

Правовая защита и контроль (часть I)

Мартин Кайзер*

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

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

Содержание:

I. Правовая защита и контроль	88
1. Судебная правовая защита	88
а) Возрастающее значение в сравнительном праве	88
б) Правовая защита как возможная форма контроля	90
в) Первое приближение к понятию судебной защиты	90
2. Контроль	92
а) Понятие контроля	92
б) Судебные и внесудебные формы контроля	93
в) Управление и контроль	95
г) Новые административно-правовые теории	96
II. Формы контроля	98
1. Внутриадминистративные контрольные процедуры	98
а) Контроль правительством или Государственным Советом	98

I. Правовая защита и контроль

1. Судебная правовая защита

а) Возрастающее значение в сравнительном праве

Проблематика судебной правовой защиты против актов правительства и органов управления стала в 2000-е годы одной из наиболее центральных тем в европейской догматике административного права. Прежде всего, это связано с тем, что процесс постепенной трансформации Европы в единое целое всё больше проявляется также и в этой сфере. Как известно, в пятидесятые и шестидесятые годы прошлого столетия вопрос о том, в каких областях публичного права национальные государства гарантируют правовую защиту, в значительной степени продолжал оставаться на их усмотрении. Сегодня, однако, перед ними стоит принципиально иной вопрос, а именно - в каких областях исключение административно-правовой защиты вообще является ещё допустимым.

Исторически в правовой компаративистике тема судебно-административной юрисдикции долгое время не могла занять подобающего ей места. Например, исследования 19-ого столетия характеризовались скорее энциклопедическим подходом.¹ Хотя в этот период появлялись выдающиеся произведения, сохраняющие и до сегодняшнего дня своё значение, в них исследовались, тем не менее, лишь достаточно ограниченное число национальных правопорядков.² Только в послевоенное время стали публиковаться исследования, которые посвящались большему числу стран и давали оценку полученному в

¹ См. *Anselme P. Batbie*, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 8 Vde., ²1885.

² Наряду с работами Отто Майера (*Otto Mayer*), см. в частности, *Rudolf von Gneist*, *Das Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den Deutschen Verwaltungssystemen*, Bd. 1, ³1883; *Frank J. Goodnow*, *Comparative Administrative Law*, 1893; *Ernst Freund*, *Administrative Powers over Persons and Property: A Comparative Survey*, 1928. ВНЕ *Francesca Bignami*, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, *American Journal for Comparative Law* 2011, S. 859, 866 и далее и *Sabino Cassese*, IPE III, § 41 пункт 38, соответственно с дальнейшими ссылками.

результате сравнения материалу.³ Основное внимание этих работ было сосредоточено, естественно, в большей степени на сравнении отдельных национальных правопорядков, и, следовательно - на "горизонтальном" правовом сравнении. Только частично эти исследования включали элементы "вертикального" сравнения, ориентированно на общие европейские стандарты правовой защиты. Это связано с тем, что, с одной стороны, в праве Сообществ эти элементы находились в рудиментарной форме, а с другой стороны с тем, что их потенциал в праве ЕКПЧ раскрывался достаточно медленно и также отчасти в значительной степени недооценивался. Так например, долгое время считалось, что ст. 6 ЕКПЧ не может оказывать никакого унифицирующего действия в области административного права. Параллельно тому, как тенденции европейской конвергенции становились всё более ощутимыми, тема судебной защиты с 1970-х годы начала вызывать растущий интерес.⁴ В этот период появились также первые работы, в которых национальные структуры стали исследоваться в их соотношении с правовыми нормами более высокого уровня.⁵ Настоящее исследование продолжает эту традицию. При этом международно-правовые нормы и право Евросоюза понимаются не только как контрольный масштаб для национальных систем административного судопроизводства, но и наоборот, также как продукт национальных традиций административного права. Последние должны тем более учитываться здесь, поскольку сравнение должно принимать во внимание в том числе и исторический процесс формирования актуального правового положения. Если исследование истории делает необходимым сравнение

³ *Jean Rivéro*, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de l'administration dans l'Europe des Six, 1956; *Institut International des Sciences Administratives*, Cas concrets de contentieux administratif comparé: essai d'étude comparative en matière d'exécution de l'État, de contentieux disciplinaire et de responsabilité de la puissance publique, 1958; *Michel Fromont*, Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften, 1967. См. также, однако *Roger Bonnard*, Le contrôle juridictionnel de l'administration: Étude de droit administratif comparé, 1934 (новое издание 2006).

⁴ См. например, *Guy Braibant/Nicole Questiaux/Céline Wiener*, Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, Étude comparative, 1973, а также *Jean Marie Auby/Michel Fromont*, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne, 1971, где исследуются примеры ряда европейских государств.

