

Государство, государственное управление и административное право в Германии

Армин фон Богданди*/Петер М. Хубер**

*Армин фон Богданди - профессор, доктор права, Директор Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву.

**Петер М. Хубер - профессор, доктор права, судья Федерального конституционного суда ФРГ.

«Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность авторам и издательству *C. F. Müller, Juristischer Verlag, Heidelberg* за разрешение перевести и опубликовать данную статью. Оригинал статьи см. *Armin von Bogdandy/Peter M. Huber, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland*, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Ius Publicum Europaeum, Band III*, 2010, с. 33 и далее.

I. История права и юридическая компаративистика в европейском правовом пространстве.....	3
II. Развитие государства и управления.....	8
1. Ранняя современность и ее заповеди	8
2. Государство и государственное управление в 19-ом веке	13
а) Преобразования, осуществленные под французским влиянием.....	13
б) Экспансия управления и конституционное правовое государство.....	17
3. Веймарская республика	21
III. Основные линии развития административного права.....	22
1. Административное право в 19-ом веке: становление и развитие правового признания индивида	22

2	фон Богданди/Хубер	
a)	«Полицейско-бюрократическое право» (Policeuecht)» как негативный пример.....	22
b)	Административное право как реализация конституционного правового государства.....	25
2.	Создание административной юрисдикции	32
3.	Дальнейшее развитие в период до принятия Основного Закона ФРГ	36
IV. Управление и административное право в условиях действия Основного Закона ФРГ.....		
1.	Институциональное развитие	38
a)	Организационные основы.....	39
b)	Положение органов управления в государственном механизме.....	40
c)	Функции государственного управления и административного права после 1949-го года.....	41
2.	Конституционализация государственного управления и административного права	42
a)	Развитие принципа пропорциональности.....	45
b)	Устранение сфер, в которых не действуют основные права	46
c)	Регулирование «обслуживающего» (позитивного) государственного управления.....	48
d)	Регулирование неформальной административной деятельности.....	50
3.	Расширение и усовершенствование индивидуальной правовой защиты	51
a)	Гарантия правовой защиты.....	52
b)	Административное правосудие и общая оговорка об административных судах.....	55
c)	Индивидуальная правовая защита и субъективно-публичные права.....	56
4.	Государственное управление и принцип демократии	60
V.	Понятие административного права.....	63

I. История права и юридическая компаративистика в европейском правовом пространстве

Процесс формирования и эволюции государственности, системы государственного управления и административного права в Германии можно описывать во многих перспективах, преследуя при этом совершенно разные познавательные интересы. В настоящей статье в качестве основной перспективы выбрана категория «европейское правовое пространство», поскольку это понятие, которое использовано в ст. 3 абз. 2 Договора о Европейском Сообществе (ДЕС), по разным причинам по прежнему продолжает оставаться наиболее адекватным.¹ Оно предполагает, что речь идет о возникновении новой общности, преодолевающей рамки прежних обособленных национальных государств.² В то же время это понятие избегает как федеративную, так и чисто международно-правовую интерпретацию сущности этой общности.

Одной из исходных точек европейского правового пространства является территория Европейского Союза, детерминированная рамками правопорядков его государств-членов. Существенное значение имеет при этом также сочетание государственного и наднационального элементов. Основным смысл понятия «европейское правовое пространство» - это констатация, что правовая организация этой территории осуществляется как через нормы государств-членов, так и через нормы Евросоюза с

¹Ст. 3 абз. 2 Договора о Европейском Союзе (ДЕС) устанавливает: «Союз предоставляет [...] пространство [...] права [...]». Термин «пространство» появляется и во многих других ключевых положениях договоров; так например, одним из первых его упоминаний стало определение понятия внутреннего рынка в Едином Европейском Акте, теперь это статья 26 абзац 2 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС). Далее следует указать также на ст. 8 абз. 1 ДЕС, а также ст. 67 абз. 1 и ст. 179 абз. 1 ДФЕС. По вопросу о данном понятии *Giacinto della Cananea*, *Dal territorio statale allo spazio giuridico europeo*, в: *Cammelli* (Hg.), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, 2007, с. 65, 70 и далее; *Jörg Monar*, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, в: *von Bogdandy/Bast* (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, с. 749, 757; *Heinrich Siedentopf/Benedikt Speer*, *La notion d'espace administratif européen*, в: *Auby/Dutheil de la Rochère* (Hg.), *Droit Administratif Européen*, 2007, с. 299; *Johan P. Olsen*, *Towards a European Administrative Space?*, ARENA Working Papers WP 02/26, адрес в интернете www.arena.uio.no/publications/working-papers2002/papers/wp02_26.htm (2.2.2010).

²*Günter Frankenberg*, *Staatstechnik*, 2010, с. 61 и далее; *Rainer Wahl*, *Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen*, в: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, с. 869, 877.

намерением осуществлять цели договора ЕС в рамках новой политической и правовой единицы. Иначе чем в глобальном и международно-правовом контексте, видообразующим признаком выступают здесь - в том числе также и чувственно воспринимаемое - устранение внутренних границ *и* общая дефиниция, осуществляемая через отграничение по отношению к другим пространствам. Публично-правовой аспект этого права в европейском правовом пространстве можно обозначить как новый *ius publicum europaeum*.

Такое положение дел и связанное с ним развитие требуют научной переориентации и переоценки центральных категорий в сравнительной перспективе. Для этого необходимо осмысление эволюционного пути развития соответствующих государств и их правопорядков.³ Параллельно с этим, отдельные (составные) правопорядки следует приводить к «диалогу», в котором ведется поиск одновременно сходства *и* различия с тем, чтобы на этой теоретической основе понять и оформить общее правовое пространство. Именно в данном контексте в настоящей статье исследуются основы государства, государственного управления и административного права в Германии.

В рамках ведущих философских, исторических или социологических теорий (*Großtheorien*) научные знания о формировании государственности, управления и административного права часто показывают примеры лишь общего развития современной государственности. Основное внимание уделяется феноменам, которые являются сходными для различных государств, при этом различия несколько отступают на задний план.⁴ Насколько верно то, что ведущие теории дают важные импульсы, настолько же справедливо и то, что у них отсутствует решающий элемент, а именно - конститутивное для европейского правового пространства разнообразие, нормативную значимость которой, в частности, отражает ст. 4 абз. 2 ДЕС. В столь же малой степени основному постулату ст. 4 абз. 2 ДЕС соответствует и сравнительное правоведение в стиле германской административно-правовой компаративистики, которую отличает ориентированность на достижение единства, будь то в целях образования и

³Rainer Wahl, Herausforderungen und Antworten, 2006, с. 12 и далее; этот подход нашел подтверждение также у Juan Luis Requejo Pagés, Revista Española de Derecho Constitucional 83 (2008), с. 327 и далее; Jo Eric Kushal Murkens, Modern Law Review 72 (2009), с. 686, 687 и далее; Florian Becker, European Public Law 15 (2009), с. 459 сл.; Armel Le Divillec, Jus Politicum. Revue de droit politique 2/2009, адрес в интернете <http://www.juspoliticum.com/Armin-von-Bogdandy-Pedro-Cruz.html> (21.7.2010).

⁴Michael Zürn/Stephan Leibfried, Reconfiguring the national constellation, в: dies. (Hg.), Transformations of the State?, 2005, с. 1; Max Weber, Gesammelte politische Schriften, 1921, с. 150 и далее: бюрократизация как судьба.

укрепления немецкого национального государства в 19-ом веке,⁵ будь то в целях обеспечения единообразных условий жизни в современной ФРГ.⁶

Еще менее убедительным предстает подход, в рамках которого определенный правопорядок понимается как своеобразный примерный стандарт, а возможные отклонения воспринимаются, в целом, как регресс.⁷ Этот подход противоречит, в свою очередь, также закрепленному в ст. 4 абз. 2 ДЕС положению о принципиальной равноценности государственных участников, которая и служит объединяющим началом европейского правового пространства. Вследствие этого также недопустимо, чтобы национальные структуры, которые предстают, на первый взгляд, весьма специфическими и лишь с трудом подлежащими сравнению, обособлялись как «особый случай».⁸ Скорее напротив, такие особенности служат важным ключом для понимания конкретного правопорядка, причем, как собственного, так и чужого.⁹

Однако, и противоположный подход, исходящий из парадигмы «фундаментального различия» (*Paradigma fundamentaler Differenz*), по меньшей мере в европейском правовом пространстве, не является более убедительным. В рамках этой парадигмы развитие административного права считается аспектом развития специфической, и, более того, неповторимой национальной культуры. В первую очередь, здесь подчеркивается именно национальное своеобразие.¹⁰ Широко известно часто цитируемое высказывание *Ульриха Шойнера (Ulrich Scheuner)*, что «административное право принадлежит к тем юридическим материям, в которых национальная особенность народа и государства проявляется наиболее сильно».¹¹ То же самое можно сказать и об исследованиях,

⁵Классическая работа *Otto Mayer*, *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, 1886, с. VII и далее; *ders.*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1924, с. 21.

⁶Подобное сравнение соответствует частноправовой парадигме; к вопросу о подходе «*common core*», напрмер *Rudolf B. Schlesinger u.a.*, *Comparative Law*, 1998, с. 42 и далее; *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 1996, с. 39: „*praesumptio similitudinis*“.

⁷*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Philosophie der Geschichte* (1970; hrsgg. von Moldenhauer/Michel), с. 538 и сл.; *Elisabeth Zoller*, *Introduction au droit public*, 2006, в частности с. 171 и далее. По данному вопросу см. также *Patrice Chrétien*, IPE IV, § 61 пункт 34.

⁸Они являются, скорее, своего рода «пробным камнем» корректной правовой компаративистики; см. *Luc Heuschling*, *Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht* в: *A. von Bogdandy, S. Cassese, Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 55 пункт 3 и 30.

⁹*Wahl* (сноска 4), с. 12 и 14.

¹⁰Более подробно см. *della Cananea*, в: *A. von Bogdandy, S. Cassese, Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 52 пункт 8 и далее.

