены для достижения целей, установленных этими Договорами. Любая компетенция, не предоставленная Союзу в Договорах, принадлежит государствам-членам». Поскольку договоры не предусматривают компетенции Евросоюза в области организации административного управления и статуса чиновников административного аппарата, соответствующие полномочия в принципе принадлежат государствам-участникам. Это, тем не менее, не означает, что любые правовые мероприятия Евросоюза, которые затрагивали бы организацию административного управления или персонал административного аппарата в государствах-участниках, должны оцениваться как действия, «*ultra vires*», то есть как действия, выходящие за рамки круга установленных полномочий. Хотя государства-участники обладают соответствующей компетенцией, они, тем не менее, не обязательно полностью свободны в осуществлении этой компетенции. Точно так же, как усмотрение конституционных органов ограничивается принципами, устанавливаемыми судебной практикой, законодательством или даже самой конституцией, также и усмотрение государств-участников при осуществлении собственных полномочий может ограничиваться отраслевым законодательством или соответственно правилами, установленными правом Евросоюза для судебной практики или даже принципами, предусмотренными в Договорах. Особенно важными в этой связи являются функциональная природа и широкий диапазон союзной компетенции в области обеспечения создания и функционирования общего или соответственно внутреннего рынка. Таким образом, полномочия государств-участников в вопросах организации управления и права публичной службы могут подвергаться ограничениям, вытекающим из права Евросоюза.

23. Принципы права Евросоюза, касающиеся решения проблем сосуществования, дополнения и коллизий между правом Евросоюза и правом государств-участников, хорошо известны. Речь идет, прежде всего,

о требовании толкования права государств-членов в соответствии с правом Евросоюза, которое вытекает из принципа лояльного сотрудничества (ст. 4 абз. 3 Договора о ЕС), и – в случае коллизии – о принципе приоритета права Евросоюза, который подтверждается в заявлении номер 17 к Договорам ЕС. Особенно важными в данном контексте являются полномочия Европейской Комиссии, которая согласно ст. 17 Договора о ЕС «следит за применением Договоров и мер, принятых институтами на основании последних» и «осуществляет надзор за применением права Евросоюза под контролем Суда Европейского Союза». Наконец, не менее важными являются также и полномочия Европейского Суда, который согласно ст. 19 Договора о ЕС «в преюдициальном порядке по запросам национальных судебных органов выносит решения о толковании права или о действительности актов, принятых институтами».

24. Хотя эти принципы, в общем и целом, хорошо известны в доктрине и судебной практике в государствах-участниках, это понимание является большей частью ограниченным, в результате чего возникают определённые недоразумения относительно их содержания и пределов действия в специальной литературе и практике. Во многих государствах-участниках можно наблюдать тенденции проведения реформ, которые основываются на предполагаемой, однако, в действительности не существующей в праве Евросоюза обязанности. В качестве примеров можно назвать многочисленные формальные приватизации коммунальных предприятий, которые, начиная с конца 1990-ых годов, были проведены в Италии, или радикальную реформу права публичной службы, которая проводилась с 2002-го года в Португалии. Слишком часто упускается из виду, что всякий раз, когда директивы имеют организационно-административный эффект, у государств-участников остается усмотрение в том, что касается структур. Право Евросоюза требует эффективность его применения, что в определённых случаях предполагает, например, независимость решений органов административного управления по отношению к частным или соответственно партийно-политическим или даже национальным интересам. В качестве примера здесь можно назвать имплементацию директив, касающихся процедур обжалования (89/665/EWG, 2004/18/EG и 2007/66/EG). Если в Германии их имплементация привела к учреждению особенной независимой административной структуры,²³ то в большинстве других государств-участников, в отличие от этого, компетенция по

²³ См. §§ 104, 107 и далее Закона против ограничений конкуренции (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB); более подробно по данному вопросу см. *Kahl* (сноска 1), пункт 137 и сл.

реализации соответствующих решений о присуждении контрактов была предоставлена уже существовавшим судебным органам.

25. В целом имеется немного сравнительно-правовых исследований, которые специально посвящены общим вопросам влияния права Евросоюза на организацию административного управления. Также и имеющаяся литература по специфическим секторальным проблемам большей частью не является настолько значительной, чтобы создать ясную и полную картину практического влияния права Евросоюза на организацию административного управления и персонал административного аппарата. Многие темы, которые в одном государстве-участнике ведут к серьёзным дискуссиям, полностью игнорируются в других государствах. По этой причине становится понятным, почему на основе национальных докладов, посвященных отдельным национальным системам, не возникает общей картины влияния права Евросоюза на административную организацию.

III. Регулирование административной организации и административного персонала

1. Основопологающие принципы: функциональное разделение властей, география и иерархия

26. Элементарная традиционная доктрина разделения властей, которая действует в качестве одной из основ европейских национальных конституций, и является признанной также деятелями политики и общественным мнением, основывается на определённой двузначности. По прежнему основная аргументация ведётся таким образом, как если бы совпадали организационное и функциональное разделение, т.е. как если бы законодательная власть соответствовала парламенту, исполнительная власть - правительству и органам административного управления, а судебная власть - судам. Однако, современный вариант разграничения государственных функций должен бы основываться на как минимум пяти, а не трёх, главных функциях, как они, например, находят отражение в Договоре о ЕС. Наряду с функцией законодательства или соответственно функцией нормотворчества, исполнительной функцией, надзорной или

правореализующей функцией (в смысле английского «*enforcement*»), которые более или менее совпадают с обычным делением на три власти, в современных государствах и в Европейском Союзе имеется также управляющая функция и органическая функция.

27. Управленческая функция, которая доверена в большинстве стран высшим органам исполнительной власти – где-то главе правительства, где-то главе государства, – в современной демократии является именно той функцией, которая вызывает у населения и политических партий наибольший интерес. Однако, эта функция едва ли прямо признается в большинстве конституций. Исключением можно считать положение ст. 65 Основного Закона ФРГ, которое гласит: «Федеральный канцлер определяет основные направления политики и несёт за это ответственность». Ст. 20 (первое предложение) французской конституции содержит аналогичное положение, где устанавливается, что «правительство определяет и руководит политикой Нации». Это соответствует практике, прежде всего, только в том смысле, что согласно ст. 9 конституции Франции, Президент Республики председательствует на заседаниях в Совете Министров. Кроме того, ст. 20 (предложение второе) конституции Франции устанавливает, что «в распоряжении [правительства] находятся администрация и вооруженные силы». Этим подчёркивается, что администрация – это орган не только исполнительной функции, но и функции управления. Однако, отсутствие подобной функции в большинстве конституций – также в конституции Соединенных Штатов Америки, где управленческая функция Президента позволяет играть ему значительно более важную роль, чем роль просто главы иерархически постороенной системы органов, которые осуществляют функцию исполнения принятых конгрессом законов – не означает, что в других странах администрация не принимает участия в управлении.

28. В случае Швеции разделение властей, возможно, наиболее отчетливо соответствует в целом современному функциональному разделению. В шведской системе *управленческая функция* чётко вменяется правительству, которое должно выполнять, однако, только эту функцию. *Исполнительная функция* в силу конституции доверяется законодателем независимым агентствам, которым правительство не может давать обязательные указания относительно отдельных решений, а только общие директивы по вопросам толкования политики правительства. Надзорная (контрольная) функция уже более 200-от лет принадлежит не только судам, но также и «омбудсменам». Правительство, которое до конца 19-ого столетия также исполняло эту функцию по отношению к исполнительным

(административным) агентствам, уступило её органам административной юрисдикции.

29. То, что во многих европейских странах было долгое время не столь явным и отчётливым, как это, безусловно, имеет место сегодня, так это существование разных форм организации иерархии. В аналитической модели *Макса Вебера (Max Weber)* - прежде всего, как это изложено в «*Экономике и обществе*» («*Wirtschaft und Gesellschaft*») - механизм иерархии сосотоял преимущественно в возможности заинтересованного лица подать жалобу против мер органов административного управления. Наделение какого-либо иного органа соответствующими полномочиями в том смысле ведет к иерархии, что орган рассматривающий жалобу мог отменить административный акт или даже заменить его собственным решением. Однако решающим в современном варианте является то, что было во многих правопорядках развито либо в рамках процессуального права, либо в рамках процедуры. Так например, во французском административном праве признаётся иерархия в узком смысле слова признаётся исключительно в том случае, когда вышестоящий орган может заменить решение нижестоящего и обладает правом давать указания, осуществление которых обеспечивается возможностью применения дисциплинарных санкций. Если у вышестоящего органа есть только возможность отмены решения подчиненного органа – как это имело место до конца 19-ого столетия в случае полномочий шведского правительства по отношению к решениям агентств²⁴ - или если существует право давать указания, но только без возможности дисциплинарных санкций, то речь не идет об иерархии в узком смысле. Однако, отсутствие общей для европейских стран административно-правовой догматики понятия иерархии препятствует тому, чтобы анализы этого вида использовать на сравнительно-правовом уровне иначе, чем описательно.

