

Развитие административного государства в Европе

Сабино Кассезе*

Доктор права, судья Конституционного суда Итальянской Республики, профессор публичного и административного права Университета «La Sapienza». «Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору и издательству **C. F. Müller, Juristischer Verlag, Heidelberg за любезное разрешение перевести и опубликовать данную статью. Оригинал статьи: **Sabino Cassese, Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in: Ius Publicum Europaeum, Band III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen / hrsg. von Armin von Bogdandy, Sabino Cassese, Peter Michael: Müller, 2010, с. 3-29.***

Оглавление

| | |
|---|-----|
| I. Общие принципы | 243 |
| II. Две модели государственности в Европе | 249 |
| III. К вопросу о происхождении обеих моделей | 254 |
| IV. Схожие линии развития: проблема интерпретации | 256 |
| V. Государства-последователи | 258 |
| VI. Тенденции к унификации | 261 |
| VII. Характеристика традиционной конструкции системы управления и административного права | 265 |
| VIII. Преемственность и перемены | 270 |
| Библиография | 279 |

I. Общие принципы

1. Появление административного права, регулирующего область, в которой нет ни полного господства политики, ни системы абсолютного

общественного равенства, представляет собой сравнительно недавнее явление. Даже если признать, что системы управления и административного права возникли в начале эпохи Возрождения, то важнейший шаг в направлении современных административных структур и институтов был сделан только в 19-ом веке. Важную роль в этом сыграло, с одной стороны, разделение судебных функций от исполнительной власти. С другой стороны, как системы управления, так и само административное право развиваются исключительно лишь в специфическом контексте эволюции национального государства, а именно и в таких «апатридных государствах», как Англия,¹ и в таких «этикетских странах», как Франция или равным образом также, однако, в странах с более неопределенной формой государственности таких, как Италия² и Польша³. Основным фактором развития систем управления и систем административного права всегда является национальное правительство: его важнейшая задача состоит как раз в том, чтобы создать единый национальный политический субъект, называемый нами «государство». Органы управления государством, таким образом, формируются как элемент национального сообщества. Одновременно они находятся также в структурной зависимости от национальных правительств. В свете принципа связанности законом органы управления все в большей степени оказываются подчинены определенному правовому режиму: и это административное право, по сути, являлось сугубо (внутри)государственным правом. В течение долгого времени системы органов управления воспринимались исключительно как проявление национальной государственности. Считалось, что в принципе система государственного управления с монополией применения силы исполнительными органами могла существовать только лишь в пределах конкретного государства. И только в этих рамках могла бы развиваться та диалектика власти и свободы, которая характеризует административное право.

2. Эта эксклюзивная связь между государством и органами управления нашла очень удачную в мировом масштабе интерпретацию в опубликованной в 1948-ом году работе американского политолога *Дуайта Вальдо* (*Dwight Waldo*) «Административное государство» (*The*

¹ *Martin Loughlin*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*: Bd. III: *Verwaltungsrecht in Europa*: Grundlagen, 2010, § 44 пункт 2.

² *Bernardo Giorgio Mattarella*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*: Bd. III: *Verwaltungsrecht in Europa*: Grundlagen, 2010, § 45 пункт 7 и далее, а также 23 и далее.

³ Vgl. *Andrzej Wróbel*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*: Bd. III: *Verwaltungsrecht in Europa*: Grundlagen, 2010, § 47 пункт 2.

Administrative State).⁴ Там, где есть государство, есть система управления (администрация), и наоборот. Но поскольку системы управления (администрации) и соответствующие системы административного права разрабатывались в соответствии с потребностями конкретных государств, и становление этих государств происходило по весьма расходящимся или отличающимся друг от друга линиям развития: отличаются, соответственно также и их административные системы. Административные органы государственного управления становились, таким образом, своего рода выражением соответствующего национального, иногда и националистического пути развития. Каждая административная система, как часть истории той или иной обособленной общности, рассматривалась преимущественно в качестве уникальной. Соответственно и сравнение систем представлялось бесполезным: оно приводило бы к сопоставлению различных институтов и правовых систем, которые не принадлежат к одной, общей «семье» и у которых по этой причине не хватает необходимого сходства и взаимосвязей. С этой точки зрения административное право находится в резком контрасте по отношению к гражданскому праву, которое обычно понимается как выражение общего культурного наследия. Даже если национальные версии частного права имеют определенные особенности и вариации, все же существуют значительные сходства и универсальные институты (такие, как семья, собственность и договор), в свете которых могут быть обнаружены и надлежащим образом классифицированы соответствующие различия.⁵ Против такого понимания, тем не менее, хотелось бы отметить, что, несмотря на отсутствие сопоставимой с частным правом общей административной традиции, различные системы управления и национальные системы административного права в Европе имеют все-таки определенный общий субстрат. Этот субстрат может быть обнаружен через наблюдение как истории учреждений и институтов, так и через изучение регулирующего их права. Важную роль при этом играет и исследование соответствующих правовых культур, в которых они интегрированы.

3. Как указал один из видных теоретиков-историков в своем эссе о государстве эпохи Возрождения, в 16-ом веке «мы находимся не в

⁴ *Dwight Waldo*, *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*, 1948. Термин «Административное государство» с его критикой можно обнаружить уже у *Otto von Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 1868, с. 832; см. *Karl-Peter Sommermann*, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997, с. 43, сноска 100.

⁵ *Sabino Cassese*, *Toward a European Model of Public Administration*, в: Clark (Hg.), *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Henry Menyman*, 1990, с. 353.

присутствии государственного национализма, а ... своего рода космополитического порядка»... Если в жизни государства в 16-ом веке чувства и играли какую-то роль, то это были, скорее, религиозные и в меньшей степени национальные или патриотические чувства».⁶ Государство опиралось своим фундаментом на «чувство лояльности и верности по отношению к королю».⁷ Только в более поздний период времени на первый план выдвинулся национальный патриотизм, установивший более тесную связь между нацией и государством и подчеркнувший различия опыта территориального государства.

4. В период с 16-го по 18-ый век ученые-юристы и практики брали за основу «*mores Europae*», «*praxis totius Europae*», «*communis interpretatio*» и «*communis opinio totius orbis*». Универалистская юриспруденция устанавливала связи между различными правовыми системами: юристы могли преодолевать границы суверенных государств, и суды могли принимать во внимание иностранные законы, судебные решения и *opinio doctores (lex alius loci)*.⁸ Признавалось, что «вся история права и правовое развитие европейских народов в течение тысячи лет является историей взаимных рецепций, где под рецепцией подразумевается взаимообоюдный процесс инкорпорации, адаптации и дальнейшего развития, часто связанный и с сильным сопротивлением».⁹

5. Большинство государств развивались в контексте более крупных империй.¹⁰ Эти империи (как например, Священная Римская империя германской нации, Османская империя, Испанская империя, империя Габсбургов, а позднее британская, французская и нидерландская империи) были составлены из многочисленных государств, выступавшими (под)системами, отличавшимися низкой степенью иерархизации, сильными взаимными связями и легко преодолеваемыми внутренними границами. Священная Римская империя была определена как «*respublica*

⁶ *Frederico Chabod*, Y a-t-il un Etat de la Renaissance?, в: *он же* (Hg.), *Scritti sul Rinascimento*, 1967, с. 610.

⁷ *Chabod* (сноска 6), с. 609.

⁸ *Gino Gorla*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, 1981, с. 541 и далее; *Sabino Cassese*, *Le problème de la convergence de droits administratifs. Vers un modèle administratif européen?*, в: *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, 1996, с. 49.

⁹ *Carl Schmitt*, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/1944)*, в: *он же*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1958, с. 391.

¹⁰ *Pier Paolo Portinaro*, *Il labirinto delle istituzioni. Una storia europea*, 2006, с. 23; *Sabino Cassese*, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31 (2002), с. 141.

composita ex pluribus rebus publicis specialibus»¹¹, которая держалась на «*Regia potestas*» и «*Imperialis auctoritas*»¹². Габсбургская империя была «монархическим союзом сословных государств».¹³ Имперские рамки служили общей основой для обмена и трансплантации институтов, норм, организационных методов и стилей управления, что иногда, как, в частности, показывает пример Австрии, тормозило процесс формирования (национального) государства.¹⁴

6. Другим важным вкладом в развитие административной «общности», общего языка или общей культуры управления, было каноническое право. В то время, когда современная концепция разделения церкви и государства была неизвестна, многие основные принципы и институты канонического права были включены в административное право: управление (*administratio*), общее благо (*utilitas publica*), общественная необходимость (*necessitas publica*) или публичный союз (*universitas*) были теми понятиями, которые переключались из канонического права в право административное.¹⁵ Это общее происхождение привело к сходству между национальными системами управления. Политическая теория и наука административного права в дальнейшем внесли значительный вклад в общий фундамент национальных систем управления и административного права. Теория Жана Бодэна (*Jean Bodin*)¹⁶, получившая, начиная с 16-го века, широкое признание, предложила, в частности, теоретическое обоснование для возникновения сильных монархий, в которых суверенитет государства преобладал над частным правом и государственные учреждения начали играть доминирующую роль.

7. Административное право сформировалось только во второй половине 19-го века (даже если *Алексис де Токвиль* и утверждал, что «искусство

¹¹ Изречение, принадлежащее *Johann Stephan Pütter*, цит. в: *Emilio Bussi*, *Il diritto pubblico dal Sacro romano impero alla fine del XVIII secolo*, Bd. 1, 1970, с. 187.

¹² *Mario Caravale*, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, 1994, с. 124.

¹³ *Werner Ogris*, *The Habsburg Monarchy in the Eighteenth Century. The Birth of the Modern Centralized State*, в: *Padoa-Schioppa* (Hg.), *Legislation and Justice*, 1997, с. 315.

¹⁴ См. *Ewald Wiederin*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, 2010, § 46 пункт 10 и далее.

¹⁵ Как отмечает *von Gabriel Le Bras* в своей новаторской статье: *Les origines canoniques du droit administrative*, в: *L'évolution du droit public, études offertes à Achille Mestre*, 1956, с. 395 и далее; см. также *Jean-Louis Mestre*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, 2010, § 43 пункт 21.

¹⁶ *Les six livres de la Republique*, 1576. См. *Raoul C. van Caenegem*, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, 1955, с. 91, произведение *Бодэна* трактуется здесь «как оправдание сильной монархии».

