

Европеизация национального административного права – сравнительно-правовое исследование

Аттила Винце *

* Аттила Винце – доктор права, приват-доцент Университета Андраши, г. Будапешт, защитил докторскую диссертацию в Венском Университете.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству *Бек* и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Attila Vincze, Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts – eine rechtsvergleichende Annäherung** in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, (ZaöRV) 2017, 235 и далее.

Содержание:

Резюме	38
I. Европеизация, обязанность приведения в соответствие и «побочный эффект влияния» (<i>spill-over</i>)	39
II. Основные аргументы и некоторые критические соображения	45
1. Ограничения рациональной инновации	47
2. Нежелательность двойственных правовых режимов	48
3. Общая оценка процесса рецепции	49
III. Правовая компаративистика как методическое решение	51
IV. Практическое применение метода: «окончателность» административных актов	56
1. Национальные модели регулирования в государствах-участниках	56
2. Нормативные установки права Евросоюза	60
3. Влияние европейского права на регулирование института «юридической силы» в национальном праве	64

4. Заключение	71
V. Некоторые выводы	73

Резюме

Осуществление права Евросоюза неизбежно предполагает использование национального права. В отношении последнего – в соответствии с требованием эффективности и эквивалентности – строго действует обязательное правило адаптации и гармонизации, которое в свою очередь имеет фактическое обратное влияние на правовые системы. Господствующая доктрина объясняет это трансформирующее воздействие либо в смысле рациональной инновации, либо стремлением избежать двойных, параллельных правовых режимов. Предлагаемое читателям исследование, с одной стороны, демонстрирует уязвимость этих теоретических объяснений и при помощи проведения сравнительно-правового анализа показывает, почему они не правильны. С другой стороны, правовое сравнение предлагается здесь как методологический подход, пригодный для того, чтобы служить основой для позитивистской (то есть базирующейся на фактах) теории. Анализ конкретных нормативных структур и конструкций приводит к выводу, что развитие национальных правопорядков не следует модели рациональной инновации, и не пытаются преодолеть нежелательный дуализм и дублирование действующих правовых режимов. В большей степени они реагируют на требования и вызовы права Евросоюза в соответствии с его догматическими и социокультурными особенностями. При этом нередко можно наблюдать, что даже правовые системы государств-участников ЕС, которые обнаруживают схожий исторический опыт и аналогичные догматические базовые структуры, реагируют по-разному.

I. Европеизация, обязанность приведения в соответствие и «побочный эффект влияния» (*spill-over*)

Осуществление права Евросоюза требует задействования и инструментализации национального административного права.¹ В принципе сами государства-участники обладают компетенцией² (или несут обязанность³) по созданию соответствующих уполномоченных органов и регулированию необходимых административных процедур, призванных обеспечивать осуществление права Евросоюза. Подобная «процессуальная автономия» (*Verfahrensaunomie*)⁴, которая в литературе определяется частично как нормативная,⁵ частично как дескриптивная,⁶ тем не менее,

¹ E. Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 108 (1993), 924 (929); E. Schmidt-Aßmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, § 5, Rn. 32; M. Ruffert: Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: A. von Bogdandy/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, § 94, Rn. 44; U. Mager, Entwicklungslinien des Europäischen Verwaltungsrechts, Verwalt., Beiheft 10 (2010), 11 и далее. Другой автор использует выражение «использование» (*Indienahme*), J.-P. Schneider, Strukturen des Europäischen Verwaltungsverbunds – Einleitende Bemerkungen, Verwalt., Beiheft 8 (2009), 9 (25).

² T. Öhlinger/M. Potacs, EU-Recht und staatliches Recht, 4. Aufl. 2011, 150.

³ T. von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 302: «Осуществление административных мер в целях реализации права Сообщества является прежде всего задачей государств-участников.»

⁴ Понятия варьируются, «автономия процедуры» например в T. von Danwitz (сноска 3), 302 и далее; W. Schroeder (сноска 4) или C. Krönke (сноска 4), «институциональная и процессуальная автономия» например в H. W. Rengeling, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Rechtsschutz – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und deutscher Gerichte, in: R. Bieber/A. Bleckmann/F. Capotorti (Hrsg.), Das Europa der zweiten Generation, GS für C. Sasse, 1981, 197 (198 и сл.); в G. C. Iglesias, EuGRZ 24 (1997), 289 (289) говорится о «институциональной автономии и автономии процедуры».

⁵ В нормативном смысле это выражение должно означать «правовой резерват для реализации права Сообществ», так в W. Schroeder, Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung – Existiert ein Prinzip der nationalen Verfahrensautonomie?, AöR 129 (2004), 3 (22) или соответственно «презумпцию компетенции» государств-участников, так в S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, 110. Более подробно по вопросу о процессуальной автономии в нормативном смысле см. C. Krönke, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013.

⁶ В чисто описательном, дескриптивном смысле автономия описывает просто фактическое положение, в соответствии с которым государства-участники в большинстве случаев действительно самостоятельно устанавливают организационную структуру и процессуальное право. Это правило, естественно, не должно рассматриваться как абсолютный барьер для административного права Евросоюза, S. Augsburg, Europäisches Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzugsformen, in: J. P.

подчинена требованию (относительно) единообразного и (по возможности) эффективного осуществления права Евросоюза.⁷ По этой причине при реализации права Евросоюза национальные органы применяют национальное право в той мере, в какой⁸ нормы права государства-

Terhechte, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2011, § 6, Rn. 21; K. Stöger, Gedanken zur institutionellen Autonomie der Mitgliedstaaten am Beispiel der neuen Energieregulierungsbehörden, ZÖR 65 (2010), 247 и далее, (253 и далее); D. Hanf, Der Vertrauensschutz bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als neuer Prüfstein für das “Kooperationsverhältnis” zwischen EuGH und BVerfG, ZaöRV 59 (1999), 51 (72); C. M. Kakouris, Do the Member States Possess Judicial Procedural “Autonomy”, CML Rev 34 (1997), 1389 (1397); L. Frank, Gemeinschaftsrecht und staatliche Verwaltung, 2000, 201 и далее; A. von Bogdandy/S. Schill, Art. 4 EUV, Rn. 77, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. См. в этом смысле J. Ziller, Bezugsquellen und Grundlagen des europäischen Verwaltungsrechts – Verwaltung und Verfassungsstaat, in: S. Magiera/K.-P. Sommermann/J. Ziller (Hrsg.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive*, FS für H. Siedentopf, 2008, 173 (181): «...основным источником применимых нормативных предписаний является национальное административное право государства». По этой причине автономия в этом втором значении представляет собой скорее «эвфемистическое» обозначение. F. Schoch: Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Verwalt., Beiheft 2* (1999), 135 и далее (136).

⁷ Это требование может основываться на принципиальном требовании гомогенности (C. D. Classen, Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts, *Verwalt.* 31 [1998], 307 [333]) или соответственно на требовании «единообразного действия и применения европейского права» (A. Hatje, Art. 4, Rn. 36, in: J. Schwarze, *EU-Kommentar*, 2012); Schroeder говорит в свою очередь о единообразном действии, W. Schroeder (сноска 4), 14 и далее. Приоритет права Евросоюза требует, в частности, чтобы содержание и смысл норм европейского права не выхолащивались положениями внутригосударственного права, предназначенными для обеспечения реализации права Евросоюза, и процессуальная автономия государств-участников по этим вполне объяснимым причинам характеризуется как «открытый флаг единства права Евросоюза», так A. Hatje, Art. 197, Rn. 1, in: J. Schwarze (сноска 7). Kadelbach полагает однако, что различия в исполнении должно просто (вос)приниматься как следствие «архитектуры исполнения» (S. Kadelbach [сноска 4], 113). Аналогично von Danwitz придерживается позиции, что ст. 291 Договора о функционировании Европейского Союза исходит из различий в национальном имплементационном праве и их несущественности с точки зрения договорного права Евросоюза, что подтверждается исключением гармонизации согласно ст. 197 абз. 2 предложение 4 Договора о функционировании ЕС (T. von Danwitz [сноска 3], 303).

⁸ Характеристику т.н. формулы «постольку-поскольку» см. T. Öhlinger/M. Potacs (сноска 2), 154 и сл.; с дальнейшими ссылками A. von Bogdandy/S. Schill (сноска 5), Art. 4 EUV, Rn. 79; дальнейшая динамика см. также в D. Hanf (сноска 5), 68 и сл. Она также обозначается как «формула координации», D. Scheuing, *Europäisierung des Verwaltungsrechts*, *Verwalt.* 34 (2001), 107 (109), V. Wirths, Bestandskraft und Vollstreckbarkeit unionsrechtswidriger Verwaltungsakte im Lichte der Koordinierungsformel, in: P.-C. Müller-Graff/S. Schmahl/V. Skouris (Hrsg.), *Europäisches Recht zwischen Bewahrung und Wandel*, FS für D. H. Scheuing, 2011, 432 и далее.

участника устанавливают более благоприятные условия, чем те, которые регулируют аналогичные национальные правовые и фактические составы (принцип эквивалентности), и не делают практически невозможным или существенно затрудняют исполнение прав и свобод, гарантированных правопорядком Евросоюза (принцип эффективности).⁹ Эти установления подлежащего реализации права Евросоюза модифицируют национальные административные правопорядки, но только в определённом объёме.

В соответствии с устоявшейся судебной практикой принцип эквивалентности¹⁰ требует, чтобы при применении норм, действующих в отношении средств правовой защиты, не проводилось различия в зависимости от того, подаётся ли жалоба против нарушения права Евросоюза или нарушения внутреннего (национального) права.¹¹ В принципе речь идёт здесь о функционально-адекватном распространении применимости внутренних средств правовой защиты на равноценные им права (или права требования), вытекающие из права Евросоюза. Это по идее сберегает систему и характерные особенности национальных административно-правовых систем государств-участников.¹² Примером тому может служить возможность подачи жалобы против государственных

⁹ В этом смысле уже Суд ЕС см. EuGH Rs. 33/76 Slg. 1976, 2000, Rn.5 – Rewe; смотри помимо прочего EuGH Rs. C-312/93, Slg. 1995, I-4599, Rn. 12 – Peterbroeck; EuGH verb. Rs. C-392/04, C-422/04, Slg. 2006, I-8559 – i-21 Germany und Arcor; EuGH Rs. C-378/10, EU:C:2012:440, Rn. 48 – VALE Épitési. См. также решение высшего Административного Суда Австрии от 11.8.2004, GZ 2004/17/0066 с дальнейшими ссылками. Из литературы см. в частности *T. von Danwitz*, (сноска 3), 476, *T. Öhlinger/M. Potacs* (сноска 2), 112 и далее. Определяется как запрет дискриминации и воспрепятствования в *A. Hatje* (сноска 7), Art. 4 EUV, Rn. 59. Понятия обозначаются как запрет дискриминации и умаления (*Diskriminierungsverbot und Beeinträchtigungsverbot*) с дальнейшими ссылками *A. von Bogdandy/S. Schill* (сноска 5), Art. 4 EUV, Rn. 79; к определению понятия см. *L. Frank* (сноска 5), 167.

¹⁰ Прежде обозначался как запрет дискриминации *J. König: Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz*, 2011, 93; *T. Ehrke-Rabel, Äquivalenzprinzip und Abgabenverfahren*, in: M. Holoubek/M. Lang (Hrsg.), *Abgabenverfahren und Europarecht*, 2006, 129 (134 и далее).

¹¹ В этом смысле см. Суд ЕС EuGH Rs. C-231/96, Slg. 1998, I-4951, Rn. 36, – Edis; EuGH Rs. C-326/96, Slg. 1998, I-7835, Rn. 41 – Levez; EuGH Rs. C-78/98, Slg. 2000, I-3201, Rn. 55 – Preston; EuGH i-21 Germany und Arcor (сноска 9).

¹² *C. Möllers, Durchführung des Gemeinschaftsrechts – Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen*, EuR 37 (2002), 483 (500 и сл.) не без оснований считает, что не существует обязанности, «защищать целостность системы административного управления государств-участников», и с другой стороны, компетенция Сообщества в области имплементации норм должна понятийно охватываться таким образом, чтобы «целостность административных структур государств-участников максимально обеспечивалась».

органов из-за нарушения конституции на нарушение ими норм права Евросоюза.¹³ В отличие от этого, распространение принципа отлагающего (приостанавливающего) действия подачи жалобы на предварительные обеспечительные судебные распоряжения¹⁴ должно рассматриваться уже как системно-релевантная инновация.

Тем не менее, подлинные содержательные модификации правило эффективности, выводимое¹⁵ из принципа *практического (полезного) эффекта* («*effet utile*»),¹⁶ требует только тогда, когда национальное право государства-участника не просто предстаёт частично неоптимальным, а обнаруживает очевидные серьёзные дефициты. В этом смысле это правило не может сводиться к его пониманию как требование оптимизации¹⁷ или максимально возможной степени достижения цели.¹⁸ В соответствии с этим право Евросоюза в определённом объёме допускает отклоняющиеся варианты исполнения нормативных требований государствами-участниками.¹⁹

Хотя изменения, необходимые в связи с исполнением и реализацией права Евросоюза, имеют скорее пунктуальную природу, уже даже частичное неприменение или модифицированное применение внутреннего права воспринимается как своего рода открывание «ящика Пандоры».²⁰

¹³ EuGH Rs. C-118/08, Slg. 2010, I-635 – Transportes Urbanos.