которые основываются на подходах «теории дифференциации».¹² Прежде всего различия часто акцентируются также и в теоретических работах, которые рассматривают исторический контекст во всем его многообразии и подробностях, как например фундаментальный труд немецких авторов «История системы управления в Германии».¹³

Характерная особенность европейского правового пространства, а именно - поиск «единства в разнообразии», требует обращать внимание в равной степени как на сходство, так и на различия именно в свете постановки вопроса о европейском правовом пространстве.¹⁴ В рамки такой постановки принадлежит и стремление сформулировать общую модель для ориентации в различных административно-правовых системах, тем более, что европейское правовое пространство отличается известной неясностью. Для этого образца требуется выяснение конститутивных моментов, которые определили прежний эволюционный путь развития. Для Германии, например, таковыми являются специфическое понимание правового государства, системная теория, а также глубокая конституционализация и юстициализация (*Judicialisierung*). Из отличающихся друг от друга концепций и эволюционных путей отдельных административных (национальных) правопорядков могут выясняться факторы, препятствующие или противодействующие (воздействию европейского правового пространства, но также и устанавливаться возможные потери от такого воздействия, которые следует переосмыслить.¹⁵ На более конкретном уровне речь идет о выявлении понятийных дифференциаций, скрывающихся за идентичными терминологиями; в этом смысле можно указать уже только на содержание понятия «административное право».¹⁶ Особый интерес в этом отношении,

¹¹Ulrich Scheuner, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, DÖV 1963, с. 714.

¹²Более подробно см. Pierre Legrand, The Same and the Different, в: Legrand/Munday (Hg.), Comparative Legal Studies, 2003, с. 240, 244 и 254; Günter Frankenberg, Critical Comparison, Harvard International Law Journal 26 (1985), с. 411 и далее. Критически по данному вопросу Dominik Richers, Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?, ZaöRV 67 (2007), с. 509 и далее.

¹³Jeserich/Pohl/von Unruh (Hg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bde. 1-6, 1983-1988.

¹⁴Это является своеобразным лозунгом Европейского Союза: http://europa.eu/abc/symbols/motto/index_en.htm (4.2.2010); Gabriel N. Toggenburg, Unity in Diversity: Searching for the Regional Dimension in the Context of a Somewhat Foggy Constitutional Credo, в: Toniatti/Dani/Palermo (Hg.), An Ever More Complex Union, 2004, с. 27 и далее.

¹⁵В этом смысле Thomas von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996.

¹⁶Diana Zacharias, в: A. von Bogdandy, S. Cassese, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. III, § 57.

не в последнюю очередь, представляют традиции открытости и замкнутости или изоляции.

В этом плане, соответственно, как об этом говорят уже сами понятия *государство* и *управление*, речь здесь идет о развитии публичного права в определенном контексте. При том, что конституция не должна пониматься в юридической аргументации просто как «одежды», которые набрасывает себе на плечи предшествующее ей государство (*präexistenter Staat*),¹⁷ что она - не закон, который «устанавливает для себя» само государство, эволюционный путь административного права, тем не менее, неразрывно связан с развитием понимания государства и государственного управления.¹⁸ Это предполагает необходимость именно в рамках сравнительного исследования обратить внимание одновременно на сами понятия «государство», «управление» и «административное право».

В данной статье сначала описывается эволюционный путь развития государственности, системы управления и административного права Германии вплоть до возникновения конституционной системы, предусмотренной последней германской конституцией - Основным Законом ФРГ. Однако, это рассмотрение осуществляется не в историческом, а в аналитическом плане: исторический материал служит прежде всего цели лучшего понимания современности, и в частности, европейского правового пространства. С научно-исторической точки зрения это может выглядеть проблематичным¹⁹; речь идет здесь, тем не менее, не о том, чтобы провести надлежащее исследование исторических феноменов во всей их сложности и многогранности, а о том, чтобы обработать и применить исторические знания и опыт для научно-правовых обобщений и аргументации.²⁰ Затем в статье исследуется развитие системы государственного управления и административного права в условиях действия Основного Закона ФРГ. В заключении предпринимается попытка понятийно-категориальной характеристики административного права, которая отражает его преемственность и обновление.

¹⁷Более подробно см. *Jo Eric Khushal Murkens*, *The Future of Staatsrecht*, *Modern Law Review* 70 (2007), с. 731 и далее.

¹⁸По вопросу о необходимости государственно-теоретических концепций для догматического административного права см. *Andreas Voßkuhle*, *Der „Dienstleistungsstaat“*. Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, *Der Staat* 40 (2001), с. 495 и далее.

¹⁹*Michael Stolleis*, *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?*, 2008.

²⁰*Christoph Möllers*, *Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, в: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, с. 131 и далее.

II. Развитие государства и управления

1. Ранняя современность и ее заповеди

Термин «управление» может обозначать действие или организацию. До середины 18-ого столетия в Германии преобладает понимание управления в первом из двух вышеназванных смыслов. Управление предполагает в этом плане такое чиновно-бюрократическое ведение дел или исполнение служебных обязанностей (*Amtsführung*), которое является дифференцированным с точки зрения перераспределения компетенции, формализованным и, по общему правилу, нормативно урегулированным, и в возрастающей степени переводимым на научную основу.²¹ Впоследствии все большее значение постоянно приобретало организационно-институциональное понимание. Оба понимания по своему происхождению сводились и объяснялись преимущественно через такие институты, как государственные коллегии (*Hofrat*), тайные советы (*Geheimer Rat*) или же присутственные палаты (*Hofkammer*). Они образуются вокруг фигуры владетельного суверена (*Landesherrn*), как лица и института, которые в результате дальнейшего развития органов управления, в свою очередь, превращаются из военачальников и верховных судей в правителей (*Lenker*).²²

Соответственно, в это время понятие «государство» описывает (исключительно) триединство династии, армии и чиновничьего аппарата. Аналогично этому формируются, с одной стороны, этатистское понимание управления и, с другой стороны, бюрократическое понимание государства, которые во многом продолжают сохранять свое значение и по сегодняшний день. При этом триединство ни в коем случае не охватывает полностью все известные специфические феномены германской системы. Уже в средневековый период существовали и такие институты как коммунальное самоуправление, системы управления в «имперских городах», т. е. городах, не входивших в состав земель, или, что особенно значимо, различные формы церковного управления.²³ Тем не менее, эти институты не оказали

²¹Walter Pauly, IPE IV, § 60 пункт 1.

²²Наиболее убедительной иллюстрацией может служить пример Австрии Ewald Wiederin, в: A. von Bogdandy, S. Cassese, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 46 пункт 5 и далее.

²³Georg Droege, *Gemeindliche Selbstverwaltung und Grundherrschaft*, в: Jeserich/Pohl/von Unruh (сноска 13), Bd. 1, 1983, с. 193 и далее; Wolfgang Herborn, *Reichsstädte*, ebd., с. 658; Wolfgang Reinhard, *Die Verwaltung der Kirche*, ebd., с. 143 и

существенного воздействия на формирование идеально-модельного представления об управлении, как оно существует в настоящее время. Этактистская традиция продолжает действовать и далее. Так например, и сегодня преобладающее мнение понимает коммунальное самоуправление как часть государственного управления.²⁴

Это толкование управления в смысле осуществления государственной бюрократической власти представляет собой общеевропейское правило. Оно находит свое отражение и у авторов сравнительно-правового исследования «Европейское публичное право: система административного права», за исключением, пожалуй, авторов, представляющих Великобританию и Швейцарию.²⁵ На фоне этого преобладающего эволюционного пути более отчетливо предстает тот понятийно-категориальный вызов, который возникает в ходе развития европейской интеграции. Так, учреждения и институты Европейского Союза, и прежде всего Европейская Комиссия, ввиду их негосударственного характера, вряд ли могут в полном смысле понятийно фиксироваться как управление.²⁶ В свою очередь, также и этим может быть объяснено то, что в европейском правовом пространстве снова приобретает значение толкование, в основе которого лежат именно формы деятельности (а не организации).²⁷ Другим своеобразным наследием этого пути является концепция управления, которая выводит его политическую легитимацию из других институтов. Аналогично тому, как прежде оно опосредовалось через фигуру монарха, сегодня его демократическая легитимация основывается на процедуре

далее; *Rainer Postel*, *Hansestädte*, в: *Jeserich/Pohl/von Unruh* (сноска 13), Bd. 2, 1983, с. 784 и далее.

²⁴См. BVerfGE 73, 118; 83, 37, 54; иначе *Heiko Faber*, в: *Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein* (Hg.), *Grundgesetz. Reihe Alternativkommentare (AK-GG)*, 3. Aufl., Losebl. (Stand: August 2002), Art. 28 Abs. 2 пункт 21 и далее.

²⁵Более подробно *Martin Loughlin*, в: *A. von Bogdandy, S. Cassese, Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 44 пункт 4, и *Benjamin Schindler*, ebd., § 49 пункт 5; в сравнительной перспективе *Giovanni Biaggini*, ebd., § 54 пункт 9 и далее; *Oriol Mir Puigpelat*, *El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional*, *Revista de Administración Pública* 162 (2003), с. 47, 63. Идея непроизводного, исконного самоуправления в форме «аристократической республики» (*Adelsrepublik*) в Венгрии вплоть до 20-го века см. *Herbert Küpper*, в: *A. von Bogdandy, S. Cassese, Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 51 пункт 37.

²⁶Понятие административного «управления без государства» (*staatenlose Verwaltung*) намечается лишь схематично, см. *Michelle Everson*, *The Constitutionalisation of European Administrative Law: Legal Oversight of a Stateless Internal Market*, в: *Joerges/Vos* (Hg.), *EU Committees*, 1999, с. 281.

²⁷*Sabino Cassese*, *Poteri divisi: amministrazione europea e amministrazione nazionale*, в: *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, 1988, с. 158; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Einleitung*, в: *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* (Hg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005, с. 1.

избрания парламента.²⁸ Только постепенно, в противоположность этому, утверждается представление о том, что и сам административный процесс может способствовать демократической легитимации управленческих (административных) решений, например, посредством административного процесса, обеспечивающего квалифицированное участие и транспарентность принимаемых актов или предпринимаемых мер.²⁹

Если вернуться к раннему периоду Нового Времени, то в этом плане можно указать на одну особенность немецкого развития, которая имеет значение и в свете формирования европейского правового пространства, а именно на неудачную попытку создания общеимперской системы управления. В эту историческую эпоху и со стороны монарха, и со стороны имперских сословий параллельно с созданием имперской юрисдикции, институционализированной в Имперском Камеральном Суде Германии в 1495-ом году и в Имперском Надворном Совете в 1501-ом году, предпринимались попытки учредить и собственно общеимперские органы управления³⁰ В качестве примеров здесь можно назвать Первое³¹ и Второе³² имперское правление (1500-го и 1521-го года), образование имперских округов (в 1500-ом³³ и 1512-ом³⁴ году), имперское уложение о полиции (1530)³⁵ и имперское уложение о принудительном исполнении решений

²⁸См. фундаментально *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, в: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, ³2004, с. 429; в критическом плане *Brun-Otto Bryde*, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 1994, с. 305.