управлять» в Америке уже в первой половине 19-го века было «наукой»¹⁷). Его оформление во второй половине 19-го века стало возможным благодаря усилиям юристов, которые прошли школу римского права, и, следовательно, общеевропейского корпуса права: Так например, *Фирман Ляфферьер (Firmin Laferrière)*, отец *Эдуара Ляфферьера (Edouard Laferrière)*, по существу проводил историко-правовые исследования.¹⁸ *Пауль Лабанд (Paul Laband)* занимался наукой и преподавал сначала в области римского права и правовой истории,¹⁹ *Отто Майер (Otto Mayer)* изучал римское право²⁰, а в дальнейшем французское гражданское и торговое право, *Рудольф фон Гнейст (Rudolf von Gneist)* был учеником *Фридриха Карла фон Савиньи (Friedrich Carl von Savigny)*, *Оресте Ранеллетти (Oreste Ranalletti)* учился у *Витторио Шалоа (Vittorio Scialoja)*. Хотя римское право и не знает специфически административно-правового элемента, тем не менее, оно предоставило своего рода «правовую грамматику»²¹ для построения интеллектуального здания административного права. Кроме того, универсалистский подход римского права освободил теоретиков административного права от рассмотрения соответствующих проблем исключительно с национальной точки зрения. *Отто Майер* констатировал в своем предисловии к французскому изданию его основного труда: «административное право в разных странах, представляющих старую европейскую цивилизацию, имеет в качестве основы определенные общие принципы, которые везде являются идентичными».²² Подобная универсалистская точка зрения, однако, потерялась из виду с утверждением различных «национализмов» в 20-ом веке.²³

¹⁷ *Alexis de Tocqueville*, *De la démocratie en Amérique*, Bd. 1 (1835), Nachdruck 1986, с. 206.

¹⁸ Более подробно см. *Luc Heuschling*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*: Bd. III: *Verwaltungsrecht in Europa*: Grundlagen, 2010, § 54 пункт 28.

¹⁹ *Olivier Jouanjan*, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800 - 1918)*. *Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, 2005, с. 189.

²⁰ *Erk Volkmar Heyen*, *Mayer, Otto*, *Neue Deutsche Biographie*, Bd. 16, 1990, с. 550, см. еще *он же*, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981.

²¹ *Mauro Barberis*, *Europa del diritto*, 2008, с. 21.

²² *Otto Mayer*, *Préface de l'édition française*, в: *он же*, *Le droit administratif allemand*, Bd. 1, 1903, с. XIII.

²³ К проблематике исторических оснований см. *Harold J. Berman*, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983; см. также сборник *Rotelli/Schiera* (Hg.), *Lo Stato Moderno*, 3 Bde., 1971, 1973 и 1974; *John Alexander Armstrong*, *The European Administrative Elite*, 1973 (на примере Пруссии, России, Великобритании и Франции).

II. Две модели государственности в Европе

8. Несмотря на наличие общих основ, развитие систем управления и административного законодательства в различных европейских государствах проходило по разным национальным траекториям. Сравнительный анализ истории систем управления и административного права в Европе сталкивается с существенной концептуальной проблемой, которая была поставлена противоположными тенденциями в развитии государственности в Англии и Франции, и которая впервые «всплыла на поверхность» в 18-ом веке. Эта проблема была обобщена социологом, политологом и историком *Чарльзом Тилли (Charles Tilly)* следующим образом: «Хотя основная тенденция после 1500-го года во всей Европе шла в направлении развития и усиления государственности, правительства различных стран двигались в этом направлении с очень разной скоростью. Как следствие, международные различия развития государственности в течение 16-го и 17-го века усилились. В том, что касается автономии, дифференциации, централизации и внутренней координации, Франция практически в течение всего периода после 1500-го года играла ведущую роль в Европе, в то время как в Англии национальная государственность эволюционировала с меньшей скоростью и на более низком уровне. Англия (где многие административные функции отправлялись мировыми судьями, частными корпорациями, торговыми ассоциациями или схожими учреждениями, которые лишь косвенно интегрировались в структуры центральной власти) вплоть до 19-го века демонстрировала довольно низкий уровень государственности».²⁴

9. В первой половине 19-го века Англия и Франция представляли собой две самые мощные и «цивилизованные» страны мира с богатой и сложившейся историей унитарных наций. В своем становлении Англия прошла *Славную Революцию* и *Промышленную революцию*. В свою очередь, Франция пережила самую важную политическую революцию, произошедшую до этого времени. Оба государства управляли при этом обширными колониальными владениями. Несмотря на эти сходства, они служили в современном по тому времени восприятии в качестве моделей для противопоставления. Как считал *Шарль-Луи Секонда, барон де Монтескье (Charles-Louis Secondat Baron de Montesquieu)* с французской точки зрения: «Англия по-прежнему является самой свободной страной в

²⁴ *Charles Tilly*, Reflections on the History of European State-Making, в: он же (Hg.), The Formation of National States in Western Europe, 1975, с. 34 и сл.

мире».²⁵ *Вольтер (Voltaire)*, урождённый *Франсуа-Мари Аруэ (François Marie Arouet)* писал: «Гражданские войны во Франции были продолжительнее, ожесточеннее и изобильнее преступлениями, чем такие же войны в Англии; но ни одна из этих гражданских войн не имела своей целью мудрую и разумную свободу».²⁶ Аналогично высказался *Эдмунд Берк (Edmund Burke)* в своих «*Размышлениях о революции во Франции*» (*Reflections on the Revolution in France*) 1790-го года²⁷, который приветствовал английскую *Славную Революцию* 1688-го года как «залог будущего согласия, а не рассадник будущих революций», в противовес достойной, по его мнению, презрения французской революции.²⁸ В своих лекциях по истории цивилизации в Европе, прочитанных в Сорбонне в 1828-ом и 1829-ом году, *Франсуа Гизо (François Guizot)* также приветствовал опыт Англии, где *Славная Революция*, по его мнению, установила «основы свободы» (*essence de la liberté*).²⁹

10. В начале 19-го века, обе модели превратились в «замкнутые самодостаточные системы»³⁰ со следующими характеристиками: Франция представляла в качестве сильного государства с централизованным управлением, система которого регулировалась особой областью права, т.н. административным правом. Эта система рассматривалась как

²⁵ *Charles-Louis de Secondat Baron de Montesquieu*, *Notes sur l'Angleterre* (1729-1730), в: *Oeuvres diverses de Montesquieu*, 1834, с. 278 и сл.: «Англия теперь – самая свободная страна в мире [...]» писал философ в своих путевых заметках. «Я называю ее свободной потому, что государь не имеет власти учинить несправедливость кому бы то ни было вследствие того, что власть его контролируется и ограничивается парламентским законом; однако если бы нижняя палата парламента стала ведущим органом, ее бы власть оказалась неограниченной и опасной, поскольку она приобрела бы одновременно и исполнительную власть; в то же время сегодня неограниченная власть принадлежит парламенту и государю, а исполнительная власть – государю, полномочия которого ограничены.»

²⁶ *Voltaire*, *Letters on the English or Lettres Philosophiques* (1778), Letter VIII, On the Parliament.

²⁷ *Edmund Burke*, *Reflections on the Revolution in France*, 1790.

²⁸ В другом месте *Берк* писал: «Я слышал, что во Франции распространено мнение, что то, что происходит у вас, делается по примеру Англии. Я позволю себе заметить, что едва ли что-нибудь из осуществляемого вами вытекало из нашей практики или соотносится с нашими мнениями и образом действий. Я могу добавить, что и мы не хотим брать у Франции уроки, тем более что мы уверены, что никогда сами их не давали.»

²⁹ *François Guizot*, *Histoire générale de la civilisation en Europe*, 1828, с. 360.

³⁰ *Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagon*, *Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand*, *Revue française d'administration publique* 127 (2008), с. 526. Этот термин был применен авторами как к немецкой, так и к французской модели.

государственный механизм, в котором граждане в рамках гражданского общества пользовались основополагающими правами, гарантированными конституцией (такими, как свобода собраний), однако по отношению к административному аппарату, они выступали лишь пассивными *управляемыми*. Англия, напротив, рассматривалась как страна без специфического аппарата государственного управления, где правление осуществлялось, прежде всего, через местные учреждения, и где существовала единообразная правовая система, в рамках которой население пользовалось значительными свободами не только на уровне Конституции, но также и на уровне деятельности органов управления.³¹

11. Основными характеристиками, которые приписывались данным двум моделям, были следующие: с одной стороны, во Франции органы управления понимались в качестве своего рода «передаточного звена»: «Управление состоит в том, чтобы довести законы до их адресатов в административных органах и жалобы адресатов в административных органах до правительства»³². Эта функция требовала как централизации, так и единообразия, что было особенно характерным, в частности, во время наполеоновского режима. Основным инструментом служил при этом институт *префекта (préfet)*, провинциального чиновника, выполнявшего межведомственные функции и представлявшего все центральные министерства в *департаменте (département)*.

12. С другой стороны, во Франции «административное право и право гражданское представляли собой два разных мира, между которыми вряд ли когда-либо было полное согласие, и которые не были по отношению друг к другу ни достаточно большими друзьями, ни достаточно сильными врагами, чтобы хорошо знать друг друга».³³ Административное право было отделено от гражданского права, поскольку государь не был связан гражданско-правовыми законами.³⁴ Система управления империей не была подчинена правилам гражданского права («*soustraction de l'administration à l'empire du droit privé*»³⁵). По этой причине право, действующее в отношении органов управления, развивалось параллельно гражданскому праву: гражданско-правовые механизмы регулирования частной

³¹ Sabino Cassese, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, 2000.

³² Pierre-Louis Roederer в отношении «избирательного корпуса» в 1800-ом году, опубликовано в: Pierre Legendre, *L'administration du XVIII siècle à nos jours*, 1968, с. 268.

³³ Alexis de Tocqueville, *Nouvelle correspondance*, 1866, с. 67 (lettre du 10 Octobre 1831 à Blosseville).

³⁴ Legendre (сноска 32), с. 470.

³⁵ Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Bd. 1, 1982, с. 566.

собственности были отражены в административном праве путем регулирования *публичной сферы (domaine public)*; наряду с нормами об ответственности в государственном секторе действовали специальные предписания относительно ответственности государственных чиновников. Нечто подобное действовало и в отношении контрактов. Административное право был не только просто другой, но и совершенно особой отраслью права, а именно в результате того, что оно устанавливало для органов управления привилегированный «статус» (*privilège du préalable* и *privilège de l'exécution d'office*). Специфика данной области права нашла свое отражение также и в установлении специализированного судебного органа, *Государственного Совета (Conseil d'État)*.