¹⁴ Административный Суд, решение от 9.4.1999 GZ AW 99/21/0061; решение от 1.12.2000 GZ AW 2000/09/0058; решение от 10.11.2000, GZ AW 2000/09/0067; C. ranacher/M. Frischhut, Handbuch Anwendung des EU-Rechts, 2009, 510 и далее. Такая возможность существует также согласно § 22 VwGVG, C. Fuchs, in: M. Fister/C. Fuchs/M. Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren, 2013, § 22, Rn. 4.

¹⁵ О способах выведения см. J. König (сноска 10), 106 и далее; V. Madner, Effektivitätsgebot und Abgabenverfahrensrecht, in: M. Holoubek/M. Lang (Hrsg.), Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht, 2010, 115 (119 и сл.).

¹⁶ L. Tichý/M. Potacs/T. Dumbrovský, Effet Utile, 2014; M. Potacs, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 44 (2009), 465 и далее; R. Streinz, Der “effet utile” in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (Hrsg.), Festschrift für U. Everling, 1491 и далее.

¹⁷ Поэтому представляется неточным точка зрения в F. Schoch, Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 50 (1995), 107 (113).

¹⁸ Так однако, V. Madner (сноска 16), 121.

¹⁹ Эта взаимосвязь следует, помимо прочего, из европейского права ответственности государств, которое оставляет проблематику квалифицированного нарушения права в ведении национального права государств-участников и тем самым делает возможным применение различных масштабов (критериев) ответственности.

²⁰ Частично высказывается мнение, что принцип эффективности применяется с той целью, чтобы в интерпретации выходить за рамки буквального смысла, см. P. Dobler, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: G. Roth/P. Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 509 (518 и далее). Ввиду

Причина этого, с одной стороны, заключается в том, что контуры пронизанного правом Евросоюза национального права государственных участников не являются такими же чёткими и ясными,²¹ как традиционно сложившееся толкование процессуальных норм внутригосударственного права. С другой стороны, общие правовые нормы и принципы права Евросоюза могут лишь только частично прояснять возникающие здесь процессуально-правовые вопросы, требующие ответа.²²

Обязанность пунктуальной нормативной адаптации и корректировки национальных правовых норм, вытекающая из установленной архитектуры реализации и исполнения наднационального права,²³ часто противопоставляется действию т.н. фактической необходимости правовой адаптации.²⁴ Она требует рецепции основных правовых оценок, структур и моделей европейского административного права также и в отношении таких сфер, которые хотя предметно и связаны с вопросами, регулируемые правом Евросоюза, однако, до сих пор не стали объектом нормативного регулирования в праве Евросоюза, которое пользуется приоритетом применения.²⁵ При этом имеются в виду сферы, которые не

отсутствия чётких контуров, этот принцип также признаётся «таинственным», см. *F. Schoch*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/D. Sellner/G. Hirsch/G.-H. Kemper/H. Lehmann-Grube (сноска 154), 507 (511); ещё более серьёзная критика в *G. Mäsch*, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – “Courage” und die Folgen, *EuR* 38 (2003), 825 (838): «никто точно не знает, что же конкретно должно следовать в конкретном случае из принципа эффективности и запрета дискриминации».

²¹ *L. Frank* (сноска 5), 158; отдельные авторы говорят и массивных формах «перекрывания» национального административного права, см. *A. von Bogdandy/S. Schill* (сноска 5), Art. 4 EUV, Rn. 81.

²² *M. Gellerman*, Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellerman (Hrsg.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der EU*, 2. Aufl. 2003, § 37, Rn. 39.

²³ Обобщающее исследование по данной проблематике с дальнейшими ссылками *G. Sydow*, Verwaltungsvollzugsordnung der Europäischen Union, in: A. Hatje/P.-C. Müller-Graff, *Enzyklopädie des Europarechts*, 2013, § 12.

²⁴ *E. Schmidt-Aßmann*, *Allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, Rn. I/64.

²⁵ Различие между правовой обязанностью гармонизации и фактической необходимостью гармонизации описывается в различных категориях прямой и косвенной европеизации (так *K.-P. Sommermann*, *Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss – Analyse aus deutscher Sicht*, in: J. Schwarze, *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, 181 (195 и сл.); *W. Kahl*, *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts*, *NVwZ* 30 (2011), 49 (454 и сл.); *S. Cassese*, *Der Einfluß des gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrechts auf die nationalen Verwaltungssysteme*, *Der Staat* 33 (1994), 25 [25 и далее]) или как «жесткая» и «мягкая» европеизации С.

подпадают под установленную в праве Евросоюза обязанность применять национальное административное право в соответствии с требованиями права Евросоюза. В этом случае речь идёт о т.н. «побочных эффектах влияния» (*spill-over-Effekte*),²⁶ реальном перекрывающем воздействии,²⁷ добровольной рецепции,²⁸ копировании правовых институтов, новой интерпретации и самостоятельном изменении внутреннего права²⁹ без соответствующего формального обязательства.³⁰ Согласно распространённому мнению, вызванные правом Евросоюза пунктуальные изменения особенного административного права, затрагивающие его отдельные грани, распространяют своё воздействие на другие области административного права, оказывая в результате «глубокое влияние»,³¹ вызывая трансформацию правовой культуры³² или взаимную «ассимиляцию через эффективное взаимодействие».³³

Многие вопросы остаются здесь открытыми. На чём основываются данные доводы? Может ли быть объективно доказана их верность? Реагируют ли государства-участники на схожие импульсы схожими изменениями или нет? Какие факторы оказывают влияние на

Fuchs, Europäische Verfahrensgrundsätze und mitgliedstaatliches Verwaltungshandeln, ZÖR 67 (2012), 47 и далее (57 и сл.). Остается, однако, спорным, насколько целесообразно дифференцировать европеизацию в зависимости от объекта – материальная, процессуальная и институциональная, поскольку границы остаются гибкими, такая дифференциация предлагается, однако, в *T. Siegel*, Europäisierung als Rechtsbegriff, JöR 61 (2013), 177 (182 и далее).

²⁶ *M. Ruffert* (сноска 1), § 94, Rn. 41-42; *C. Hilson*, The Europeanization of English Administrative Law: Judicial Review and Convergence, European Public Law 9 (2003), 125 и далее; *P. Birkinshaw*, European Public Law, 2. Aufl. 2014, 10; *H. C. H. Hofman*, Mapping the European Administrative Space, W. Eur. Pol. 31 (2008), 662 (669).

²⁷ *K.-H. Ladeur*, Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts – eine Skizze, EuR 30 (1995), 227 и далее.

²⁸ *E. Schmidt-Aßmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive, ZÖR 55 (2000), S. 159 (165-166); *C. Hilson* (сноска 26), автор в этом смысле говорит о «voluntary application».

²⁹ *K.-P. Sommermann*, Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBl. 111 (1996), 889 и далее.

³⁰ *P. M. Huber*: Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa, in: A. von Bogdandy/P. M. Huber (сноска 1), § 73 Rn. 27, автор описывает *spill-over-эффект* как «фактическое преюдицирование национального законодателя и влияние на административных чиновников и судей».

³¹ *P. M. Huber* (сноска 30), § 73, Rn. 26.

³² *M. Handstanger*, Vollziehung des EU-Rechts in Österreich - dargestellt am Beispiel der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch den VwGH, in: W. Hummer (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, 2010, 123 и далее.

³³ *K.-H. Ladeur* (сноска 27), 241.

происходящие процессы рецепции, заимствования и приспособления правовых норм?

II. Основные аргументы и некоторые критические соображения

Утверждаемое и целым рядом примеров иллюстрируемое фактическое воздействие пунктуальных изменений права, вызванных правом Евросоюза, объясняется, прежде всего, с двух разных позиций. С одной стороны, в качестве аргумента указывается на инновационный потенциал «чужого» права и, с другой стороны, указывается на нежелательность двойственности правового режима.

Первое объяснение исходит из того, что акты вторичного права Евросоюза и решения судов Евросоюза возникают в «мультикультурной правовой лаборатории». Эти акты аккумулируют и дистиллируют опыт отдельных государств-участников и принятые там модели решений,³⁴ которые в свою очередь могут содействовать³⁵ правовой инновации через «структурные регулятивные импульсы»³⁶, поскольку определённые конфликты могут быть более квалифицированно разрешены «с помощью европейских масштабов».³⁷ Европеизация значит в этой связи «взять под сомнение собственное национальное решение»³⁸ на основе «негативного

³⁴ Отдельные авторы говорят о «вместительном хранилище предлагаемых в международных рамках решений» и в этой связи о «союзе идей», см. *A. Hatje*, Deutschland in der Europäischen Union: Innovation durch europäisches Verwaltungsrecht, in: P.-C. Müller-Graff/S. Schmahl/V. Skouris (сноска 8), 323 (325).

³⁵ *E. Schmidt-Aßmann* (сноска 24), Rn. I/65, в этом же смысле *K.-H. Ladeur* (сноска 27), 227.

³⁶ *M. Burgi*, в: *M. Burgi/K. Schönenbroicher* (Hrsg.), Die Zukunft des Verwaltungsverfahrensrechts, 2010, 31 (33).

³⁷ *J. Schwarze*, Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, 123 (209); по мнению некоторых авторов, не является необходимым задаваться вопросом, было бы одно решение лучше чем другое, скорее необходимо учиться на имеющемся опыте, см. *G. della Cananea*, Verwaltungsrechtliche Paradigmen, в: *A. von Bogdandy/P. M. Huber* (сноска 1), § 52, Rn. 13.

³⁸ *U. Fastenrath*, Die veränderte Stellung der Verwaltung und ihr Verhältnis zum Bürger unter dem Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts, *Verwalt.* 31 (1998), 277 (306).

контрастного шаблона» европейского права,³⁹ что, в свою очередь, требует адекватного критического самовосприятия.⁴⁰

Вторая линия аргументации исходит из того что фрагментация национальной правовой системы на два блока, а именно: на блок, возникший вследствие влияния и проникновения в неё европейского права, и на блок, абсолютно не затронутый этим процессом, из-за принципиальных различий основополагающих ценностей⁴¹ является скорее нежелательной или, по меньшей мере, нуждающейся в дополнительном обосновании.⁴² Исходя из этого, здесь признаётся, что в правовой системе государств-участников происходит конвергенция и что последствия европеизации также распространяются на собственно чисто внутренние (внутригосударственные) правовые отношения и фактические составы.⁴³ Здесь речь идёт, в конечном счёте, о последовательности, непротиворечивости, а также внутренней когерентности правовой системы.⁴⁴

Вопреки многочисленным бесспорно существующим примерам действия и последствий «побочного эффекта влияния» (*spill-over-Wirkungen*),⁴⁵ никакая из господствующих теорий не кажется совершенно

³⁹ O. Lepsius, Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts, *Verwalt., Beiheft* 10 (2010), 179 (184).

⁴⁰ O. Lepsius (сноска 39), 179 и далее.

⁴¹ K.-H. Ladeur (сноска 27), 229; T. Kuhn, Überschießende Umsetzung bei mindest- und vollharmonisierenden Richtlinien: Einheitliche oder gespaltene Anwendung?, *EuR* 50 (2015), 216 (218).

⁴² G. Anthony, UK Public Law and European Law, 2002, 4, W. Kahl (сноска 25) 455; E. Schmidt-Aßmann (сноска 28), 165 и сл.

⁴³ C. Hilson (сноска 26), 125 и далее. В связи с правом жалобы отдельные авторы подчёркивают, что существует возможность, что германская система правовой защиты становится двухколейной: с одной стороны, основанная на категории субъективного публичного права система правовой защиты в правоотношениях национального характера и, с другой стороны, широкий доступ к правосудию в правоотношениях, связанных с делами Сообществ, S. Hölscheidt, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?, *EuR* 36 (2001), 376 (393).

⁴⁴ S. Hölscheidt (сноска 43) 393; F. Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, *NVwZ* 18 (1999), 457 (467). Эта точка зрения была представлена уже в 1971-ом году, когда была сформулирована идея о том, что различные национальные догматические представления в рамках ЕС в долгосрочной перспективе не смогут продолжать сохранять свою силу и существовать параллельно друг к другу и будут приходить к постепенному сближению между собой, см. O. Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL* 1972, 193 (236).

⁴⁵ *M v. Home Office*, [1993] UKHL 5, [1994] 1 AC 377, [1993] 3 All ER 537 per Lord Woolf: "Since the decision in *Factortame* there has also been the important development that the European Court has determined the second reference against the Crown so that the

обоснованной и убедительной, так как обе они страдают от имманентных им ограничений (см. пункты а и b) и исходят из нереалистичного представления о рецепции (с).

1. Ограничения рациональной инновации

Хотя тезис об инновации посредством права Евросоюза соответствует современному рациональному нарративу прогресса, у него есть и присущие ему, имманентные границы.

Во-первых, эта линия аргументации предполагает рациональное самовосприятие и способность узнавать слабости и догматические противоречия собственного права,⁴⁶ что требует определённого уровня систематики, который не обязательно имеется в наличии во всех государствах.