30. Одна из самых важных проблем, касающихся вопросов разделения властей и иерархии, которая сложилась в последние десятилетия в Европе (как в государствах-участниках, так и на уровне Евросоюза), является проблематика так называемых агентств. Причем в литературе, касающейся различных институциональных форм, в которых проявляется этот феномен, доминирует изрядная путаница.²⁵ Можно с уверенностью

²⁴ *Marcusson* (сноска 4), пункт 9.

²⁵ См. ниже, пункт 47; *Gérard Marcou*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*, 2014, § 92 пункт 14, 16.

сказать, что конституционно-правовое обсуждение данного феномена затрудняет то обстоятельство, что часто не очень ясно, какие признаки иерархии существуют в отношении между исполнительной властью и агентствами в ущерб автономии соответствующих органов.

31. Что касается территориального устройства административного управления, то проблематика в определённой степени предстаёт более ясной. Устоявшаяся во французской правовой теории и практике традиционная дифференциация между «*déconcentration*» (деконцентрацией) и «*décentralisation*» (децентрализацией), которая применяется собственно не только для географического разделения, но и для функционального разделения административного управления, основана на понятии иерархии в выше описанном смысле. Если речь идёт об осуществлении мер по созданию органов, которые подчинены указаниям национального правительства, подкрепляемых возможностью применения дисциплинарных санкций и предполагающих возможность для правительства заменять решения этих органов, то имеется в виду «*деконцентрация*». Большей частью речь при этом идёт о том, что функции центрального управления соответствующих правительственных учреждений – которые часто, но не всегда располагаются в столицах государств – переносятся на местные органы. Это действует, в том числе, для функций, которые премьер-министром или министром внутренних дел передаются префектам. Если, однако, образуются новые органы или на уже существующие органы переносятся функции, без сохранения вышеперечисленных признаков иерархии, речь идёт о «*децентрализации*». При создании территориальных единиц или передаче определённых функций уже существующим территориальным единицам речь идёт о «*территориальной децентрализации*» (*Gebietsdezentralisierung*) или просто «*децентрализации*», а при создании публичных учреждений о «*функциональной децентрализации*» (*funktionelle Dezentralisierung*). Поскольку начиная с 1982-го года, префекты могут осуществлять контроль над территориальными единицами в значительной степени только путём обращения в административные суды,²⁶ различие между «*деконцентрацией*» и «*децентрализацией*» во Франции действительно проявляется особенно отчётливо. Если *децентрализация* со всей необходимостью основывается на принципе самоуправления, то *деконцентрация* соответствует принципу иерархии. Однако, в отличие от «*территориальной децентрализации*», вплоть до настоящего времени имеется много примеров «*функциональной децентрализации*», когда правительство сохраняет возможность давать указания, а также иногда

²⁶ *Gonod* (сноска 6), пункт 56.

возможность отменять, но не изменять решения публичных учреждений. Иначе обстоит дело при образовании «независимых административных органов» (*autorités administratives indépendantes*), где «функциональная децентрализация» показывает все признаки самоуправления.

32. Догматические соображения, касающиеся разделения властей и иерархии, находят отражение также в праве публичной службы или соответственно в нормах, регулирующих статус кадрового персонала (аппарата) органов управления. Однако только в немногих европейских странах имеется чёткое правовое регулирование статуса служащих административного аппарата, которые занимают промежуточное положение между политическими органами и органами управления. Например, это действует в Германии или во Франции для т.н. «должностных лиц правительства» (*fonctionnaires à la disposition du Gouvernement; Beamten, die zur Verfügung der Regierung stehen*). Для обоих нормативных регламентов является общим, что речь идёт об установленном законом и, скорее, ограниченном количестве штатных единиц, обладатели которых могут по свободному усмотрению назначаться и отзываться правительством. Основное различие между двумя порядками состоит в том, что французское право полностью базируется на разделении между должностью по службе и статусом служащего, в результате чего во Франции отозванный от должности государственный служащий не отправляется в отставку, а просто переводится на другое место службы, которое соответствует его служебному рангу.

2. Территориальное устройство административного управления

а) Традиционные модели территориального административного управления

33. В классической (наполеоновской) модели административного управления (которая во Франции, начиная с 1834-го года, вследствие существования избираемых муниципальных советов, впрочем, уже больше не соответствовала полностью реальности) государственное управление образуется на трехступенчатой основе. Первый уровень – это местные органы государственного управления, которые соответствуют территориальным границам *коммун*. Средний уровень - это соответственно органы в границах *департаментов (départements)* или провинций, как они называются, например, в Бельгии, Италии, Нидерландах и Испании, и

округов в Германии. И, наконец, третий уровень - это центральные государственные органы управления. Особенностью классической наполеоновской модели является назначение центральным правительством территориальных представителей: мэров на низшем уровне коммун и префектов на уровне среднего звена. С появлением избираемых советов на муниципальном или среднем уровне этим представителям правительства доверяется функция контроля деятельности советов, а именно посредством контрольных механизмов, которые соответствуют принципу иерархии, т.е. правомочий на дачу предшествующего согласия или на отмену решений избранных советов и осуществление руководства административными органами, которые реализуют эти совещательные учреждения. Эта модель либо была введена во множестве европейских стран в период наполеоновского господства, как в сегодняшней Бельгии, Люксембурге, Нидерландах, Испании и значительной части Германии, а также Италии. Либо была рецепирована в добровольном порядке, как в Греции и Польше, но также и в Австрии, а также в значительной мере в Дании, Финляндии, Норвегии и Швеции. По этой причине данную модель следует рассматривать в качестве прототипа для территориальных подразделений центрального государственного управления и для отношений между государственным управлением и административными территориальными единицами. В противоположность этому, данная французская модель не нашла своего воплощения ни в Великобритании и Ирландии, ни в Португалии. В этих странах не существует ни трехступенчатой системы организации административного управления, ни института представителей центрального правительства. Отличающееся политическое развитие в названных государствах оказало впоследствии воздействие на эволюцию различных форм французской модели, способствуя появлению в ней комплексных и более дифференцированных элементов, как это можно увидеть в различных новых чертах этой модели. Британско-ирландские или португальские модели развивались также отличающимся друг от друга образом, и в результате едва ли возможно сегодня предложить определённую типологию моделей территориальной организации системы административного управления. Вместо этого, можно только идентифицировать – в зависимости от конкретного элемента модели – наличие общих черт и различий.

34. Что касается числа и гомогенности уровней административного управления, наполеоновский идеальный тип уже длительное время более не соответствует полностью реальному положению вещей. Собственно во Франции уже почти 200-ти лет в системе децентрализованного государственного управления существуют в этом смысле существенные

отличия: каждая префектура, территория которой соответствует департаменту, содержит несколько супрефектур (каждой из них руководит супрефект), территории которых соответствуют территории кантона, который является, собственно, лишь избирательным округом для членов избираемого «генерального совета» (общий совет департамента). Эта структура хотя и соответствует территориальному подразделению органов Министерства Внутренних Дел, но не обязательно соответствует территориальным подразделениям других министерств, для которых, как правило, департамент является основной определяющей структурной единицей, где сосредоточены локальные службы (*services extérieurs*) государственных органов. Префект, по идее, должен координировать эти службы, однако, на практике ему не просто реализовывать свои властные полномочия по отношению к локальным службам могущественных министерств. Начиная с 1960-х годов, существуют также т.н. «региональные префектуры» (*préfectures de région*), которые на региональном уровне осуществляют горизонтальную координацию между министерствами, причем «региональный префект» (*préfet de région*) реализует свои функции, прежде всего, через координацию деятельности префектов его региона. Министерство Образования с наполеоновских времён имеет свою собственную структуру. Вместо префектов главными представителями правительства в этой сфере являются назначаемые правительством «ректоры» (*recteurs*) – как правило, это преподаватели высшей школы, отправленные своими университетами во временный отпуск, – которые руководят службами Министерства Образования в соответствующих «академиях» (*académies*). Однако, территориальные границы различных «академий» не всегда соответствует границам регионов. В каждой «академии», в свою очередь, образуются свои подразделения в соответствии с границами департаментов, и руководство образованными службами осуществляются «инспекторами академий» (примерно соответствует институту школьного советника в Германии). Как правило, это преподаватели, отправленные своими гимназиями и другими школьными заведениями во временный отпуск. Они контролируют профессиональную подготовку и пригодность преподавателей. Во Франции в последние десятилетия, например, также и Министерство Охраны окружающей среды создало собственные территориальные структуры в области защиты водных ресурсов, которые соответствуют территориальным границам «советов водосборных районов» (*agences de bassin*) и т.д. и т.п. Рассматривая систему различных территориальных единиц во Франции, можно также увидеть, что в течение нескольких десятилетий здесь сложилось также многообразие различных структур сотрудничества между коммунами, которые нередко имеют также непосредственно избираемые органы. Начиная с периода 1980-х годов,

теперь существуют также 25 региональных территориальных единиц, которые - также как примерно 36 600 коммун и 100 департаментов - обнаруживают все признаки самоуправления. «Родина» наполеоновского идеального типа сегодня вовсе не соответствует прообразу обычной трехступенчатой гомогенной структуры административного управления.