13. Административное право было также предметом интенсивных дискуссий, начиная с попытки его «инвентаризации» в начале 19-го века³⁶ в работах юристов, которые выступали в качестве ученых-правоведов (в основном членов *Государственного Совета*). Всего лишь несколько десятилетий спустя на этой основе сложилась особая наука административного права. Впоследствии эта наука сама стала частью публичного права; дисциплина публичного права не была, таким образом, ограничена исключительно изучением позитивного права, но и, в свою очередь, стимулировала его развитие.

14. В Англии картина представляла совершенно иной. Во-первых, следует отметить, что хотя государство и управлялось из центра, административные функции осуществлялись на другом уровне.³⁷ В том, что касалось административных органов, то основную роль играли исключительно так сказать «подвижные» надзорные органы и комиссии.³⁸ На периферии существовало, в отличие от этого, множество местных муниципальных учреждений, руководимых представителями местного дворянства, *джентри*, которые были уполномочены регулировать и решать конфликты. По мнению историка *Эдварда Хиггса (Edward Higgs)* «история английского государства не может пониматься в том смысле, что власть и авторитет экспандировались исходя из определенного центра. Скорее, наоборот, происходила усадка снаружи внутрь. Только на более поздней стадии государство прекратило представлять собой конгломерат мероприятий с участием элит, которые представляли разные сферы общества и которые без оплаты, на общественных началах, осуществляли

³⁶ *Legendre* (сноска 32), с. 10.

³⁷ *Loughlin* (сноска 1), § 44 пункт 7.

³⁸ *Rudolf von Gneist*, *Das Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den Deutschen Verwaltungssystemen*, Bd. 1, 1883, с. 213.

свои функции».³⁹ Вместо этого, оно стало исключительной прерогативой централизованной группы платных государственных чиновников и партийных политиков.

15. Во-вторых, не существовало никакого специального административного права. Вся нация жила по принципу *верховенства права (rule of law)*. *Общее право (common law of the land)* находило применение как в отношении простых британских граждан, так и в отношении носителей государственной власти. Право было в этом смысле единым. Не существовало никакой специальной отрасли права, которая бы имела определяющее значение для деятельности административных учреждений. В столь же малой степени были созданы и специальные суды для решения споров между гражданами и органами власти. Как следствие, не хватало юристов или ученых, специализировавшихся на «административном праве». Государство во многом продолжало оставаться «неизвестным субъектом» (*unknown subject*).⁴⁰

16. Тем не менее, именно здесь важно отметить, что эти две формы проявления государственности в Англии и во Франции достигли качества противоположных моделей только в 19-ом веке, в период, который получил и имел совершенно особое значение для становления либеральных государств и в течение которого самым важным политическим вопросом были взаимоотношения между органами государственного управления и индивидами. В этом своем качестве эти модели нашли своих последователей и в других государствах. Французская модель привлекла в свою орбиту большее количество государств, в том числе Германию⁴¹, Италию⁴², Австрию⁴³ и Польшу⁴⁴. Как это часто случается в случае импорта права, правовые институты, которые были перенесены из одной страны в другую, мутировали в новой обстановке. Так, например, *Государственный Совет (Consiglio di Stato)* и *префекты (prefetti)* в Италии сильно отличались от аналогичных институтов во Франции. *Consiglio di Stato*

³⁹ Edward Higgs, The Information State in England. The Central Collection of Information on Citizens Since 1500, 2004, с. 196.

⁴⁰ John G. A. Pocock, The Limits and Divisions of British History, в: Search of the Unknown Subject, American Historical Review 87 (1982), с. 311.

⁴¹ Armin von Bogdandy/Peter M. Huber, в: Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, 2010, § 42 пункт 14 и сл., 30, 33, 35 и 38.

⁴² Mattarella (сноска 2), § 45 пункт 3 и 5 и сл.

⁴³ Wiederin (сноска 14), § 46 пункт 29.

⁴⁴ Wróbel (сноска 3), § 47 пункт 25 и далее; см. в целом Michel Fromont, в: Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, 2010, § 55 пункт 32 и далее.

никогда не был «кузницей кадров крупных специалистов» и *prefetti* не осуществляли полного контроля над различными областями управления на периферии. Таким образом, оба учреждения остались развиты слабее, чем их французские эквиваленты.

17. Но также и английская модель оказала значительное влияние, например, в Венгрии.⁴⁵ Впрочем, почти все либеральные реформаторы в Европе с интересом наблюдали английскую систему самоуправления (*self government*) и верховенства права (*rule of law*). Особый пример показывает бельгийская Конституция 1830-го года, которая кодифицировала принципы неписаной британской Конституции, в частности разделение властей и ответственность министров. Тем не менее, даже либеральными авторами британская модель на континенте рассматривалась скорее критически. Так *Токвиль* не разделял энтузиазм его современников относительно английского «смешанного правления», вместо этого высоко оценивал американскую модель, в которой «администрирующая власть не имеет ничего общего ни с централизмом, ни с иерархией», а «государственная власть управляет, но не администрирует» и «администрирующая власть сосредоточена в различных органах».⁴⁶

18. Во второй половине 19-го века германская правовая культура придала французской модели новое измерение. Научным связям между двумя культурами особенно способствовал *Otto Mayer (Otto Mayer)*, который двадцать лет провел в Страсбурге и был экспертом по французскому частному праву. Вместе с *Паулем Лабандом (Paul Laband)*, и *Карлом Фридрихом фон Гербером (Carl Friedrich von Gerber)* *Mayer* использовал метод частного права в административном праве, и дал последнему новую, более прочную теоретическую основу.

III. К вопросу о происхождении обеих моделей

19. Появление противоположных моделей ставит два принципиальных вопроса. Первый: откуда пришли эти две модели? Второй: были ли идеи, лежащие в их основе, правильными? Прежде всего, следует отметить, что обе модели как таковые не были сформулированы в странах их происхождения, что в свою очередь также подчеркивает важность

⁴⁵ *Herbert Küpper*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, 2010, § 51 пункт 46.

⁴⁶ *de Tocqueville* (сноска 17), с. 94 и 103.

сравнительного правоведения. Французская модель возникла в значительной мере благодаря исследованиям профессора Оксфордского университета *Альберта Венн Дэйси (Albert Venn Dicey)*. В то же время английская - на основе представлений происходящего из Бордо мыслителя *Шарля-Луи Секонда барона де Монтескье (Charles-Louis Secondat Baron de Montesquieu)* и немецкого профессора и политика *Рудольфа фон Гнейста (Rudolf von Gneist)*.

20. Обе модели были сформулированы, таким образом, за пределами их стран происхождения. Причем их авторы и интерпретаторы преследовали при этом вполне конкретные политические, а не только научные цели. *Дэйси* разрабатывал французскую модель для того, чтобы якобы авторитарному и абсолютистскому французскому *административному праву* противопоставить более цивилизованное и либеральное британское *верховенство закона*. *Дэйси* находился при этом под сильным влиянием критики *Токвилем* бонапартистской структуры французского *административного права*, которое, однако, в то время, когда *Дэйси* описывал эту в Англии доселе неизвестную область права, было уже модифицировано более либеральным *административным правом* Третьей республики. *Монтескье*, который восхищался эффективностью разделения властей в Англии для контроля над государственной властью, а также *фон Гнейст*, который высоко оценивал роль непрофессиональных глав местной администрации и мировых судей в Англии, в наиболее чистом виде переводят английскую практику в английскую модель. *Монтескье* в свою очередь, построил свою теорию разделения властей (1734-1748) на интерпретации английской конституции *Джоном Локком* (1690): в главе 6 книги XI его труда «О духе законов» *Локк* цитируется восемь раз.⁴⁷ Предложенные *Монтескье* нормы, касающиеся разделения властей, стали широко распространенным принципом конституционного права, и, наконец, были закреплены в Конституции США.

21. В принципе, однако, естественно, что важно не только понять, откуда пришли эти две противоположные модели. Важно также знать, куда они вели. Представления *Дэйси* нашли признание у одного из двух ведущих французских юристов-административистов второй половины 19-го века *Мориса Ориу (Maurice Hauriou)*. Он считал, что французское *административное право*, в сущности, характеризовалось тем, что он

⁴⁷ См. *Raymond Aron*, *Les étapes de la pensée sociologique*, 1947, и *Henry Puget*, *Montesquieu et l'Angleterre*, в: *Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris (Hg.)*, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu – Bicentenaire de l'esprit des lois 1748-1948*, 1952, с. 275 и далее.

обозначал как *административный режим*. Исходя из этого, он проводил четкое разграничение между системами администрации, которые подчиняются общим правовым нормам (как например, в Англии), и такими, для которых действуют специальные правила административного права (как во Франции). В том же, что касается высокой оценки «системы самоуправления» *фон Гнейстом*, то эта концепция служила мощным импульсом для инноваций и различных новых проектов: практически все сторонники преобразований и реформ рассматривали эту систему как возможность улучшить взаимоотношения между руководством и обществом.

IV. Схожие линии развития: проблема интерпретации

22. Предшествующее изложение показывает, что интерпретация или толкование играют важную роль. Но было ли толкование правового положения в соседних странах правильным? Чтобы увидеть вещи в надлежащем контексте, прежде всего, необходимо учитывать тот факт, что соответствующие модели были разработаны в основном в пост-наполеоновскую эпоху, когда - как уже упоминалось - Франция и Англия, две ведущие мировые державы, часто воевали друг с другом, и их теоретики поэтому внимательно следили друг за другом и изучали чужой опыт (можно назвать только *Берка* на английской стороне и *Токвиля* на французской), нередко подчеркивая и выделяя при этом существующие различия. Националистические движения⁴⁸ также сыграли важную роль. Это обстоятельство оказало влияние на взгляды во Франции и в Англии на иностранную правовую систему соседнего государства, в целом, и на концептуализацию соответствующих административно-правовых систем, в частности.

23. Во-вторых, оба государства были «военными державами», финансируемыми через налоги: они должны были содержать большие армии, и поэтому требовали уплаты крупных сумм денег от своих налогоплательщиков. Интересно отметить, что оборона и финансы, как правило, редко становились элементами картины, которая обычно рисовалась историками систем управления. Возможно, если бы эти

⁴⁸ См. к вопросу о различных формах национализма (демократический, либеральный, антипарламентский и колониальный национализм) *Raoul Girardet, Le nationalisme français 1871-1914, 1966.*

аспекты были бы включены в их исследования, это могло бы изменить преобладающее понимание.