Во-вторых, этот тезис не объявляет убедительным образом, почему внутригосударственное право должно приспособливаться, если его самовосприятие чрезвычайно положительно и собственное право рассматривается в качестве адекватного, целесообразного и сбалансированного.

В-третьих, данный аргумент основывается на чистой целевой рациональности в смысле *Макса Вебера (Max Weber)*, на представлении, что определённые целевые установки могут быть достигнуты эффективнее одним регулированием, чем другим. Однако эта идеализируемая

unhappy situation now exists that while a citizen is entitled to obtain injunctive relief (including interim relief) against the Crown or an Officer of the Crown to protect his interests under Community Law he cannot do so in respect of his other interests which may be just as important.” Ряд авторов расценивают это дело как явное проявление spill-over, *M. Dougan*, National Remedies Before the Court of Justice, 2004, 308; *G. Anthony* (сноска 42), 139. Другие авторы отмечают, что раздвоение правовой системы в целом следует считать нежелательным, см. *P. Birkinshaw* (сноска 26), 200. Аналогично решение по делу *Woolwich Equitable Building Society v. IRC*, [1993] 3 WLR 366 (395 и сл.): “There is a sixth reason which favours this conclusion. I refer to the decision of the ECJ in *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio SpA* which establishes that a person who pays charges levied by a Member State contrary to the rules of Community law is entitled to repayment of the charge, such right being regarded as a consequence of, and an adjunct to, the rights conferred on individuals by the Community provisions prohibiting the relevant charges ... I only comment that, at a time when Community law is becoming increasingly important, it would be strange if the right of the citizen to recover overpaid charges were to be more restricted under domestic law than it is under European law.” *G. Anthony* (сноска 42), 136 и далее.

⁴⁶ К вопросу о политико-правовой функции догматики см. *E. Schmidt-Aßmann* (сноска 24), пункт I/7.

рациональность цели не может убедительно объяснить, почему приспособление и адаптация должны осуществляться в случае ценностно-рациональных решений,⁴⁷ поскольку правопорядок представляет собой не только чисто инструмент целевой рациональности, но и служит для того, чтобы реализовывать определённые ценности независимо от их последствий.

2. Нежелательность двойственных правовых режимов

Утверждение, что оценочные различия между правом Евросоюза и правом государств-участников не могут сохраняться в длительной перспективе, основывается на предположении непротиворечивости и когерентности правопорядка. В поддержку этой теории хотя и могут быть приведены положительные примеры,⁴⁸ тем не менее, однако она не объясняет, почему эти тенденции конвергенции ограничиваются определённой проблематикой и оставляют другие области неприкосновенными.⁴⁹ Причина этого состоит в том, что она является, собственно, рациональным объяснением, а не оценочным ценностным концептом: «двойные правовые режимы нежелательны». Однако это не объясняет, почему двойственные юридические режимы продолжают существовать и сохранять своё значение.

⁴⁷ *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, § 2.4.

⁴⁸ См. судебную практику, указанную в сноске 45.

⁴⁹ Как например, весьма ограниченные гарантии защиты в праве, регулирующем размещение госзаказов, см. OLG Saarbrücken NZBau 4 (2003), 462 и далее; VGH Mannheim, NVwZ-RR 12 (1999), 264; *M. Freitag*, *Vergaberechtsschutz unterhalb der europäischen "Schwellenwerte"* NZBau 3 (2002), 204 и далее. Хотя принцип пропорциональности и был транспортирован в британское право через европейское право в его широком понимании, он не мог заменить т. н. *Wednesbury*-масштаб, и Палата Лордов (ныне Высший Суд) отклоняет возможность отказа от этого британского принципа в отношении чисто внутригосударственных правоотношений, см. *R. (Pro-life Alliance) v. BBC*, [2003] UKHL 23, см. также *Lord Irvine of Lairg*, *Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review*, P. L. 19 (1996), 59 (74 и сл.); *J. Goodwin*, *The Last Defence of Wednesbury*, P. L. 35 (2012), 445 (451 и далее). Соответственно нет оснований поддержать позицию отдельных авторов, что в среднесрочной перспективе следует ожидать универсализацию обоих подходов, см. *J. Saurer*, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 51 (2012), 3 (12 и сл.).

3. Общая оценка процесса рецепции

Более современная сравнительно-правовая теория рецепции «чужих» правовых институтов исходит в большей степени из того, что заимствование правовых институтов, моделей аргументации и фигур правовой догматики (вызываемое, возможно, через посредство европейского права⁵⁰) происходит значительно более комплексно и более динамично, чем это позволяет предположить скорее механический процесс «наложения» европейского права.⁵¹ Не следует здесь ставить под сомнение саму принципиальную возможность переноса или рецепции определённых правовых институтов (т.н. *legal transplant*, *legal borrowing*).⁵² «Перенятие» скорее следует идентифицировать как «инспирирование»,⁵³ с которым не связана претензия на то, что правовой институт в принимающей правовой системе функционирует так же или, по меньшей мере, схожим образом как

⁵⁰ Некоторые авторы обозначают этот процесс как транскультурацию, в этом смысле *M. Ruffert*, *Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode?*, *Verwalt.*, Beiheft 10 (2010), 205 (211).

⁵¹ Возможность технической рецепции правовых норм – *legal transplant* в узком смысле – скорее отрицается вследствие сильной и органической связи права с другими элементами культуры, поскольку подлежащая рецепции норма не может идентичным образом функционировать в иных языковых, культурных и теоретико-правовых условиях, см. *R. Cotterrell*, *Comparative Law and Legal Culture*, in: *M. Reimann/R. Zimmermann*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 709 и далее; *L. M. Friedman*, *Blankenburg on Legal Culture: Some Comments*, in: *J. Brand/D. Stempel* (Hrsg.), *Soziologie des Rechts*, FS für *E. Blankenburg*, 381 и далее; *D. Martiny*, *Rechtskultur – Berührungspunkte zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, in: *J. Brand/D. Stempel* (сноска 51), 421 и далее; *P. Legrand*: *European Legal Systems Are Not Converging*, *ICLQ* 45 (1996), 52 и далее; *P. Legrand*, *The Impossibility of “Legal Transplants”*, *MJ* (Antwerp) 4 (1997), 111 и далее; *G. Deipenbrock*, *Legal Transplants? – Rechtsvergleichende Grundüberlegungen zum technischen Rechtsnormtransfer*, *ZVglRWiss* 107 (2008), 343 и далее. На примере развития ситуации в Китае см. *Hsiün-yang Chang*, *Die Übertragbarkeit abendländischer Rechtsordnungen auf China*, *ZVglRWiss* 68 (1969), 45 и далее.

⁵² По данной проблематике см. *M. Seckelmann*, *Ist Rechtstransfer möglich? – Lernen vom fremden Beispiel?*, *Rechtstheorie* 43 (2012), 419 и далее; *M. Graziadei*, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: *M. Reimann/R. Zimmermann* (сноска 51), 441 и далее; в поддержку см. *A. Watson*, *Legal Transplants*, 1974; весьма критически см. *P. Legrand*, *The Impossibility* (сноска 51), 111 и далее. Часто ставится классический вопрос о том, походит ли заимствование чужих правовых институтов скорее на замену какой-либо механической детали или на трансплантацию органов, так например *Sir O. Kahn-Freund*, *Use and Misuse of Comparative Law*, *M.L.R.* 37 (1974), 1 (5 и сл.), аналогично этому *G. Rehm*, *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und – transformation*, *RebelsZ* 72 (2008), 1 (1 и далее).

⁵³ Так *G. Rehm* (сноска 52), 7.

в правовом порядке его происхождения.⁵⁴ И поэтому более уместно здесь говорить о правовом раздражителе (*legal irritant*),⁵⁵ который вызывает динамичную эволюцию рецепирующего правового порядка.⁵⁶ Уже из этого следует, что собственно воздействие процесса, описываемого как европеизация, определяется характерными особенностями национальных правовых порядков. Поэтому скорее напрашивается сравнение рецепции с процессом «смешивания» красок:⁵⁷ «смешением» один цвет не заменяется на другой, а возникает новый цвет, причём его точный оттенок зависит от исходных красок и от их пропорции в смеси.⁵⁸ Результат рецепции поэтому не может описываться и оцениваться с помощью бинарного кода успешно / неудачно. Скорее должны приниматься во внимание различные стратегии или модели, и вопрос заключается в том, обнаруживают ли реакции отдельных правовых порядков черты сходства, постоянства, следования определённому шаблону, и если да, то какие именно?⁵⁹

⁵⁴ См. *J. Bell*, Mechanisms for Cross-Fertilisation of Administrative Law in Europe, in: *J. Beatson/T. Tridimas*, *New Directions in European Public Law*, 2000, 145 (145), где сформулировано: «Cross-fertilization implies a different, more indirect process. It implies that an external stimulus promotes an evolution within the receiving legal system. The evolution involves an internal adaptation by the receiving legal system in its own way. The new development is a distinctive but organic product of that system rather than a bolt-on.»; *P. Birkinshaw* (сноска 26), 6 и далее. insb. 6: “There will be no suggestion that legal systems borrow lock, stock and barrel from other systems or that an amorphous homogenized entity is going to do for the legal traditions in Europe what *McDonald’s* has arguably done to its culinary traditions. Flowers that blossom in one soil, wane and wither in another.” К примеру принципа пропорциональности см. *J. Saurer* (сноска 49), 3 и далее.

⁵⁵ *G. Teubner*, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, M.L.R. 61 (1998), 11 и далее. С другой стороны, подчёркивается, что выражения «*legal irritant*», «*legal contaminant*» или «*legal seepage*», которые описывают более или менее тот же самый феномен, не являются оценочно-нейтральными, а несут скорее негативную коннотацию, так например в *E. Öricü*, *The Enigma of Comparative Law*, 2004, 104.

⁵⁶ *G. Teubner* (сноска 55), 11 и далее.

⁵⁷ Аналогичным образом *P. Legrand*, *The Impossibility* (сноска 51), 117.

⁵⁸ См. например *J. W. von Goethe*, *Zur Farbenlehre*, 1810.

⁵⁹ В ином и в аналогичном контекстах другой автор также подчёркивает значимость и задачу науки, связанную с идентификацией образца и структуры, *C. Möllers*, *Ten Years of Global Administrative Law*, I.CON 13 (2015), 469 (472).

III. Правовая компаративистика как методическое решение

Односложность прежних попыток объяснения диагностировалась в литературе уже давно,⁶⁰ но методический вопрос оставался, однако, без ответа. Как можно точно определить влияние отдельных факторов? В противоположность естественным наукам, эмпирически-критический метод едва ли применим в юриспруденции. И по этой причине сложно при помощи тщательных проверок и экспериментов установить, какие факторы и каким способом влияют на переориентацию и на реструктуризацию административного права государств-участников и в какой мере внутригосударственные процессы реформ обязаны своим происхождением давлению, оказываемому потребностями корректировки и адаптации права. Тем не менее, возможным выходом предстаёт инструментарий сравнительного правоведения или сравнительной правовой социологии,⁶¹ поскольку правовая компаративистика пытается определять схожесть или инаковость различных право порядков.⁶² Она стремится показать структурные совпадения, которые в противном случае остались бы незамеченными.⁶³

Существующие сравнительно-правовые исследования, касающиеся вопроса европеизации административного права, являются скорее рудиментарными.⁶⁴ За редким исключением⁶⁵ они в большей степени описывают развитие правовых систем в отдельных государствах-

⁶⁰ *W. Kahl* (сноска 25), 455.

⁶¹ *D. Nelken/J. Fest*, *Adapting Legal Cultures*, 2001.

⁶² *H. Strebelt*, *Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht*, *ZaöRV* 24 (1964), 405 (407).

⁶³ *R. Sacco*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl. 2011, 20; *R. Sacco*, *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law*, *Am. J. Comp. L.* 39 (1991), 1 (6) und 343 (385): "The scholarly endeavor is to reveal patterns which are implicit but have outward effects. (...) Only comparative studies have the penetration that can make such implicit patterns known." Другой автор описывает тот же самый феномен следующими словами: "By studying various manifestations of and solutions to roughly analogous constitutional challenges, our understanding of key concepts (...) becomes more sophisticated and analytically sharper", см. *R. Hirschl*, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, *Am. J. Comp. L.* 53 (2005), 125 (129). Или *E. Öricü* (сноска 55), 33: "The aim is to discover and understand differences between legal systems and legal institutions and explain the reasons for these in order to enhance knowledge and at the same time to discover similarities between different and diverse legal systems and find explanations for these." Программатично *J. C. Reitz*, *How to Do Comparative Law?*, *Am. J. Comp. L.*, 92 (1998), 617 и далее.

⁶⁴ *J. Schwarze* (сноска 37), 789 (827 и сл.).

⁶⁵ Помимо проекта справочника *Ius Publicum Europaum*, можно упомянуть ещё *C. D. Classen*, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996.

участниках (обзор зарубежного права),⁶⁶ что отличает их от правовой компаративистики в собственном смысле,⁶⁷ которая устанавливает отношение различных правовых порядков друг к другу.⁶⁸ Методический вопрос состоит в том, как следует проводить сравнение отдельных правовых порядков таким образом, чтобы становились заметными структурные различия, позволяющие лучше понять процесс европеизации. Такая постановка проблемы требует ответа, по меньшей мере, на два следующих вопроса. А именно: какие правовые порядки, с одной стороны, и какие основные проблемные темы или референтные области, с другой стороны, должны включаться в правовое сравнение.