⁵ Наряду с упомянутыми в сноске 4 исследованиями, здесь следует указать, в первую очередь, на фундаментальную работу Гейдельбергского Института международного и зарубежного публичного права Макса Планка: *Hermann Mosler* (Hg.), *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, 3 Bde., 1971. См. также *Fromont* (сноска 3); а также *Jacques Ziller*, *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, 1993.

(цитата *Мэйтлэнда*), то сравнение требует доступа к истории соответствующих национальных государств (цитата *Горла*).⁶

в) Правовая защита как возможная форма контроля

Административно-судебная защита представляет собой важную, но отнюдь не единственную форму контроля действий государства. Наряду с ней, существует целый ряд других контрольных механизмов, как например, надзорные инстанции по рассмотрению жалоб, независимые от органов управления, парламент, активная часть гражданского общества или специальные органы финансового контроля. В рамках настоящего исследования этим институтам будет также уделено внимание в той мере, в какой это важно для понимания сущности судебной защиты, её возможностей и пределов. Одновременно тем самым предпринимается попытка рассмотреть соответствующую материю не только с точки зрения контроля, но и сточки зрения практической деятельности в сфере управления, то есть показать также точку зрения административных органов и остальных акторов. Здесь, естественно, не может быть нарисована общая картина европейских систем правового контроля; защита против актов правительства и органов управления, скорее, составляет тему отдельных исследований.⁷

с) Первое приближение к понятию судебной защиты

В дальнейшем представляется целесообразным, прежде всего, обратить внимание на, пожалуй, все ещё самую распространённую форму контроля органов управления, то есть административно-судебную правовую защиту. В Европе самое позднее со второй половины прошлого столетия стало формироваться общее понимание института судной защиты. Это понимание заметно укрепилось в результате развития практики Европейского Суда по правам человека по вопросам применения ст. 6 ЕКПЧ. В соответствии с этим подходом, в случае административно-судебной правовой защиты речь идет об установлении формализованной, определенной в законе процедуры оспаривания действий правительственных органов и административных учреждений. Иначе, чем это позволяет предположить традиционное понятие *административно-судебная защита*, положение или статус действующих субъектов

⁶ *Gino Gorla, Diritto comparato e diritto comune europeo, 1981, c. 41 сл.: „comparison involves history“*, продолжая традицию *Frederic William Maitland, Collected Papers, XX, Bd. 1, 1911, c. 488: „history involves comparison“*.

⁷ См. в этом отношении IPE VIII и IX (в подготовке).

(государственные служащие, коллегиальные органы власти, руководители и работники министерств, правительство и т.д.) не играет при этом никакой роли. Решающее значение скорее имеет то, что независимый орган может беспрепятственно осуществлять всеобъемлющую с точки зрения фактических и правовых аспектов проверку переданных ему на рассмотрение дел, причем этот орган не подчиняется указаниям исполнительной власти и соответственно не связан её правовыми оценками.⁸ При этом независимость контрольного органа определяется такими факторами, как порядок назначения его членов, срок их полномочий, порядок освобождения их от должности, а также общий внешний имидж данного органа.⁹ Если предусмотрены возможность подачи жалобы в иерархически вышестоящие инстанции или политические органы, то последние не могут быть отнесены к институтам административно-судебной защиты, поскольку для их членов не действуют гарантии от отстранения от должности, а сами органы не располагают институционально-организационной независимостью.

С традиционной точки зрения административное право выполняет, в первую очередь, функцию контроля осуществления государственной власти по отношению к индивидам.¹⁰ Исполнительная власть движется не в безвоздушном помещении, а является, в соответствии с известной краткой формулой *Мартина Шанпо* (*Martin Shapiro*), ограниченным правлением (*bounded government*).¹¹ Что это значит в данных обстоятельствах для науки административного права? По этому поводу долгое время и практически, не вызывая возражений, существовала точка зрения, что теоретическое исследование должно направлять своё основное внимание на органы административной юрисдикции. Административная юстиция представляет собой, согласно этому мнению, своего рода «роллс ройс» среди контрольных механизмов. В этом плане административно-судебная защита предстаёт средством, оптимально пригодным, чтобы обеспечить достаточную защиту индивида от недопустимых вмешательств в его права. С некоторым упрощением можно сказать, что в этом выражается или выражался преобладавший в Германии долгое время подход юридического метода, равно как и подход ранней англосаксонской теории административного права. Согласно этой концепции,

⁸ Vgl. etwa EGMR, Nr. 49636/99, Urteil vom 13.2.2003, ECHR 2003-III, Rn. 81 – *Chevrol/Frankreich*.

⁹ Grundlegend EGMR, Nr. 7819/77 und 7878/77, Urteil vom 28.6.1984, Serie A 80, Rn. 78 – *Campbell und Fell/Vereinigtes Königreich*.

¹⁰ См. например классическое определение *Sabino Cassese*: „Il diritto amministrativo è quel ramo del diritto che disciplina la pubblica amministrazione e i suoi rapporti con i privati“ (Istituzioni di Diritto Amministrativo, 2004, c. 1).