24. В-третьих, правительства обеих стран должны были управлять крупными колониальными владениями, что привело в обеих странах к созданию административного аппарата с особой культурой управления. Последний в значительной степени игнорировался профессорами из Оксфорда и Парижа, исследовавшими, как правило, исключительно административную систему самой метрополии. В-четвертых, в обеих странах в течение 19-го века можно наблюдать процесс нарастающей «конституционно-правовой доместификации (окультуривания) системы административного управления на основе принципов правового государства».⁴⁹ Все более укреплялись парламентские структуры, развивалась законодательная деятельность, и органы управления в растущей степени оказывались связанными законами и правом. Установление конституционного принципа законности привел к подчинению административного аппарата парламенту. Увеличение законодательства в области управления сопровождалось количественным и качественным расширением задач управления и увеличением бюрократических структур. В-пятых, следует отметить, что если в случае французского административного права в свое время речь шла о специальной и привилегированной области права, то это относится и к английскому праву, где исходя из принципа неподсудности высшей государственной власти («король не может ошибаться», «*the King can do no wrong*») «прикрывалось множество грехов британской короны»⁵⁰.

25. В конце концов, преобладающий исторический нарратив предстает и постольку не вполне корректным, поскольку централизации местного управления и административного права он противопоставляет *принцип верховенства закона (rule of law)*. Подобный нарратив это результат общего представление о различиях или противоположностях, которое было порождено параллельным историческим развитием Франции и Англии в девятнадцатом веке и развитием националистических движений в двадцатом веке.

⁴⁹ *Wiederin* (сноска 14), § 46 пункт 36.

⁵⁰ *Harold Joseph Laski*, *The Responsibility of the State in England*, в: *он же*, *The Foundations of Sovereignty and other Essays*, 1921, с. 110 и 103.

V. Государства-последователи

26. Исследование наиболее важных систем управления в Европе было бы неполным без учета Германии и Италии. Эти две системы имеют ту характерную особенность, что они сформировались только во второй половине 19-го века. Они принадлежат, таким образом, ко второму поколению западных систем управления, которое последовало за первым поколением систем управления, возникнувшим в эпоху Возрождения (в Англии, Франции и Испании). Системы «второго поколения» также отличаются друг от друга, поскольку Пруссия, движущая сила объединения Германии, обладала как сильной бюрократией, так и собственной (административной) «культурой управления», тогда как Пьемонт, бывший движущей силой объединения Италии, обладал лишь слабой административной структурой и последовал французской (наполеоновской) модели.

27. В сущности, существовали четыре основные особенности, которые характеризовали Пруссию в течение 17-го и 18-го веков.⁵¹ Во-первых, в Пруссии процессы возникновения государства и формирования профессионального чиновничества протекали параллельно. Во-вторых, ядро прусской административной системы составляли военные и налоговые чиновники. Военные чиновники, получавшие эти должности частично по рождению, частично за особые заслуги, брали на себя ответственность за поддержание постоянной армии, и стали основным звеном растущей бюрократии Пруссии. В отличие от этого, налоговая бюрократия была ответственна за выполнение более широкого круга задач и стала своего рода кузницей кадров для лучших прусских чиновников. В-третьих, отбор персонала ориентировался на принцип оплаты по качеству труда; в то же время повышение профессиональной квалификации служило решающим фактором на пути к верхним эшелонам иерархии. В-четвертых, была разработана новая академическая дисциплина, а именно - *камералистика*. Первые две кафедры в этой области были созданы в прусских университетах в 1727-ом году. Камералистика - термин происходит от латинского слова «*camera*», означающего наиболее важные публичные службы - может рассматриваться как сочетание экономических и политических наук, статистики и технологических процессов на уровне государственной администрации. Один из наиболее интересных аспектов истории науки государственного управления в Германии является то, что право начинает постепенно заменять камералистику; и этот процесс был

⁵¹ См. *Wolfram Fischer/Peter Lundgreen*, *The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, в: Tilly (сноска 24), с. 509 и далее.

завершен в середине 19-го века. С тех пор в области государственного управления устоялась т.н. «монополия юристов».

28. Совсем иной была ситуация в Италии. Пьемонт перенял модель системы управления у своих французских соседей. Наполеоновская оккупация и далеко идущее влияние Пьемонта, игравшего в процессе объединения центральную роль, на другие районы Апеннинского полуострова, обусловили важное значение французской модели в начальной фазе развития итальянской административной системы и соответствующего законодательства. Тем не менее, импорт французских институтов не был ни прямым, ни полным.⁵²

29. Во-первых, концепция *административного права* как особого свода правовых правил, который отличается от частного права, была не сразу принята в итальянской системе административного права. По крайней мере, в первые двадцать лет после политико-административного объединения Италии, частное право, в особенности, договорное регулирование, преобладало, в то время как публично-правовые элементы оставались фрагментарными и носили второстепенный характер. Кроме того, государственная администрация не имела общих полномочий по обеспечению исполнения своих решений, в то время как судам общей юрисдикции предоставлялись широкие полномочия и усмотрение при принятии решений по спорам, в которых участвовало государство. Через два десятилетия после объединения (с особой интенсивностью, однако, лишь к концу века) эта ситуация меняется: решения государства считаются теперь императивными и имеющими больший вес, чем решения частных лиц. Тем самым, была заложена основа для развития административного права в качестве отдельной области права.

30. Во-вторых, большое значение после объединения приобрела идея единства и единообразия. Одним из первых мероприятий национального правительства была отмена региональных органов власти (*luogotenenze regionali*).⁵³ Кроме того, действие права Пьемонта было распространено на всю государственную территории с целью замены законодательства, действовавшего в различных территориальных государствах до объединения. В-третьих, в отличие от Франции, организация министерств

⁵² Более подробно по данной теме см. *Cassese* (сноска 5), с. 355 и далее.

⁵³ Такие *региональные органы* были созданы во Флоренции, Риме, Неаполе и Палермо. Речь шла при этом о конституционных органах, которые были призваны осуществлять функцию управления в этих четырех регионах и которые имели широкие полномочия, производные от власти короля Пьемонта.

и ведомств в Италии находилась еще только в зачаточном состоянии. В первые двадцать лет после объединения существовало только лишь девять министерств, в которых даже не были организованы общие подразделения. В частности, не существовало единой инстанции, которая отвечала бы за общую координацию, и, по крайней мере, на начальном этапе практически полностью отсутствовали процедуры найма и отбора административной элиты. Замещение верхних позиций, при котором должностным лицам Пьемонта был предоставлен в некотором смысле привилегированный статус, производилось в зависимости от продолжительности службы, и было, таким образом, почти механически выполняемой формальной процедурой.

31. В-четвертых, хотя в Италии был действительно скопирован французский *Государственный Совет*, но не сразу после достижения единства и, как уже отмечалось⁵⁴, с рядом важных отличий. Итальянский *Государственный Совет (Consiglio di Stato)* сначала выступал лишь в качестве консультативного органа. Только в конце 1889-го года была образована его четвертая палата, наделенная функциями судебного надзора. В течение тридцати лет юрисдикционная власть в отношении органов государства, как и в английской модели, признавалась по этой причине лишь только за судами общей юрисдикции. Итальянский *Consiglio di Stato* никогда не добился престижа и авторитета своего французского аналога.⁵⁵

32. В-пятых, итальянская административная система вначале очень четко следовала образцу французской модели префектов. В Италии, префектам приписывалась такая же роль, как во Франции: они действовали как представители власти на уровне провинции. Префект, который был формально подчинен министру внутренних дел, был административным чиновником с межведомственной компетенцией, так как несколько провинциальных служб, которые были созданы в это время другими министерствами, были под его контролем. В условиях нестабильной политической системы префекты вскоре взяли на себя в Италии, однако, еще и другую функцию: Они стали политическим инструментом

⁵⁴ См. по данному вопросу выше, пункт 16.

⁵⁵ Причина этого состояла в том, что итальянский *Государственный Совет* был подчинен *Кассационному Суду (Corte di Cassazione)*, высшему судебному органу по гражданским и уголовным делам. Его французский аналог, в отличие от этого, подчинялся лишь *Трибуналу по спорам о подсудности дел (Tribunal des conflits)*, смешанному органу, состоявшему наполовину из судей *Кассационного Суда (Cour de Cassation)* и наполовину из членов *Государственного Совета (Conseil d'État)*.

правительства. Эта функция была характерна для данного института и в период фашистской диктатуры, когда он использовался для того, чтобы направлять политические и административные выборы в определенное направление. В итоге итальянская административная система заимствовала большое число французских институтов. Одновременно определенные элементы административной системы остались далеки от французской модели или в любом случае не оказались под ее непосредственным влиянием.

VI. Тенденции к унификации

33. Различия между национальными системами управления и административного законодательства в последнее время подвергаются воздействию со стороны внешних и внутренних факторов, которые заставляют двигаться в сторону сближения или, может быть, даже гармонизации. Национальные правительства часто сталкиваются с проблемами, которые по своему характеру являются аналогичными, и выбирают, несмотря на возможно различные контексты, в целом схожие пути их решения. По этой причине нельзя признать верным утверждение, что в области административного права преобладают особенности и что каждая национальная система является уникальной.

34. Колониализм и войны оказывали большое влияние на развитие административных структур. Первый способствовал появлению иерархии и дифференциации власти на уровне национальных администраций, независимо от различий между французской моделью, в рамках которой метрополия правит и управляет («*la Métropole gouverne et administre*»⁵⁶) и британской моделью «косвенного управления» («*indirect rule*»)⁵⁷. Войны приводили к расширению сферы ответственности национальных правительств, поскольку заставляли их создавать новые регулирования в области административных договоров, собирать больше налогов, расширять государственный сектор экономики, усиливать государственное

⁵⁶ Legendre (сноска 32), с. 166.

⁵⁷ Frederick Dealtry Lugard, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, 1922, описывает «*indirect rule*» в том смысле, что оно основывалось на взаимодействии местной и британской администрации, которое состояло в том, что местная администрация не могла иметь или контролировать вооруженные силы, не могла взимать налоги, а также издавать законы или указы. Все эти прерогативы оставались за британской короной. См. также Bronislaw Malinowski, *Indirect Rule and its Scientific Planning*, в: *он же*, *The Dynamics of Cultural Change*, 1945, с. 138.

вмешательство в экономической сфере, предоставлять обеспечение военнослужащим, а также членам их семей.