35. Если сравнивать с этой ситуацией, то территориальная структура органов административного управления стран, которые оказались под влиянием наполеоновского образца, чаще всего является гораздо более простой. В ряде стран – в Греции, Польше и отчасти также в Италии – централизация и гомогенность вплоть до последних десятилетий 20-ого века была собственно более высокой, чем во Франции, поскольку у многих министерств элементарно отсутствовали и часто отсутствуют еще сегодня локальные службы или органы. В других странах, как например, в Бельгии, Нидерландах, Люксембурге, Австрии, а также в государствах северной Европы и, начиная примерно с двух последних десятилетий, частично в Италии, территориальная организация административного управления является более простой уже по той причине, что деконцентрированное исполнение государственных административных функций в принципе осуществляется администрацией соответствующих территориальных единиц. При этом роль префектов или других назначенных представителей центрального правительства ограничивается, как правило, функциями Министерства внутренних дел. Здесь следует также упомянуть, что в Италии имеется специальные территориальные подразделения Министерства культуры, представители которого «на местах» выполняют функции «суперинтендантов» (*superintendenti*), подобные функциям вышеупомянутых французских «ректоров». Британская и ирландская система административного управления вполне сравнима с системой управления вышеупомянутых стран, хотя она и обнаруживает два специфических признака: отсутствие каких-либо представителей центрального правительства (аналогичных, например, префектам) на местном уровне и весьма незначительная степень гомогенности местных органов власти в том, что касается территориальной структуры, а также распределения компетенции. Следует также весьма кратко указать, что понятие территориальных единиц, как оно принято на континенте, праву Великобритании собственно неизвестно; в этом отношении также не имеется общей понятийной категории для обозначения государства и учреждений публичного права. Вместо этого, употребляются понятия «Корона» (*Crown*) и «корпорации» (*corporations*), причём последние учреждения могут обозначать объединения подданных вокруг общих интересов и получать от Короны специальные права, не имея при этом

отношения, однако, к публично-правовой сфере. При этом сложно однозначно оценить, усиливается или, наоборот, ослабляется самоуправление территориальных единиц в случае исполнения государственных функций местными органами.

b) Важные отклонения в рамках традиционных моделей

36. Идеальный тип гомогенного (единообразно организованного – **прим. Дайджеста**) многоуровневого административного управления уже длительное время нашел в Германии исключение в виде городов, образующих самостоятельную территориальную единицу (*kreisfreie Städte*), которые более или менее соответствуют ситуации в британско-ирландской системе, где административное управление также по-разному организовывалось в сельской и в городской местности. Территориальные единицы, в которых функции коммун, а также функции территориальных единиц среднего звена осуществляются единым органом, были созданы также в других европейских странах, как например, в столице Дании, с 1964-го года во Франции и с 2000-го года также в Англии (1999 *Greater London Authority Act*). Категория т.н. органов крупных центров (метрополий), которые должны служить для организации агломератов густонаселенных районов, имеется также в конституциях или законодательстве других стран, как например, в Италии или Испании, причём это действует не только в отношении столиц.

37. В качестве примечательного отклонения от наполеоновского идеального типа следует упомянуть также традиционную нидерландскую *систему органов по управлению водными ресурсами* («*Waterschappen*»). Эти специальные органы, начиная с 13-ого века, создавались в целях административного управления в районах польдеров и с тех пор сохранились и существуют как особые публичные учреждения на функционально-территориальной основе. Они избираются на демократической основе и осуществляют функции самоуправления. Территориальное деление этих органов отличается от территориальной организации 12-ти провинций и 430-ти общин, и они подлежат правовому надзору со стороны центрального правительства.

38. Во Франции в 19-ом веке сформировалось другое отклонение от первоначальной наполеоновской идеальной модели. Создание избираемых советов на уровне общин в 1834-ом году и на уровне

«департаментов» с 1871-го года привело к учреждению соответствующих территориальных единиц («департаментов» в 1871, общин в 1884), руководитель которых выполняет двойную функцию: избранный советом общины мэр является как представителем государства, так и руководителем местной администрации (и председателем совета общины). В свою очередь, до 1982-го года также и назначаемый центральным правительством префект был как представителем государства, так и руководителем местной администрации «департамента» или района. Такую двойную функцию можно обнаружить также в Бельгии, Люксембурге и Нидерландах, причём мэры (бургомистры) в этих странах продолжают, как и прежде, назначаться центральным правительством. Также и в Австрии избираемый глава правительства земли является, как правило, и представителем центрального правительства, и руководителем земельной администрации (ст. 101 абз. 4 и ст. 102 Конституции Австрии). Глава правительства земли, хотя и является своего рода земельным премьер-министром, но двойственный характер функций (Funktionsverdoppelung) – в смысле *Жоржа Сцелля (Georges Scelles)*²⁷ – при осуществлении функций центральных государственных органов, а также земельных или региональных либо коммунальных функций, вполне, аналогичны в этих различных случаях.

с) Отношения между центральным правительством и децентрализованными административными органами

39. Тема взаимоотношений между центральным правительством и децентрализованными органами административного управления является со сравнительно-правовой точки зрения более сложной, чем рассмотрение правового статуса и юридической природы отдельных территориальных единиц управления. Собственно, существование такого органа как префекты может лишь очень мало сказать о том, как эти отношения организуются в праве, поскольку имеется огромное разнообразие возможностей оформления и регулирования контроля правомерности решений и действий локальных или региональных административных органов. При этом, больше внимания уделяется наличию представителя центрального правительства, чем механизмам контроля. Институт префектов существует во Франции уже больше чем 200-ти лет, но его

²⁷ См. *Georges Scelle*, Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel, в: Schätzel/Schlochauer (Hg.), Rechtsfragen der internationalen Organisation, 1956, с. 324.

контрольные функция претерпели серьёзные изменения. С 1980-х годов он не является ни руководителем администрации территориальных единиц, ни инстанцией, которая решает, являются ли правомерными действия соответствующих территориальных единиц. Как уже было упомянуто выше, он может лишь передавать те их решения или регулирования, которые он считает не соответствующими праву, на рассмотрение органов административной юрисдикции, не имея при этом правомочия принимать решение о временном их приостановлении. Это действует даже тогда, когда соответствующее решение или регулирование грозит нарушением прав человека или свобод. В этом случае единственная особенность жалобы префекта по сравнению с обычной индивидуальной жалобой состоит в том, что судебный процесс проводится в упрощённом порядке. Речь идёт при этом о процессуальном инструменте *«срочного обращения о защите фундаментальных свобод»* (*«référé liberté»*), в рамках рассмотрения которого административные суды должны принимать решение особенно быстро. Только в немногих государствах-участниках ЕС центральное правительство обладает, как во Франции, возможностями только судебного контроля, чтобы контролировать правомерность действий территориальных единиц. В континентальной Европе такое положение с 1980-х годов, характерно, в любом случае, также и для Испании и с конца 1990-х годов - также для Италии. То обстоятельство, что во Франции институт префектов был сохранён, имеет следствием, что эти важные тенденции развития за границей большей частью не видят. Однако без более детального сравнительного исследования невозможно оценить, оставляет ли контроль правомерности правовых актов территориальных единиц со стороны специальных локальных представителей местным органам больше (или меньше) свободы, чем контроль со стороны должностных лиц центрального правительства (или как в случае Германии – правительства земель), будь то Министерства внутренних дел или другого отраслевого министерства. По этой причине также невозможно сказать, является ли система, в которой правовые акты общин контролируются особой комиссией на уровне территориальных единиц среднего звена (в некоторых случаях в присутствии представителя центрального правительства, как например, до конца 20-го века в Дании или в Италии либо также и сегодня в Нидерландах), скорее более мягкой формой контроля, чем контроль представителем центрального правительства.