¹¹ *Martin Shapiro*, Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 8 (2001), c. 369.

административные суды устанавливают главные барьеры безопасности для действий государственных органов (по этой причине в Англии также говорят о «*red light approach*»).¹²

Также и французская наука административного права долгое время основное внимание уделяла анализу судебной практики.¹³ В литературе отмечалось поэтому, что можно было наблюдать настоящий симбиоз теории и практики.¹⁴ В основе подобных подходов нередко лежит (имплицитное) признание, что только судебный контроль может обеспечивать достаточную защиту прав заинтересованных лиц. Другие формы контроля должны были на этом фоне отступить на задний план и по этой причине не представляли особого интереса. В результате для теории основным объектом оставался единственно уровень судебного контроля. Вопросы о том, как осуществляется управление административными органами на уровне их функциональной деятельности, и какие альтернативные контрольные механизмы существуют, не представляли особого интереса.

2. Контроль

а) Понятие контроля

Теория расширяет спектр исследования, если судебная правовая защита понимается как особая форма контроля. Понятие контроля происходит от французского «*contrôle*» и восходит своими корнями к выражению «*contre-rôle*», обозначавшему «проверочную запись», при помощи которой осуществлялась проверка соответствия оригинальной записи её контрольной копии.¹⁵ При контроле, следовательно, нечто, как оно есть, сравнивается с тем, как оно должно быть.¹⁶ Субъект контроля рассматривает объект контроля из противоположной перспективы и оценивает его в соответствии с определёнными критериями. В результате

¹² В частности *Goodnow* (сноска 2). См. *Carol Harlow/Richard Rawlings*, *Law and Administration*, ³2009, с. 23; *Andreas Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 1 пункт 4.

¹³ См. в частности *Maurice Hariou*, *Précis de droit administratif et de droit public général*, ³1897.

¹⁴ См. *Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagrón*, *Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen*, *ZaöRV* 2007, с. 395, 403.

¹⁵ *Walter Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, с. 4.

¹⁶ См. «классическое» определение (сравнение «должное»-«сущее») в *Gérard Bergeron*, *Fonctionnement de l'État*, 1965, с. 52.

того, что вследствие этого контролируемый орган, агент, должен за свои действия давать отчёт принципалу, возникает его *ответственность (accountability)*.¹⁷ Контроль предполагает, следовательно, следующее:¹⁸

- объект контроля, то есть неформальные или формализованные образы поведения, действия, бездействие или решения;
- субъект контроля, находящийся на некотором удалении от объекта контроля;
- масштаб контроля, (например, правомерность, целесообразность, экономичность, справедливость, «правильность» или практическая реализуемость); и, наконец,
- процедуру контроля, и, тем самым, проверку объекта контроля на основании контрольного масштаба, независимо от того, осуществляется ли подобное сравнение «должное-сущее» на единичной или постоянной основе, в приближённой или строгой форме, носит всеобъемлющий или выборочный характер.

в) Судебные и внесудебные формы контроля

Исходя из сказанного выше, можно заключить, что понятие контроля является по своему содержанию более объёмным, чем понятие судебной правовой защиты. Последнее устанавливает ответственность органов, подлежащих контролю, средствами права. Большинство других форм контроля устанавливают ответственность органов власти политическими средствами. В соответствии с разделяемым в данном исследовании пониманием, понятие контроля не предполагает, в отличие от понятия надзора, что сама процедура контроля ведет к исправлению оспоренного акта.¹⁹ Так например, процедура контроля посредством института омбудсменов или специальных уполномоченных может в принципе вести к корректировке актов государственных органов, однако, она необязательно должна вести к такой корректировке, поскольку эти уполномоченные лица могут давать в большинстве случаев только рекомендации. Тем не менее, и такие процедуры - это также формы контроля, а именно внесудебного

¹⁷ *Mark Bovens*, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, *European Law Journal* 13 (2007), с. 447, 450.

¹⁸ См. например *Günter Püttner*, *Verwaltungslehre*, 42007, § 20 пункт 12 и далее.

¹⁹ *Wolfgang Kahl*, *Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle*, в: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2009, § 47 пункт 15. *Enger Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 31987, с. 282, здесь автором в качестве критерия контроля подчёркивается значение цели процедуры, которая должна состоять в изменении или отмене оспариваемого акта.