35. Экономические кризисы, особенно «великий кризис» 1929-1933 годов, заставили правительства принять меры для обеспечения экономического развития: ответственность в последней инстанции (*Letztverantwortung*) за состояние экономик ложилась, в конечном счете, именно на них. Несмотря на определенные различия между отдельными государствами (среди которых одни обнаруживали более сильные «этатистские» тенденции, другие – менее сильные), экономические кризисы в значительной степени способствовали расширению сферы задач, выполняемых государством. Это происходило не в последнюю очередь путем заимствования и копирования, поскольку в моменты кризиса государства в особенно интенсивной форме используют иностранные модели и образцы.

36. Действие внутригосударственных факторов, способствовавших развитию в направлении унификации административных систем, усилилось с началом процесса индустриализации, рационализации и, наконец, децентрализации. После Первой Мировой войны «тэйлоризм» (*Taylorismus*) и «научный менеджмент» (*scientific management*) стали оказывать особое воздействие на уровне национальных администраций.⁵⁸ После Первой Мировой войны пришло время организационных систем и «революции управляющих» (*managerial revolution*).⁵⁹ 1960-е годы были отмечены развитием «системы планирования, составления программ и бюджетирования» (*Planning, Programming, Budgeting System - PPBS*) и программы «рационализации бюджетных технологий» (*Rationalisation des Choix Budgétaires - RCB*). В 1990-е годы широкое распространение во всех административных системах получил «новый публичный менеджмент» (*New Public Management*). Все эти реформы базировались на том представлении, что административные структуры могут в значительной степени управляться как предприятия, и в этих целях происходила перестройка на возможно более рациональные организационные формы и процедуры.

⁵⁸ *Stéphane Rials*, Administration et organisation. De l'organisation de la bataille à la bataille de l'organisation dans l'administration française, 1997, с. 23.

⁵⁹ *James Burnham*, The Managerial Revolution – What is happening in the World, 1941, с. 72. По мнению *Бернхэма*, «менеджеры будут осуществлять контроль над средствами производства и извлекать преимущества в рамках распределении товаров, хотя и не непосредственно в результате переданного им права собственности, но косвенно, через свой контроль над государством, которое, в свою очередь, будет управлять средствами производства». См. также *ibid.*, с. 253, 268 и 279.

37. Во второй половине 20-го века другой фактор внутреннего давления был обусловлен движением к децентрализации. Его влияние можно было более или менее сильно ощущать практически во всех европейских странах, и это привело к перераспределению властных структур. Между национальными центрами и перифериями было достигнуто много сложных, комплексных договоренностей. В частности, германская федеральная конституция - Основной Закон ФРГ - послужил источником вдохновения для реформ в Италии, Испании и Франции.⁶⁰

38. Для лучшего понимания этих тенденций к правовой унификации следует обратить также внимание на степень теоретической разработки данной проблематики. На протяжении двух последних столетий ученые-правоведы вели интенсивные сравнительно-правовые исследования в области публичного права в целом и административного права, в частности. Особое внимание при этом уделялось Англии и Франции (здесь можно вспомнить о дискуссии *Дайси* и *Александра Вивиен (Alexandre Vivien)*, *Леона Окока (Léon Aucoc)* и *Жозефа Бертелеми (Joseph Berthélemy)* или также *Мориса Ориу* и *Дайси*),⁶¹ Франции и Германии (особо отметить здесь следует работы *Отто Майера*),⁶² Германии и Англии (*Рудольф фон Гнейст*),⁶³ Италии и Германии (*Витторио Эмануэле*

⁶⁰ См. в этом смысле *Pedro Cruz Villalón*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I: *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, § 13 пункт 123 и далее.

⁶¹ Анализ французского административного права, который был осуществлен *Дайси*, базировался на работах *Вивиана (Vivien)* и *Окока (Aucoc)*. В 1890-ом году он пригласил в Лондон *Жозефа Бертелеми (Joseph Berthélemy)*, бывшего в то время профессором административного права в Париже. Свое исследование английского административного права *Ориу* (в: *Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public*, 1927) базировал на работе *Дайси* «Конституционное право» («Law of the Constitution»); см. *Sabino Cassese, Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 19 (1990), с. 5; *он же*, *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 25 (1995), с. 107.

⁶² *Майер* написал в 1886 году «Теорию французского административного права» («*Theorie des französischen Verwaltungsrechts*») и в конце 19-го века перенес и привил французскую теорию и методологию административного права на германскую почву см. *Fabrice Melleray, Les trois ages du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français*, в: *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, 2007, с. 14. Сам *Майер* писал: «...чтобы обосновать мою систему, я посетил школу французских ученых-юристов» (*Mayer* [сноска 22], с. XIV).

⁶³ *Фон Гнейст* исследовал английское право в период с 1859-го по 1886-ой год (при этом он писал на такие разные темы, как государственный бюджет, самоуправление, конституционная история и деятельность парламента).

Орландо (*Vittorio Emanuele Orlando*) и Пауля Лабанда, Санти Романо (*Santi Romano*) и Георга Еллинека (*Georg Jellinek*),⁶⁴ Италии и Франции (Романо и Ориу),⁶⁵ Италии и Англии (Массимо Северо Джаннини (*Massimo Severo Giannini*) и Уильям Уэйд (*William Wade*)),⁶⁶ Австрии и Франции (Ганс Кельзен (*Hans Kelsen*) и Шарль Эйзенман (*Charles Eisenmann*)),⁶⁷ и, наконец, Англии и США (Уильям Робсон (*William Robson*), Франк Джонсон Гудноу (*Frank Johnson Goodnow*) и Джеймс МакКоли Лэндис (*James McCauley Landis*)).⁶⁸ К началу 20-го века член французского Государственного совета Макс Букар (*Max Boucard*) и известный специалист в области административного права, профессор Гастон Жез (*Gaston Jèze*) были издателями «Международной библиотеки публичного права» (*Bibliothèque internationale de droit public*), в которой публиковались работы Лабанда, Дайси, Гуднау, Редлиха (*Joseph Redlich*) и Джеймса Брайса (*James Bryce*), а также французское издание книги Отто Майера «Германское административное право» (*Deutsches Verwaltungsrecht*).

⁶⁴ Докторская диссертация Романо 1896-го года была посвящена вопросам неимущественного публичного права (*diritti pubblici soggettivi*), и в следующем году она была опубликована в первом выпуске Сборника по административному праву, издававшегося под руководством *Vittorio Emanuele Orlando* (*Vittorio Emanuele Orlando*). Работа Романо была в значительной степени исследованием теорий Гербера (*Gerber*), Лабанда (*Laband*) и Еллинека (*Jellinek*), при этом особое внимание было уделено системе субъективных публичных права Еллинека, работа которого была опубликована за несколько лет до этого во Фрайбурге [1892].

⁶⁵ Оба работали в то же самое время над концепцией публичного института и правопорядка и обменивались своими мнениями по данной проблематике; см. *Sabino Cassese*, *Ipotesi sulla formazione de „L’ordinamento giuridico“ di Santi Romano*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero moderno* 1 (1972), с. 243 (опубликовано также в: *он же*, *La formazione dello Stato amministrativo*, 1974, с. 21).

⁶⁶ Джаннини написал предисловие к итальянскому переводу книги von *H. William R. Wade*, *Administrative Law*, 1961 (на итальянском: *Diritto amministrativo inglese*, 1969).

⁶⁷ По мнению Кельзена, Эйзенман принадлежал школе «чистого учения о праве» (см. письмо Кельзена к Дж. Дель Веккьо (*G. del Vecchio*) в: *Mario G. Losano*, *Prefazione*, в: *Kelsen*, *Scritti autobiografici*, 2008, с. 16).

⁶⁸ *William A. Robson*, *Justice and Administrative Law – A Study of the British Constitution*, 1928. На с. X и XXXI второго издания (1947) он воздал должное обоим американским профессорам административного права и выразил им свое восхищение. По словам Робсона, их работа стала «первым вкладом в разработку проблематики административных решений, опубликованным в этой стране» (с. VIII).

VII. Характеристика традиционной конструкции системы управления и административного права

39. Развитие систем административного управления в Европе носило циклический характер: от существования общих оснований в направлении национальной дифференциации, а затем от национальной дифференциации в сторону растущей общности. Некоторые фазы этого цикла были связаны преимущественно с историческим развитием политических и государственных учреждений; в то время как другие были больше связаны с общностью интеллектуальной истории. Если к этим циклическим колебаниям присмотреться более внимательно, то среди многих национальных разновидностей можно увидеть определенные преобладающие модели.

40. Первая общая черта - это существенное расширение сферы деятельности исполнительной власти.⁶⁹ Закон и порядок («государство-жандарм - *l'Etat gendarme*»), после этого - дополнительный контроль и регулирование экономики («протекционистское государство - *l'Etat propulsif*»), а позже еще и обеспечение жизненного существования и общего интереса («государство всеобщего благосостояния - *l'Etat Providence*») таковы общие задачи административных систем различных государств в Европе. Система органов управления, которая первоначально задумывалась как аппарат, призванный обеспечить повиновение субъектов по отношению к высшей державной власти⁷⁰, (гражданин был «подданным», т.е. объектом административной деятельности - «*administré*»), стала теперь нести ответственность за оказание услуг по отношению к населению. В результате усиления компетенции парламентов и связанной с этим парламентаризацией публичной власти односторонняя перспектива с точки зрения государственной власти (*ex parte principis*) была дополнена перспективой с точки зрения общества и гражданина (*ex parte civis*), а нередко даже и заменена последней.

41. Это расширение административных функций происходило постепенно, а именно, начиная со второй половины 19-го века и кончая второй половиной 20-го века (например, как в случае Австрии).⁷¹ В этот период национальные парламенты стали представлять интересы также и низших классов общества и принимать больше законов в области охраны

⁶⁹ Robson (сноска 68), с. XXX (второе издание 1947 года).

⁷⁰ Portinaro (сноска 10), с. 80.

⁷¹ Wiederin (сноска 14), § 46 пункт 46 и далее

труда, социального и пенсионного обеспечения, здравоохранения и занятости, а также образования.⁷² Двумя основными движущими силами этого развития были парламенты и суды. Тем не менее, они по-разному оказывали влияние на процесс расширения административных функций, осуществляемых государственными органами управления. Парламенты расширяли те сферы деятельности, в которых администрация должна была иметь компетенцию и нести ответственность. В это же время суды принимали меры, чтобы рационализировать административную практику, сформулировать для этой области общие принципы и вынудить правительства действовать в соответствии с принципом *верховенства закона (rule of law)*.