Первый вопрос рассматривается в сравнительно-правовой литературе довольно редко.⁶⁹ Если следовать точке зрения *Константинеско* (*Constantinesco*), не существует абстрактного, заранее определяемого принципа выбора сравниваемых правовых порядков, а лишь конкретная цель правового сравнения и знания автора о правовых порядках.⁷⁰ Поскольку целью является исследовать динамику влияний европейского права на административно-правовые системы государств-участников, то в принципе можно выбрать любое государство-участник Европейского Союза (ЕС), которое достаточно долгое время является членом этой организации с тем, чтобы иметь возможность установить изменения его правового порядка. Так как, однако, по возможности максимально точно должны идентифицироваться также и отдельные факторы и их специфическое значение, целесообразным представляется применение по аналогии разработанного *Хиршлем* (*Hirschl*) метода выбора сравниваемых прецедентов и судебных решений.

Для определения значения отдельных факторов могут выбираться либо прецеденты, наиболее близкие друг к другу, либо прецеденты, наименее схожие между собой. Если существенные обстоятельства двух сравниваемых случаев, кроме какого-либо одного фактора, весьма схожи, и решение оказывается аналогичным или же совершенно иным, то этот фактор или имеет значение или как раз не имеет никакого значения. Метод

⁶⁶ Критически к исследованию иностранного права см. *U. Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, § 1, пункт 13.

⁶⁷ *M. Rheinstejn*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1974, 22 и далее; *A. Tschentscher*, *Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, *JZ* 62 (2007), 807 (812); *K. Lachmayer*, *Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte – Funktion und Methode*, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 166 (170 и сл.); *A. Watson* (сноска 52), 16.

⁶⁸ *K. Lachmayer* (сноска 67), 170 и сл.; *J. C. Reitz* (сноска 63), 618 и далее, здесь это требование обозначается как «explicit comparison»; *A. Tschentscher* (сноска 67), 812.

⁶⁹ *R. Hirschl*, *Comparative Matters*, 2014, 224. *R. Hirschl* (сноска 63), 125.

⁷⁰ В конечном счёте того же мнения и *L.-J. Constantinesco*, *Rechtsvergleichung*, Bd. II, 1972, 51.

сравнения наиболее несхожих случаев функционирует аналогичным образом. Если все обстоятельства, кроме одного, являются различными, а решение оказывается аналогичным или совершенно иным, то этот фактор либо имеет значение, либо не имеет никакого значения. На основе схожих принципов можно также делать выбор подлежащих сравнению правопорядков. Если влияние и эффекты права Евросоюза в схожих правопорядках в тенденции обнаруживают сходство, можно исходить из того, что общие, исторически передаваемые догматические корни принципиально определяют осмысление и имплементацию нормативных установлений европейского права.

Тем не менее, в том случае, если принципиально схожие правопорядки по-разному реагируют на аналогичные констелляции, общая догматическая матрица является менее релевантной, чем конкретные текстуальные различия или определённые социо-культурные факторы, влияющие на способность юридической догматики к абсорбции и восприимчивости. К таким факторам относятся юридическое образование и методология, роль и самоидентификация судебной практики и теории и т.д., и эти факторы, в свою очередь, следует определять на основе образцов аргументации и научной интерпретации. Если не ставить в принципе под вопрос методологический подход *Хириля*,⁷¹ сложно, тем не менее, находить такие правопорядки, которые соответствуют методическим требованиям. Немецкое и австрийское административное право имеют между собой больше сходства, чем каждое из них, например, с британским правом. Однако, несмотря на это, также различия между ними многочисленнее и разнообразнее, чем это допускает метод *Хириля*. Нельзя не признать, что в принципе можно идентифицировать правопорядки, которые различны с какой-либо точки зрения или, возможно, с нескольких точек зрения скорее более похожи между собой, чем отличны друг от друга. Вместе с тем, требуемой *Хирилем* методической чистоты едва ли можно добиться. В настоящем исследовании проводится сравнение британского, немецкого, австрийского, чешского и венгерского административного права. Представленные правопорядки можно разделить на три группы. Немецкое и австрийское административное право образуют с исторической точки зрения единую группу, но различаются, тем не менее, во многих отдельных аспектах друг от друга. Венгерское и чешское право относятся к одной группе, которая, возникла на общей основе австрийской монархической системы, однако, мутировала под влиянием советского права. Наконец,

⁷¹ Специально относительно данного метода см. *A. von Bogdandy, Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung, Der Staat* 55 (2016), 103 (110 и далее). Более подробно по вопросу критики применения методов социальных наук *U. Kischel* (сноска 66), § 1, пункты 47-51.

британское административное право представляет собой самостоятельный порядок.

В качестве предмета сравнения традиционно служат референтные области или основные проблемные темы. Референтные области - это определённые области особенного административного права, оказывающие специфическое воздействие в праве Евросоюза, как например, право окружающей среды, право телекоммуникации или энергетическое право. Основными проблемными темами являются в противоположность этому догматические узловые пункты общего административного права или административно-процессуального права, как например, юридическая сила, правомочие на обращение с жалобой и т.д., которые находят применение в различных констелляциях особенного административного права. Эти основные проблемные темы более подходят для сравнительно-правового исследования, так как они могут показать, коснулась ли европеизация догматических глубинных структур административного права или произошли лишь только поверхностные изменения в отдельных областях особенного административного права, которые, однако, не сопровождались соответствующим догматическим прорывом. Поскольку в рамках общей части административного права осуществляется систематизация и дальнейшая догматическая концептуализация развития особенного административного права,⁷² индуцированные правом Евросоюза изменения и конфликты демонстрируют в этой области глубину действия трансформации.

По этой причине модели рецепции могут быть лучше представлены и подвергнуты сравнению именно посредством анализа основных проблемных тем. Исследованию должны подвергаться те основные проблемные темы, которые должны решать все европейские правопорядки и которые соответственно делают возможным также функциональный сравнительный анализ, как например, проблемных вопросов пределов усмотрения, окончательности административных актов и распоряжений, доступа к органам административной юрисдикции, предварительной правовой защиты или форм и пределов ответственности государства. Подобные – и другие возможные – основные проблемные темы являются также своего рода кристаллизационными пунктами конфликтов конституционных ценностей и приобретают выходящую за их чисто догматическое значение релевантность вследствие того, что они отражают противоречия и конфликты принципов и посредством административно-

⁷² J. Kersten/S.-C. Lenski, Die Entwicklungsfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, *Verwalt.* 42 (2009), 501 (501).

правовой конкретизации конституционного права⁷³ облегчают процесс принятия решений. Через установки европейского права эти ценностные конфликты актуализируются, и, тем самым, открывается возможность оценивать их по-новому. Происходит ли эта новая оценка действительно или нет, является собственно предметом сравнительного изучения, на основании чего, потенциально, можно делать выводы о том, какие факторы и силы определяют рецепцию нормативных установок европейского права.

Сравнительно-правовое исследование должно в первую очередь анализировать конкретные изменения и их догматическую концептуализацию и затем уже на этой основе выявлять систематические закономерности и предлагать следующие из этого возможные теоретические объяснения.

В рамках данной статьи этот метод применяется к сравнительному исследованию влияния права Евросоюза на окончательность административных актов органов управления (см. ниже, пункт IV).⁷⁴ Вначале будут весьма кратко изложены существенные характерные черты сравниваемых британского, немецкого, австрийского, чешского и венгерского правопорядков (см. ниже пункт IV. 1). Затем анализируются основные нормативные установки права Евросоюза (см. ниже пункт IV. 2), а также их воздействие на сложившиеся догматические структуры (см. ниже пункт IV. 3). В заключение предполагается рассмотреть и оценить основные факторы, влияющие на перспективы европеизации (см. ниже пункт IV. 4).

⁷³ F. Werner, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, DVBl. 74 (1959), 527 и далее.

⁷⁴ К проблематике сравнения права ответственности государств, а также права на обжалование, как два дальнейших ключевых проблемных вопроса см. A. Vincze, *Der Einfluss des Europarechts auf die Haftung für legislatives Unrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, in: J. Iliopoulos-Strangas/S. Biernat/M. Potacs (Hrsg.), *Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der Europäischen Union im Wandel der Zeit*, 2014, 23 и далее; A. Vincze, *Die Europäisierung der verwaltungsgerichtlichen Klagebefugnis – eine rechtsvergleichende Analyse*, in: C. Schubel/S. Kirste/P.-C. Müller-Graff/O. Diggelmann/U. Hufeld (Hrsg.), *Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften – 2014/2015*, 2016, 55 и далее.

IV. Практическое применение метода: «окончателность» административных актов

1. Национальные модели регулирования в государствах-участниках

Правила относительно действительности или соответственно юридической силы административных решений, которые направлены на то, чтобы привести в соответствие принципы материальной правомерности административных актов и их юридической действительности,⁷⁵ распределяют между государством и гражданином риск ошибочного решения органа управления.⁷⁶

В Общем законе об административной процедуре Австрии (AVG) в 1925-ом году, то есть уже относительно рано,⁷⁷ была предпринята попытка, решить эту проблему на основе предварительных научных разработок *Бернатцика (Bernatzik)*⁷⁸ и *Меркля (Merkl)*⁷⁹ в пользу материальной юридической силы.⁸⁰ Выводимый из § 68 AVG принцип неизменности⁸¹ решения, принятого по существу,⁸² действует, до тех пор, пока административный акт не будет отменён (дерогирован) на основе соответствующего правового предписания (§§ 68, 69 или 71 AVG).

⁷⁵ *J. Hengstschläger*, Materielle Rechtskraft bzw. Bestandskraft im deutschen und im österreichischen Verwaltungsverfahren, *Verwalt.* 12 (1979), 337 (337 и сл.).

⁷⁶ *J. Hengstschläger/D. Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, 2014, § 68, Rn. 123.

⁷⁷ *T. Öhlinger*, "Rechtskraft" – Die verfassungsrechtliche Dimension. Eine Problemskizze, in: *M. Holoubek/M. Lang* (Hrsg.), *Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren*, 2007, 27 (34); к оценке австрийской кодификации см. также *H. Klecatsky*, *Die Rechtskraft abgabenrechtlicher Bescheide im österreichischen Recht*, *DÖV* 20 (1967), 593 (595 и сл.).

⁷⁸ *E. Bernatzik*, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886; критику воззрений данного автора см. *O. Mayer*, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen*, *AöR* 21 (1907), 1 и далее.

⁷⁹ *A. Merkl*, *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923.

⁸⁰ *T. Öhlinger* (сноска 77), 37; аналогичным образом *J. Hengstschläger* (сноска 75), 340, здесь автор говорит о «weitreichenden Rechtskraftwirkung». Регулирование в AVG расценивается как важное достижение правового государства, см. *J. Budischowsky*, *Zur Rechtskraft gemeinschaftsrechtswidriger Bescheide*, *Zeitschrift für Verwaltung* 25 (2000), 2 (3).

⁸¹ Высший Административный суд связывает действие юридической силы с принципиальной окончательностью (*Unwiederholbarkeit*), то есть отсутствие правомочия повторно рассматривать и решать дело, по которому принято окончательное решение по существу, а также с обязательным характером, то есть связанностью органов и строн данным решением, см. решение Административного суда от 8.2.1994, GZ 93/08/0166; решение от 21.3.1980, Slg. Nr. 10.074/A; решение от 19.3.1987, GZ Zl. 86/08/0239.

⁸² Решение Административного суда от 8.2.1994, GZ 93/08/0166.

Решения, не устанавливающие права для какого-либо лица,⁸³ могут быть в любое время отменены или изменены также *ex officio* на основе § 68 абз. 2 AVG. Также и административные решения, которыми определённому лицу предоставляются преимущество или льготы (т.н. «благоприятствующие административные акты») также могут быть изменены в пользу данного лица, что находится в полном соответствии с целью регулирования.⁸⁴ Благоприятствующие административные акты могут, помимо этого, модифицироваться на основе § 68 абз. 3 AVG в общественных интересах в той мере, в какой это необходимо и неизбежно для устранения или защиты от определённых серьёзных и фактических опасностей⁸⁵ при соблюдении бережного обращения с предоставленными правовыми позициями.⁸⁶ Заведомо неправильные решения могут отменяться согласно § 68 абз. 4 AVG в любое время, причём Высший Административный суд проверяет пропорциональность осуществления соответствующих полномочий.⁸⁷

В германском праве материальная действительность административных решений была признана в принципе только после Второй мировой войны⁸⁸ и скоро была концептуально закреплена в системе общих гарантий принципа защиты доверия и кодифицирована.⁸⁹ В противоположность строго формализованной австрийской кодификации, германский Закон об административном производстве (VwVfG) требует материально-правовой взвешивающей оценки между публичным интересом в отмене административного акта и частным интересом в его дальнейшем действии (в интересах гарантии принципа защиты доверия данное «взвешивание»

⁸³ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 898; решение Административного суда от 26.4.1993, GZ 90/10/0209.

⁸⁴ B. Raschauer (сноска 83) Rn. 898; J. Hengstschläger (сноска 75), 347.