контроля. Их основная цель заключается не столько в ретроактивной отмене оспариваемого акта, сколько в установлении ответственных лиц за счёт документации процесса принятия решений и осуществления мер. Если это впоследствии приводит - как например, при парламентском контроле - к исправлению самим органом власти своего акта, то это является желаемым эффектом, но не необходимой предпосылкой или критерием процедуры внесудебного контроля. Отличие от судебных процедур состоит в том, что в рамках самого процесса контроля отмены оспариваемого решения не происходит. Последующая отмена может осуществляться контролируемым органом власти или в рамках другой процедуры; в рамках внесудебного контроля для этого нет возможности. В противоположность судебной правовой защите, также неважно, затронуты ли внесудебным контрольным процессом интересы определённых лица или, по меньшей мере, идентифицируемого круга лиц; объектом контроля могут быть, скорее, также организационные приёмы или порядок принятия актов и формы их принятия. Сам контрольный масштаб является более широким, чем при судебной правовой защите, поскольку он не обязательно должен следовать из определённой правовой нормы и её толкования, но также может вытекать из обычаев (*constitutional conventions*), критериев "правильности", реализуемости, приемлемости для заинтересованных лиц или просто чисто политических соображений. И, наконец, в противоположность к административно-судебной защите при внесудебном контроле нет необходимости в истце; контрольная процедура может быть инициирована не только внешними субъектами, но и самими органами контроля.

Вышесказанное подтверждает вывод, что понятие контроля значительно шире, чем понятие судебной правовой защиты. Только через такое расширение угла зрения могут быть чётко установлены контуры административного судопроизводства и его возможности, но также и правильно поняты его границы.²⁰ При этом выясняется, что контроль всегда реализуется в рамках конфликта. Прежде всего, между контролирующим субъектом и контролируемыми субъектами всегда требуется наличие некоторой дистанции. В случае административной юрисдикции такая дистанция существует практически в прямо-таки идеальной форме. В свою очередь, на уровне контролирующего субъекта необходима определённая отраслевая приближённость, чтобы иметь возможность давать компетентную и адекватную оценку объекту контроля. Такая приближённость в идеальной форме реализуется в рамках внутреннего административного контроля. Однако, вряд ли можно объединить в одной контрольной форме одновременно и максимальную

²⁰ См. Paul Craig/Adam Tomkins, Introduction, in: dies. (Hg.), *The Executive and Public Law. Power and Accountability in Comparative Perspective*, 2006, S. 1, 11 и далее.

критическую дистанцию, и максимальную отраслевую приближённость, поскольку в таком случае пришлось бы организовывать "двойную административную систему", что было бы, со всей очевидностью полным абсурдом.²¹ По этой причине всегда необходимо наличие нескольких контрольных форм, и судебная форма – это только одна из них. Поскольку судебный контроль это дорогая и затратная вещь, то существуют и другие альтернативы, ориентированные на защиту интересов добывающихся своего права субъектов. В Англии в этой связи говорится о т.н. *proportionate dispute resolution*.²²

с) Управление и контроль

Прежде всего, следует отграничить понятие контроль (*Kontrolle*) от понятия "контролирование" (*Controlling*). Под контролированием понимается обычно *сопровождающая* или промежуточная проверка предоставления исполнения (*Output*) и различных фаз административного процесса, в то время как в случае контроля речь идёт последующей проверке.²³ По общему правилу, контроль может осуществляться на всех трёх фазах деятельности административных органов, а именно по завершению планирования, принятия решения и исполнения.²⁴ На всех этих фазах на административные органы может оказываться влияние, и их действия могут соответствующим образом направляться. В этом смысле понятие управление является более широким; под ним понимается здесь воздействие на организации для достижения определенных целей.²⁵ Такая возможность направления административной деятельности предполагает, как правило, попытку влиять на что-то, что лежит в будущем. Средством такого управления является, например, обязанность административных органов принимать свои решения в рамках транспарентной и надлежащей процедуры и должным образом обосновывать свои действия. Такие обязанности действуют проспективно. В отличие от этого, при контроле, как правило, осуществляется проверка уже предпринятых в прошлом действий. В то время как контроль своей основой и необходимой предпосылкой имеет принцип разделения властей,²⁶ то понятие управления

²¹ *Edmund Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, с. 46.*

²² *Peter Cane, Administrative Adjudication and Administrative Tribunals, 2009, с. 211 с дальнейшими ссылками.*

²³ *Kahl* (сноска 19), пункт 19.

²⁴ *Kahl* (сноска 19), пункт 9.

²⁵ *Albert von Mutius, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42 (1984), с. 147, 153; Gunnar Folke Schuppert, IPE IV, § 70 пункт 59 и сл.; Voßkuhle* (сноска 12), § 1 пункт 18 и далее.

²⁶ См. *Christoph Möllers, Gewaltengliederung, 2005, с. 76 и сл.*

следует позиционировать с точки зрения конституционного права скорее ближе к принципу законности.