²⁹Более подробно см. Bauer/Huber/Sommermann (Hg.), *Demokratie in Europa*, 2005.

³⁰*Georg-Christoph von Unruh*, *Die Wirksamkeit von Kaiser und Reich*, в: Jeserich/Pohl/von Unruh (сноска 13), Bd. 1, 1983, с. 270, о более ранних формах см. *Peter Moraw*, *Organisation und Funktion von Verwaltung im ausgehenden Mittelalter*, ebd., с. 21, 26 и сл. и 32 и далее.

³¹Порядок Управления Максимилиана Первого, перепечатан в: *Arno Buschmann*, *Kaiser und Reich. Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumenten*, Bd. 1, 1994, с. 195 и далее.

³²Правила Управления Карла Пятого, перепечатано в: *Hans Hubert Hofmann*, *Quellen zum Verfassungsorganismus des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation 1495-1815*, 1976, с. 51 и далее.

³³§§ 6-11 Порядка Управления Максимилиана Первого (сноска 31).

³⁴§§ 11 и сл. Постановления Рейхстага (Трира и) Кёльна, в: *Karl Zeumer*, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, Bd. 1, 1913, с. 308.

³⁵Часть Постановления Рейхстага Аугсбурга, в: *Pollicey unnd Ordnung im Heiligenn Reich der überflüssigen cleidung unnd Zerung halbenn*, *Manuskript einsehbar im Stadtarchiv Frankfurt a.M., Reichstagsakten 1397-1806*, Bd. 44, Fol. 133r и далее.

судов (1555)³⁶. Однако, этим устремлениям не сопутствовал особый успех в смысле построения современной системы управления. Основанием организационно-распорядительной власти монарха продолжали оставаться права правящей династии (*Hausmacht*) и принадлежавшие ей территориальные владения. На уровне империи так и не удалось преодолеть сословные взаимосвязи и взаимозависимости, а также и удельную княжескую власть,³⁷ впрочем, как это не удалось и в Польше.³⁸ Вместе с тем, одновременно потерпели неудачу и первые попытки создания унифицированного управления на значительных частях сегодняшнего европейского правового пространства, так же, как впрочем и более поздние попытки унифицированного имперского управления, предпринятые наполеоновской Францией, национал-социалистской Германией или Советским Союзом. Диалоговые структуры отношений между европейскими институтами и органами управлениями государств-участников, как мы их видим сегодня, основываются, следовательно, на богатом предшествующем историческом опыте.

Формирование и развитие систем управления в 17-ом и 18-ом веках происходило в учреждениях территориальных правителей. При этом в различных территориях развитие проходило чрезвычайно по-разному.³⁹ Ввиду сложившейся в более поздний период гегемонии Пруссии в Германии, именно развитию в этой стране с 19-ого столетия нередко приписывалась парадигматическая функция. Этому в немалой степени способствовало гегельянское понимание государства, которое было сфокусировано именно на государственном управлении.⁴⁰ Среди многих исторических факторов, в которых можно увидеть истоки современного государственного управления и государственности на различных территориях, особая роль приписывается военным противостояниям и, в частности, Тридцатилетней Войне 1618-1648-ых годов. Сначала эти события вели к потребности в формировании стационарных армий и вместе с тем в соответствующей военной администрации и финансовом

³⁶ §§ 31-103 Постановления Рейхстага Аугсбурга, перепечатано в: *Hofmann* (сноска 32), с. 98, 105 и далее.

³⁷ *Ernst Forsthoff*, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 1972, с. 13 и далее.

³⁸ *Andrzej Wróbel*, в: A. von Bogdandy, S. Cassese, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 47 пункт 3.

³⁹ См. публикации *Benjamin Schindler* и *Ewald Wiederin* в: A. von Bogdandy, S. Cassese, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III (§ 49 и соответственно § 46).

⁴⁰ *Ulrich Scheuner*, *Hegel und die deutsche Staatslehre des 19. und 20. Jahrhunderts*, в: *ders.*, *Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften*, 1978, с. 81. Но тем не менее представители либерального направления 19-го века ориентировались, скорее, на Вюртенберг и Баден, либеральное государственное право которых в переработке *Блунчли (Bluntschli)*, *фон Моля (von Mohl)*, *фон Ротекка (von Rotteck)* и *Велькера (Welcker)* приобрело значительное влияние; *Stolleis* (сноска 19), с. 156 и далее.

управлении. Успешное удовлетворение этой потребности влекло за собой необходимость поддержания соответствующих структур, часто достигаемого посредством меркантилистской экономической политики с соответствующими институтами, формами воздействия и мерами вмешательства.

В административном отношении обе потребности реализовывались преимущественно не в рамках традиционных патримониально-сословных учреждений, а через непосредственное независимое верховное управление, которое основывалось на суверенном праве территориального правителя как исключительном праве на осуществление власти. Бюрократический фундамент все больше формировался гражданским профессиональным чиновничеством, которое связывало принципы профессиональной службы с идеей осуществления публичных функций.⁴¹ По меньшей мере, в таких государствах, как Бавария, Пруссия и Австрия, это вело к формированию «духа безусловной верности и полного осознания своего долга», который «поднимал этот чиновничий аппарат в плане его публичного статуса *значительно выше его скудного материального положения*».⁴²

Такая эволюция в принципе находится в согласии с общей европейской линией развития. Разумеется, нужно отметить и вторую особенность. Системы управления территориальных государств оставались включенными в более общие политические и правовые рамки,⁴³ даже если исключение из судебной юрисдикции споров с правителями, которые пользовались привилегией *non appellando* (привилегия запрета обжалования их действий в имперских органах - *прим. перев.*), в значительной степени ограничивали возможность добиться в имперских учреждениях защиты права против суверенного властителя.⁴⁴ Это правило действовало не только в отношении основных политических органов, в частности, кайзера и рейхстага, или судебных инстанций - Имперского Камерального Суда и Имперского Надворного Совета, но и в отношении административных учреждений, как например, имперских округов и

⁴¹Michael Stolleis, Grundzüge der Beamtenethik (1550-1650), в: *ders.*, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990, с. 197 и далее.

⁴²Walter Goetz/Walter Platzhoff, Das Zeitalter des Absolutismus 1660-1780, 1931, с. 280. По вопросу о росте бюрократии в 18-ом веке см. Hans Hattenhauer, Geschichte des deutschen Beamtentums, 1993; показательно у *Wiederin* (сноска 39), § 46 пункт 17.

⁴³Аналогичный феномен наблюдается в период формирования государственности в Венгрии после 1867-го года, более подробно об этом см. *Küpper* (сноска 25), § 51 пункт 9 и далее.

⁴⁴Ulrich Eisenhardt, Die kaiserlichen Privilegia de non appellando, 1980, в частности, с. 12 и далее.

окружных объединений.⁴⁵ Кроме того, существовала общая правовая масса, которая была составлена из различных компонентов, в частности, права Священной Римской империи германской нации, а также массива норм, которые сегодня квалифицировались бы в качестве надгосударственного и международного права. В этом отношении для Германии было практически исторической нормой, что государственное управление оперирует в контексте комплексной структуры, которая сегодня часто характеризуется как «многоуровневая система».

Если *Самуэль фон Пуфендорф (Samuel von Pufendorf)* в этой связи характеризовал империю, сравнивая ее с возникающим национальным государством его эпохи, как «*неопределенное образование, похожее на чудовище*» (*irregulare aliquod corpus et monstro simile*)⁴⁶ (и эта формулировка сегодня иногда применяется к Европейскому Союзу), то это показывает параллели, которые могут облегчить действие структур германского управления в европейском контексте. Также и та легкость, с которой европейское правовое пространство представляется в Германии как многоуровневая конструкция, может быть объяснена этой традицией, которая, тем не менее, находится в постоянном конфликте с существующей наряду с ней и сохраняющей свое влияние этактической традицией, сфокусированной на государстве.⁴⁷

2. Государство и государственное управление в 19-ом веке

а) Преобразования, осуществленные под французским влиянием

Теоретическое осмысление феномена государства формируется в Германии 19-ого столетия, как и в большинстве европейских государств, прежде всего, в полемике с Францией.⁴⁸ Развитие современной немецкой государственности, и вместе с нею развитие системы управления, не могут быть поняты без учета французского влияния. Французская революция,

⁴⁵Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1, 1988, с. 225 и далее; о наместниках императора (Reichsvogt) см. *Schindler* (сноска 39), § 49 пункт 5.

⁴⁶*Samuel von Pufendorf* (Severinus de Monzambano), *De Statu Imperii Germanici*, (1667) 1910, Kap. VI § 9, с. 126. Конституция Германского Рейха, перевод *Денцера*, Denzer (Hg.), 1994, с. 198 и далее.

⁴⁷*Josef Isensee*, *Staat und Verfassung*, в: *Isensee/Kirchhof* (сноска 28), § 15 пункт 1 и далее; по данному вопросу см. *Murkens* (сноска 17), с. 731.

⁴⁸В Польше была даже собственная французская эпоха, *Wróbel* (сноска 38), § 47 пункт 25.

французская оккупация и наполеоновские преобразования являются важной вехой и имеют для государственности и управления в Германии по меньшей мере такие же значимые последствия, как и неудача кайзера при формировании общеимперской системы управления в Старом Рейхе. Влияние Франции было при этом весьма разнообразным: в частности, как непосредственного двигателя реформ, как архетипа, как прототипа и как антипода.