42. Второй отличительной чертой «зрелых» систем управления является постоянный конфликт между задачами политики, с одной стороны, и задачами управления, с другой. Административное государство - это государство, в котором организация политики, в конечном счете, подчиняется принципу верховенства закона (*rule of law*), соблюдение которого контролируется с помощью судебной власти.⁷³ Основной задачей органов управления является исполнение законов.⁷⁴ В результате возникают как политические, так и теоретические сложности. Точка зрения, в соответствии с которой, органы управления должны иметь лишь ограниченную свободу выбора, потому что они обязаны реализовывать политические решения, принятые парламентом, исходит из того, что административный аппарат получает свою легитимную основу от парламента. Это предполагает, что парламент, члены которого выбраны гражданами, принимая затем законы, легитимирует тем самым правительство и администрацию («производная легитимность», «*Legitimationszusammenhang*»⁷⁵).

43. Позитивистская концепция, в соответствии с которой административная система призвана лишь пассивно имплементировать

⁷² Это развитие анализировали в 20-ом веке *Дэйси (Albert V. Dicey, Lectures on the Relations Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century, 1905)* и *Джаннини (Massimo S. Giannini, Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche, 1986, с. 56 и далее)*.

⁷³ «Регламентированная власть», поскольку «подлинная и легитимная власть необходимо подлежит определенным границам»: *Denis Diderot, Autorité publique*, в: *Diderot/d'Alembert (Hg.), Encyclopédie, 1751-1772*; также опубликовано в: *он же, Œuvres, hrsgg. von Versini, Bd. 3: Politique, 1995, с. 23.*

⁷⁴ *von Bogdandy/Huber* (сноска 41), § 42 пункт 31 и сл.

⁷⁵ См. два важных решения германского Конституционного Суда от 31 октября 1990-го года: BVerfGE 83, 60 и BVerfGE 83, 37.

законодательство, признает за государственными чиновниками и судьями возможность собственного усмотрения лишь в узких пределах и рамках. Их роль ограничивается преимущественно толкованием законов, а методы, при помощи которых закон может быть интерпретирован, в свою очередь, сами регулируются законами. Правоприменительные органы могут при отсутствии соответствующих законодательных положений прибегнуть к аналогиям и общим принципам права. Можно считать, однако, что подобный механистический, позитивистский подход в настоящее время в значительной степени утратил свое значение.

44. Одним из важных компонентов административного государства является профессиональный бюрократический аппарат (чиновничество), который служит основой стабильной государственной службы, и должностные лица в котором выбираются в согласии с базовым принципом оценки кадров по результатам деятельности (*Leistungsprinzip*). Этот принцип заменил традиционную систему политического патронажа и продажи должностей (*venalité des offices*). В любом случае, принцип нейтралитета органов управления знает самые различные формы проявления, начиная от безликой фигуры британских госслужащих (*faceless figure*), полностью исключенных из политической жизнедеятельности, до французской гибридной расы «выкопоставленных чиновников» (*haut fonctionnaire*) и «министерских служащих» (*cabinet ministeriel*). В конечном счете, сюда относится также и такая правовая фигура, как немецкий дуализм, различающий между «кадровыми государственными служащими» (*Laufbahnbeamten*) и «политическими чиновниками» (*politischen Beamten*).

45. Парадигма «государства как общности» (*Staat als Einheit*) является третьим общим характерным признаком административного государства. Эта парадигма выражается в существовании своего рода национального «центра», состоящего из министерств, департаментов и ведомств, и она обнаруживает различные варианты, некоторые из которых являются более или менее иерархически структурированными. Последние преследуют цель достичь более тесного взаимодействия между различными учреждениями и более эффективного надзора. Определенной степенью централизованной власти и единообразного регулирования обладают также децентрализованные и федеративные государства, по крайней мере, в том, что касается финансовых и военных вопросов.

46. Центр, конечно, связан с периферией, с тем, чтобы держать под контролем центробежные силы и сохранять единство «административного

пространства»; это относится также и к небольшим странам, таким как, например, Швейцария.⁷⁶ Отношения между центром и периферией может принимать при этом различные формы. При более централизованной форме центр принимает решения, в то время как периферия их выполняет («цепочка исполнения решений спускается непосредственно от министра к индивиду»⁷⁷). При более децентрализованных формах за периферией признается право на осуществление определенного уровня самоуправления.

47. Отношения между центром и периферией характеризуется в развитых административных государствах двумя существенными противоречиями: чем больше мер по обеспечению благосостояния граждан принимается административной системой, тем более велика потребность в усилении центральных органов управления. Уже *Токвиль* заметил: «если равенство прогрессирует, ... кажется, все власти сами собой стремятся к центру»⁷⁸. Это, однако, создает строго централизованные структуры, которые, как правило, сильно перегружены, что порождает стремление к децентрализации. После Второй мировой войны в европейских «государствах-нациях» (национальных государствах) было создано более 200 регионов. С 1994-го года Европейский Союз имеет даже специальный орган, Комитет Регионов, чтобы дать региональным единицам возможность быть услышанными в рамках данной организации.

48. Так как в Англии уже с самого начала были созданы центральные структуры, то здесь оказалось возможным также и предоставить больше свободы органам местного самоуправления (*local governments*).⁷⁹ Их число резко сократилось во второй половине 20-го века (особенно в 1974, 1986 и 1990 годах). В такой традиционно централистски ориентированной стране, как Франция, несмотря на все усилия, направленные на сокращение числа муниципалитетов, все еще сохраняется большое количество органов местного самоуправления (*collectivités locales*), которые благодаря кумуляции мандатов, играют важную роль в общегосударственной национальной политике.

⁷⁶ *Benjamin Schindler*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III: *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, 2010, § 49 пункт 28 и далее.

⁷⁷ *Rapport Jean-Antoine Chaptal loi 28 pluviôse an VIII*, цит. по *Legendre* (сноска 32), с. 138.

⁷⁸ *de Tocqueville* (сноска 17), с. 633.

⁷⁹ *Loughlin* (сноска 1), § 44 пункт 19.

49. Четвертая особенность административного государства состоит в том, что процесс принятия решений в области управления регулируется правом (верховенство закона - *rule of law*, верховенство норм права - *règle de droit*, принцип правового государства - *Rechtsstaat*). Ни при каких обстоятельствах правительство или административные органы не могут действовать произвольно. Правовое регулирование административной процедуры выполняет также и две другие важные функции. Во-первых, оно необходимо для рационализации государственного аппарата (через распределение полномочий, определение рабочих процедур, внедрение научных оценок и определение сроков). Во-вторых, оно обеспечивает гражданскому обществу участие в деятельности по управлению государством, предоставляя гражданам право на информацию (принцип открытости правительства - «*government in the sunshine*»). Подобное регулирование предоставляет возможность услышать их голос (демократическое управление), обеспечивает им право не соглашаться с решениями, которые не соответствуют их представлениям (правление посредством достижения консенсуса) и оспаривать административные решения (административная юстиция). В конечном итоге это создает гарантии того, что государственная власть, с одной стороны, соблюдает определенные рамки в отношении общества, и, с другой стороны, противодействует традиционной односторонности административных решений и действий в результате того, что их законность и соразмерность подлежат проверке. При этом правовое регулирование административных процедур существенно различается. В таких странах, как Австрия правила следуют судебной модели.⁸⁰ В других странах, как например Италия, основная цель норм административного процессуального права заключается в обеспечении прозрачности и эффективности административной практики.⁸¹

50. Пятая особенность заключается в том, что административные решения являются предметом контроля независимыми органами, и в частности, как судебными, так и внесудебными. В некоторых странах полномочия по такому судебному контролю передаются специальным судам (принцип «раздельной юрисдикции» - «*dualité de jurisdictions*»), в то время, как в других странах такой контроль является прерогативой судов общей юрисдикции. В некоторых странах административно-судебный контроль приобрел ключевую роль. Особенно это касается тех стран, где административные судьи - как, например, члены французского *Государственного Совета* - являются ведущими экспертами в области

⁸⁰ *Wiederin* (сноска 14), § 46 пункт 38.

⁸¹ *Mattarella* (сноска 2), § 45 пункт 58 и сл.

административного права, и теоретики административного права занимаются, в первую очередь, анализом принимаемых судами решений. В таких разных странах, как Франция, Великобритания, Германия, Италия и Швейцария судебный контроль административных решений способствовал развитию административного права.⁸² Суды внесли большой вклад в рационализацию административного права и в разработку его основных принципов (следует назвать, например, такие, как принцип беспристрастности, принцип адекватности или справедливости, а также принцип пропорциональности или соразмерности). Больше, чем другие области права, административное право является, по сути, правом, сотворенным судьями.

51. Судебный контроль, помимо этого, способствовал развитию административного права также и в результате косвенного действия следующего обстоятельства. Решения судов, принятые ими при рассмотрении соответствующих дел, «поставляли» ученым-правоведам, которые исследовали и интерпретировали эти решения, аналитический материал в виде *rationes decidendi* и *rationes dicta* для их дальнейших теоретических разработок. По выражению Жана Риверо (*Jean Rivero*), наука административного права во Франции развилась «в юбках судебной практики».⁸³ Наука административного права является, таким образом, коллективным трудом судей-практиков и ученых-теоретиков. Во всех странах, неважно принадлежат ли они традиции *общего права* или традиции континентально-европейского права, административное право прочно утвердилось как особая правовая отрасль.

VIII. Преемственность и перемены

52. С момента его становления многие свойства государства и соответственно системы государственного управления претерпели существенные изменения: его функции, его пределы и его отношение к политике и обществу. Основанием этих изменений не был какой-либо один единый импульс, в равной мере, они не имели равномерные, единообразные последствия. Вместо этого, можно констатировать

⁸² *Mestre* (сноска 15), § 43 пункт 61 и сл., 78 и сл., 86 и сл.; *Loughlin* (сноска 1), § 44 пункт 14, 44 и далее; *von Bogdandy/Huber* (сноска 41), § 42 пункт 36 и далее; *Mattarella* (сноска 2), § 45 пункт 29 и 65; *Schindler* (сноска 76), § 49 пункт 14.

⁸³ *Jean Rivero*, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*: Conseil d'Etat. Etudes et documents, 1966, с. 30; см. также *Jean-Paul Negrin*, *Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958*, 1968.

множество взаимозависимостей. Наиболее значительные изменения находятся во взаимосвязи с концепцией «незыблемости или вечности администрации»⁸⁴, с развитием европейского контекста государственного управления, с отношением между административным и конституционным правом, а также между коллективным волеобразованием и принятием решений в области государственного управления, и с развитием «государства реальных возможностей» (*enabling state*).