Остается заметить, что при контроле и управлении речь не обязательно идёт о противоположностях. Если сформулировать в несколько упрощённом виде, то правительство и парламент управляют системой органов управления через законы и постановления, а суды и другие контрольные инстанции - контролируют их посредством установленных таким образом параметров. При обнаружении слабостей или дефектов управления они могут исправляться путём улучшения судебного и внесудебного контроля. Контрольные процедуры скрывают в себе, таким образом, возможность "корректирующего управления", и в этом смысле управление и контроль могут пониматься как периодически повторяющийся процесс взаимного обучения. Если контроль административных органов осуществляется превентивно, то в англосаксонской дискуссии, как правило, используется для этого понятие контроль законности (*legality review*), которое отличается от собственно судебного контроля административных актов (*judicial review*).²⁷

d) Новые административно-правовые теории

Более новые концепции административного права представляют собой реакцию на административно-правовые теории, которые рассматривали свой предмет только с точки зрения судебной правовой защиты, и тем самым лишь с точки зрения одной из многих форм контроля.²⁸ Согласно англосаксонской теории управления, наука административного права должна интенсивно заниматься внесудебными контрольными механизмами и при этом учитывать контроль, осуществляемый на фазах непосредственно планирования, принятия и исполнения решений. Если ряд направлений в английской доктрине, инспирированных более широким пониманием контроля, обозначаются собирательным понятием "концепции зелёного света" ("*green light theories*") то это отнюдь не значит, что эти направления поддерживают своевольный стиль деятельности органов управления.²⁹ В случае английских теорий управления речь идет скорее о том, чтобы направить взгляд на те средства, при помощи которых деятельность административных органов, с одной стороны, становится возможной, но с другой стороны, - также и управляемой. При этом хотя административно-судебная защита и понимается как необходимая форма контроля действий органов власти, но одновременно это сопровождается

²⁷ См. Gianluca Sgueo, Proactive Strategies in the Global Legality Review, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 2010, с. 21, 25 и сл.

²⁸ См. выше.

²⁹ Harlow/Rawlings (сноска 12), с. 31.

указаниями на риски, связанные с чрезмерной интенсивностью осуществляемого контроля.³⁰ Центральное место занимает вопрос о том, как можно обеспечить, чтобы административные органы несли ответственность за свои действия. Поэтому теории управления подчеркивают важность механизмов внутриведомственного административного контроля, а также преимущества форм политического контроля, в рамках которых основное внимание больше уделяется самим решению дела по существу и его импликациями, чем формальным аргументам. В основе этого лежит, так сказать, инструментальный подход к рассмотрению административно-правовых форм деятельности: англосаксонские теории управления задаются соответственно вопросом о том, в какой мере эти формы способствуют надлежащему или ответственному осуществлению правления и управления (*good governance*). В результате удаётся избежать сужения угла зрения исключительно на односторонние распоряжения. Органы управления предстают в этом случае уже не как учреждения, которые лишь призваны посредством обязательных административных актов в отдельном конкретном случае реализовывать сформулированные в законодательстве публичные интересы. Скорее, они должны стремиться побуждать лиц, интересы которых затрагиваются соответствующими регулирующими мерами, к соблюдению установленных норм.³¹

Подход английских теорий управления обнаруживает некоторые интересные параллели с «новой» доктриной административного права в Германии. В соответствии с этой доктриной, административное право представляет собой ориентированную на правотворчество теорию действия и решения (*rechtsetzungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft*). Таким образом, право выполняет функцию предоставления и обеспечения средств и призвано служить не только для того, чтобы устанавливать границы и рамки для органов управления, а для того, чтобы вообще сделать возможным административную деятельность. Тем самым, «новая» германская доктрина административного права идет в аналогичном направлении, как и английские теории управления, в соответствии с которыми административное право не только должно сдерживать, но и вообще делать возможными действия правительства и органов управления, (отсюда и произошло выражение «теория обеспечения» или «теория зелёного света»).

³⁰ Особо выделено в: *Sir Cecil Carr, Concerning English Administrative Law*, 1941, с. 11, где указывается, что административно-судебная защита способна препятствовать не только произволу, но иногда и общественному прогрессу.

³¹ *Bigami* (сноска 2), с. 869 и сл., 872 и сл.

II. Формы контроля

В дальнейшем освещаются определённые формы контроля, которые существуют наряду с судебной защитой, а именно внутриведомственный, квази-судебный и политический контроль. Выбор ограничивается процедурами, которые лучше позволяют очертить контуры понятия судебной защиты и облегчают его понимание только как одной из возможных форм контроля.

1. Внутриадаминистративные контрольные процедуры

В европейских правовых системах существуют, наряду с судебной правовой защитой, различные внутриадаминистративные контрольные механизмы. Их отличие от судебной защиты состоит в том, что субъекты контроля не пользуются той степенью независимости, которую требует ЕКПЧ.³² Как в дальнейшем предстоит показать, провести при этом совершенно чёткие линии размежевания представляется не всегда возможным.