С прекращением существования Священной Римской империи германской нации в 1806-ом году обширные территории в ходе наполеоновских преобразований превратились в суверенные государства. При этом, однако, они продолжали оставаться - и это имело для эволюционного пути Германии в 19-ом веке центральное значение - включенными в систему надгосударственного и политического взаимодействия. В институциональном плане это справедливо, прежде всего, для Германского Союза 1815-го года,⁴⁹ административно-правовое измерение которого особенно четко проявляется в Карлсбадских Решениях о полицейских мероприятиях против политических противников.⁵⁰ Начиная с 1834-го года, Договор о таможенном союзе способствует постепенному формированию германского внутреннего рынка.⁵¹ Если рассматривать европейское правовое пространство как научное пространство, особо примечателен в этом отношении общегерманский государственно-правовой теоретический дискурс (вдохновляемый в значительной степени национально), с перспективы которого происходит оформление и переработка публичного права отдельных государств.⁵²

В рамках настоящего исследования реформы государственного аппарата в различных странах имеют особое значение. Некоторые государства, например государства Рейнского Союза (и среди них до сегодняшнего дня особенно отчетливо Бавария), следуют по существу французской, наполеоновской модели и развиваются в централизованные бюрократические административные государства.⁵³ Но также и Пруссия, и

⁴⁹*Thomas Nipperdey*, *Deutsche Geschichte 1800-1866*, 1983, с. 355 и далее; *Ernst Rudolf Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 1, 1995, с. 475 и далее.

⁵⁰*Ernst Rudolf Huber*, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, 1978, Nr. 32-34; *Eberhard Büsser*, *Die Karlsbader Beschlüsse von 1819*, 1974.

⁵¹*Hans-Ulrich Wehler*, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. 2, 2005, с. 125 и далее.

⁵²*Michael Stolleis*, *Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft*, в: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 2 пункт 55.

⁵³*Ernst Rudolf Huber* (сноска 49), с. 316 и сл. Более подробно см. *Wiederin* (сноска 39), § 46 пункт 29. Примечательно, что исторические исследования до сих пор в значительной степени умалчивают о ведущей роли Франции, так например *Werner*

Австрия преобразовывают свою систему управления в свете французского примера. На самом высоком уровне функция управления переходит от монарха к государственному министерскому аппарату, составленному из отраслевых министров и разделенному по отдельным ведомствам⁵⁴; принцип монархического (единовластного) руководства преобладал по сравнению с принципом коллегиального руководства.⁵⁵ На следующем за ним уровне, например в Пруссии, принцип регионального управления (*Provinzregierung*) постепенно реформируется в направлении французской системы префектур, дополненной созданием специальными органами, например, в области занятости или здравоохранения.

Иной акцент делается на третьем уровне управления. В противоположность централистской Франции⁵⁶ все большее значение приобретает идея коммунального самоуправления, унаследованная еще с периода средневековья. Парадигматические в этом смысле регулирования можно найти в уставах магистратур городского уложения Пруссии 1808-го года,⁵⁷ в положении о бургомистре, которое содержалось в Баденском законе об общинах 1831-го года,⁵⁸ а также в Положении об общинах Рейнской Провинции 1845-го года.⁵⁹ Это самоуправление является ответом на требования демократии в условиях монархических и авторитарно организованных структур политического господства. Хотя в период, который предшествовал мартовской революции 1848-го года, свободы значительно ограничиваются, данный принцип, тем не менее, выжил и утвердился.⁶⁰ Идея самоуправления воспринимается позже и в других сферах, в частности, в области управления земельными округами⁶¹, в

Volkert, Bayern, в: Jeserich/Pohl/von Unruh (сноска 13), Bd. 2, 1983, с. 503 и далее.

⁵⁴Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1973, с. 30.

⁵⁵В Испании это произошло уже на 100 лет раньше, Eduardo García de Enterría/Ignacio Borrajo Iniesta, в: A. von Bogdandy, S. Cassese, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III § 50 пункт 10; в сравнительной перспективе см. Biaggini (сноска 25), § 53 пункт 21.

⁵⁶François Burdeau, *Histoire de l'administration française*, 1989, с. 193.

⁵⁷Собрание законов и постановлений королевских земель Пруссии от 1806-го года до 27-го октября 1810-го года, Sammlung der für die Königlichen Preußischen Staaten erschienenen Gesetze und Verordnungen von 1806 bis zum 27sten Oktober 1810, перепечатано в: Christian Engeli/Wolfgang Haus, *Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland*, 1975, с. 104 и далее.

⁵⁸Закон об устройстве и управлении общин, Gesetz über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden, Regierungsblatt für das Großherzogtum Baden 1832, с. 81; перепечатано в: Engeli/Haus (сноска 57), с. 208 и далее.

⁵⁹PrGS 1845, с. 523; перепечатано в: Engeli/Haus (сноска 57), с. 284 и далее. Более подробно см. Hans Müthling, *Die Geschichte der deutschen Selbstverwaltung*, 1966, с. 34 и далее.

⁶⁰Diana Zacharias, *Nordrhein-Westfälisches Kommunalrecht*, 2004, с. 10 и далее.

различных сферах социального страхования⁶² или управления профессиональными группами⁶³. Право самоуправления постепенно становится одним из главных массивов административного права.

В рамках такого понимания государства и управления в 19-ом веке развивается германское профессиональное чиновничество. «Чиновничий аппарат конституционного государства образовывал непроницаемую структуру в руках непосредственно руководящего государственного органа. Эта структура ни в коей мере не основывалась исключительно только на [...] государственно-правовой ситуации. Фактором, который соединил чиновничество в единое целое, были не только внешние узы формального правового регламента; более важное значение, чем юридические нормы, играла особенная социологическая конституция германского чиновничества конституционной эпохи. Конституционализм не знал профессиональной бюрократии, а только сословие чиновников. В то время как сопровождающее французскую революцию движение в целом устранило сословное государство, а с ним и сами сословия, в Германии двум сословиям удалось сохранить себя и в новую эпоху, а именно чиновничеству и дворянству.»⁶⁴ Не в последнюю очередь, именно в целях обеспечения лояльности государственных служащих статьи 129 и 130 Веймарской Конституции Германского Рейха 1919-го года, а также в настоящее время пункт 5 статьи 33 Основного Закона (ОЗ) ФРГ 1949-го года с закреплением здесь «традиционных принципов профессионального чиновничества» (до)конституционного времени гарантируют конституционно-правовой статус немецкого чиновничества, который в рамках Европы уникален.⁶⁵

В заключение необходимо указать еще на развитие, имевшее далеко идущие последствия, а именно - на расширение (*Expansion*) понятия

⁶¹См. Например, Kreisordnung für die sechs östlichen Provinzen Preußens von 1872, PrGS с. 661 (также в: *Engeli/Haus* [сноска 57], с. 470 и далее); Kreisordnung für die Provinz Westfalen von 1886, PrGS с. 217; Kreisordnung für die Rheinprovinz von 1887, PrGS с. 207.

⁶²*Winfried Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, с. 189 и далее; *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, с. 284 и далее; *Michael Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, с. 71 и далее.

⁶³*Heinrich Heffter*, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Geschichte der Ideen und Institutionen, 1969; *Michael Stolleis*, Selbstverwaltung, в: *Erler/Kaufmann* (Hg.), Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 1621 и далее.

⁶⁴*Arnold Köttgen*, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1928, с. 34.

⁶⁵*Olivier Jouanjan*, IPE IV, § 70 пункт 32; *Matthias Niedobitek*, Das Recht des öffentlichen Dienstes in den Mitgliedstaaten der EG, в: *Magiera/Siedentopf* (Hg.), Das Recht des öffentlichen Dienstes in den Mitgliedstaaten der EG, 1994, с. 11, 27.

государства. Если до начала 19-ого века оно, по существу, основывалось на «триединстве» династии, армии и чиновничьего аппарата, то под влиянием революционных французских преобразований оно расширилось до своего рода «тотального» понятия, которое охватывает всю совокупность общественных (публичных) институтов.⁶⁶ Как никакая другая понятийная конструкция это односложное государство оказало воздействие на собственную самооценку, представления, ожидания и требования как носителей государственной власти, так и подчиненных праву граждан в Германии. Несмотря на федеративное устройство и функциональную дифференциацию, «государство» до настоящего времени продолжает восприниматься преимущественно как *единый* всеохватывающий, бюрократически организованный действующий субъект (*Handlungseinheit*). Именно «государство в целом» (*Gesamtstaat*), а не субъекты федерации либо европейские или общественные институты, бесспорно, является наиболее важным адресатом общественных требований. Даже в таком дифференцированном и исторически фундированном исследовании, как фундаментальная работа *Райнера Валя (Rainer Wahl)* «Вызовы и ответы на них» односложное «государство» не только с остается самым важным субъектом, который наделяется законными обязанностями, но и выступает, сверх того, в качестве единого актора. Такой методологический подход, который является выражением главенствующего в Германии понимания государства и государственности, имеет явно выраженные унитаристские тенденции, которым не без труда могли противостоять проекты подлинного плюралистического федерализма.⁶⁷ Кроме того, преимущественно унитаристское понимание федерализма затрудняет применение иначе ориентированных концепций для европейского правового пространства.⁶⁸

в) Экспансия управления и конституционное правовое государство

Основание Северогерманского Союза и Конституция Империи 1871-го года сначала оказывают лишь незначительное влияние на управление, поскольку последнее в организационном и функциональном отношении

⁶⁶О дуалистическом понятии государства у *Гегеля* см. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Rechtsphilosophie* (1970, hrsgg. von Moldenhauer/Michel), § 273 (политическое государство) и § 257 и сл. (государство как народный дух); более подробно см. *Armin von Bogdandy, Hegel und der Nationalstaat, Der Staat* 30 (1991), с. 513 и далее. Последующая радикализация у *Ernst Forsthoff, Der totale Staat*, 1933. Критическая, но справедливая оценка данного подхода к понятию государства см. *Christoph Möllers, Der vermisste Leviathan*, 2008.

⁶⁷Обстоятельное исследование проблемы федерализма в Германии см. *Peter M. Huber, Klarere Verantwortung von Bund, Ländern und Kommunen?*, Gutachten D zum 65. Deutschen Juristentag, 2004, с. D 46 и далее.

⁶⁸В отличие от этого, в Швейцарии кантон представляет государство, *Schindler* (сноска 39), § 49 пункт 32.