40. Вопрос оформления иерархии между органами государственной власти и территориальными единицами отнюдь не исчерпывается контролем правомерности действий последних. В Великобритании этому

вопросу традиционно уделяется довольно незначительное внимание, так как локальные служащие назначаются и оплачиваются избираемыми местными советами. Тем не менее, центральное правительство в Великобритании – и соответственно региональные правительства в Шотландии, Уэльсе и Северной Ирландии – имеют очень сильное влияние на действие местных органов. Это происходит именно вследствие того, что финансирование политических решений местных советов в существенной мере зависит от того, что локальные должностные лица строго придерживались директив правительства, хотя эти директивы и не являются обязательными в правовом смысле. В Великобритании и Ирландии, а также в Нидерландах и скандинавских странах местные органы, как уже указывалось, уполномочены в большинстве случаев проводить в жизнь политические решения, принимаемые центральным правительством и парламентом. Например, в Германии федеральные земли, как правило, должны реализовывать политические решения Федерального правительства, Бундестага и Бундесрата. В противоположность этому, во Франции или, например, в Бельгии и в Испании, политические решения центрального правительства реализуются, как правило, их административными органами – включая местные представительства министерств. Это имеет следствием, что администрация местных органов власти в принципе занимается только исполнением политических решений местных органов. Данные различия дополнительно затрудняют проведение сравнения степени децентрализации или централизации между странами. Трудности, которые вследствие этого возникают, могут быть показаны на примере следующего вопроса: у какого органа больше власти? У органа, насчитывающего примерно 10 000 служащих и обладающего бюджетом в 100 млн. €, из которых, впрочем, около 80% должны уходить на осуществление политических решений центрального или регионального правительства? Или у органа с 2 000 служащих и бюджетом в 20 млн. €, расходование которых полностью лежит на усмотрении локального совета или локальной исполнительной власти?

d) Влияние права Европейского Союза на территориальное деление

41. Только в одном государстве-участнике Европейского Союза европейская интеграция привела к настоящему перевороту правовых институтов и конструкций, а именно в Великобритании. Как уже упоминалось выше, в праве Великобритании правовая категория «государство» традиционно не применяется. С публично-правовой точки зрения можно было проводить различие, в лучшем случае, между

тремя категориями правовых субъектов: Короной, подданными и «корпорациями» («corporations»), которые могут получать от Короны – т.е., собственно, от парламента – особые властные правомочия. Структуры избранных на местах советов, обозначаемых в политике как «местные правительства» («local government»), с правовой точки зрения были такими же «корпорациями», как и другие аналогичные организации, например, университеты и ряд учреждений в сфере экономики. Вплоть до «деволюции» (децентрализации) в пользу Шотландии, Уэльса и Северной Ирландии в конце 20-го века эти три области соответствовали понятию наций, которые в случае Шотландии и также Северной Ирландии имели особенные органы и частично собственное право. Однако, полностью отсутствовало специфическое институциональное и организационно-правовое закрепление, которое соответствовало бы, например, регионам или землям в континентальной Европе. С вступлением в Европейские Сообщества для институтов (судов и административных органов), а также для доктрины постепенно становится ясно, что международно-правовая или европейско-правовая понятийная категория государства имеет ряд практических последствий. Важными полями применения этого феномена стали, например, коммунитарное право предоставления госзаказов, право субсидий и пособий, к которым должны были приспособляться как гражданская служба (*civil service*) в качестве системы административных органов Короны, так и административные органы избираемых местных советов. Не менее важное значение имело и то обстоятельство, что Великобритания несла ответственность за нарушения уставных договоров со стороны Короны и со стороны всех корпораций, находящихся под непосредственным или косвенным контролем Короны. Тем не менее, примечательно, что большинство правовых справочников по вопросам английского конституционного или соответственно административного права, содержат лишь незначительную информацию о правомочиях «локального правительства» («local government») и уделяют больше внимания в связи с «деволюцией» исключительно учреждениям Шотландии, Уэльса и Северной Ирландии.²⁸ Напротив, в Ирландии, в отличие от Великобритании, правовой институт государства особенно важен и развит, то же самое и в Соединённых Штатах Америки в отношении Федерации и штатов.

42. Во всех других государствах-участниках участие в европейской интеграции привело, в любом случае, в качестве своего рода побочного

²⁸ Известное исключение в этом смысле см. *Craig* (сноска 3).

эффекта, к необходимости определённой адаптации и приспособления в сфере территориального деления государства и административного управления. Косвенные следствия действия и влияния права Евросоюза можно обнаружить, например, на уровне региональной политики и структурных фондов в той степени, в какой соответствующие регламенты и правовые предписания образуют правовую основу для трёхсторонних правоотношений между Европейской Комиссией, государственными органами власти и местными органами при контроле исполнения соответствующих программ. Тем не менее, соответствующие положения ни в коем случае не ведут необходимо к учреждению специальных региональных органов, как показывают примеры Ирландии и Португалии, где реализация европейской региональной политики является задачей регионально ответственных государственных органов власти и не административно-территориальных единиц, как во многих других государствах-участниках. В политологической литературе часто встречаются определённые разногласия и недопонимание относительно так называемых *NUTS*-регионов («*NUTS-Regionen*»), которые иногда классифицируются как территориально-административные структуры, имеющие своей основой европейское право.²⁹ При этом часто упускается из виду, что аббревиатура «*NUTS*» означает лишь «номенклатура статистических территориальных единиц» («*nomenclature unifiée des territoires statistiques*»). Тот факт, что в крупных государствах-участниках территории так называемых «*NUTS 2*»-регионов соответствуют территориям регионов или федеральных земель, является результатом договорённости между представителями государств-участников и Комиссией, в соответствии с которой Европейская Статистическая служба (Евростат) должна была применять эти уже существующие территориальные единицы как отправную точку (основу). Именно по этой причине в случае Ирландии, Португалии, а также Великобритании, где не имелось соответствующих территориальных единиц, «*NUTS 2*»-регионы не соответствуют территориям самоуправляемых единиц, а просто являются административными округами, образованные государством в целях планирования. В этой связи следует упомянуть также, что перед расширением Европейского Союза в 2004-ом и в 2007-ом году Европейская Комиссия на стадии сближения настаивала в рамках так называемых «Европейских Соглашений» («*Europe Agreements*») – соглашений об ассоциации, нацеленных на вступление в ЕС – на том, чтобы центрально- и восточноевропейские государства создали территориальные единицы, в

²⁹ Такое впечатление возникает, например, когда в литературе эта номенклатура описывается в категориях «регионального уровня» («*The Regional Layer*») в: *Christian B. Breuer, The Regional Puzzle: How Regions and Encompassed Actors Are Involved in EU Regional Policy*, 2012, с. 54 и далее.

которых могла бы осуществляться региональная политика. Однако, ещё перед вступлением соответствующих государств Европейская Комиссия изменила свою прежнюю позицию, и требовала впоследствии, чтобы будущие государства-участники создали, по меньшей мере, центральное административное управление, обеспечивающее достаточные возможности планирования для региональной политики. Большинство этих государств-кандидатов, как например, Польша, обладали, естественно, традицией территориально-административного управления, которое существовало уже до периода установления коммунистического режима.

43. Существование и деятельность *Комитета регионов* не означает, что государства-участники должны обязательно иметь на региональном уровне определённые территориальные единицы уже только по той причине, что в состав *Комитета* входят представители региональных или локальных территориальных единиц (ст. 300 абз. 3 Договора о функционировании ЕС). Положения о комитетах ЕС ничего не говорят о составе комитетов, кроме того, что они должны состоять из представителей государств-участников. Предписания, касающиеся агентств, хотя нередко и предусматривают участие представителей органов государств-участников, однако, они не предписывают, чтобы в этих целях создавались особые органы. Мальта не имела до момента вступления в Европейский Союз локальных органов, но, тем не менее, в контексте вступления образовала новые «местные советы» (*Local Councils*). Это было необходимо, так как, начиная с договора Ниццы, в состав Комитета регионов входят представители региональных и местных коллективов, которые являются обладателями выборного мандата в рамках регионального или местного коллектива либо несут политическую ответственность перед выборным собранием (ст. 300 абз. 3 Договора о функционировании ЕС). Однако, Мальта - это единственный случай реформы территориально-областного административного управления как непосредственного следствия права Евросоюза.