а) Контроль правительством или Государственным Советом

Если контрольной инстанцией является само правительство, то это представляет собой наиболее акцентированную форму внутриадаминистративного контроля. При подаче жалобы в вышестоящую административную инстанцию в принципе существует возможность, что юридическая процедура приведёт к рассмотрению дела судом. В отличие от этого, если решение принято правительством, то в соответствии с первоначальной, предложенной во Франции концепцией внутриадаминистративного контроля, последующее судебное оспаривание в принципе было невозможно. Соответственно, отсутствие судебной защиты в этом случае должно было компенсироваться применением особенно широкого масштаба контроля, который включал в себя, наряду с контролем правомерности, также и контроль целесообразности действия органа управления. Изначально модель, по которой инстанционный порядок рассмотрения жалоб должен был заканчиваться на уровне правительства, представал подкупающе простым. При таком подходе Государственный Совет (*Conseil d'État*) был призван выполнять двойную функцию.³³ С одной стороны, как консультационный орган при правительстве он был

³² См. выше сноска 9. См. *Jeanne Lemasurier*, *Le contentieux administratif en droit comparé*, 2001, с. 1 и сл.

³³ *Pascale Gonod*, *in diesem Band*, § 75 пункт 3.

уполномочен сопровождать процесс подготовки законодательства и принятия распоряжений правительства, а также рассмотрения конкретных проблем деятельности административных органов. С другой стороны, с созданием в Государственном Совете в начале 19-ого века специального Департамента судебно-административных дел (*section du contentieux*) он получил также важные полномочия по отправлению функций судебной власти. В результате, как представлялось, тем самым ответственность контролируемых административных учреждений гарантировалось оптимальным образом: Их действия могли обжаловаться в последней инстанции в правительственном органе, причем правительство, в свою очередь, было подотчетно парламенту. Функции Государственного Совета развивались в тесном взаимодействии с инструментом парламентской ответственности,³⁴ и положение правительства по отношению к органам управления укреплялось.

Со временем укреплялась судебная функция Государственного Совета. С тех пор, как Совет в 1872-ом году в результате изменения закона получил право выносить решения от своего имени, он может характеризоваться как судебный орган.³⁵ Аналогичное развитие можно было наблюдать также в других странах, для которых французская модель послужила примером, а именно в Испании и Италии.³⁶ Тем не менее, одновременная роль как своего рода «штабной службы» правительства попадала под возрастающую критику в решениях Страсбургского Суда. В соответствии с практикой ЕСПЧ, исполнение членами Государственного Совета одновременно судебных и консультационных функций несовместимо с принципом независимости.³⁷ Поэтому французский законодатель пытался более четко разделить функцию отправления правосудия Государственным

³⁴ См. ниже.

³⁵ *Gonod* (сноска 33), пункт 5 и далее.

³⁶ *Karl-Peter Sommermann*, Das Recht auf effektiven Rechtsschutz als Kristallisationspunkt eines gemeineuropäischen Rechtsstaatsverständnisses, FS für Detlef Merten, 2007, с. 443, 447.

³⁷ ЕСПЧ, №. 14570/89, Решение от 28.9.1995, Serie A 326, пункт 45 – *Procola/Luxemburg*, (члены Государственного Совета не должны одновременно выполнять судебные и консультативные функции). См. однако ЕСПЧ, № 65411/01, Решение от 9.11.2006, ECHR 2006-XIII, пункт 74 и далее – *Sacilor Lormines/Frankreich* (отсутствие нарушения Конвенции, поскольку консультативная функция в данном конкретном случае не могла поставить под сомнение независимость органа, принявшего решение) и № 39699/03, Решение о допустимости от 30.6.2009 – *Union fédérale des Consommateurs Que Choisir de Côte d'Or/Frankreich*. По данному вопросу см. *Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser*, The Judicial Dynamics of the French and European Fundamental Rights Revolution, в: *Kapiszewski/Silverstein/Kagan* (Hg.), *Consequential Courts*, 2013, с. 289, 296 и далее.

Советом от его совещательной функции, устанавливая определенные правовые оговорки об исключении.³⁸

Также под воздействием практики ЕСПЧ³⁹ было запрещено участие правительственного комиссара (*commissaire du gouvernement*, теперь он называется публичный докладчик - *rapporteur public*), которому принадлежит право на обращение с заявлением, в обсуждении и принятии решения составом Государственного совета.⁴⁰ Даже если Государственный Совет теперь, как представляется, соответствует вытекающим из Конвенции критериям независимости, его членами становятся - в противоположность административным судьям в Европе - люди с профессиональной специализацией в области управления, а не судьи с юридическим образованием. Как правило, они имеют дипломы Национальной школы администрации (*École Nationale d'Administration*), а не Национальной школы магистратуры (*École Nationale de la Magistrature*).⁴¹ В целом в свете вышесказанного Государственный Совет предстаёт все еще скорее как элемент исполнительной власти, чем судебной.