остаётся, по существу, в руках государств-членов союзного государства. Однако, впоследствии вызовы промышленной революции, волны миграции и новые политические требования начинают на фоне выше описанного нового методологического и терминологического подхода постепенно оказывать все большее воздействие на развитие административного права, причем в самых разнообразных формах. Функция социального регулирования, и в частности решение социальных проблем⁶⁹, все больше вменяется именно «государству» как действующему субъекту, что уже во времена деятельности «отцов-основателей» ведет к чрезмерной экспансии управленческого аппарата и административного права в целом. Этот толчок модернизации происходил под руководством центральных органов империи. Нечто похожее происходит, как представляется, спустя сотню лет в ходе развития европейской интеграции.

Поскольку во второй половине 19-ого столетия формируются дисциплинирующие категории административного права, необходимо понимание их наиболее важных характерных моментов. В общеевропейских рамках уникален (сохраняющий до сегодняшнего дня свое определяющее влияние) исполнительный федерализм, который первоначально развивается из конструкции империи как союза правителей.⁷⁰ Следующий ключ для понимания образует неясная и спорная легитимация как нового национального государства, так и федеративных государств. Демократические требования, которые были выдвинуты в 1816-ом году и в ходе революции 1848-го года, имели только весьма незначительный успех⁷¹; в частности, не удалось реализовать принцип народного суверенитета, как например, в Соединенных Штатах Америки, великом примере многих либерально-демократических революционеров.⁷² Парламентские собрания обнаруживают лишь немногие демократические элементы, так как они состоят, как правило, из аристократической палаты и из другой палаты, образуемой часто на основании цензового избирательного права⁷³. Кроме того, их влияние является незначительным и ограниченным, поскольку формирование исполнительной власти и

⁶⁹Stolleis (сноска 25), с. 36 и далее.

⁷⁰Преамбула конституции Германского Рейха; подробно по данному вопросу см. *Stefan Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, с. 29 и далее.

⁷¹*Wolfgang Mommsen, Das deutsche Kaiserreich als System umgangener Entscheidungen*, v: *ders., Der autoritäre Nationalstaat*, 1990, с. 11 и далее.

⁷²*Johann Caspar Bluntschli, Allgemeine Staatslehre*, 1886, с. 539 и далее.

⁷³Конституция Германского Рейха 1871-го года в принципе предусматривала всеобщее избирательное право для лиц мужского пола. Противоборство социалистическим тенденциям со стороны канцлера *Отто фон Бисмарка (Otto von Bismarck)* (1878-90) уничтожило демократическое содержание выборов. Более того, например, в Пруссии все еще действовало цензовое избирательное право.

назначение государственных служащих (чиновничьего аппарата) во многом остается прерогативой монарха.⁷⁴

Вплоть до 1918-го года в основе германских конституций лежит противоречивый компромисс между монархическим и демократическим принципом.⁷⁵ Если британская конституция, в рамках которой подлинным сувереном был «король в парламенте», могла без проблем интегрировать демократические, реформаторские элементы,⁷⁶ то представление о монархической легитимности, подкрепленное итогами Венского Конгресса, не допускало аналогичного развития в Германии.⁷⁷ Помимо этого, неясное основное легитимационное соотношение в федеральном устройстве обнаруживает ряд параллелей с ситуацией, которая встречается сегодня в Европейском Союзе. И в этом смысле проведение сравнения может предлагать здесь значительный познавательный потенциал для осмысления специфики европейского правового пространства.⁷⁸

В институциональном плане значительная часть органов управления были зависимы и производны от легитимности монарха, которому они и подчинялись. По этой причине долгое время вплоть до установления Веймарской Республики сохранялось представление, что широкая и полная демократизация не является подходящим для Германии путем и что монархическая защита органов управления по отношению к политическим партиям лучшим образом гарантировала принцип объективного, непартийного и эффективного исполнения публичных функций.⁷⁹ Значительная часть германского населения послушно подчинялись этой авторитарной структуре с самосознанием, над которым так разяще иронизирует *Генрих Манн (Heinrich Mann)* в своем романе «Верноподданный» («*Der Untertan*»)).⁸⁰

По мере появления все новых вызовов - промышленная революция, значительные миграционные потоки, усиление требований демократизации - пределы и степень проникновения государственной бюрократии в конце

⁷⁴*Dietmar Willoweit*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2005, с. 281 и далее, а также 331 и далее.

⁷⁵*Wolfgang Mommsen*, *Die Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 als dilatorischer Herrschaftskompromiß*, в: *ders.* (сноска 71), с. 39 и далее.

⁷⁶*Martin Loughlin*, *IPE I*, § 4 пункт 25 и 27.

⁷⁷*Willoweit* (сноска 74), с. 283 и сл.

⁷⁸Более подробно см. *Philipp Dann*, *Parlamente im Exekutivföderalismus*, 2004, с. 8 и далее, 125 и далее, а также 319 и далее.

⁷⁹В ностальгическом плане *Forsthoff* (сноска 54), с. 37.

⁸⁰*Heinrich Mann*, *Der Untertan*, 1918.

19-ого столетия существенно возрастают. Известная научно-правовая формулировка отражает это в обобщенном виде следующим образом: «органы управления, которые до сих пор выступали в основном гарантом порядка, выступают теперь и как важный поставщик услуг».⁸¹ Услуги, оказываемые административными органами становятся таким образом важным моментом легитимации государственной власти. В то же время усиление интвенционизма государства в невиданной до тех пор мере подвергает индивида вмешательству со стороны органов управления. Это усиливает необходимость убедительной и надежной основы легитимации публичной власти особенно с позиции экономически сильного, но политически скорее слабого общественного слоя - бюргерства, которое хотя и приветствует инфраструктурные привнесения современного государства, однако, в качестве компенсации растущей власти государства одновременно требует гарантии обеспечения свободы, в частности, в экономической сфере. Напротив, более значительное демократическое участие многим кажется политически недостижимым. При этом исключительно только конституционные учреждения едва ли могут полностью удовлетворить требованиям бюргерства; польза от них остается до тех пор спорной, пока соответствующие преобразования не происходят на уровне (административной) практики управления.⁸² Требуется нечто более охватывающее, а именно «правовое государство».⁸³

В контексте этой традиции термин «правовое государство» подразумевает связанность публичной власти рядом фундаментальных правовых принципов скорее административно-правовой, чем конституционно-правовой природы,⁸⁴ которые регулируют деятельность органов управления и предлагают определенную защиту от (монархической) исполнительной власти. Ключевым понятием является т.н. принцип законности действий органов управления. Сюда относятся подчинение исполнительной власти законам (верховенство закона), оговорка о необходимости регулирования законом оснований для административного вмешательства в права и свободы (в т.ч. в право

⁸¹*Forsthoff* (сноска 54), с. 36 с ссылкой на: *ders.*, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938.

⁸²*Willoweit* (сноска 74), с. 332.

⁸³Это понятие, как и понятие «административное право» приписывается классическому теоретику либерального направления *Роберту фон Молю* (*Robert von Mohl*), *Robert von Mohl*, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, Bd. 2, 1831; *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 2 Bde., 1832-33. Среди всех конституционных принципов принцип правового государства действует для социализма как специфический буржуазный «блуждающий огонек», *Küpper* (сноска 25), § 51 пункт 81.

⁸⁴До вступления в силу Основного Закона ФРГ конституционно правовые принципы не играют в административном праве практически никакой роли, *Wahl* (сноска 4), с. 35.

собственности), а также наличие дополнительных, по меньшей мере, (внутри)административных контрольных механизмов.⁸⁵ Правовое государство становится тем самым синонимом доместификации и рационализации публичной власти и действует в качестве антипода абсолютистского державного государства.⁸⁶ В этом понимании «правовое государство» возможно и без демократии и даже предполагается как своего рода «замена» ему. Это объясняет некоторые логические конструкции для характеристика европейского правового пространства, например, когда *Йозеф Х. Кайзер (Joseph H. Kaiser)* в 1965-ом году, касаясь Европейского Экономического Сообщества, называл в качестве целеустановки того периода именно создание европейского правового государства, но не европейской демократии.⁸⁷

3. Веймарская республика

В 1919-ом году Веймарская конституция учреждает первое демократическое правовое государство в Германии. Одним из ее центральных вызовов была демократизация управления и, в частности, его аппарата; однако, этот проект так и не удалось реализовать за десять лет существования парламентской демократии. Положение дел продолжало отличаться четким разделением государства и общества, которое было конститутивным для административно-правовой теории периода становления,⁸⁸ попытки его преодоления нередко дискредитировались как партийно-политический колонизация.⁸⁹ Государство и управление времен правительства *Пауля фон Гинденбурга (Paul von Hindenburg)* с 1930-го года и еще больше в период национал-социалисткой диктатуры представляют собой негатив для более позднего развития государственности и

⁸⁵*Helmuth Schulze-Fielitz*, в: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) пункт 13 и 46.

⁸⁶*Thomas Vesting*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, VVDStRL 63 (2004), с. 41, 43 и далее.

⁸⁷*Joseph H. Kaiser*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), с. 1, 33.

⁸⁸Более подробно см. *Hans Fenske*, Monarchisches Beamtentum und demokratischer Staat, в: Demokratie und Verwaltung. 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1972, с. 117 и далее.

⁸⁹*Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 1931, с. 87 и далее; *Ernst Forsthoff*, Der totale Staat, 1933, с. 19 и далее; *ders.*, Rechtsstaat im Wandel, 1976, с. 65, 71 и далее; по данному вопросу более подробно *Christoph Möllers*, Staat als Argument, 2000, с. 67 и далее, 82 и сл., а также 141 и далее.

управления в Германии,⁹⁰ несмотря на наличие определенных моментов административной модернизации.⁹¹

III. Основные линии развития административного права

Для развития административного права в Германии дается периодизация в категориях, которые в значительной степени, хотя и не полностью, следуют общеевропейским образцам. Как и в почти всех странах различают период абсолютистского права управления, т.н. «полицейско-бюрократического права» (sog. *Policeyrecht*) с пиком развития в 17-ом и 18-ом веке, и период административного права правового государства в 19-ом веке. Для первой половины 20-ого столетия не были развиты никакие сопоставимые образцы: ни сугубо интервенционистское административное право периода Первой мировой войны, ни либерально-демократическое интермеццо времен Веймарской конституции, ни система президентского управления и позже национал-социалистская диктатура не произвели никакие специфические административно-правовые типы, имевшие подобную силу воздействия. Для второй половины столетия различаются, в соответствии с мнением *Райнера Валя*, эпоха конституционно-правового проникновения административного права в период с 1950-го по 1990-ый год и последующая эпоха его европеизации и интернационализации.⁹²

⁹⁰Более подробно см. *Horst Dreier*, IPE I, § 1 пункт 6 и сл.