⁸⁵ Решение Административного суда от 17.2.1994, GZ 90/06/0221: “Der Wortlaut des § 68 Abs. 3 AVG spreche von einer ‘Beseitigung’ von Mißständen; beseitigt könne schon begrifflich nur etwas Vorhandenes und nicht etwas Mögliches werden.” J. Hengstschläger/D. Leeb (сноска 76), § 68, Rn. 93-95.

⁸⁶ J. Hengstschläger/D. Leeb (сноска 76), § 68, Rn. 99-100; решение Административного суда от 13.11.2001, GZ 2001/05/0633, решение от 20.11.2007, GZ 2005/05/0161; решение от 22.4.2002, GZ 2000/10/0110.

⁸⁷ J. Hengstschläger/D. Leeb (сноска 76), § 68, Rn. 126; решение Административного суда от 28.2.2006 GZ 2005/06/0112; решение от 17.11.1992, GZ 91/08/0043.

⁸⁸ M. Bullinger, Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historischer-kritischer Sicht, JZ 54 (1999), 905(905 и сл.); H. Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2007, § 79, Rn. 88; M. Ruffert, Verwaltungsakt, in: D. Ehlers/H.-U. Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 24, Rn. 19.

⁸⁹ BT Drs. 7/910 (Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes), 68 и далее; M. Sachs, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 48, Rn. 16; H. Maurer (сноска 88), § 79, Rn. 91.

подлежит проверке в судебном порядке). Чешское административное право до сегодняшнего дня в принципе следует происходящей из австрийского права модели⁹⁰ и в соответствии с судебной практикой Конституционного суда⁹¹ допускает отмену вступивших в законную силу нелегитимных решений только с учётом правила пропорциональности.⁹² Также и венгерское административное право импортировало австрийскую модель, которая пережила как смену политического курса, так и новую кодификацию административно-процессуального права.⁹³ При этом законодательное регулирование остаётся поверхностным и доктринальные исследования - слабо развитыми, в результате чего многие вопросы остаются без удовлетворительного ответа.

Окончательный характер административных решений (*conclusiveness, finality*) не стал в английском административном праве самостоятельным правовым институтом⁹⁴ и не получил особого внимания, впрочем так же, как и сам институт административного акта.⁹⁵ В английском административном праве, действует принцип, в соответствии с которым

⁹⁰ Кодекс административного судопроизводства 1928-го года (8/1928 Sb. Vládní nařízení ze dne 13. ledna 1928 o řízení ve věcech náležejících do působnosti politických úřadů (správní řízení)) ориентировался по существу на австрийский AVG, но тем не менее не содержал подробного регулирования юридической силы и литература того времени не могла описать преобладающее чешское учение, см. *J. Hoetzel, Československé správní právo*, 2. Aufl. 1937, 366 и далее. К характеристике современного правового положения *L. Jemelka/K. Pondělíčková/D. Bohadlo, Správní řád*, 3. Aufl. 2011, 274.

⁹¹ Решение Конституционного суда от 9.10.2003, GZ IV. ÚS 150/01; *L. Jemelka/K. Pondělíčková/D. Bohadlo* (сноска 90), 13 и сл.

⁹² Подобная отмена невозможна по какому-либо иному основанию, например, по критерию экономии, рациональности, справедливости, эффективности или целевой направленности, см. *L. Jemelka/K. Pondělíčková/D. Bohadlo* (сноска 90), 355 и сл. В обобщенном виде решения Высшего Административного суда от 22.10.2011, GZ 1 As 94/2011 – 102; от 21.1.2010, GZ 6 As 36/2009 – 162; от 19.5.2011, GZ. 1 As 36/2011 – 79.

⁹³ § 114 Закона Nr. CXL 2004-го года об административной процедуре. Новая кодификация переняла без особых изменений конструкцию социалистического административно-процессуального закона, в результате чего остались неурегулированными даже очевиднейшие случаи недобросовестности.

⁹⁴ Понятие *res iudicata* хотя и известно английскому процессуальному праву, оно однако не было перенято в административное право, лишь частично урегулированное в законе, *W. Wade/C. Forsyth: Administrative Law*, 10. Aufl. 2000, 204 и далее.

⁹⁵ Значительная часть учебной литературы не рассматривает институт административного акта, см. *M. Ryan, Unlocking Constitutional and Administrative Law*, 2010; *A. W. Bradley/K. Ewing, Constitutional and Administrative Law*, 14 Aufl. 2008; *P. Leyland/G. Anthony, Textbook on Administrative Law*, 6. Aufl. 2009; *P. Craig, Administrative Law*, 7 Aufl. 2012. Пожалуй, единственным исключением является учебник *W. Wade/C. Forsyth* (сноска 94), где описывается проблематика окончательности административных решений.

акты *ultra-vires*, то есть акты, изданные без необходимой компетенции, являются недействительными. Защита доверия играет в соответствии с этим только очень ограниченную роль.⁹⁶ Т.н. правило лишения права возражения на основании данного обещания (*promissory estoppel*),⁹⁷ запрещающее действия, нарушающие данное ранее (также только конклюдентное) обещание, является выражением принципа *equity*⁹⁸ и поэтому применимо в публичном праве лишь ограниченно.⁹⁹ Это связано с тем, что *common law* запрещает полномочия по принятию решения, которые установлены законом, ограничивать обещаниями или конклюдентным поведением, противоречащими закону (принцип *non fettering*).¹⁰⁰ То же самое действует и в отношении недопустимости на основе *estoppel* устранять недействительности актов, которые изданы *ultra vires*.¹⁰¹ Такой правовой режим приводил, без сомнения, также и к несправедливым результатам.¹⁰² Тем не менее, прямое применение или применение по аналогии института *estoppel* в публично-правовых спорах границам признавалось ограниченным *common law* и сталкивается с серьёзной критикой.¹⁰³

Суммируя вышесказанное, можно констатировать, что австрийское и германское право, если смотреть на конечный результат, весьма схожи, так как обе системы устанавливают границы в отношении возможностей последующей корректировки административных решений (несмотря на то, что в оформлении этого регулирования имеются существенные различия между ними). Австрийское административное право оперирует с установленными в законе возможностями их отмены, в то время как в германском праве требуется материально-правовая взвешивающая оценка между публичным и частным интересом. Венгерский и чешский

⁹⁶ Её роль признаётся только в отношении менее значительных процессуальных вопросов, см. например *Wells v. Minister of Housing and Local Government*, [1967] 1 WLR 1000.

⁹⁷ *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 KB 227.

⁹⁸ *W. Wade/C. Forsyth* (Ann.94), 204; *S. Wilken/K. Ghaly*, *The Law of Waiver, Variation, and Estoppel*, 2. Aufl. 2011, Rn. 14.01-14.08.

⁹⁹ *W. Wade/C. Forsyth* (сноска 94), 199. Поэтому ряд авторов идут слишком далеко, когда они утверждают, что эстоппель (*estoppel*) не имеет места в публичном праве, хотя они также правы, что защита доверия (*legitimate expectations*) выполняет большинство функций эстоппля, *S. Wilken/K. Ghaly* (сноска 98) Rn. 14.09.

¹⁰⁰ *P. Leyland/G. Anthony* (Ann, 95), 265 и далее.

¹⁰¹ *Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.*, [1937] AC 610; *Islington Vestry v. Hornsey UDC*, [1900] 1 Ch 695 CA; *Western Fish Products v. Penrith DC*, [1981] 2 All ER 204 CA.

¹⁰² *Rowland v. Environment Agency*, [2003] EWCA Civ 1885.

¹⁰³ *P. Leyland/G. Anthony* (сноска 95), 265 и далее; *S. Wilken/K. Ghaly* (сноска 98), Rn. 9.134.

административные правовые порядки, изначально испытывавшие преимущественно воздействие австрийской модели, однако, модифицированные в результате влияния советского права, были также концептированы принципиально в пользу защиты материально-правовой действительности (силы) административных актов. Тем не менее практическое применение этого принципа в результате пробелов в законодательном регулировании и недостающей научно-доктринальной разработки данной тематики много вопросов остаются открытыми. Для британского административного права законность административных актов (действий), напротив, важнее, чем защита юридической их юридической силы и соответственно принцип самоограничения органов административного управления, служащий гарантией защиты доверия, долгое время не находил признания.

2. Нормативные установки права Евросоюза

Европейское право принципиально признает юридическую силу административных актов как элемент обеспечения законности и правовой стабильности (безопасности),¹⁰⁴ который служит гарантией надёжного функционирования государственного правового порядка.¹⁰⁵ На уровне косвенного применения норм права Евросоюза, именно правовые системы государств-участников призваны определять – в рамках действующего в европейском праве принципа эквивалентности и эффективности – и объём и пределы действия юридической силы.¹⁰⁶ Это приводит к тому, что не всегда консистентное сбалансирование между государственным и частным интересом¹⁰⁷ на уровне государств-участников часто подвергается модификации через требование приоритетного осуществления интереса Евросоюза (*effet utile*).¹⁰⁸

Формирование догматики отмены «благоприятствующих административных актов», противоречащих праву Евросоюза, в

¹⁰⁴ Решение Суда ЕС, EuGH Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837, Rn. 24 – *Kühne & Heitz*; EuGH Rs. C-2/06, Slg. 2008, I-411, Rn. 37 – *Willy Kemper*; далее *A. Kahl*, *Neueste Entwicklungen zwischen Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten*, in: *W. Hummer* (сноска 32), 267 (272).

¹⁰⁵ Решение Суда ЕС, EuGH Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rn. 38 – *Köbler*; EuGH Rs. C-234/04, Slg. 2006, I-2585, Rn. 20 – *Kapferer*.

¹⁰⁶ *A. Hatje*, *Die Rechtskraft im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, in: *M. Holoubek/M. Lang* (Hrsg.), *Das EuGH-Verfahren in Steuersachen*, 2000, 133 (143).

¹⁰⁷ В этом смысле *M. Ruffert*, *Anmerkung*, *JZ* 62 (2007), 407 (409).

¹⁰⁸ Решение Суда ЕС, EuGH Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633, Rn. 32 – *Deutsche Milchkontor*.

значительной степени находилось под воздействием правила о возврате государственных субсидий,¹⁰⁹ предоставленных в нарушение норм европейского права.¹¹⁰ Предоставление субсидий любого вида¹¹¹ без согласия Комиссии согласно ст. 108 абз. 3 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС) неправомерно,¹¹² и предоставленные средства могут быть истребованы обратно.¹¹³ Органы власти государств-участников - вопреки мнению, высказывавшемуся в более ранней литературе¹¹⁴ - не могут решать эти вопросы по своему собственному усмотрению.¹¹⁵ Возврат исполненного не может ограничиваться или исключаться путём применения гарантий «защиты доверия», выходящего за пределы, установленные для этого в праве Евросоюза,¹¹⁶ путём установления специальных пресекательных сроков,¹¹⁷ в результате отсутствия нормативного регулирования «неосновательного обогащения»,¹¹⁸ путём применения института банкротства¹¹⁹ или вследствие вступившего в законную силу окончательного решения суда.¹²⁰

¹⁰⁹ Более подробно см. *D. Scheuing* (сноска 8), 107 и далее; также *C. Krönke* (сноска 4) 249 и далее; краткий обзор см. *K. Gärditz*, Die Bestandskraft gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte zwischen Kasuistik und Systembildung, NWVBl. 2006, 441 (442).

¹¹⁰ Субсидии могут предоставляться в различных комбинациях частноправовых и публично-правовых форм, по данному вопросу см. *H.-J. Papier*, Rechtsformen der Subventionierung und deren Bedeutung für die Rückabwicklung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 152 (1988), 493 и далее.

¹¹¹ Смотри, помимо прочего, решение Суда ЕС, EuGH Rs. C-183/91, Slg. 1993, I-3131, Rn. 16 – *Kommission v. Griechenland*.

¹¹² По проблематике процедуры выдачи разрешений см. *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 3, 2007, Rn. 1255-1415.

¹¹³ Право требовать возврата является для Суда ЕС логическим следствием противоправности, см. в обобщающем виде решение Суда ЕС, EuGH Rs. C-507/08, Slg. 2010 I-13489, Rn. 42 – *Kommission v. Slowakei*.

¹¹⁴ Комментарии к решению Суда ЕС по делу *Deutsche Milchkontor* (сноска 108) ещё исходят из усмотрения органа власти, которое хотя и ограничено, но, однако, не может быть редуцировано до нуля, в этом смысле *A. Mattfield*, Anmerkung, EuR 19 (1984), 174 (177); *H.-W. Rengeling*, Anmerkung, DVBl. 99 (1984), 33 и далее.

¹¹⁵ Решение Суда ЕС, EuGH Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 34 – *Land Rheinland-Pfalz v. Alcan Deutschland*.

¹¹⁶ *Deutsche Milchkontor* (сноска 108); Решение Суда ЕС, EuGH Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437, *Kommission v. Deutschland*; см. *D. Scheuing* (сноска 8), 111 и далее.

¹¹⁷ *Alcan* (сноска 115), Rn. 38.

¹¹⁸ *Alcan* (сноска 115), Rn. 54.

¹¹⁹ *D. Eckardt*, Die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen in der Insolvenz in: M. Ruffert (Hrsg.), Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts, FS für M. Schröder, 181 и далее.