44. Участие в Европейском Союзе имеет, возможно, непосредственное влияние на структуры и контроль местных и региональных органов постольку, поскольку государство-участник несёт ответственность за действия или бездействие этих органов. После того, как с принятием Маастрихтского Договора в уставные договоры были включены положения, позволяющие Европейскому Суду возложить на государство-член обязанность по уплате фиксированных сумм или денежных

штрафов,³⁰ некоторые государства-участники – как например, Испания, Италия или Германия (ст. 104а абз. 6, ст. 109 абз. 5 Основного Закона ФРГ) – начали разрабатывать систему, которая позволяет получать назад соответствующие суммы из бюджета действительно ответственных территориальных единиц.

3. Функциональная структура прямого и косвенного государственно-административного управления

а) Традиционные и новые модели административной организации

45. В большинстве европейских государств развитие современной организации административного управления характеризовалось тем, что компетенция и полномочия распределялись всё в меньшей степени на географической и во всё большей степени на функциональной основе. Тем не менее, длительное время сохранялись определённые остатки более ранней модели. В Великобритании вплоть до «деволюции» в 1999-ом году сохранялось «*Scottish Office*» (Министерство по делам Шотландии), руководство которым осуществлялось членом центрального правительства (но находилось оно, тем не менее, в Эдинбурге). С «деволюцией» соответствующие службы и должностные лица были переподчинены новому шотландскому правительству. В Италии до 1992-го года имелось *Ministero del Mezzogiorno* (Министерство по делам Южной Италии). Во Франции до сих пор существует «*Ministère de l'outre-mer*» (Министерство заморских территорий и департаментов), которое должно координировать деятельность государственных административных учреждений в заморских регионах и административно-территориальных единицах. Функциональное распределение полномочий между министерствами очень отличается от одного государства-участника к другому. Даже в том, что касается дел ЕС, не имеется единой модели, ни на уровне правительственных структур, ни на уровне отдельных министерств. Примечательно, что в сентябре 2004-го года, ещё перед официальным открытием Конференции представителей правительств государств-участников, министры иностранных дел (в то время ещё только 25-ти государств-участников) без каких-либо комментариев исключили из проекта Договора о конституции для Европы т.н. «законодательный» модус формирования состава Европейского Совета, предусмотренный Конституционным Конвентом. В случае его принятия это, в частности, привело бы к тому, что в каждом государстве-участнике должно было быть образовано специальное Министерство по делам ЕС, которое при

³⁰ Ст. 260 абзац 2 подабзац 2 Договора о функционировании ЕС.

определённых обстоятельствах грозило стать более властным органом, чем министр иностранных дел или даже глава правительства.

46. На волне реформ административного управления, начиная с середины 1980-х годов, стало модным противопоставлять традиционную «веберовскую модель» иерархической государственной администрации т.н. «новой модели управления». Причиной этому был, вероятно, тот факт, что в британской *Civil Service* социального государства, а также в Австралии и Новой Зеландии лишь незначительная часть функций государственного управления была передана автономным публичным корпорациям. Так, реформы 1980-х годов, которые вводили т.н. *исполнительные агентства* (*executive agencies*) как автономные учреждения с собственным бюджетом в рамках министерств, представляли как настоящая революция в административной организации, хотя британские *executive agencies* не обладали той автономией, которая была бы сравнима с автономией шведских агентств. В правовом и профессиональном плане они продолжали оставаться в зависимом и подчинённом положении по отношению к соответствующему министру. Во многих государствах-участниках имеется, однако, не только традиционно иерархически организованное министерское и государственное управление, но и большое количество публичных учреждений, т.е. различных администраций, обладающих правосубъектностью. Во Франции, например, начиная с 19-ого века, существует несколько сот *публичных учреждений* (*établissements publics*), которые уполномочены на административное управление государственными функциями, и, кроме того, несколько сот, которые уполномочены на управление локальными или региональными функциями. Также в Италии традиционно имеется несколько сотен публичных образований (*enti pubblici*). Тем не менее, наличие правосубъектности мало говорит о степени управленческой автономии этих учреждений, на которую влияют также право утверждения их бюджета и регулирование их экономической деятельности, а также способ формирования их органов. Пока все попытки предложить сравнительную типологию агентств и учреждений, которые предпринимались, например, во многих исследованиях ОЭСР, не смогли привести к чему-то большему, чем к составлению до сих пор единственного каталога их разных форм и конструкций.³¹

³¹ См. Например, OECD, *Distributed Public Governance: Agencies, Authorities and other Government Bodies*, 2002.

47. В течение трёх последних десятилетий формы проявления опосредованного государственного управления, скорее, расширились. Как и прежде, продолжают существовать определённые формы публичных учреждений, также и в Великобритании, где они называются теперь «вневедомственные государственные органы» («*non-departmental public bodies*»), а также определённые формы выделенных автономных ведомств в системе государственного управления, как например «исполнительные агентства» («*executive agencies*») в Великобритании и Ирландии, «агентства» («*agenzie*») в Италии или «полномочные инстанции» («*centres de responsabilités*») во Франции. Кроме того, возникли новые формы независимых административных органов, которые во Франции обозначаются как «независимые административные учреждения» («*autorités administratives indépendantes*»). Эти институты выполняют два различных вида функций. С одной стороны, имеются ведомства, которые осуществляют особые контролирующие функции, как например, защиту персональных данных или содействие в обеспечении доступа к документам публичного характера (включая омбудсменов). С другой стороны, имеются ведомства, задача которых заключается в регулировании специфического сектора экономики. Их можно обнаружить во всех государствах-участниках ЕС в более или менее схожих формах, хотя до сих пор так и не удалось предложить их убедительную и всеохватывающую типологию. Кроме того, в различных странах их правовой статус подвергается совершенно различным ограничениям. В Великобритании, прежде всего в девяностые годы, предпочтение отдавалось не «вневедомственным государственным органам», а «исполнительным агентствам», так как последние могли на основе «*royal prerogative*» образовываться правительством без участия парламента. При этом, естественно, соответствующий министр оставался ответственным за действия «исполнительных агентств». В Швеции агентства пользуются независимостью в силу конституции, и министерства не могут брать на себя осуществление их управленческих функций. Во Франции в течение некоторого времени обсуждалось, согласуется ли создание «независимых административных учреждений» конституции, которая доверяет распоряжение органами административного управления правительству. Однако, судебная практика органов конституционной и административной юрисдикции подтвердила правомерность их независимого характера в той мере, в какой соответствующие органы подлежат судебному контролю.³²

³² См. CE, Les autorités administratives indépendantes, 2001.

b) Влияние права Европейского Союза на организацию административного управления

48. Влияние европейского права на возникновение регулирующих органов и ведомств в таких секторах, как телекоммуникации, энергия, транспорт и почта, которое характеризовалась в последние два десятилетия изданием целого ряда европейских директив, могло бы создать впечатление, что Европейский Союз вмешивается в организацию системы административного управления государств-участников. Здесь можно было бы в качестве примера назвать Директиву о защите персональных данных 95/46, которая во многих государствах-участниках привела к созданию новых контрольных органов. Естественно, однако, с некоторыми исключениями. Так, в Германии, Швеции и Франции соответствующее регулирование было принято уже за два десятилетия до этого. В Нидерландах, Австрии, Португалии, Испании и Великобритании собственные законы об охране данных были приняты несколько позже, но всё же до принятия Директивы 95/46. В некоторых государствах-участниках специальные органы и ведомства, осуществляющие контроль в области конкуренции, были созданы только после так называемой децентрализации системы контроля конкуренции в ЕС в соответствии с Постановлением 1/2003 о правилах конкурентной борьбы. Однако, следует подчеркнуть, что основания, которые позволяют создавать регулирующие органы в упомянутых секторах, сразу не могут безоговорочно распространяться на большинство областей деятельности административных органов государств-членов. По этой причине эта форма влияния права Евросоюза на организацию административного управления в будущем скорее будет оставаться ограниченной.