⁹¹Более подробно в сравнительной перспективе см. *Pierangelo Schiera*, IPE IV, § 69 пункт 36 и далее.

⁹²*Rainer Wahl*, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, с. 411 и далее; аналогично для Италии *Aldo Sandulli*, IPE IV, § 63 пункт 71, тем не менее со значительно более далеко идущим выводом, что в настоящее время административное право носит преимущественно надгосударственный характер.

1. Административное право в 19-ом веке: становление и развитие правового признания индивида

а) «Полицейско-бюрократическое право» (*Policeyrecht*) как негативный пример

Система управления в современном смысле предполагает зафиксированные в письменной форме правовые нормы.⁹³ Базирующееся на правовых нормах управление можно наблюдать в Германии, начиная с конца средневековья.⁹⁴ Как показывают трудности многих проектов формирования правового государства во многих частях мира, в том числе и в европейском правовом пространстве, нормативно базированная коммуникация в треугольнике «правитель (суверен) - бюрократия - подданные» цивилизаторски была обусловлена многими предпосылками.

Как и во многих государствах континентальной Европы, происхождение немецкого административного права связывается с предписаниями суверена (монарха), при помощи которых в начале периода Нового Времени суверен в свете рецепции аристотелевской «политики» стремился в пределах своего территориального владения на более рациональной основе установить «благочинный порядок» («*gute Ordnung*»). После Тридцатилетней войны, наряду с «благочинным порядком», сюда добавляется в качестве дополнительной цели необходимость реконструкции. В продолжении аристотелевского понятия политики соответствующее право «благочинного порядка» получает наименование «полицейско-бюрократического права» (полисное право, *Policeyrecht*),⁹⁵ а *Otto Mayer* (*Otto Mayer*) в более критическом ключе говорит спустя столетие о «полицейском государстве» (*Polizeistaat*).⁹⁶ Для этого полицейско-бюрократического права характерными были державно-властные распоряжения и приказы, в любой момент модифицируемые, в результате чего оно представало более способным к

⁹³Об основополагающих принципах см. *Karl Kroeschell*, *Die Rezeption der gelehrten Rechte und ihre Bedeutung für die Bildung des Territorialstaates*, в: *Jeserich/Pohl/von Unruh* (сноска 13), Bd. 1, 1983, с. 279 и далее.

⁹⁴*Dietmar Willoweit*, *Allgemeine Merkmale der Verwaltungsorganisation in den Territorien*, в: *Jeserich/Pohl/von Unruh* (сноска 13), Bd. 1, 1983, с. 289 и далее; временной момент перехода различается, применительно к Польше см. *Wróbel* (сноска 38), § 47 пункт 21; применительно к Венгрии *Küpper* (сноска 25), § 51 пункт 5.

⁹⁵*Thomas Simon*, „Gute Policey“. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit*, 2004; в сравнительной перспективе *Stolleis* (Hg.), *Policey im Europa der frühen Neuzeit*, 1996; *Schindler* (сноска 39), § 49 пункт 6.

⁹⁶*Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht* (сноска 5), с. 38.

самосовершенствованию, чем укорененное в традициях общее право,⁹⁷ и данное обстоятельство, как это показывает сравнение со Швейцарией, окрыляло инновации.⁹⁸ Его основа находится в *ius eminens* (исключительном праве), в своего рода «общем знаменателе всеохватывающей административной верховной власти суверена».⁹⁹ В сравнительном контексте считается, что правительства в Германии проводили наиболее обширные реформы той эпохи.¹⁰⁰ Конец этой эпохи ознаменовался принятием Общего Уложения для прусских земель 1794 года (*Preußisches Allgemeines Landrecht*), явившегося во многих отношениях показательной и достойной подражания кодификацией, к которой по определенным вопросам, например, в области правового регулирования государственной ответственности и компенсаций (§§ 74 и 75 вводных положений к Общему Уложению для прусских земель) обращаются вплоть до сегодняшнего дня.¹⁰¹

Развитие полицейско-бюрократического права сопровождается деградацией правовой защиты в Имперском камеральном суде.¹⁰² Регулярное исключение судебной правовой защиты против актов суверена обосновывает фундаментальное значение отделения публичного права и частного права, которое и сегодня в значительной степени оказывает влияние на правовую культуру в Германии, хотя и выполняет в настоящее время совершенно иную функцию.¹⁰³ Не в последнюю очередь, вследствие регулярного исключения судебной правовой защиты полицейско-бюрократическое право образует специфическое административное «право управления» в подлинном смысле слова.

Со всей определенностью можно утверждать, что эпоха абсолютизма преодолена. Однако, скрытые отблески прежнего понимания вполне можно еще обнаружить и в европейском правовом пространстве. Здесь можно указать, например, на *основные установки*, содержащиеся в третьей части Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), которые не ставят целью ни воспитание, ни благодетельствование, а скорее

⁹⁷*Stolleis* (сноска 25), пункт 12; *Wiederin* (сноска 39), § 46 пункт 22.

⁹⁸*Schindler* (сноска 39), § 49 пункт 6 и далее.

⁹⁹Более подробно см. *Forsthoff* (сноска 54), с. 23.

¹⁰⁰*Schiera* (сноска 91), § 69 пункт 22.

¹⁰¹*BVerfG*, NJW 2006, с. 2542; к вопросу о значении общего права земель см. *Reinhart Koselleck*, *Preußen zwischen Reform und Revolution*, 1967, с. 23 и далее.

¹⁰²См. Например, *Wolfgang Rübner*, *Verwaltungsrechtsschutz in Preußen 1749 bis 1842*, 1962, с. 170 и сл.

¹⁰³*Martin Bullinger*, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968; sie erscheint aber in entwickelten Systemen insgesamt unverzichtbar, zu England *Loughlin* (сноска 25), § 44 пункт 65.

публичное управление и трансформацию, и в отношении которых, напротив, отдельный индивид до последнего времени не без труда может позиционировать себя в качестве правового субъекта¹⁰⁴. Здесь можно также упомянуть международные правила и стандарты в рамках *глобального правления (global governance)*, которые во все возрастающей мере оказывают влияние на право в европейском правовом пространстве. При этом современное понятие «глобального правления» обозначает, в принципе аналогичным образом, деятельность гипотетически просвещенных надгосударственных бюрократий.¹⁰⁵ Эти стандарты, примерами которых являются Пизанская программа или Болонский процесс, имеют направляющее и трансформирующее действие, но направляемый и ответственный субъект является не только неприкосновенным как (прежние) суверены, он, более того, часто вообще невидим и непостижим. Сегодня либерально-демократическая субординация соответствующих акторов представляется, таким образом, столь же нереальной как в свое время многим современникам представлялась нереальной соответствующая субординация властителей в 18-ом веке.

б) Административное право как реализация конституционного правового государства

Сегодня право управления 18-ого столетия расценивается представителями концепции административного права, ориентированной на управленческую регуляцию, во всяком случае, как своего рода предварительная ступень. И действительно, полицейско-бюрократическое право обнаруживает, как минимум, два существенных дефицита: идеологическую направленность на воспитание и облагодетельствование подданных, а также регулярное (систематическое) отсутствие судебной защиты. На этом фундаменте и появляется понятие *административное право*. Это понятие означало попытку преодолеть сложившееся правопонимание и преследовало цель трансформации и можно даже сказать, в некоторой степени, частично¹⁰⁶ эмансипации. Общим знаменателем различных конструкций при этом выступает осуществляемое

¹⁰⁴См. Более подробно по данному вопросу обстоятельное исследование *Alexander Somek*, *Authoritarian Constitutionalism*, в: Joerges/Singh Ghaleigh (Hg.), *Darker Legacies of Law in Europe*, 2003, с. 361, 383.

¹⁰⁵По этой причине вряд ли можно удивляться, что в Испании в 19-том веке имелось министерство по делам управления (*Ministerio de la Gobernación*), *García de Enterría/Borrajo Iniesta* (сноска 55), § 50 пункт 20.

¹⁰⁶Амбивалентность присуща также и одновременному возникновению *административного права*, *Jean-Louis Mestre*, в: A. von Bogdandy, S. Cassese, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 43 пункт 23 и далее, 52 и 88.

со стороны носителей публичной власти признание заинтересованного индивида в качестве правового субъекта.¹⁰⁷ Посредством такого признания «подданный» становится «гражданином». Этим открывается значимая перспектива и с точки зрения развития европейского правового пространства, так как аналогичное развитие должно в новой форме повториться на этом уровне, и этот процесс еще не завершен.¹⁰⁸ А если иметь в виду международные бюрократические структуры, имеющие влияние в европейском правовом пространстве, то он вообще едва ли начался.¹⁰⁹

Борьба за это признание в 19-ом веке как часть движения за конституционализм может быть понята только в контексте Французской революции и оккупации Германии Францией. Следует признать, что эта значимая смена вех не изменила сразу же существовавшее полицейско-бюрократическое право как инструмент в руках суверена,¹¹⁰ и более того, можно сказать, что последнее было важным инструментом для осуществления глубоких реформ начинающегося 19-ого столетия. Тем не менее, легитимационная несостоятельность лежащей в основе полицейско-бюрократического права концепции отношения государственной власти и индивидуума проявилась достаточно быстро. Даже теоретики более консервативного толка признают это с принятием понятия «правовое государство».¹¹¹ Разумеется, степень и структуры этой эмансипации оставались длительное время отнюдь не бесспорными, и было бы ошибкой рассматривать развитие в 19-ом веке как процесс линейного, однозначного прогресса. В этом отношении следует упомянуть уже только об эпохе реставрации в первую половину столетия и эпохе неабсолютизма во второй его половине. Это также дает повод для сомнений, когда правовое государство и административное право 19-ого столетия однозначно

¹⁰⁷Как раз в этот период борьба за признание концептуально рассматривалась как всемирно-исторический принцип развития, *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Phänomenologie des Geistes* (1807), Ausgabe 1832, с. 140 и далее. К вопросу об аналогичном развитии в наполеоновской Франции более подробно см. *Mestre* (сноска 106), § 43 пункт 52 и далее.