53. «Отцу-основателю» административного права в Германии, *Otto Mayer*, принадлежит высказывание: «конституционное право проходит, административное право остается»⁸⁵. *Mayer* сформулировал эту идею в своем курсе «Административного права», и подчеркнул, что это было общее, преобладающее в то время мнение. Тем не менее, незыблемость или неизменность системы управления, не говоря уже о ее вечности (бессмертии), нашла между тем, свой логический конец. Перемены стали частью повседневной жизни. Изменяются также контексты и взаимосвязи. Уже сами основные функции, структура и процессы находятся в состоянии трансформации. Меняется и персонал органов государственного управления. Административные структуры уже больше не рассматриваются исключительно инструментальными и легко адаптируемыми в их традиционной форме к любому направлению политики. При изменении политического направления и административный аппарат должен уловить и воспроизвести это также и в организационном плане, с тем, чтобы осуществлять соответствующую политику на практике.

54. В данном пункте, проявляется противоречие в преобладавшей во времена *Mayera* точке зрения. Во второй половине 19-го века административное право уже вполне воспринималось в качестве отрасли публичного права, коренящейся в конституционном праве. Конституционное право было фундаментом, на котором основывалось административное право, и оно не могло быть изменено без того, чтобы это не оказало никакого воздействия на подчиненное (производное)

⁸⁴ См. *B. Guy Peters/Brian W. Hogwood*, *The Death of Immortality: Births, Deaths and Metamorphoses in the U.S. Federal Bureaucracy 1933-1982*, *American Review of Public Administration* 18 (1988), с. 119; *Herbert Kaufman*, *Are Government Organizations Immortal?*, 1976.

⁸⁵ *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, ³1924, с. VI. Высказывание *Mayera* не было однако безоговорочно воспринято его современниками; более подробно см. *Heuschling* (сноска 18), § 54 пункт 12 и далее.

административное право.⁸⁶ Именно такой смысл, однако, придавался процитированному высказыванию *Майера*. Дальнейшим последствием заката концепции «неизменности управления» является то, что догматические модели вполне могут устаревать и изживать себя. Изменения в управлении происходят каждый день, и они могут по этой причине привести также и к тому, что такие модели будут казаться неадекватными.

55. Наконец, в настоящее время административные преобразования по общему правилу инициируются и начинаются в результате правительственных реформ. Необходимость коренной реформы в области управления особенно проявилась в ходе 20-го века. Это в немалой степени было связано с развитием, которое происходило на политическом уровне. Франция времен возглавляемого *Леоном Блюмом* (*Léon Blum*) Народного Фронта (1936-1937) является в этом отношении очень хорошим и показательным примером. *Блюм* приписывал провал своего правительства неспособности последнего реформировать систему управления. Административная реформа рассматривалась в качестве средства адаптации административных структур и процедур к новой политике «левого» правительства.

56. Наряду с этим, потребность в реформе системы управления диктовалась также и факторами, лежащими в самих административных структурах. Одним из иллюстраций этого является доклад *Фултона* (*Fulton*) 1968-го года, в котором было предложено, чтобы британские органы государственного управления провели реформу традиционной модели, ориентированной на использование труда специалистов широкого профиля, в направлении более активного привлечения специалистов-экспертов. Это привело к созданию *Колледжа государственной службы* (*Civil Service College*), одна из задач которого состояла как раз в том, чтобы обеспечить подготовку служащих для административной системы.

57. Вплоть до начала 80-х годов 20-го века феномен административных реформ в Европе продолжал носить, скорее, непоследовательный и эпизодический характер. Правительства сосредотачивали свои усилия на реформах в сферах оказания услуг, которые были особенно важны и поэтому видимы и замечаемы общественностью (это касалось таких сфер, как здравоохранение, пенсионное обеспечение, образование,

⁸⁶ *Fritz Werner*, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1959, с. 527.

строительство жилья и гарантии занятости). Хотя планы осуществления более общей административной реформы иногда и выдвигались, они, в конечном счете, так никогда и не были реализованы. Данная ситуация резко изменилась в последние четверть века. Во-первых, административная реформа стала самостоятельной политической целью, реализация которой нередко поручается членам правительства, чья деятельность заключается исключительно в выполнении этой задачи. Во-вторых, административная реформа стала одной из постоянных задач публичной власти. В-третьих, административная реформа стала первоочередным вопросом на политической повестке дня, который сопровождается энергичным и стойким обязательством гарантировать, чтобы государственный аппарат был организован максимально эффективно для осуществления политики правительства на практике. И, наконец, в-четвертых, политика административных реформ превратилась в общеевропейский феномен и стала во многих странах объектом правительственной деятельности.

58. Основные причины для подготовки проведения административной реформы стало открытие, укрепление и расширение рынков и защиты прав потребителей. Сопровождалось это утверждением нового понимания (правового) понятия «гражданин». Пользователь услуг публичных ведомств и служб уже не был больше *управляемым* объектом или подданным (*administré*), а скорее субъектом или клиентом, потребности которого должны были быть удовлетворены. Другой важной причиной стало усиление концепции свободного рынка. Благодаря этой идее, административные реформы изменили свой характер в том смысле, что административная деятельность предстает не как нечто, затрагивающее исключительно внутренние аспекты публичного сектора, но и как фактор, имеющий первостепенное значение как раз для функционирования экономики. Эффективность и действенность (рентабельность) становятся, таким образом, императивами.

59. Формы управления, которые были задействованы во многих европейских странах в последнюю четверть 20-го века, имеют много общих черт. Повсюду они обозначались в весьма экспрессивных (выразительных) категориях с тем, чтобы подчеркнуть их инновационное содержание: «новая модель управления» (*Neues Steuerungsmodell*) в Германии, начиная с 1978-го года, «новый публичный менеджмент (New Public Management) в Великобритании с 1979-го года, «обновление публичной службы» (*Renouveau du service public*) во Франции после 1989-го года, «модернизация» (*Modernización*) в Испании после 1992-го года. Удачная формулировка «*перестраивающегося*

правления» (*«Re-inventing government»*), предложенная Дэвидом Осборном и Тэдом Геблером (*David Osborne u Ted Gaebler*) в США в 1992-ом году, была воспринята во многих европейских странах. Административные реформы получили распространение как в странах с консервативным правительством, как например, Великобритания в период с 1979 года по 1997 год, но равным образом и в странах с «левыми» правительствами, как например Франция с 1981-го по 1986-ой, с 1988-го по 1993-ий и с 1997-го по 2002-ой год, а также в странах с коалиционными правительствами, таких как Германия и Италия. В странах с существенно отличающейся друг от друга административной культурой были осуществлены во-многом схожие, аналогичные административные реформы. Практически всегда реформы разрабатывались на уровне правительства, однако они редко наталкивались на сопротивление со стороны оппозиции. Например, во Франции с инициативой административной реформы выступил Жак Ширак (*Jacques Chirac*) в 1986-ом году, а в 1988-ом году она была продолжена Мишелем Рокаром (*Michel Rocard*) и с 1993-ий по 1997-ой год - Эдуаром Балладюром (*Edouard Balladur*) и Аланом Жюппе (*Alain Juppé*). Таким образом, реформа выходила за рамки проекта какой-либо одной из правящих политических партий. Из этого следует, что административные реформы были инструментом модернизации административной системы, независимо от того, какую партию представляло правительственное большинство. В этом смысле налицо определенный консенсус между правительством и оппозицией.

60. Дальнейшее изменение находится в зависимости от контекста системы управления в Европе. Согласно традиционной точке зрения, административное право представляет собой отрасль публичного права, которая основана на конституционном праве и, следовательно, тесно связана с «национальным государством». Государство предлагает эксклюзивные рамки (условия) для административного аппарата. Эта традиционная точка зрения в своей категоричности и абсолютности не может, конечно, более считаться убедительной. Также и вне рамок государства есть наднациональные и глобальные субъекты (акторы), которые могут устанавливать обязательные стандарты для национальных администраций и контролировать их осуществление на национальном (внутригосударственном) уровне. Национальные органы власти оказываются, таким образом, подотчетны как вышестоящим органам исполнительной и законодательной власти государства, так и наднациональным и глобальным акторам. В то время как государство сохранило контроль над ресурсами и легитимационными процессами, оно потеряло свой исключительный контроль над законодательством и

общественным благосостоянием. Это приводит к своего рода «состоянию структурной неопределенности».⁸⁷

61. Право, которое формируется вне рамок «национального» государства, особенно на европейском уровне, базируется на признании определенных основополагающих принципов общей традиции соответствующих государств (например, «верховенство закона», *rule of law*), а также и на пересмотре некоторых других конструкций, таких как понятие «учреждение публичного права» (*body governed by public law*), которое применялось, чтобы отделить публичный сектор от частного. Национальные административные органы тем самым, оказываются связанными правом как на государственном, так и на надгосударственном уровне и выполняют теперь двойную функцию: они являются акторами как государственных, так и надгосударственных структур. Национальные административные органы являются таким образом «слугами» двух или даже более господ, и, следовательно, благодаря этому становятся подвержены возникновению большего числа различных конфликтов.

62. Такое развитие привело к значительным изменениям. На внутригосударственном уровне их следствием стала определенная фрагментация: поскольку национальные административные власти несут теперь ответственность перед органами на наднациональном и глобальном уровне, их спаянность и целостность находятся под угрозой. Европейское правовое пространство является на сегодняшний день наиболее важным, но отнюдь не единственным значимым в этом смысле явлением. Вне рамок государства становится возможным более легкое распространение административно-правовых институтов: если на глобальном уровне закреплены единообразные структуры и правила, то это облегчает заимствования и переносы из одной национальной правовой системы в другую. Результатом этого процесса является возрастающее сходство и единообразие. В целом, национальные административные системы оказываются во все меньшей степени связанными исключительно лишь «чисто» национальными контекстами.

63. Еще один аспект происходящих перемен заключается в том, что административное право как бы «пронизано» конституционным правом.⁸⁸ Расширение прав, гарантированных конституциями, в ходе судебной

⁸⁷ Michael Zürn/Stephan Leibfried, A New Perspective on the State. Reconfiguring the National Constellation, *European Review* 13 (2005), с. 1, 26.

⁸⁸ von Bogdandy/Huber (сноска 41), § 42 пункт 29 и сл. и 53 и далее; *Wiederin* (сноска 14), § 46 пункт 32 и 35 и далее.