Также и деятельность шведского Высшего Административного Суда первоначально понималась, хотя и на основании собственной исторической традиции, как деятельность исполнительной власти. То, что корни шведской системы административно-правовой защиты лежат в правах короны принимать решение по жалобам граждан, выражается также в том, что шведские административные суды могут также, наряду с правомочностью, проверять соразмерность и целесообразность действий органов управления.⁴² Даже если в результате судебной практики

³⁸ Так, ордонанс от 6.3.2008 запрещает членам Совета участвовать в судебном разбирательстве, в котором они прежде имели совещательную функцию; *Gonod* (сноска 33), пункт 105.

³⁹ ЕСПЧ, № 39594/98, Решение от 7.6.2001, ECHR 2001-VI, пункт 85 - *Kress/Frankreich*; № 58675/00, Решение от 12.4.2006, ECHR 2006-VI, пункт 53 - *Martinie/Frankreich*.

⁴⁰ *Gonod* (сноска 33), пункт 105; *Matthias Ruffert*, *in diesem Band*, § 94 пункт 23; *René Chapus*, *Droit du contentieux administratif*, 13^e 2008, Rn. 1037/2. Аналогичные изменения были проведены также в Португалии; *Vasco Pereira da Silva/André Salgado de Matos*, *in diesem Band*, § 81 пункт 203.

⁴¹ *Michel Fromont*, *Le débat à l'étranger: présentation générale*, в: Centre d'Etudes et de Recherches sur l'Administration Publique (CERAP) (Hg.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1991, с. 43, 45; *Francesca Bignami*, *Comparative Administrative Law*, в: Bussani/Mattei (Hg.), *Comparative Law*, 2012, с. 145, 151; подробно см. *Bruno Latour*, *La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État*, 2002 (английский перевод 2009); *Dominique Schnapper*, *Une sociologie au Conseil Constitutionnel*, 2010, с. 146 и далее и с. 328 и далее.

⁴² *Mats Kumlien/Kjell Åke Modéer*, IPE III, § 48 пункт 77. Также и созданный в 2007-ом году швейцарский Федеральный Административный Суд может осуществлять

Страсбургского Суда степень независимости административных судов усилилась,⁴³ шведский пример иллюстрирует, тем не менее, что концепция, рассматривающая правительство как инстанцию обжалования, еще не исчезла полностью из европейского мысли. Здесь сталкиваются две концепции, в конфликте которых, в конечном счете, одержала верх идея судебной правовой защиты.

б) Контроль посредством внутриадминистративных процедур

В основе концепции Государственного Совета как инстанции обжалования лежит идея контроля иерархически вышестоящими органами.⁴⁴ Последние, используя инструмент отраслевого надзора или специфического ведомственного надзора, реализуют последовательный и постоянный контроль деятельности административных органов. В системах внутриадминистративной правовой защиты органы надзора не ограничиваются этим контрольным процессом. По ходатайству заинтересованных лиц вышестоящие органы власти могут проверять административные акты подчиненных им органов власти, как правило, не только с точки зрения их правомерности, но и их целесообразности. В то время как контрольный объект сопоставим, таким образом, с объектом контроля при судебной правовой защите, контрольный масштаб является более широким. Нередко внутриадминистративные процедуры могут инициироваться параллельно с административно-судебными. Однако, в ряде случаев - как в случае германской процедуры производства в связи с подачей протеста (*Widerspruchsverfahren*) – обжалование в порядке административной процедуры должно обязательно предшествовать подаче судебной жалобы. Такие правила установлены, в частности, в Нидерландах, Австрии и в большинстве кантонах Швейцарии.⁴⁵ То же самое действует в принципе также в Германии,⁴⁶ Польше и Испании.⁴⁷ В

контроль постановлений и распоряжений на их соразмерность; *Benjamin Schindler*, IPE III, § 49 пункт 26.

⁴³ *Lena Marcusson*, **in diesem Band**, § 82 пункты 9, 19, 47 и 57; *Kumlien/Modéer* (сноска 42), пункт 75; *Michel Fromont*, Les dernières réformes du contentieux administratif en Europe: les exemples de la Suède, de l'Autriche et des Pays-Bas, FS für Jean-Marie Auby, 1992, с. 515, 517 и далее.

⁴⁴ См. *Giovanni Biaggini*, IPE III, § 53 пункт 34.

⁴⁵ *Thomas Groß*, Konvergenzen des Verwaltungsschutz in der Europäischen Union, Die Verwaltung 33 (2000), с. 415, 424.

⁴⁶ Заинтересованное лицо обязано сначала обратиться в само ведомство с требованием изменить решение. Если исходная инстанция отказывается сделать это, то решение по поданному протесту принимает вышестоящая инстанция. *Wolfgang Kahl*, **in diesem Band**, § 74 пункт 134.

⁴⁷ *Michel Fromont*, Droit administratif des États européens, 2006, с. 115 и сл.