¹⁰⁸См. фундаментальное исследование *Eberhard Grabitz*, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, 1970.

¹⁰⁹В качестве примера действие санкций ООН *Clemens Feinäugle*, *The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?*, в: von Bogdandy u.a. (Hg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, 2009, с. 101.

¹¹⁰*Forsthoff* (сноска 54), с. 32.

¹¹¹В качестве примера *Friedrich Julius Stahl*, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 1846, с. 446, тем не менее, однако, исключая возможность подачи судебных исков.

обозначаются как *либеральные*.¹¹² Ввиду многочисленных авторитарных и недемократических моментов такое истолкование, по меньшей мере с точки зрения конституционного понимания свободы,¹¹³ не может убеждать.¹¹⁴ Борьба за признание начиналась в 19-ом веке, однако, не увенчалась в этот период времени успешным завершением.

Также по этой причине фундаментальные основы, на которых административное право постепенно развивается в административное право *правового государства*, сформировались только во второй половине столетия. Понятие *полицейско-бюрократическое право* постепенно переходит в исторические разделы учебных пособий по административному праву преимущественно с целью особенно ярко представить новое ключевое понятие, а именно административное право, основанное на принципах правового государства. Всеобъемлющее *полицейско-бюрократическое право* постепенно ограничивается *полицейским правом*, регулирующим борьбу с опасностями, и это составляет самые важные разделы административного права правового государства - например, знаменитое историческое решение Высшего Административного суда Пруссии по *делу Кройцберг (Kreuzberg-Urteil)*.¹¹⁵ Определенно было бы ошибочно считать, что управления в результате этого становится «меньше»; наоборот, со значительным разрастанием бюрократических учреждений усиливается доступ государства в дела и жизнь гражданина. Но все-таки в данной области начинается основанная на принципах правового государства рационализация, на которой строится сегодняшнее административное право.

¹¹²Hans-Joachim Feist, Die Entstehung des Verwaltungsrechts als Rechtsdisziplin, 1967, с. 105 и 148 и далее: либеральное правовое государство.

¹¹³По данному вопросу см. Eberhard Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976. Reimund Schmidt-De Caluwe приходит, более того, к выводу, что *Ommo Maiер*, основатель германского административного права, предложил своего рода «легализацию полицейского государства»: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, с. 49 и 262.

¹¹⁴К характеристике подобного административного права на примере развития в Италии под германским влиянием см. Bernardo Giorgio Mattarella, в: A. von Bogdandy, S. Cassese, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 45 пункт 31 и сл.; также чуждо и использование для испанского режима в 19-ом веке: *García de Enterría/Borrajo Iniesta* (сноска 55), § 50 пункт 11 и далее.

¹¹⁵Решение Высшего Административного Суда Пруссии от 14-го июня 1882-го года, PrOVGE 9, с. 353, перепечатано также в DVBl. 1985, с. 216. В данном решении законные полномочия полиции ограничиваются задачами предотвращения опасности, благодаря чему, таким образом, Суд осуществил на практике то понимание, которое было уже заложено в § 10 семнадцатой главы второй части Общего Земельного права Пруссии (das Preußische Allgemeine Landrecht).

Важным и незаменимым элементом этого административного права является уже кратко упомянутый выше принцип правового государства, модифицированный на демократических началах.¹¹⁶ Однако, вопреки материальным и даже демократически инспирированным подходам в первой половине 19-ого столетия во второй его половине утверждается формальное понимание правового государства.¹¹⁷ «Правовое государство - это государство упорядоченного административного права».¹¹⁸ Для германской теории административного права было показательно, когда *Отто Майер* писал: «В сущности, речь идет только о двух властях: законодательной и исполнительной. Так называемая судебная, которую охотно еще выделяют, не имеет независимого значения».¹¹⁹ Прежде всего, здесь проявляется существующая до сегодняшнего дня трудность обосновать на уровне теории государства и догматики в целом признаваемое правотворческое содержание решений судов.¹²⁰ Кроме того, свое выражение здесь находит и строгое разграничение законодательной и исполнительной деятельности, дополняемое программатическими постулатами о том, что исполнительная деятельность должна иметь своей легитимационной и правовой конституцию (основой закон). Политический компромисс между либеральным и монархическими силами, который лежал в основе большинства германских конституций сводился, в конечном счете, к тому, что наиболее существенные для граждан решения принимаются в форме закона и что административное право обеспечивает соблюдение этого компромисса в исполнительской деятельности системы управления, организованной по монархическому принципу. Германский конституционализм, соответственно, делает центральным элементом правового государства закон и органы управления как учреждения, исполняющие закон. Этому соответствовала и ведущая роль юристов в системе органов управления в Германии,¹²¹ хотя эта роль в настоящее время имеет тенденцию к снижению, как и во многих других общественных сферах.

¹¹⁶Показательно сравнение с Испанией, *García de Enterría/Borrajo Iniesta* (сноска 55), § 50 пункт 37. К противоположному развитию в Швейцарии см. *Schindler* (сноска 39), § 49 пункт 10 и далее.

¹¹⁷Идея правового государства в значительно большей степени связана с мыслью о материальной справедливости например у *Роберта фон Моля* (сноска 83).

¹¹⁸*Mayer* (сноска 5), с. 58.

¹¹⁹*Mayer* (сноска 5), с. 56; *Forsthoff* (сноска 54), с. 82.

¹²⁰Основополагающая работа *Oskar Bülow*, *Gesetz und Richteramt*, 1885; более подробно см. *Regina Ogorek*, *Aufklärung über Justiz*, Halbbd. 2: *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 2008. По данному вопросу см. также ниже.

¹²¹В отличие от системы управления в Англии: *Jouanjan* (сноска 65), § 70 пункт 30.

Эта концепция административной власти как ветви власти, (исключительно) исполняющей законы, естественно, никогда полностью не отражала действительное значение системы государственного управления, и уж тем более в период Империи. Всегда было ясно, что управление не исчерпывается юридическим применением права (*juridische Gesetzesanwendung*), и даже сама степень подчинения или связанности законом постоянно была предметом споров, как это может быть продемонстрировано на примере «административного усмотрения» (*Verwaltungsermessen*), которое было нормативно урегулировано лишь после принятия Основного Закона - конституции ФРГ. При всем этом, данная концепция оказалась весьма действенной и влиятельной, вероятно, по той причине, что она взаимодействует с концепцией рациональной легитимации *Макса Вебера (Max Weber)* и укрепляет основу легитимации современной бюрократии.¹²²

Вплоть до сегодняшнего дня существует идеальное представление, идентифицирующее административное право с нормами закона, которые посредством юридических методов вводит управление в рамки административных актов и их применения, в особенности, если речь идет об актах, посредством которых осуществляется вмешательство в правовую сферу индивида. Эта концепция мешает адекватному пониманию современных структур управления в европейском правовом пространстве, так как современную ситуацию, в которой правительства и бюрократии осуществляют регулятивные функции, она может характеризовать исключительно как «процесс конституционно-правовой и конституционно-политической деградации».¹²³ Прежде всего, однако, в рамках данной концепции сложно разработать понимание наднациональных и международных административных органов, которые в значительной степени не столько осуществляют исполнительную деятельность, сколько занимаются концептуальной разработкой и осуществляют распорядительные функции (хотя часто только посредством «мягких» инструментов).¹²⁴

¹²²*Max Weber*, Gesamtausgabe, Abteilung I, Bd. 22-4 (Wirtschaft und Gesellschaft), 2005, с. 157 и далее, в частности, с. 196 и сл.

¹²³*Hans-Jürgen Papier*, Steuerungs- und Reformfähigkeit des Staates, в: Mellinghoff/Morgenthaler/Puhl (Hg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, с. 103; аналогично *Paul Kirchhof*, Demokratischer Rechtsstaat – Staatsform der Zugehörigen, в: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 9, 1997, § 221 пункт 33 и далее. Иное мнение *Wolfgang Zeh*, Parlamentarismus, 1978, с. 103 и далее; *Armin von Bogdandy*, Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?, AöR 130 (2005), с. 445 и далее.

¹²⁴В частности, по вопросу об интернациональном измерении *José Alvarez*, International Organizations as Law-makers, 2005.

Какие бы недостатки ни обнаруживало такое понимание, для имперской системы приоритет закона и оговорка о законе - это большие достижения. Ибо они вели к правовой регламентации, юридизации (*Verrechtlichung*) отношений между государством и подданным, в чем уже и заключался первый важный момент признания. Действия государства, направленные против интересов граждан и более конкретно против индивидуальной свободы и собственности, не должны были более приниматься как «голый» факт, а подлежали урегулированию в законе с точки зрения их допустимых предпосылок, последствий, и прежде всего, с точки зрения имеющихся в наличии средств правовой защиты. На основе подобного понимания развивается то, что длительное время в качестве *теоретико-правового системообразующего начала* должно было служить специфическим, идентифицирующим моментом германского административного права: определение того, какие правила применимы к действиям государственной власти, к каким действиям они применимы, как может контролироваться их соблюдение и какие последствия возникают в случае неправомерности действий государства.

Так например, *Пауль Лабанд (Paul Laband)* правовую форму «распоряжения» рассматривает как *форму* деятельности, которая применима ко всем индивидуально-ориентированным действиям всех ветвей управления, и описывает ее правовые предпосылки, а также последствия незаконного издания распоряжения.¹²⁵ Впоследствии *Отто Майер (Otto Mayer)* в своем новаторском, основополагающем учебнике, изданном в 1895-ом году,¹²⁶ разрабатывает классическую форму деятельности для односторонних правовых мероприятий государства по отношению к индивиду, которую он называет «административным актом» (*Verwaltungsakt*) по аналогии с французским *acte administratif*. Догматически административный акт ориентирован на прототип судебного решения и его правообосновывающую функцию (*Titelfunktion*),¹²⁷ что подчеркивает отличие от гражданского права. *Майер* нацеливается на такую правовую форму деятельности, которая, подобно решению судов, должна предоставлять органам управления возможность подлежащим исполнению способом определять права и обязанности индивидуумов. В этом отношении он подтверждает суверенный, властный характер административного действия: воздействие, вмешательство и принятие мер

¹²⁵*Paul Laband*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 2, 1878, с. 216 и далее. По другим авторам см. *Markus Engert*, *Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt*, 2002, с. 117 и далее.