практики конституционных судов привело к определенному развитию, которое - строго говоря - позволяет административному праву стать своего рода «конкретизированным конституционным правом»⁸⁹. Это развитие в известном смысле умалчивает роль административных судов как арбитров, принимающих в последней инстанции решения по вопросам деятельности административных органов. Исключения составляют такие страны, как Франция, где *Государственный Совет (Conseil d'État)* сохранил свое привилегированное положение, а *Конституционный Суд (Conseil constitutionnel)* лишь в последнее время приобрел компетенцию и полномочия подлинного конституционного суда.

64. Другой аспект заключается в том, что меняется сам характер соотношения между коллективными решениями и административными органами. Изначально коллективные решения принимались национальными парламентами: законодательные органы принимали законы, устанавливавшие цели и задачи в области управления, определявшие конкретные функции и полномочия, а также регулировавшие соответствующие процедурные требования. Административный аппарат был призван обеспечить затем исполнение этих законов на практике. Легитимность административных органов следовала, таким образом, из осуществляемой ими функции и деятельности по реализации законов. Законность означала по этой причине одновременно также и легитимность.

65. Однако сегодня это соответствует действительности лишь частично. Социальное давление на административный аппарат неуклонно растет, также и правительственные структуры открыты для этого давления. В частности, можно наблюдать существенное развитие прав на участие. Административные органы больше не принимают свои решения «за закрытыми дверями», но обязаны информировать заинтересованных лиц о предстоящих решениях и в преддверии этого обсуждать с ними свои соображения. Опосредованная парламентом легитимность не является достаточной, скорее существует еще и другой тип легитимации – «легитимация через процедуры».⁹⁰ Поскольку национальные административные органы становятся более доступными для сторон административного процесса, растет, однако, опасность того, что они будут поглощены частными интересами. Второй пример касается оснований законных полномочий органов управления. Согласно общепринятой точке зрения, административное право считается правом «суверенной власти»;

⁸⁹ Werner (сноска 86), *Deutsches Verwaltungsblatt* 1959, с. 527.

⁹⁰ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2001.

выражаясь образно, это означает, что оно «устанавливается сверху». Цель установления правомочий в законе состоит в том, чтобы частным лицам или гражданам - особенно тем, интересы которых ущемлены или которые находятся в неблагоприятном положении - дать возможность отстаивать свои права против государственной власти и требовать их соблюдения со стороны государства. В этом смысле государство и органы управления выполняют двойную функцию: с одной стороны, они признают данные права, а с другой стороны обеспечивают одновременно средства для их реализации.

66. Наконец, распоряжения административных органов подразумевают в традиционном понимании безоговорочное послушание. Подобное «державное» понимание, основанное на властном суверенитете, однако, не может больше охватывать все органы управления: в настоящее время административные органы оказывают содействие, обеспечивают стимулы для решения задач управления; адресаты их деятельности стимулируются к соблюдению административных требований, предписаний и правил. «Государство всеобщего благоденствия» показывает себя «великодушным» по отношению к своим гражданам, особенно в области здравоохранения, социального обеспечения и занятости. «Регулирующее государство» (*regulatory state*) оставляет частным предприятиям значительную свободу, в результате чего его собственные возможности действия являются ограниченными. «Государство реальных возможностей» (т.н. *enabling state*: по иной терминологии также ассистирующее или вспомогательное государство) создает «Республику свободного выбора» (*Republik der freien Wahl*)⁹¹ благодаря тому, что предоставление публичных услуг передается внешним исполнителям (*outsourcing*), а также выдаются соответствующие сертификаты, что позволяет гражданам самостоятельно выбирать своих поставщиков услуг. Эти тенденции указывают как на достоинства, так и на недостатки административного государства, на его сильные и слабые стороны: они являются признаком его способности адаптироваться к новой среде, в которой граждане играют более активную роль в общественной (публичной) жизни. Однако, они также свидетельствуют о том, что государство перегружено и поэтому существует необходимость в поиске новых способов выполнения его задач.

67. В целом, как социальное, так и регулирующее и ассистирующее государство оказали важное воздействие на традиционные структуры административного права: «Государство всеобщего благоденствия»

⁹¹ *Lawrence M. Friedman, The Republic of Choice. Law, Authority and Culture, 1990.*

предлагает своим гражданам услуги («*Etat Providence*»); функция управления больше не ограничивается преимущественно тем, что на граждан налагаются определенные обязательства. В ассистирующем государстве функционируют более или менее независимые регулирующие структуры,⁹² которые забирают из рук политиков функцию принятия решений в сфере регулирования и, следовательно, тем самым способствуют фрагментации государства. Административное государство, таким образом, перестает быть монолитным. Это создает необходимость интеграции различных органов власти в своего рода «вовлеченное правительство» (*joined-up government*)⁹³; по иной терминологии также «объединенное правительство»): государство становится в важных сферах и отношениях партнером отдельных игроков, акторов из частного сектора и начинает сотрудничать с ними на равных основаниях. Следовательно, система управления утрачивает в некоторых областях еще одну свою важную, самобытную характеристику: свою «суверенность»; последняя заменяется своего рода «нормативным диалогом» (*normativité dialoguée*) и «совместным правлением» (*gouvernance partagée*).⁹⁴

68. Тремя «классическими» парадигмами административного государства являются следующие: парадигма «власти и контроля (*command and control*)», парадигма единства (общности и единообразия) а также парадигма управления как атрибут суверенной власти и, в конечном счете, как высшая инстанция. Новые тенденции развития и появление новых задач, иногда преувеличенно обозначаемые как «демонтаж публичного права»⁹⁵, ставят перед необходимостью разработки «новой науки административного права» и «нового публичного менеджмента».⁹⁶ Ввиду

⁹² Они пользуются различной степенью независимости, и их число варьируется в отдельных странах.

⁹³ *Loughlin* (сноска 1), § 44 пункт 74.

⁹⁴ *Gérard Timsit*, La réinvention de l'Etat – Suite, *Revue Internationale des Sciences Administratives* 74 (2008), с. 181, 185 и 188.

⁹⁵ *Peter M. Huber*, Die Demontage des Öffentlichen Rechts, FS für Rolf Stober, 2008, с. 547.

⁹⁶ *Jean-Bernard Auby*, La bataille de San Romano, *L'Actualité juridique – Droit administratif* 57 (2001), с. 912 и далее; *Sabino Cassese*, The Transformations of Administrative Law from the 19th to the 21st Century, в: Benz/Siedentopf/Sommermann (Hg.), *Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung*, 2004, с. 267 и далее; *он же*, Le droit administratif européen présente-t-il des caractères originaux?, в: *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, 2004, с. 1183 и далее; *он же*, Tendenze e problemi del diritto amministrativo, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2004, с. 901 и далее; *он же*, Il diritto amministrativo tra XX e XXI secolo, *Giornale di diritto amministrativo* 7 (2004), с. 780 и сл.; *он же*, Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2006, с. 597 и далее; *Jean-*

того, что большинство из этих различных форм управления сосуществуют, так сказать, «бок о бок», одна из основных проблем в настоящее время состоит в их институциональной дифференциации (распределении) и их часто неудовлетворительном взаимодействии. Характеристику, данную *Джозефом Вейлером (Joseph Weilers)* современному международному праву, вполне можно использовать и к административному праву: «Так, геология позволяет говорить не столько о трансформации, сколько о наслаивании, об изменении, которое является частью преемственности, о новых пластах, которые не заменяют более ранние, а просто наслаиваются на них. Хотя геология и признает возможность радикальных всплесков, она позволяет сосредоточиться, прежде всего, на регулярном и обыденном. (Thus, geology allows us to speak not so much about transformations but of layering, of change which is part of continuity, of new strata which do not replace earlier ones, but simply layer themselves alongside. Geology recognizes eruptions, but it also allows a focus on the regular and the quotidian.)».⁹⁷ Эта смесь из разнородных элементов и их взаимодействие является одним из самых интересных объектов анализа становления и развития административного государства: суверенные действия власти и доступная пониманию граждан организация, использование в партийно-политических интересах и профессиональный нейтралитет, предоставление государственных привилегий и принципиальное равноправие - вот темы, которые сегодня предстают определяющими в дискуссии об административном праве.

Библиография

Raoul C. van Caenegem, An Historical Introduction to Western Constitutional Law, 1955.

Marie Pontier, Qu'est-ce que le droit administratif?, L'Actualité juridique – Droit administratif 35 (2006), с. 1937 и далее; *Paul Martens*, Que reste-t-il du droit administratif?, Administration Publique 30 (2006), с. 1 и далее; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft, Juristenzeitung 2007, с. 645 и далее; *Gunnar Folke Schuppert*, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel, Archiv des öffentlichen Rechts 133 (2008), с. 79 и далее; *Theda Skocpol*, Bringing the State Back в: Retrospect and Prospect, Scandinavian Political Studies 31 (2008), с. 109 и далее; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Principes de base d'une réforme du droit administratif (Teil 1), Revue française de droit administratif 24 (2008), с. 427 и далее.

⁹⁷ *Joseph H. H. Weiler*, The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), с. 547, 551.

Sabino Cassese, La formazione dello Stato amministrativo, 1974.

ders., Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 19 (1990), c. 5 и далее.

ders., La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo, Materiali per una storia della cultura giuridica 25 (1995), c. 107 и далее.

ders., La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni, 2000.

ders., Il diritto amministrativo tra XX e XXI secolo, Giornale di diritto amministrativo 7 (2004), S. 780 f.

Albert V. Dicey, Lectures on the Relations Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century, 1905.

ders., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, ⁸1915.

Massimo S. Giannini, Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche, 1986.

Rudolf von Gneist, Das Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den Deutschen Verwaltungssystemen, Bd. 1, ³1883.

Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 1927.

Olivier Jouanjan, Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle, 2005.

Pierre Legendre, Histoire de l'administration de 1750 à nos jours, 1968.

Jean-Paul Negrin, Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958, 1968.

Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886.

ders., Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, ³1924.

Stéphane Rials, Administration et organisation. De l'organisation de la bataille à la bataille de l'organisation dans l'administration française, 1997.

Jean Rivero, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif: Conseil d'Etat. Etudes et documents, 1966.

William A. Robson, Justice and Administrative Law – A Study of the British Constitution, 1928.

Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagron, Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand, *Revue française d'administration publique* 127 (2008), с. 526 и далее.

Charles Tilly (Hg.), The Formation of National States in Western Europe, 1975.

Gérard Timsit, La réinvention de l'Etat – Suite, *Revue Internationale des Sciences Administratives* 74 (2008), с. 181 и далее.

Alexis de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, Bd. 1, 1835 (Nachdruck 1986).

Dwight Waldo, The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration, 1948.