49. Практическое влияние права Евросоюза на организацию административного управления, как уже упоминалось, можно обнаружить на трансъевропейском уровне в областях транспортной, телекоммуникационной и энергетической инфраструктуры, и соответствующих услуг. Соответствующие директивы не предписывают какие-либо определённые организационные формы как таковые, содержат, однако, положения о необходимости независимых органов контроля, которые устанавливают границы осуществлению организационно-административных полномочий государствами-участниками. Показательным примером в этом отношении может служить решение Суда Европейского Союза от 03.12.2009 по делу «Комиссия против Германии» относительно регулирования электронных коммуникаций. В этом решении Суд, прежде всего, констатировал, «что абзац первый статьи первой Директивы предписывает унифицированные типовые правила

регулирования электронных коммуникационных служб и коммуникативных сетей, а также соответствующих учреждений и служб» и при этом подчеркнул, что «директива закрепляет функции национальных регулирующих органов, а также ряд процедур, которые обеспечивают единообразное применение в рамках сообществ типовых правил».³³ В заключение Суд, в частности установил: «Из этих положений следует, что НРО [Национальные регулирующие органы] обязаны, при осуществлении регулирующих функций, определённых в общих типовых правилах, содействовать достижению целей регулирования, установленных в ст. 8 Директивы. Соответственно, [...] также взвешивающая оценка между этими целями при определении и анализе релевантного рынка, учитываемого для регулирования, принадлежит по праву НРО, а не национальным законодательным органам». Следовательно, государства-участники остаются свободными в решении вопросов организации регулирующего органа, однако, они не могут те задачи, которые на основе предписаний права Евросоюза должны выполняться регулирующими органами, поскольку они, помимо прочего, не зависят от национального парламента и правительства, в свою очередь доверять собственному законодателью. Следует подчеркнуть, что область трансъевропейских сетей до сих пор представляет собой исключение в панораме права Евросоюза, и что нет сомнений в компетенции Европейского Союза в вопросах регулирования соответствующих служб.

50. Другой пример опосредованного влияния права Евросоюза на организацию административного управления государств-участников можно обнаружить в праве, регулирующем государственные закупки и госзаказы. Оно хотя и не предписывает особую организацию административного управления, но важные выводы следуют из автономии публичных учреждений или предприятий по отношению к государству и территориальным единицам. Так, в принципе из права Евросоюза не следует обязательство доверять сферу публичных услуг автономным учреждениям или предприятиям. Если, однако, эти услуги предоставляются не государством или территориальными единицами, то при выборе поставщика или производителя услуг должны, тем не менее, учитываться общие правила, регулирующие конкурентную борьбу.³⁴

³³ Суд ЕС, EuGH, Rs. C-424/07, Slg. 2009, I-11431, пункт 53 – *Kommission/Deutschland*.

³⁴ Суд ЕС, EuGH, Rs. C-26/03, Slg. 2005, I-1, пункт 48 и далее – *Stadt Halle*; Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585, пункт 46 и далее – *Parking Brixen*.

4. Административно-управленческий персонал (аппарат)

а) Правовой статус административного персонала

51. На сравнительно-правовой основе можно разработать ряд идеальных типов правовых регулирований, применимых к управленческому персоналу, отражающих различные решения, которые имеются в наличии в Европе. При этом следует подчеркнуть, что периоды, в течение которых эти идеальные типы были полностью реализованы, являются гораздо более короткими, чем исследованные в этой работе временные рамки.

52. В Европе можно в самом условном виде выделить три основных идеальных типа права публичной службы. В рамках модели германского чиновничества, начиная с 19-ого века, по общему правилу, проводится следующая дифференциация в зависимости от функций управленческого персонала. Отправление публичной власти поручено государственным чиновникам (*Beamten*), которые имеют специфический публично-правовой статус и на которые распространяются регулирования, призванные гарантировать статус профессионального государственного чиновничества (*Berufsbeamtentum*). Другие функции административного управления должны выполняться работниками и служащими, на которые распространяются нормы общего трудового права. Эта модель традиционно находит применение в Дании, Германии, Люксембурге и Австрии и действовала также вплоть до конца 19-ого века во Франции. Также в большинстве стран Центральной и Восточной Европы, начиная с 1989/90-х годов, стали приниматься регулирования, которые основываются на аналогичных принципах. Однако, размер чиновничьего аппарата является при этом очень различным, так как во всех этих странах имеются определённые должности, обладатели которых имеют статус государственных чиновников, не исполняя при этом, однако, функции, которые являются выражением публичной власти, или осуществляют публичную власть, не будучи при этом государственными чиновниками, как это в ряде случаев имеет место в Австрии.³⁵ Объем датского чиновничества сократился с 1960-й по 2000-й год с 60 процентов от общего штата государственных служащих до примерно 20 процентов, так как и правительство, и профсоюзы по экономико-политическим или социально-политическим причинам отдали предпочтение применению трудового права.

³⁵ *Michael Holoubek*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*, § 79 пункт 61 и далее.

53. В моделях шведского и французского чиновничества, в том виде, как они существуют с середины 20-ого века, именно принадлежность к аппарату (персоналу) публично-правового учреждения, включая государство, по общему правилу, обуславливает применимость специфического права публичной службы, а отнюдь не дифференциация в зависимости от выполняемой функции. Эта модель нашла применение в целом в Бельгии, Финляндии, Франции, Греции, Италия (с 1921-го по 1993-ий год), в Нидерландах, Португалии, Испании и Швеции. Тем не менее, в последние два десятилетия Италия и Португалия ввели абсолютно новую систему, в которой статус почти всего персонала органов управления подлежит регулированию нормами общего трудового права, и, в частности, также, в том случае, если речь идёт об отправлении публичной власти. В Италии с 1993-его года только судьи, дипломаты и преподаватели высшей школы обладают особым публично-правовым статусом. Во Франции в органах административного управления также имеются определённые должности, назначение на которые осуществляется на основании договора, но такие договоры регулируются административным правом и подлежат контролю административных судов. В других странах такие договоры носят гражданско-правовой характер или регулируются общим трудовым правом и подлежат контролю судами обычной юрисдикции. В большинстве этих государств назначение административного персонала допускается на договорной основе в принципе только на непродолжительное время, хотя на практике этому правилу следуют, тем не менее, не всегда.

54. В британской модели статус «гражданского служащего» (*civil servants*) в принципе используется в отношении должностных лиц, назначаемых Короной. Положение *гражданских служащих* только частично регулируются нормами трудового права, как например, с 1980-х годов, в вопросах отставки и выхода на пенсию. Кроме того, применимые правила, не имеющие большей частью юридически обязательную силу, принимаются правительством в рамках осуществления «королевской прерогативы». Статус персонала «корпораций» и локальных органов подлежит регулированию нормами трудового права. Британская модель была полностью рецепирована на Мальте, где необязательные правила «кодекса гражданской службы» (*civil service code*) недавно были подтверждены на уровне закона. В Ирландии существует более широкая категория «государственных служащих» (*public servants*), которая охватывает как государственных чиновников, так и служащих местных органов; правила и нормы, которыми регулируется их статус определяются законом.

55. Во многих странах, в которых государственные служащие и должностные лица пользуются особым правовым статусом, определённое время велась принципиальная теоретическая дискуссия, в частности, по вопросу о том, является ли основой статуса государственного служащего договор или назначение как административный акт. Во Франции этот догматический спор имел лишь незначительные практические последствия, поскольку, в любом случае, компетенция принадлежит органам административной юрисдикции. Наиболее важным следствием квалификации назначения в качестве административного акта является то, что во Франции, а также в Бельгии, Италии, Португалии и Испании существует возможность подачи жалобы против произведённого назначения со стороны лица, конкурировавшего в борьбе за данную должность. Такая возможность отсутствовала бы в случае, если основанием статуса госслужащего признавался бы договор. В Италии подобная возможность сохраняется также после так называемой приватизации публичной службы в 1993-ем году, поскольку в соответствии со ст. 97 конституции Италии должности государственной администрации замещаются по публичному конкурсу, который, как и прежде, продолжает подлежать контролю административными судами. Начиная с последней четверти 20-го века, это действует также в Германии, где имеется очень обширная судебная практика административных судов, как например, практика Федерального Конституционного суда по вопросам т.н. «конкурентных исков» (Konkurrentenklage) в праве публичной службы.³⁶ В отличие от этого, в Великобритании последствия этого спора были незначительны, потому что у судов не было (теоретического) основания для контроля назначения и условий труда *гражданских служащих*, и до 1947-го года не имелось возможности для ответственности государства. Вплоть до настоящего времени судебный контроль назначений в области «гражданской службы» возможен только в виде исключения, например, в случае явной дискриминации.

b) Содержание права публичной службы

³⁶ См. например, решения Федерального Административного Суда ФРГ, BVerwGE 118, 370; 124, 29; 136, 140; NJW 2011, 695; NVwZ 1998, 1082; решения Федерального Конституционного Суда ФРГ, BVerfGE 115, 89; 118, 370; NJW 1990, 501; NVwZ 2006, 1401; 2007, 1178; подробно см. *Peter M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht*, 1991.