¹²⁰ Решение Суда ЕС, EuGH C-119/05, Slg. 2007, I-6199, – *Lucchini*; по данному вопросу см. *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher

Законная гарантия «защиты доверия» получателя субсидии существует только тогда, когда он в соответствии со стандартом осмотрительности, осторожности и предусмотрительности, принятом в экономическом обороте, удостоверился, что в отношении спорной субсидии был соблюден установленный порядок нотификации и разрешения.¹²¹

Проблематика, связанная с отменой «обременяющих» административных актов, которые не соответствуют нормам права Евросоюза, имеет такую же длинную историю, как и проблематика отмены «благоприятствующих» административных актов.¹²² При этом она вышла на передний план только после решения Суда ЕС (СЕС) по делу *Ciola*,¹²³ в котором юридическая сила государственных административных актов, противоречащих праву Евросоюза, была в принципе поставлена под вопрос.¹²⁴ Эта оценка подверглась существенным изменениям в решении СЕС по делу *Kühne & Heitz*,¹²⁵ в котором обязанность отменить подобный акт обуславливалась рядом кумулятивных¹²⁶ условий. При этом, однако, благодаря «сибилистской» формулировке СЕС¹²⁷ оставалось неясным, обязан ли соответствующий государственный орган просто осуществить проверку¹²⁸ или он действительно должен отменить спорный акт.¹²⁹ Позже

Entscheidungen, EuR 42 (2007), 654 и далее; *C. Kremer*: Effektivierung des europäischen Beihilferechts durch die Begrenzung der Rechtskraft, EuZW 18 (2007), 726 и далее; *A. Haratsch/C. Hessel*, Anmerkung, JZ 63 (2008), 144ff.; *A. Kahl* (сноска 104), 290 и далее; утвердительно в решении Суда ЕС, EuGH Urт. 22.12.2010, *Kommission v. Slowakei* (сноска 113). Решения Суда ЕС, в которых не признаётся юридическая сила решений национальных судов, всегда принимаются в специальном контексте и соответственно на этой основе можно обосновать тезис о генеральном нарушении юридической силы в принципе, см. также в этом смысле решение ЕС, EuGH Rs. C-2/08, Slg. 2009, I-7501 – *Fallimento Olimpiclub Srl.*; *Köbler* (сноска 105). В обобщающей форме *D. Poelzig*, Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 62 (2007), 858 и далее.

¹²¹ *W. Frenz* (сноска 112), Rn. 1432.

¹²² К проблеме исторического развития см. *W. Weiß*, Bestandskraft nationaler belastender Verwaltungsakte und EG-Recht, DÖV 61 (2008), 477 и далее.

¹²³ Решение суда ЕС, EuGH Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517 – *Ciola*.

¹²⁴ *J. Gundel*, Bootsliegeplatz-Privilegien: Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und Durchbrechung der nationalen Bestandskraftregeln, EuR 34 (1999), 781 (786); *M. Potacs*, Gemeinschaftsrecht und Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte, in: *J. Bröhmer/R. Bieber/C. Callies/C. Langenfeld/S. Weber/J. Wolf* (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, FS für G. Ress, 729 (732); *K. Gärditz* (сноска 110), 443.

¹²⁵ *Kühne & Heitz* (сноска 104).

¹²⁶ *C. ranacher/M. Frischhut* (сноска 14), 387.

¹²⁷ *W. Weiß* (сноска 122), 485. Формулировка также является неясной, поскольку она с трудом соответствует категориям административного права государств-участников, см. *D.-U. Galetta*, Procedural Autonomy of the EC Member States: Paradise Lost?, 2010, 53.

¹²⁸ § 69 AVG, § 51 VwVfG.

право требовать проверку вступившего в силу административного акта было дополнено требованием исчерпания всех средств правовой защиты (обжалования).¹³⁰ Право Евросоюза предоставляет, таким образом, своего рода «вознаграждение лицу, воспользовавшемуся правом» («*Ergreiferprämie*»), как оно известно в австрийском праве.¹³¹ Несмотря на все догматические неувязки, можно констатировать, что по сравнению с судебной практикой относительно отмены благоприятствующих административных актов, судебная практика по вопросу отмены обременяющих решений, противоречащих праву Евросоюза, преследует существенно более консервативную линию, в целом признающую юридическую силу административных актов, которая скорее ориентируется на принцип эквивалентности, чем на принцип эффективности.¹³²

¹²⁹ W. Weiß (сноска 122), 485 и сл. В пользу обязанности отмены говорится в M. Ludwigs, Der Anspruch auf Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte, DVBl. 123 (2008), 1164 (1172 и сл.). Другой автор, хотя и говорит об обязательной отмене, однако признаёт при этом наличие дискреции (усмотрения) при вынесении решения об отмене, см. например K. Gärditz (сноска 110), 447. Другой автор, в свою очередь, считает, что уравнивание и достижение баланса интересов Евросоюза и интересов государств-участников без обязанности отмены соответствует установкам Суда ЕС, см. J. Englisch, Anspruch auf Rücknahme gemeinschaftsrechtswidrig belastender Verwaltungsakte nach Eintritt der Bestandskraft?, Verwalt. 41 (2008), 99 (109 и далее).

¹³⁰ Решение Суда ЕС, EuGH *i-21 Germany und Arcor* (сноска 9); решение Суда ЕС, EuGH Rs. C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608 – *Byankov*. В M. Potacs, Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts?, EuR 39 (2004), 595 (599 и сл.) автор сформулировал идею, что право Евросоюза также должно идти на пользу лишь тому, кто действительно прибегает к предусмотренным в национальном праве средствам правовой защиты, что должно было быть приведено в соответствие с решением по делу *Ciola-Urteil*; в этом же смысле M. Potacs, Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das verfassungsgerichtliche Normprüfungsverfahren, in: M. Holoubek/M. Lang (сноска 15), 241 (245 и сл.). Эта точка зрения поддерживается также в M. Ruffert (сноска 107), 409. Более радикальная точка зрения высказывается в J.-F. Lindner, Anmerkung, BayVBl. 2004, 590 (592), где утверждается наличие обязанности отмены в служебном порядке; другие авторы более скептически в отношении того, что активная позиция в преследовании собственных интересов должно иметь решающее значение для отмены юридической силы, см. например A. Kahl (сноска 104), 280.

¹³¹ Подобная «премия» хорошо известна в австрийском конституционном праве, в литературе высказывается мнение, что она служит в первую очередь целям эффективной правовой защиты, см. например K. Lachmayer, Rechtsschutz vs Rechtsbereinigung. Überlegungen zur Anlassfallwirkung von Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2006, 673 и далее.

¹³² Аналогичная общая оценка в D.-U. Galetta (сноска 127), 53 и далее.

3. Влияние европейского права на регулирование института «юридической силы» в национальном праве

а) Австрия

Отмена «благоприятствующих» административных актов, противоречащих праву Евросоюза, может осуществляться на основе толкования § 68 абз. 4 ц. 4 AVG, в котором принципиальной отправной точкой служит требование эквивалентности. В этом случае можно исходить из допустимости отмены административного акта, если он обнаруживает дефициты, последствием которых предписанием закона¹³³ чётко предусмотрена его ничтожность. Таким предписанием может также служить установленный в праве Евросоюза запрет незаконных субсидий.¹³⁴ При этом пределы усмотрения государственного органа согласно принципу эффективности сводится к обязанности отмены акта.¹³⁵

В соответствии с решением СЕС по делу *Ciola*, рассмотрение которого было инициировано австрийским Высшим арбитражным судом (ВАС),¹³⁶ отмена не соответствующих нормам европейского права обременяющих административных актов признавалась¹³⁷ не только в контексте конкретного¹³⁸ разбирательства,¹³⁹ но и вне этих рамок.¹⁴⁰ Явный поворот обнаруживается, однако, в решении СЕС по делу *Kühne & Heitz* и в подтверждающей его судебной практике, которую высшие австрийские суды в основном трактовали как указание на юридическую силу.¹⁴¹ Австрийский ВАС тщательно исследовал обстоятельства дела *Kühne & Heitz*, трактует его скорее ограничительно. В практике Суда отказ от принятия жалоб обосновывался со ссылкой на один из кумулятивно применимых критериев. Либо это отсутствие изменения в правовом

¹³³ *A. Kahl* (сноска 104), 297.

¹³⁴ *A. Kahl* (сноска 104), 298. Статья 107 Договора о функционировании Европейского Союза хотя и не регулирует в явной форме ничтожность, тем не менее принципиальная несовместимость субсидий с принципами «внутреннего рынка» может толковаться в этом смысле.

¹³⁵ *J. Hengstschläger/D. Leeb* (сноска 76), § 68, Rn. 141; *J. Budischowsky* (сноска 80.) 9 и сл.

¹³⁶ Решение Административного суда от 26.5.1997, GZ 96/10/0159.

¹³⁷ Решение Административного суда от 20.9.1999, GZ 99/10/0071; решение от 20.9.1999, GZ 99/10/0069 (VwSlg. 15227 A/1999).

¹³⁸ Решение Административного суда от 20.9.1999, GZ 99/10/0069.

¹³⁹ Решение Административного суда от 16.12.1997, GZ 97/09/0341, (VwSlg. 15227).

¹⁴⁰ Решение Административного суда от 22.10.2002, GZ 2000/11/0230, VwSlg. 15937 A/2002.

¹⁴¹ *C. ranacher/M. Frischhut* (сноска 14), 391; Решение Административного суда от 19.6.2006, Slg 17.865; решение от 13.12.2012, Slg. 19.729; решение от 28.1.2010, GZ 2008/09/0330; решение от 24.9.2014 GZ 2012/03/0165.

положении,¹⁴² либо в силу отсутствия у органа власти соответствующей компетенции по отмене административного акта,¹⁴³ либо - в большинстве случаев – вследствие неисчерпания всех средств правовой защиты.¹⁴⁴

b) Германия

Право Евросоюза оказывает наиболее интенсивное воздействие на отмену «благоприятствующих» административных актов, проблематика, которая достигла своей кульминации, в частности, в деле *Alcan*, в котором Суд ЕС опроверг более ранние подходы, сформулированные в литературе,¹⁴⁵ и отказался признать ограничивающий эффект правил защиты доверия, установленных в германском Законе об административных процедурах (ЗАП). Это судебное решение вызвало в литературе довольно противоречивые и критические реакции.¹⁴⁶ Как «наиболее мягкая критика» выдвигалось возражение, что данное решение в силу ошибочной постановки вопроса не может считаться релевантным.¹⁴⁷ Суд частично также упрекали в том, что он слишком односторонне и чрезмерно акцентирует интересы ЕС и вследствие этого вмешивается в сбалансированную систему германского административного права, неоправданно сводя до минимума принцип защиты доверия.¹⁴⁸ Кроме того, утверждалось, что данным судебным вердиктом процедура отмены административных актов совершенно лишалась своей правовой основы,¹⁴⁹

¹⁴² Решение Административного суда от 12.9.2006, GZ 2003/03/0279 (VwSlg. 16992 A/2006).

¹⁴³ Решение Административного суда от 30.4.2008, GZ 2005/04/0054.

¹⁴⁴ Решение Административного суда от 12.09.2006, GZ 2003/03/0279; решение от 27.3.2007, GZ 2007/21/0019; решение от 28.1.2010 GZ 2008/09/0330; решение от 2.7.2010, GZ 2009/09/0008.

¹⁴⁵ A. *Mattfeld* (сноска 114), 177; H.-W. *Rengeling* (сноска 114) S. 33 и далее.

¹⁴⁶ Обобщающее исследование в T. *von Danwitz* (сноска 3), 564 и сл.; A. *Hatje* (сноска 106), 144. Критика часто является противоречивой. Частично в литературе с одной стороны признаётся, что слишком широкая защита доверия представляет собой германский «особый путь» и европейское право лучше учитывает интересы конкурентов. Одновременно, с другой стороны, критикуется вмешательство в «выверенную систему германского административного права», см. P. M. *Huber*, “Beihilfen” (Art 87, 88 EGV 1999) und Vertrauensschutz im Gemeinschaftsrecht und im nationalen Verwaltungsrecht, *KritV* 82 (1999), 359 и далее.

¹⁴⁷ C. D. *Classen*, Anmerkung, *JZ* 54 (1999), 724 и далее.

¹⁴⁸ F. *Schoch* (сноска 17), 111; аналогично R. *Scholz*, Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht, *DÖV* 51 (1998), 261 (265).

¹⁴⁹ R. *Scholz* (сноска 148), 265, см. критику в R. *Winkler*, Das “Alcan” Urteil des EuGH – eine Katastrophe für den Rechtsstaat?, *DÖV* 52 (1999), 148 и далее.