Португалии, напротив, внутриадминистративные и судебные процедуры могут вестись в принципе параллельно.⁴⁸ В случае правовой защиты судами и административными учреждениями вопрос ставится, следовательно, не «или - или», а скорее речь идёт о взаимодополнении.

Если правовая защита гарантируется в порядке внутриведомственной защиты, то она обнаруживает, в первую очередь, ряд преимуществ. Так, процедура в административных инстанциях является часто менее формализованной и более скорой, чем в административных судах. Нередко для подачи жалобы в случае внутриадминистративной правовой защиты действуют более простые условия, чем при судебной защите. Например, в рамках процедуры факультативного рассмотрения административных жалоб, предусмотренного общим правом (*recours administratif de droit commun*), не должен подтверждаться наличие у заявителя личного интереса.⁴⁹ В силу их особенной компетентности в соответствующей области инстанции внутриведомственного контроля, кроме того, могут осуществлять проверку не только правомерности обжалованного решения, но и его соразмерности. Наконец, в рамках упомянутых процедур нередко есть возможность формального или достигаемого вне процесса мирового соглашения, а также других форм взаимоприемлемых решений.⁵⁰ Помимо этого, с точки зрения надзорной инстанции данный порядок предоставляет возможность проверять административные акты подчиненных органов управления власти, выходя за контекст только данного конкретного случая, получать ценную информацию и при необходимости осуществлять корректирующее вмешательство (условно говоря: «внутренняя пожарная сигнализация»)⁵¹. Контрольная процедура внутриадминистративного искового производства сопряжена таким образом нередко с (инцидентной) реализацией функции надзора. Если последний вряд ли ведёт к инструкциям в отдельном конкретном случае,⁵² в рамках инициируемой «третьими» лицами внутриадминистративной процедуры таковые являются как раз правилом. В случае отмены внутриадминистративных процедур подачи жалоб об этих преимуществах часто забывают.⁵³

Недостаток внутриадминистративных процедур состоит в незначительной дистанции между субъектом контроля и контрольным объектом. Разумеется, для понятия контроля просто необходимо, чтобы

⁴⁸ *Gonod* (сноска 33), пункт 113; *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 40), пункт 187 и далее.

⁴⁹ СЕ, 23.11.1962, *Association des anciens élèves de l'Institut commercial de Nancy*.

⁵⁰ *Gonod* (сноска 33), пункт 118 и далее.

⁵¹ *Fromont* (сноска 47), с. 113.

⁵² *Marian Döhler*, *Die politische Steuerung der Verwaltung*, 2007, с. 313.

⁵³ См. *Kahl* (сноска 46), пункт 136, а также *Friedhelm Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 82011, § 5 пункт 5.

контрольный орган и контролируемый орган были разными органами.⁵⁴ Если, тем не менее, не имеется более даже минимальной дистанции, то, скорее, следует говорить о сопутствующих или параллельных решениях.⁵⁵ Если у органа надзора нет необходимой дистанции к органу, к которому предъявляются претензии, заинтересованное лицо не выступает в качестве равноправной стороны по отношению к данному органу. Естественно, не следует безоговорочно обобщать эти недостатки. Так, контроль в рамках внутриадминистративной процедуры довольно осуществляется вышестоящей административной инстанцией, служащие которой, имеют скорее весьма слабые контакты, если вообще имеют таковые, со служащими тех органов, в отношении которых осуществляется проверка. Решающее значение для определения дистанции имеет также независимость, которой пользуются контролируемые органы. Так например, шведские административные служащие пользуются значительно большей независимостью, чем их немецкие или французские коллеги, в отношении которых вышестоящие инстанции имеют право давать директивы и указания.⁵⁶ Независимость внутриадминистративных органов контроля может, таким образом, в отдельных случаях вполне приближаться к независимости судов, даже если она и не соответствует вытекающим из европейского права требованиям. Это становится особенно отчетливым, если обратить взгляд на те процедуры правовой защиты в контрольных инстанциях, стоящих вне системы органов управления, которые происходят из внутриадминистративных контрольных процедур и продолжают накопленный ими опыт. К этому вопросу нужно будет вернуться в связи с рассмотрением процедуры т.н. внешнего административного контроля.⁵⁷

⁵⁴ См. также выше.

⁵⁵ *Ulrich Scheuner*, Verantwortung und Kontrolle in der staatlichen Verfassungsordnung, FS für Gebhard Müller, 1970, с. 379, 392.

⁵⁶ *Marcusson* (сноска 43), пункт 30. Если служащих в основу своего решения берёт не закон, а указание вышестоящего органа, то он несёт за это уголовно-правовую ответственность; *Hannfried Walter*, Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt im Rechts- und Verfassungssystem, в: Mosler (Hg.), Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Bd. 3, 1971, с. 18.

⁵⁷ См. также ниже.