56. Три выше описанных идеальных типа, конечно, мало могут сказать о правовом статусе персонала административных органов и о содержании соответствующих правоположений. Существующее в немецкой модели различие между профессиональным чиновничеством, с одной стороны, и договорно-правовыми регулированиями для государственных служащих и работников, с другой стороны, трудно в том же виде найти в других странах. Особенный публично-правовой статус не обязательно связан здесь с типичными правилами германского профессионального чиновничества, однако, он, в свою очередь, и не исключает этого. Так, в Нидерландах, в Финляндии и Швеции весь персонал публичных учреждений, по общему правилу, являются государственными служащими. И, тем не менее, в этих странах к профессиональным чиновникам не применяется «кадровый принцип» прохождения государственной службы (Laufbahnprinzip). В Дании, а также в Нидерландах служащие хотя и назначаются на пожизненный срок, однако, повышение по службе может быть только следствием подачи нового заявления о занятии другой должности.

57. Не существует необходимо обязательной взаимосвязи между правовым статусом административного персонала и процедурой отбора, хотя в некоторых странах, как например во Франции, основное различие между государственным должностным лицом (чиновником) и государственным служащим, назначенным на договорной основе, состоит в том, что первые назначаются, как правило, на конкурсной основе, а вторые - на основе свободного отбора. В Нидерландах, в Скандинавии и Финляндии в области отбора публичных служащих не действует принцип формально организованного конкурса, как например в Германии. В Бельгии, Франции, Ирландии, Люксембурге, Португалии, в Великобритании и на Мальте государственные служащие должны в принципе назначаться на конкурсной основе. В Италии этот принцип действует, как правило, для всего персонала государственных органов, и соответственно также для тех, кто не обладает статусом государственного чиновника. Что собой представляет отбор по конкурсу, варьируется в разные исторические периоды, в разных странах и в зависимости от специфики соответствующей государственной должности. Не существует абсолютных принципов, которые определяют, должен ли конкурс проводиться исключительно при помощи экзаменов или на основании представленных кандидатами документов. Также не существует жёстких правил относительно числа подлежащих занятию мест: конкурс может организовываться как для отбора кандидата на занятие одной единственной должности, так и нескольких должностей или также для присвоения кадрового ранга. В последнем случае существует возможность, что

иерархия рангов допущенных кандидатов позволяет им выбирать себе место, на которое они хотели бы быть назначены. Однако, допустима ситуация, что из допущенных кандидатов администрация выбирает тех, которых она хочет назначить. Все эти различные возможности называются во Франции и в Италии равным образом «конкурс» (*concours* и *concorso*) или в Великобритании «открытый конкурс» (*open competition*). Только в испанском праве проводится различие между «конкурсом» и «конкурсным экзаменом» (*concurso* и *oposición*): первый проводится на основе документов, второй – на основе экзаменов. В противоположность этому, ни в Германии, ни в Нидерландах, ни в скандинавских государствах в принципе не проводятся конкурсы для отбора и назначения государственных чиновников, за исключением, например, назначений во внешнеполитических ведомствах. Традиционная германская система государственных экзаменов и периода обязательной стажировки и практики (*Referendarzeit*), которая следует ещё прусской традиции, продолжает оставаться в этом отношении особенностью немецкой системы административного управления. В принципе эта модель постольку аналогична системам конкурса типичного для Бельгии или Италии, поскольку ещё до собственно назначения кандидатов создаёт полученные посредством экзамена предварительные условия, не гарантируя, однако, что успешная сдача экзаменов обязательно приведет к назначению на должность. При этом существенное различие между государственным экзаменом и конкурсом состоит в том, что в случае конкурса максимальное число подлежащих занятию мест с самого начала является точно установленным, причём количество лиц, выдержавших экзамен, становится известным только после экзаменов.

58. Также различие между назначением на должность на определённый срок и назначением на пожизненный срок не обязательно базируется на частноправовом или соответственно публично-правовом основании соответствующего статуса. В Финляндии или Швеции государственные служащие назначаются на определённый срок, в Нидерландах они назначаются пожизненно. Однако защищённость зачисления на должность в частном секторе, которое основано на общих нормах трудового права, в Нидерландах соответствует в принципе пожизненному назначению на должность в государственном секторе до тех пор, пока соответствующее предприятие продолжает существовать. Тем не менее, в большинстве стран Европы статус государственных чиновников фактически тождественен пожизненному назначению, и нередко также утверждается, что это было причиной тех реформ, которые, как например, в Италии или в Португалии, привели к установлению гражданско-правового режима. При более

внимательном рассмотрении, причины итальянской реформы в 1993-ем году были, однако, совсем иные, что подтверждается также тем обстоятельством, что профсоюзы уже длительный период выступали за такую реформу. Более важным, чем публично-правовой или частноправовой статус предстаёт, как правило, положение профсоюзов, которые легче могут оказывать влияние на (согласованные и заключённые с их участием) коллективные (трудовые) соглашения, чем на законодателя. В Великобритании статус «гражданского служащего» был связан с принципом назначения на пожизненный срок, вплоть до того, как в 1990-х годах без формального изменения правовых оснований было установлено прямо противоположное правило. По общему правилу, назначение происходит на определённый срок и сопряжено с отказом от «принципа кадровой карьеры» (Laufbahnprinzip). В реальности в большинстве стран существует связь между чиновничеством и принципом кадровой карьеры, но, как уже было упомянуто, исключением являются Нидерланды, Финляндия или Швеция. Наоборот, во многих странах условия кадровой службы в рамках относящегося к области трудового права статуса регулируются коллективными соглашениями, как например в Италии с 1993-го года.

59. Наконец, следует упомянуть, что не имеется общих правил и с точки зрения обязанностей и ограничений статуса служащего. В Дании или Германии чиновники в принципе не имеют права на забастовку, что допустимо, в отличие от этого, во Франции, Бельгии, Италии и Великобритании, за исключением ряда особых должностей. В Великобритании имеются особые регулирования, что касается членства в политических партиях, в Германии или Франции - нет.

с) Влияние права Евросоюза на право личного статуса и управление административным персоналом в государствах-участниках

60. Имеется только немного положений учредительных договоров, которые имеют непосредственное влияние на административную организацию и на право личного статуса (Personalrecht) в государствах-участниках. Наиболее важным примером такой нормы является, конечно, ст. 45 абз. 4 Договора о функционировании Европейского Союза, касающаяся свободы передвижения работников, которая устанавливает: «Положения настоящей статьи не подлежат применению к работе в публичной администрации». Неинформированный читатель истолковал бы это положение скорее как подтверждение того, что Европейский Союз не имеет компетенции в вопросах положения государственных чиновников

или служащих и работников публичной (государственной) службы. Однако, при этом упускалось бы из виду, что все языковые редакции имеют одинаковую юридическую силу и что положения, которые образуют исключение по отношению к основополагающим принципам договора, следует толковать ограничительно. Французский или итальянский текст гласит: «*Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique*» или соответственно «*Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione*», то есть подразумевает, что данная статья не находит применения к должностям в публичной администрации.

61. Поскольку понятие публичной администрации в практике между государствами-участниками уже в период согласования Римских Договоров не могло быть приведено к общему знаменателю, только лишь Европейский Суд мог устанавливать пределы действия этого исключения.³⁷ Из этого вытекали последствия двоякого рода. Во-первых, позиции, которые не связаны с реализацией государственно-властных полномочий и ответственностью за соблюдение общих интересов государства или территориальных единиц, должны быть открыты и доступны для всех граждан Евросоюза. Для всех этих должностей действуют все решения, регулирования, директивы и судебная практика относительно гарантий свободы передвижения. Во-вторых, право на свободу передвижения собственных граждан не должно ограничиваться также правовыми положениями, регулирующими публичную службу или соответственно нормами трудового права (что имеет место, например, тогда, когда приобретённое за границей образование или опыт, оцениваются иначе, чем образование или опыт, приобретённые в самом государстве-участнике). Это действует также в отношении тех должностей, занятие которых может резервироваться только за собственными гражданами, в случаях, когда гражданин государства-участника реализовал своё право на свободу передвижения, в течение некоторого времени получая образование или осуществляя трудовую деятельность в другом государстве-участнике.

62. Начиная с 1980-х годов, все государства-участники изменили своё законодательство и иногда также и конституции с тем, чтобы открыть доступ к занятию государственных должностей для граждан Евросоюза из других государств-участников. В случае Нидерландов это было собственно скорее последствием реформы, посредством которой почти все должности

³⁷ Решение Суда, ЕС, *EuGH*, Rs. 149/79, Slg. 1980, 3881, пункт 10 и сл. – *Kommission/Belgien*.