и оставшиеся каркасы¹⁵⁰ не отвечают требованиям определённости норм и оговорки о необходимости установления соответствующего регулирования в законе (*Gesetzesvorbehalt*).¹⁵¹ Федеральный административный суд (ФАС), тем не менее, отказался поддержать эти аргументы и применяет положения, касающиеся отмены административных актов в соответствии с требованиями права ЕС (европейского права). Такую позицию подтвердил также и Федеральный Конституционный суд (ФКС),¹⁵² и она стала сегодня преобладающей в судебной практике.¹⁵³

Обусловленная правом Евросоюза инструментализация административно-процессуального права¹⁵⁴ при этом частично положительно воспринималась как необходимая коррекция гипертрофированной защиты юридической силы в германском праве,¹⁵⁵ которая также и без влияния права Евросоюза уже давно должна была быть осуществлена.¹⁵⁶ Несмотря на такую положительную правовую оценку, видоизменение принципов защиты доверия, обусловленное правом Евросоюза, продолжает и далее считаться отходом от исходной германской модели.¹⁵⁷

Решение Суда ЕС в деле *-21 Germany u Arcor*, инициированное по запросу ФАС и уточнявшее позиции, высказанные в решении по делу *Kühne & Heitz*,¹⁵⁸ не требовало переориентации судебной практики по вопросам отмены обременяющих административных актов, и не стало причиной такой переориентации. Разработанные Судом ЕС критерии применялись пунктуально, и право требовать отмены отклонялось по следующим основаниям, вытекающим из практики Суда ЕС:

¹⁵⁰ P. M. Huber (сноска 146), 359 и далее.

¹⁵¹ K. Gärditz, Verhältnis des Unionsrechts zum Recht der Mitgliedstaaten, in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (сноска 22), 3. Aufl., 2014, § 35, Rn. 40.

¹⁵² Решение Федерального Конституционного суда от 17.2.2000, 2 BvR 1210/98 (EuZW 11 [2000], 445; EuR 35 [2000], 257), более подробно см. F. Hoffmeister, German Bundesverfassungsgericht: Alcan Decision of 17 February 2000; Constitutional Review of EC Regulation on Bananas, Decision of 7.6.2000, 38 CML Rev 38 (2001), 791 и далее.

¹⁵³ См. например решение Федерального Конституционного суда от 31.5.2012, 3 C 12.11. Высший Административный суд земли Берлин-Бранденбург (NVwZ 25 [2006], 104) признал, что требование возврата предусмотренной на договорной основе субсидии допустимо также посредством административного акта, поскольку данная альтернатива является наиболее эффективной.

¹⁵⁴ E. Schmidt-Aßmann, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/D. Sellner/G. Hirsch/G.-H. Kemper/H. Lehmann-Grube (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 487 (493 и далее).

¹⁵⁵ M. Bullinger (сноска 88), 911 и далее.

¹⁵⁶ E. Schmidt-Aßmann (сноска 154), 496.

¹⁵⁷ См. решение Федерального Конституционного суда, BVerwG 6 C 24.03.

¹⁵⁸ Kühne & Heitz (сноска 104).

- неисчерпание средств правовой защиты, предоставленных внутригосударственным правом,¹⁵⁹
- малозначительность недостатков административного акта, которые не носили очевидный характер и таким образом не были совершенно неприемлемыми,¹⁶⁰
- отсутствие нарушения обязанности запроса предварительного (преюдициального) решения.¹⁶¹

c) Чехия

Нормативные установки европейского права знакомы чешским органам административной юрисдикции, хотя до настоящего времени здесь не были приняты никакие решения, которые бы привели к изменениям чешской модели регулирования юридической силы в соответствии с требованиями европейского права. В одном из своих решений Высший административный суд отказался рассматривать аргумент истца, ссылавшегося на решение *Kühne & Heitz*, как необоснованный.¹⁶² В другом случае он в *obiter dictum* отметил, что приведённые истцом возражения не отвечает требованиям, сформулированным в решении по делу *Kemptner*.¹⁶³ Проверка чешским судом критериев в деле *Kemptner* показывает, что соответствующая судебная практика интерпретируется и применяется им в ограниченном ключе.

d) Венгрия

Незначительная часть литературы указывает на необходимость соответствующих изменений, которые бы обеспечивали соответствие

¹⁵⁹ Решение Высшего Административного суда (ВАС) от 23.10.2007, 1 С 10.07; решение ВАС от 22.10.2009, 1 С 15.08; решение ВАС от 15.3.2005, 3 В 86.04; аналогично решение Федерального Финансового суда (ФФС) от 14.2.2012, VII R 27/10; решение ФФС от 16.9.2010, V R 51/09; решение ФФС от 16.9.2010, V R 46/09. В этом же смысле *K. Gärditz* (сноска 151), § 35, пункт 43.

¹⁶⁰ Решение Федерального Административного суда (ФАС) от 21.6.2013, 3 В 89.12; решение ФАС от 21.6.2013, 3 В 92.12; решение ФАС от 21.6.2013, 3 В 98.12.

¹⁶¹ Решение Федерального Административного суда (ФАС) от 22.10.2009, 1 С 18.08; решение ФАС от 12.11.2008, 1 С 26.08.

¹⁶² Решение Высшего Административного суда Чехии от 11.2.2009, GZ 1 Afs 149/2008 – 83.

¹⁶³ Решение Высшего Административного суда Чехии от 21.10.2009, GZ 1 Afs 67/2009 – 67.

национальной практики нормативным установкам европейского права.¹⁶⁴ Тем не менее вопросы потенциального действия права Евросоюза не получили надлежащего рассмотрения ни на практике, ни в доктринальных разработках в комментариях и специальной литературе.¹⁶⁵ Среди опубликованных судебных решений решение *Kühne & Heitz* вообще не упоминается, а решения *Deutsche Milchkontor*,¹⁶⁶ а также *Alcan*¹⁶⁷ реципированы неверно, поскольку были истолкованы как подтверждение безусловного признания принципа «защиты доверия» в праве Евросоюза.¹⁶⁸ До сих пор в национальной доктрине вопросы воздействия права Евросоюза серьезно не обсуждаются.¹⁶⁹

е) Великобритания

Возврат противоречащих нормам Евросоюза субсидий играет в британском праве скорее маргинальную роль.¹⁷⁰ Здесь распоряжение о таком возврате может быть без особых проблем принято, например в форме исполнительного ордера, *writ*,¹⁷¹ и даже сторона-конкурент, потерпевшая в конкурсе на субсидию поражение, может добиться этого путём подачи иска о принуждении к исполнению (*mandamus* или *mandatory order*: обязывающий судебный приказ об устранении результатов действий,

¹⁶⁴ A. Vincze, Az Európai Bíróság ítéleteinek processzuális hatályához, MJ (Budapest) 2008, 819 и далее; A. Vincze, A közösségi jogba ütköző közigazgatási határozatok visszavonhatósága, Acta Fac. Polit.-Jur. Univ. Sci. Budapestinensis XLV (2008), 145 и далее.

¹⁶⁵ См. из более новой литературы G. Barabás/B. Baranyi/A. Gy Kovács: Nagykommentár Nagykommentár a közigazgatási hatósági eljárás törvényhez, 2013; A. Patyi: Közigazgatási hatósági eljárásjog, 2011.

¹⁶⁶ *Deutsche Milchkontor* (сноска 108).

¹⁶⁷ *Alcan* (сноска 115).

¹⁶⁸ ВН 2011.264 (Legf. Bír. Kfv. I. 39.221/2010).

¹⁶⁹ В этом смысле обстоятельства дела *Alcan* обнаруживают определённую специфику, однако она скорее свидетельствует как раз в пользу правомерности требования возврата, см. Суд ЕС *Alcan* (сноска 115).

¹⁷⁰ D. Piccinin, National Court Proceedings, in: K. Bacon (Hrsg.), European Union Law of State Aid, 2. Aufl. 2013, Rn. 20.23. Основанием этому служит, с одной стороны, ориентированная на поддержку конкуренции политика тогдашнего правительства Тэтчер (*Thatcher*), и, с другой стороны, тесное взаимодействие британских и европейских инстанций в области предоставления субсидий. К немногим случаям успешного предъявления обратных требований см. например дело *Department of Trade and Industry v. British Aerospace plc and Rover Group Holdings plc*, [1991] 1 CMLR 165.

¹⁷¹ Британский закон 1972 о Европейском экономическом сообществе (секция 2 параграф 1) управомачивает министров или министерства принимать меры, необходимые для выполнения обязательств, вытекающих из европейского права (2 para. 2 European Communities Act 1972 “any designated Minister or department may (...) make provision for the purpose of implementing any [EU obligation]”).

совершенных в нарушение прав другого лица – прим. Дайджеста).¹⁷² Поэтому вполне объяснимо, что судебное решение по делу *Kühne & Heitz* практически никак не повлияло на британское административное право.¹⁷³

Как уже указывалось выше, в *common law* мало места для «защиты доверия».¹⁷⁴ Проблематика процессуально-правовой защиты законных интересов (*procedural legitimate expectations*) была затронута впервые в деле *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*,¹⁷⁵ и позже в решении по делу *GCHQ*¹⁷⁶ было дано более расширенное обоснование по данной проблеме. В соответствии с формулированной этой судебной практикой позицией¹⁷⁷ заинтересованные лица имеют право быть заслушанным в ходе судебного разбирательства, прежде чем будет модифицирован приказ (*policy*) или решение длительного действия, на действие которого они обоснованно рассчитывали, поскольку центральное или локальное правительство определённо или конклюдентно выразилось в этом смысле. Тем не менее, данное процедурное право не означает материально-правовое правопритязание в смысле австро-германской правовой традиции, а лишь возможность сформулировать свои аргументы, выразить определённую позицию и воспользоваться процессуальными правами,

¹⁷² A. Bumside, The Possibilities for a Decentralised Approach to State Aid Control in the EU: The Case of the United Kingdom, in: C.-D. Ehlermann/M. Everson (Hrsg.), European Competition Law Annual, 1999, 505 (509 и сл.).

¹⁷³ В одном из ведущих учебников о европейском влиянии на английское публичное право решение по делу *Kühne & Heitz* упоминается лишь в одной из сносок (P. Birkinshaw [сноска 26], 532), в ведущих учебниках по английскому административному праву эта проблематика вообще не затрагивается, см. P. Leyland/G. Anthony (сноска 95); P. Craig (сноска 95); W. Wade/C. Forsyth (сноска 94).

¹⁷⁴ S. Wilken/K. Ghaly (сноска 98), пункт 9.134: “Estoppel by representation cannot be used where its effect would be to force a public authority to do that which is beyond its powers.” В этом смысле из практики: *Islington Vestry v. Hornsey UDC* (сноска 101) per Lord Lindley MR, 704 и сл.; *York Corpn v. Henry Lethal & Sons*, [1924] 1 Ch 557 per Russell J, 573; *Minister of Agriculture Fisheries and Food v. Matthews*, [1950] 1 KB 148 per Cassels J, 153 и сл. *Newbury District Council v. Secretary of State for the Environment*, [1981] AC 578, 616; *East Sussex County Council, R v.*; *Ex Parte Reprotech (Pebsham) Ltd. and One Other Action*, [2002] UKHL 8, para. 33. В некоторых случаях Палата Лордов пыталась найти решение, соответствующее в конечном результате принципу защиты доверия, не используя при этом институт *estoppel*, C. Lewis, Fairness, Legitimate Expectations and Estoppel, M.L.R. 49 (1986), S. 251 (252).

¹⁷⁵ *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch 149. Более поздние решения были непонятны лишь терминологически см. например *Laker Airway Ltd v. Department of Trade*, [1977] QB 643, [1976] EWCA Civ 10. Более раннее развитие *Lord Woolf/J. Jowell/A. Le Sueur*, De Smith’s Judicial Review, 6. Aufl. 2007, Rn. 12-003-004.

¹⁷⁶ *Council for Civil Service Unions v. Minister for Civil Service*, [1984] 3 All ER 935, HL.

¹⁷⁷ *R v. Secretary of State for Health, ex p USTI*, [1992] 1 All ER 212 (QBD), *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Ruddock*, [1987] 2 All ER 518.

вытекающими из *natural justice* («естественная справедливость»: правосудие на основе принципов естественного права – **прим. Дайджеста**).¹⁷⁸

Материально-правовой принцип защиты доверия была признана только в середине 90-ых годов в решении по делу *Hamble Fisheries*¹⁷⁹ с прямой отсылкой к европейскому праву,¹⁸⁰ что вызвало интенсивную дискуссию.¹⁸¹ Окончательное признание этот принцип достиг в решении по делу *Coughlan*,¹⁸² тем не менее, он ограничен некоторыми условиями:¹⁸³ соответствующие квалифицирующие условия действия принципа «защиты доверия» должны быть эксплицитно или имплицитно (то есть в ходе устойчивой практики) обоснованы компетентным органом власти,¹⁸⁴ заинтересованное лицо должно разумно доверять действиям органа власти¹⁸⁵ и орган власти должен быть на основании закона уполномочен исполнять свои заверения (*intra vires*, действия в пределах законных полномочий – **прим. Дайджеста**). Соответственно, недопустимые в правовом отношении гарантии не имеют юридически обязательной силы (силы договорного обязательства), и не могут обосновывать подлежащего правовой защите доверия.¹⁸⁶ В этом состоит существенное отличие по сравнению с австрийско-германской правовой традицией. Доверие в отношении противоправных официальных заверений (*ultra vires representation*) как и прежде правом не защищается. Для особых случаев предлагалось установить возможность возмещения,¹⁸⁷ что впрочем,

¹⁷⁸ По вопросу эволюции см. *P. Leyland/G Anthony* (сноска 95), 317 и далее; *P. Birkinshaw* (сноска 26), 399 и сл.; *C. Harlow/R. Rawlings*, *Law and Administration*, 3. Aufl. 2009, 222 и сл.