публичной службы открывались для иностранных кандидатов, что представляло собой элемент новой иммиграционной политики. В Великобритании должности *гражданской службы* традиционно были доступны также для ирландцев; в начале 1990-ых годов этот принцип был распространён также на граждан других стран Евросоюза. Во всех государствах-участниках некоторые должности, тем не менее, по-прежнему оставались зарезервированными за собственными гражданами. Ряд государств-участников, как например, Бельгия, Люксембург либо Австрия или большинство государств-участников, которые присоединились к Европейскому Союзу с 2004/2007 годов, просто рецепировали соответствующие правовые позиции судебной практики Суда Европейского Союза. Другие государства-участники, как например, Германия, Нидерланды или в известной мере Франция, разработали собственные правовые позиции, которые были призваны обеспечить соответствие критериям упомянутой судебной практики. Являются ли действительно все должности, которые не связаны с отправлением государственно-властных полномочий и с ответственностью за обеспечение общих интересов, доступными для граждан Евросоюза и членов их семей, зависит, собственно, в меньшей степени от формулировок закона, чем от их осуществления на практике. По этой причине все ещё имеются случаи нарушений уставных договоров, и следует добавить, что во многих административных учреждениях государств-участников пределы действия установленного в праве Евросоюза запрета дискриминации недооцениваются. Недостаточно упразднить формальные правила, которые оговаривают право на доступ к публичной службе исключительно за собственными гражданами, для того, чтобы ликвидировать все возможные барьеры, которые вытекают из того, что кандидат на должность прибыл из другого государства-участника, там учился или работал³⁸.

63. В некоторых государствах-участниках, и в том числе во Франции, изменения законодательства, предпринятые в целях имплементации критериев к ст. 45 абз. 4 Договора о функционировании Европейского Союза, были восприняты как возможность для проведения дальнейшего реформирования публичной службы. Так возникает впечатление, что реформа государственного чиновничества произошла под давлением права Евросоюза, хотя это в действительности не так. В вопросах реформы административного управления, как и во многих других областях государственной политики стран-членов, Европейский Союз часто

³⁸ См. *Jacques Ziller, Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector. Current Issues and State of Play. Report for the European Commission, 2010.*

представляется общественному мнению в качестве вдохновителя или «козла отпущения», поскольку отсутствует способность сформулировать аргументы, чтобы запланированные реформы также обосновать и подкрепить.

IV. Заключительные соображения: влияние категорий и систем государств-участников на административное управление в ЕС

64. Разнообразие в национальных правовых категориях и конструкциях, касающихся организации и персонала публичного административного управления в государствах-участниках Европейского Союза, объясняет, почему с точки зрения государств-участников часто так трудно понимать административное управление Европейского Союза: То, что в одном государстве-участнике принимается относительно беспроblemно, производит на другие государства-участники нередко очень странное впечатление. Так, понятие «опосредованной исполнительной функции», которое в принципе известно всем государствам-участникам, не вызывает сложностей с германской точки зрения. Поскольку оно соответствует германскому понятию исполнительного или исполнительного федерализма (Vollzugs- oder Exekutivföderalismus). С точки зрения большинства других государств-участников оно, тем не менее, предстаёт особенно неясным, так как самая известная модель федерализма - это в большинстве случаев система Соединенных Штатов, где федеральная администрация по общему правилу исполняет федеральные законы.

65. Административная система Европейского Объединения угля и стали (ЕОУС) разрабатывалась Жаном Монне (*Jean Monnet*) и его сотрудниками, частично по модели так называемый французской системы органов по выполнению заданий («*administrations de mission*»). Эта конструкция возникла в 1930-е годы и в послевоенное время получила дальнейшее развитие (например, в виде специальных административных органов, отвечавших за восстановление экономики, в том числе Генеральный комиссариат по планированию (*Comissariat général au Plan*), который возглавлял Жан Монне). Тем не менее, также и модель американских федеральных комиссий (*Federal Commissions*), которые были созданы для регулирования конкуренции, транспорта и телефонной связи уже в довоенный период, была знакома учредителям институтов и

администрации ЕОУС, так как *Жан Монне* уже со времени Первой мировой войны имел тесные связи с высокопоставленными американскими чиновниками. Организационная структура, правовой статус персонала и основы функционирования Европейской Комиссии рассматривается в практике органов ЕС, а также в литературе большей частью как простое переложение французской административной модели. И это неверно. Иерархическая структура в рамках Генеральных Дирекций (*Generaldirektionen*), а также система классификационных служебных рангов (*Laufbahngruppen*), установленная в прежнем коммунитарном праве публичной службы в Сообществах, гораздо ближе, собственно, немецкой традиции, чем французской. И действительно, ЕОУС-модель «органов по выполнению заданий», «*administrations de mission*», вскоре уступила место классической административной иерархии, без того, чтобы это нашло отражение в самой Комиссии как коллегиальном органе. Также не была принята и французская система строгого разделения между кадровой карьерой в рамках одного учреждения (категория классификационных рангов особого рода) и административными должностями. *Бюро сотрудинок (cabinets)* Европейских комиссаров хотя и соответствуют традиционной французской системе канцелярий сотрудников при министрах правительства, однако такие консультационные структуры длительное время существуют также в Бельгии и Италии. Система отбора служащих ЕС также рассматривается чаще всего как вариант французского *конкурса (concours)*. Однако, по существу эти конкурсы всё же больше походят на бельгийскую или итальянскую модель. Они ведут к составлению резервного списка кандидатов (*Vorratsliste von Bewerbern*), из которого различные службы учреждений ЕС могут набирать свой персонал. В случае французской государственной службы *конкурс*, как правило, непосредственно ведёт к назначению на должность в статусе служащего, и ситуация, при которой успешный кандидат не получает должность, в принципе, исключается, что часто происходит в случае органов и учреждений ЕС.

66. Влияние государств-участников на администрацию органов и учреждений ЕС происходит, прежде всего, благодаря их национальным представителям, которые занимают высокие должности в ЕС, будь то в лице политических деятелей (Комиссаров), будь то в лице служащих. Тем не менее, не следует забывать, что большое число этих служащих имеет небольшой опыт в государствах их происхождения и поэтому едва ли знают также организацию и функционирование национального административного управления. Политики могут оказывать серьёзное воздействие, как показывает пример *Нейла Киннока (Neil Kinnock)*,

который в качестве Комиссара в Комиссии *Проди* (*Prodi-Kommission*) в 1999-2004-х годах оказывал важное влияние на реформу администрации Комиссии. Тем не менее, подобное личное влияние не должно переоцениваться. Создание в прошлом десятилетии многочисленных агентств Евросоюза - исполнительных агентств и так называемых регулятивных органов (*Regulierungsagenturen*) - меньше связано с *Нейлом Кинноком*, чем с общей тенденцией, которая в предшествующий период уже нашла своё выражение на уровне государств-участников. Реформа правового регулирования публичной службы в ЕС, которая была им инициирована, в принципе восприняла ряд механизмов, касающихся персональной оценки и оплаты труда в зависимости от результатов выполненной работы, которые были уже опробованы в Великобритании. Тем не менее, основы профессионального чиновничества, базирующегося на принципе кадровой карьеры, иначе, чем в Великобритании, где они в это время в значительной степени упразднились, были сохранены.

67. В отношении конструкции, структуры и правового регулирования администрации ЕС действует то же самое, что в целом справедливо для возникновения и содержания права Евросоюза. Все положения и категории права Евросоюза основываются на концептах, происходящих из различных государств-участников и смешивающихся таким образом, что они большей частью становятся вряд ли узнаваемыми в странах происхождения. В этом смысле в праве Евросоюза все больше получили развитие собственные понятия и категории, основу которых можно найти скорее в положениях уставных договоров и их пробелах, чем в национальном праве государств-членов. Поэтому сравнительное правоведение хотя и является полезным инструментом, позволяющим лучше понять право и административную систему Евросоюза; оно может только дополнить знание своеобразия и характерных черт права Евросоюза, но не заменить его.

Библиография

Astrid Auer/Christoph Demmke/Robert Polet, *La Fonction Publique dans l'Europe des Quinze – Réalités et perspectives*, 1996.

Danielle Bossaert/Christoph Demmke/Koen Nomden/Robert Polet, *La Fonction Publique dans l'Europe des Quinze – Nouvelles tendances et évolutions*, 2001.

Alain Claisse/Marie-Christine Meininger, *Fonctions publiques en Europe*, 1994.

Siegfried Magiera/Heinrich Siedentopf (Hg.), *Das Recht des öffentlichen Dienstes in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft*, 1994.

OECD, *Distributed Public Governance: Agencies, Authorities and other Government Bodies*, 2002.

Jacques Ziller, *Egalité et Mérite – L'accès à la fonction publique dans l'Europe des Douze*, 1988.

ders., *Administrations Comparées – Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, 1993.

ders., *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector – Current Issues and State of Play – Report for the European Commission*, 2010.