¹⁷⁹ *R v. MAFF, ex p Hamble Offshore Fisheries Ltd.*, [1995] 2 All ER 714.

¹⁸⁰ Более подробно о решении см. *P. Birkinshaw* (сноска 26), 400 и далее.

¹⁸¹ Частично подтверждается по содержанию, хотя и с использованием иной терминологии, как например в деле *R v. IRC, ex p Unilever*, (1996) SLT 681, частично критикуется как «ересь», как например в деле *R v. Secretary of State, ex p Hargreaves*, [1997] 1 All ER 397, CA.

¹⁸² *R v. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan*, [2000] 2 WLR 622; *P. Birkinshaw* (сноска 26), 403 и сл.

¹⁸³ *I. Steele*, *Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance?*, L.Q.R. 121 (2005), 300 и далее.

¹⁸⁴ *W. Wade/C. Forsyth* (сноска 94), 449 и сл.; *Lord Woolf/J. Jowell/A. Le Sueur* (сноска 175), Rn. 12-015-020.

¹⁸⁵ Privy Council in *Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, [1983] 2 AC 629, [1983] 2 All ER 346: “the word ‘legitimate’ in that expression falls to be read as meaning ‘reasonable’”; кроте этого также *I. Steele*, (сноска 183), 305 и далее.

¹⁸⁶ *I. Steele*, (сноска 183), 300 (310 и далее).

¹⁸⁷ *S. Schönberg*, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, 2000, 167 и далее; *Lord Woolf/J. Jowell/A. Le Sueur* (сноска 175), Rn. 12-061-079; *P. Craig* (сноска 95), пункты 22-42.

обсуждалось в дискуссии о необходимости реформы как альтернатива существующей системе в Германии.¹⁸⁸

Признание института защиты доверия в публичном праве однозначно следует приписывать именно влиянию европейского права в широком смысле. Право Евросоюза, а также право Европейской Конвенции прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) предлагали механизм, который мог закрывать существовавший в национальной системе правовой защиты пробел и который был совместим с признанными в английском праве принципами справедливости (*fairness*). Созданная таким образом правовая фигура поглотила принцип эстоппеля¹⁸⁹ и модифицировала его для нужд публичного права. Найденное в Великобритании решение походит на правовое положение, существующее в Германии, в том отношении, что защита доверия обеспечивается как результат взвешивающей правовой оценки между противостоящими публичными и частными интересами, и тем не менее, оно не идёт так далеко, что гарантия защиты доверия могла приниматься во внимание также и в отношении противоправных административных решений.

4. Заключение

Право ЕС предъявляет целый ряд требований к юридической силе административных актов. С одной стороны, их соображений обеспечения правовой стабильности и определённости правопорядка необходимы определённые гарантии обеспечения материальной действительности административных актов, с другой стороны, эти гарантии отступают на задний план, если они препятствуют осуществлению права ЕС. Судебная практика ориентируется скорее на позиции целесообразности и стремится обеспечивать интересы ЕС, в то время, как правая стабильность или материальная справедливость играют только подчинённую роль. Судебная практика при этом проводит различие в зависимости от того, идёт ли речь о благоприятствующем административном акте, как например, в праве субсидий, или об обременительном акте. В первом случае СЕС принципиально ориентируется на *требование эффективности* и исходит из практически абсолютной обязанности отмены акта, в то время как во втором случае он довольствуется исполнением критериев, вытекающих из *требования эквивалентности*. На требования, вытекающие из европейского права, правопорядки государств-участников реагировали по-

¹⁸⁸ *M. Bullinger* (сноска 88), 911 и далее.

¹⁸⁹ *East Sussex County Council, R v.; Ex Parte Reprotech (Pebsham) Ltd. and One Other Action*, [2002] UKHL 8, para. 35 per *Lord Hoffmann*.

разному, причём эти различия не всегда могут объясняться значимостью гарантий правила «юридической силы» в национальном административном праве.

Особенно широкая и даже гипертрофированная защита юридической силы (действия) административных актов, которая характеризует германское и австрийское право, в принципе не отвечала требованиям, предъявляемым европейским правом к благоприятствующим правовым актам. Реакции этих двух правовых порядков на такое положение оказались, однако, разными.

Германское право хотя и должно было по-новому толковаться в констелляциях, связанных с реализацией европейского права, однако, эти изменения оставались сугубо пунктуальными. В принципе они не вызвали - несмотря на отдельные иные оценки - широкую и комплексную критику системы или *spill over* эффекты, поскольку частично крайне далеко идущая защита доверия воспринимается как положительная ценность. Догматика по вопросам обременяющих административных актов подверглась - несмотря на отдельные исключения - только незначительным изменениям.

Австрийское административное право относительно беспрепятственно рецепировало требования, связанные с действием европейского права. Уже на уровне чисто национально-правовых констелляций установленные в законах возможности отмены подвергались (частично в прямом противоречии с нормативными установками) расширительному толкованию. Рецепция судебной практики Суда ЕС относительно отмены субсидий, предоставленных с нарушением права ЕС, не означает (дальнейший) слом системы. В последнее время отмена обременяющих административных актов, противоречащих праву Евросоюза, находит скорее более ограниченное применение на практик. Установленные самим Судом ЕС условия и критерии до сих пор позволяют высшим судам в Австрии находить возможности, применять национальное право в принципиально неизменённом виде.

В Венгрии и в Чешской Республике не наблюдается серьёзной переориентации доктрины или практики, причём между двумя посткоммунистическими странами существуют существенные различия. Чешский Высший административный суд, как представляется, по меньшей мере, знаком с критериями и требованиями, вытекающими из европейского права. В свою очередь, в отношении венгерских судов создаётся впечатление, что даже принципиальные решения понимаются ими неверно.

Рассмотренные правовые системы четырёх государств-участников, в которых юридическая сила административных решений - по меньшей

мере, в принципе - играет аналогичным образом важную роль, различаются друг от друга в формах и содержании их реакции на требования адаптации и корректировки, которые связаны с осуществлением европейского права. Действительно общие черты и закономерности здесь вряд ли могут быть установлены. Из этого можно заключить, что значение имеет не только содержательный конфликт принципов между правом государств-участников и правом Евросоюза, но и другие факторы играют роль. Это в частности:

(1) способность критического самоанализа собственного права (Германия), и соответственно вопрос, рассматривается ли национальный «особый путь» в качестве важной или, по меньшей мере, приемлемой цели или, наоборот, в качестве нежелательной,

(2) нормативно-техническое оформление правопорядка (Австрия), соответственно границы последовательного и пластичного толкования собственного права,

(3) осознание проблемного положения (Венгрия), соответственно знание требований права Евросоюза.

Воздействие европейского права, понимаемого в широком смысле, на административное право Великобритании осуществлялось иным образом. Преувеличенно акцентированный принцип законности или легальности (*ultra vires*) приводил к серьёзным пробелам в правовой защите, которые на основе импульсов, исходящих от европейского права, должны были быть устранены удовлетворительным образом на уровне догматики. Поэтому воздействие права Евросоюза не ограничивались только констелляциями, связанными с осуществлением европейского права, но вели к более широкой и охватывающей догматической переориентации. Из этого следует заключить, что способность правопорядка к критическому самоанализу играет решающую роль. Принципы «защиты доверия» оказались рецепированы именно потому, что она представляла собой догматично последовательный и убедительный ответ на проблему, которую национальное право не могла решить на основе собственной догматики.

V. Некоторые выводы

Предложенное беглое сравнительно-правовое исследование, как представляется, подтверждает ранее сформулированные (см. пункт III). пункты критики преобладающих теоретических конструкций.

Правовые системы государств-участников реагируют более разнообразно и более комплексно на импульсы права Евросоюза, чем это можно было бы ожидать согласно преобладающим моделям объяснения. В этом отношении предлагаемые концепты малоубедительны, прежде всего, потому, что они концентрируются на экзогенных, соответственно внешних факторах, имеющих отношение, прежде всего, к праву Евросоюза без того, чтобы были надлежащим образом учтены внутренние факторы. Это проявляется при исследовании правопорядков, в которых регулирование юридической силы административных решений обнаруживает черты сходства, но которые нередко совершенно по-разному реагируют на влияние права Евросоюза.

Хотя право государств-участников призвано обеспечивать эффективное осуществление права Евросоюза, возможности его адаптации и корректировки не безграничны. Оно существует не только как трансмиссионный механизм для права Евросоюз, но и воплощает также традиционные ценности и понятия, характерные для соответствующего государства. Эти устойчивые к внешним воздействиям элементы ослабляют или даже препятствуют реализации тенденций приспособления и изменения, индуцируемых европейским правом. Подход к решению проблемы, предлагаемый правом Евросоюза и признанный обязательным Судом ЕС, может применяться также и к чисто внутригосударственным составам – а только в этой связи можно вообще говорить о *spill-over* эффекте – только при определённых условиях. Для этого недостаточно, что на конкретный вызов внутреннее право предлагает такой подход к решению, который не является оптимальным с точки зрения требований европейского права. Необходимо, кроме этого, чтобы этот подход также и по масштабам внутреннего права государства-участника более не считался удовлетворительным. Такой положительный самоанализ играет важную роль в германском праве, так как чрезмерно акцентируемая защита доверия понимается скорее как «сбалансированная система»,¹⁹⁰ то есть положительно, а не как проблема, требующая решения. Логичной и объяснимой была, соответственно, рецепция принципов «защиты доверия» в британское административное право, так как они позволили адекватным для системы образом восполнить не просто существующий, но уже и раньше диагностированный пробел в национальном праве. Эти различия также подтверждают, почему европеизация не может пониматься как чисто целерациональный процесс.

Современным европейским правовым системам в принципе приходится решать схожие конфликтные ситуации, удовлетворяя и выравнивая

¹⁹⁰ F. Schoch (сноска 17), 111; R. Scholz (сноска 148), 265.

аналогичные (различающиеся и противостоящие) интересы. Тем не менее, конкретное решение, избранное государством-участником, не является обязательно нерациональным или ошибочным, только по той причине, что данное государство отдало предпочтение иным ценностям, чем те, которые были выбраны при решении схожих проблем другими сравниваемыми правопорядками. Рецепция правовых институтов зависит не только от их целесообразности и практичности, но и от того, может ли принимающий правопорядок органично переработать и усвоить воплощённые в этом правовом институте ценности: Догматические правовые фигуры - это выраженные сжатыми формулами пункты кристаллизации конфликтов принципов. И до тех пор, пока верное или предметно-логичное решение этих конфликтов не будет расцениваться и восприниматься, по меньшей мере, схожим образом, реципированный от права Евросоюза правовой институт будет считаться «инородным телом» и будут продолжать существовать двойственные правовые режимы. Как это показывают также конкретные примеры, в действительности можно было наблюдать только немного реальных подтверждений действия т.н. *spill-over* эффекта, прежде всего, в британском праве.

В свою очередь, как представляется, имеет значение и степень гибкости правопорядка. Так например, некодифицированное британское административное право смогло пластично реципировать новые подходы посредством изменения курса судебной практики, осуществлённого на основе право-политических соображений. Значительно более формализованное и поэтому более открытое для толкования австрийское право могло, в свою очередь, существенно лучше абсорбировать нормативные установки права Евросоюза, чем германское право, которое ориентированно на применение метода взвешивающей материально-правовой оценки. Кодифицированное право не может так же легко подвергаться изменениям как некодифицированное, так как суды с точки зрения конституционного права не уполномочены законодательно закреплённые право-политические соображения подменять нормами и правилами, черпаемыми из судейского права. В соответствии с этим суды в чисто внутрисударственных констелляциях не могут непосредственно применять также и нормативные установки права Евросоюза, поскольку требования эффективности и эквивалентности, предписывающие применение европейского права, в этом случае как раз не является определяющим.

В рамках дебатов о европеизации часто встречаются чисто право-политические соображения. Примером может служить ссылка на более соответствующую природе вещей целесообразность иного догматического подхода. Таких соображений, однако, недостаточно, чтобы лишить силы

традиционные догматические правовые фигуры, закреплённые в законе. Скорее они могут вести лишь к тому, чтобы их иначе интерпретировать в рамках дословного текста закона. Дуальные правовые режимы, а также ограниченное и пунктуальное влияние европейского права, которые можно было наблюдать в большинстве государств, являются собственно эмпирическими последствиями этой предметной взаимосвязи. Это только симптомы конфликта, который суды ограничивает в соответствии с их конституционно предписанными функциями и положением могут решать исключительно в рамках толкования и – соответственно – только в ограниченном и казуистическом формате.

Несмотря на отмеченную выше самостоятельную роль национального права, установки права Евросоюза, естественно, не теряют своего значения. Чем более они когерентны, как например предписания, касающиеся отмены благоприятствующих административных актов, тем выше вероятность, что они могут изменять национальное право и тем сложнее их игнорировать. В свою очередь, чем более фрагментированы соответствующие установки, как например установки, касающиеся отмены обременяющих административных актов, тем меньше вероятность, что они могут привести к изменениям национального права. Тем не менее, пример венгерского права показывает также, что объективно существующее противоречие между правом Евросоюза и национальным правом не может просто игнорироваться, приводя к тому, что право государства-участника остаётся без изменений.