¹²⁶*Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1895.

¹²⁷*Mayer* (сноска 5), с. 59; более подробно *Pauly* (сноска 21), § 60 пункт 9 и сл.

возможны без судебного решения. Как и судебные решения, административные акты до тех пор пока они не будут отменены посредством *actus contrarius*, принятым компетентным органом власти или судом, должны неукоснительно соблюдаться (т.н. воздействие фактического состава, *Tatbestandswirkung*). Административный акт представляет собой форму деятельности, соответствующую общему компромиссному характеру конституционализма, которая имеет своей целью как эффективность административных мер, так и защиту индивидуальных прав, поскольку он конститутивно контролируем в судебном порядке. Административное право эпохи конституционализма находит в нем свой центральный концептуальный момент. В абстракции *Макса Вебера* этот формальный подход станет высшим проявлением современной государственности.¹²⁸

Административный акт концептуализируется в качестве понятийного инструмента, который придает структуру «струящейся массе административной деятельности» (*Otto Mayer*), и в то же время вследствие ее нормативной природы показывает границы.¹²⁹ В методическом плане эта административно-правовая конструкция так же типична, как проблематична. Она не может быть ни выведена чисто дедуктивно из идеи правового государства, ни генерирована чисто индуктивно абстракцией положительного права. Речь идет скорее о так сказать интуитивной диалектике, инспирированной практикой и принципами. В диалектическом процессе *Mayer* определяет правовую природу и последствия административного акта на абстрактно-нормативном уровне и «обнаруживает» эту форму деятельности квази эмпирически во множестве случаев административной практики.¹³⁰ Основное достоинство его конструкции состоит в том, что она облегчает органам управления выполнение их задач и одновременно делает их более прозрачными, а также контролируемыми в судебном порядке по инициативе заинтересованных лиц. Это укрепляет легитимность действий государства. Возможно, именно этим и объясняется успех *майеровской* концепции административного акта, которая была уже после его первой публикации быстро воспринята в теории и практике и, в конечном счете, была кодифицирована - хотя и в модифицируемой форме - в Законе об административных процедурах 1976-го года (*Verwaltungsverfahrensgesetz*).

¹²⁸ *Weber* (сноска 122), *passim*, с. 157 и далее и 727 и далее.

¹²⁹ *Christian Bumke*, *Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland*, в: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (сноска 52), с. 73, 87.

¹³⁰ *Mayer* (сноска 5), с. 94 и далее; об этом методе *Schmidt-De Caluwe* (сноска 113), с. 206 и далее.

Если смотреть ретроспективно, то центральный момент административного права, ориентированного на принципы правового государства, предстает как творение правовой теории.¹³¹ Сколь бы значимым ни было при этом французское влияние, но, все же, два существенных различия заслуживают внимания. Если ключевые догматические категории германского административного права основываются на разработанной догматике государственного права,¹³² то во Франции догматика административного права предшествует догматике конституционного права; во Франции не имелось сравнимой с германской традиции *ius publicum*.¹³³ Кроме того, существенно различалась также роль судов и судей. В то время как догматика французского административного права основывалась на решениях Государственного Совета (*Conseil d'État*) и публикациях его членов,¹³⁴ в Германии догматика административного права развивалась теоретиками-профессорами. Решения судов не приобретали здесь то центральное значение, которое типичным для французской административно-правовой доктрины. Характерной здесь является и следующая деталь: в Германии судебные решения, как правило, исследуются не в научном тексте как предмет системного рассмотрения, а приводятся в сносках для подтверждения научных соображений. Это соответствует претензии германской теории на системность, значительной заслугой которой и является то, что германское административное право в своем значении могло на равных соперничать с французским и, в конечном счете, стать особым типом.¹³⁵

¹³¹К аналогичной ключевой роли правовой науки в Италии см. *Mattarella* (сноска 114), § 45 пункт 31.

¹³²Зависимость от государственного права проявляется уже в следующей констатации *Пауля Лабанда*: «Специфических, своеобразных административному праву правовых принципов не существует.» Это высказывание можно найти в: *Literaturreferat zu Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, AöR 2 (1887)*, с. 149, 156.

¹³³*Mestre* (сноска 106), § 43 пункт 13; в сравнительной перспективе *Heuschling* (сноска 8), § 54 пункт 16 и 28.

¹³⁴*Chrétien* (сноска 7), § 61 пункт 1.

¹³⁵*Sabino Cassese*, в: *A. von Bogdandy, S. Cassese, Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 41 пункт 18; *Michel Fromont*, ebd., § 55 пункт 2; *Schiera* (сноска 91), § 69 пункт 12; *Jouanjan* (сноска 65), § 70 пункт 48 и далее. На Швецию французское развитие повлияло так сказать в «германском исполнении»; см. *Mats Kumlien/Kjell Åke Modéer*, в: *A. von Bogdandy, S. Cassese, Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, § 48 пункт 14.

2. Создание административной юрисдикции

Основанное на принципах правового государства административное право требует нормативности (*Normativität*), и нормативность едва ли можно представить себе без судебных учреждений¹³⁶: правовое государство немислимо без судебной правовой защиты.¹³⁷ Развитие административного права в 19-ом веке можно видеть как обособление той части государственного права, соблюдение которого по жалобам заинтересованных субъектов подлежит правовому контролю независимыми учреждениями. Никакой иной административно-правовой институт не символизирует так же наглядно идею правового признания индивида, как судебная правовая защита. Соответственно, административно-правовая теория, как и во многих государствах, в течение многих лет фокусируется именно на этой перспективе.

Это направляет взгляд на развитие соответствующей юрисдикции. Отграничение административно-правовой судебной практики от управления - это феномен 19-ого столетия. До этого правосудие и администрация были как функционально, так и организационно часто тесно переплетены¹³⁸; эта ситуация встречается сегодня и на международном уровне, например, в рамках механизма урегулирования споров во Всемирной Торговой Организации или в Международном банке реконструкции и развития.¹³⁹

«Административная юстиция» суверена осуществляла надзор за осуществлением государственной власти нижестоящими органами с точки зрения «благоприобретенных прав граждан»; однако, институционально и организационно она оставалась частью системы органов управления. Частично все еще сословно организованные (обычные) суды, как правило, были в значительной степени исключены от рассмотрения таких споров.¹⁴⁰ По этой причине «административная юстиция», которая хотя и обнаруживала определенные дефициты с точки зрения принципов

¹³⁶Лаконично *Mayer* (сноска 5), с. 47: без суда публичное право не является правом; смотри, однако, *Schindler* (сноска 39), § 49 пункт 13.

¹³⁷*Otto von Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 1868, с. 832: правовая защита превращает правовое государство в административное государство.

¹³⁸*Rüfner* (сноска 102), с. 167.

¹³⁹Об органах разрешения споров в ВТО см. *Friedl Weiss*, *WTO-Streitbeilegung*, или соответственно *Sabine Schlemmer-Schulte*, *Internationales Währungs- und Finanzrecht, zum Weltbank Inspection Panel*, обе работы в: *Tietje* (Hg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2009, § 17 пункт 10 и далее или соответственно § 9 пункт 101 и сл.

¹⁴⁰*Wiederin* (сноска 39), § 46 пункт 1 и далее; *Rüfner* (сноска 102), с. 168.

правового государства, в конечном счете все же способствовала также и преодолению отношений, характерных для сословного государства.

По мере развития конституционалистского движения тесная связь контрольных инстанций с органами исполнительной власти в начале 19-ого столетия скоро стала вызывать серьезную критику. Требование независимой юстиции ведет к принятию § 182 конституции Германской Империи 1849-го года, который определяет: «Административное производство отменяется; все нарушения права подлежат разбирательству в судах.»¹⁴¹ Эта мера была направлена на подчинение административной власти юрисдикции обычных судов, а потенциально и вовсе судам присяжных. Однако, после неудачи революции 1848/1849 годов подобная «социализация» (*Vergesellschaftung*) контроля монархической исполнительной власти не смогла быть реализована, а возобладали, однако, идея самостоятельной административной юрисдикции.¹⁴² Эта идея была конкретизирована в судебных учреждениях, именованных Административными Судебными Палатами или Высшими Административными Судами земель, в частности, в Бадене (1863), Пруссии (1872), Гессен-Дармштадте (1875), Вюртемберге (1876) и в Баварии (1879). В этих учреждениях работали, как правило, назначенные судьями высокопоставленные и поэтому пользующиеся у правительства доверием государственные чиновники,¹⁴³ от которых можно было не ожидать особенно критической судебной практики.¹⁴⁴ Судебному разбирательству предшествовал собственный самоконтроль органов управления в рамках процедуры производства по административным жалобам (*Widerspruchsverfahren*). На существовавшем с 1867/1871 годов общеимперском уровне контроль происходит напротив только в высших

¹⁴¹Более подробно см. *Gernot Sydow*, Die Revolution von 1848/49, *VerwArch* 92 (2001), с. 389.

¹⁴²Основополагающая работа *Rudolf Gneist*, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1879; по проблеме единой юрисдикции см. *Otto Bähr*, *Der Rechtsstaat*, 1864.

¹⁴³Подробное изложение в смысле героико-исторического описания у *Baring* (Hg.), *Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1963.

¹⁴⁴Это объясняет продолжающуюся роль общей юрисдикции; см. *Bruno Otto Bryde*, в: *von Münch/Kunig* (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2000, Art. 14 пункт 96. И по настоящее время ст. 34 предложение 1 Основного Закона ФРГ допускает возможность обращения в суд общей юрисдикции, если «какое-либо лицо при исполнении возложенных на него служебных обязанностей в государственном аппарате» причинило ущерб. Здесь как и в ст. 14 абз. 3 предложение 4 Основного Закона звучат отголоски стремления к слишком большой близости административной юрисдикции к государству; см. *Hans-Jürgen Papier*, в: *Maunz/Dürig*, *Kommentar zum Grundgesetz* (Losebl., Stand: Oktober 2009), Art. 34 пункт 306.

имперских учреждениях (*Reichsämtler*);¹⁴⁵ до создания системы административного правосудия на уровне империи дело не дошло. Тем самым в Германии вырисовывается третья модель, помимо моделей Англии и Франции. В принципе в результате выделения административного права в отдельную сферу, которая располагает также собственными контрольными учреждениями, Германия следует французскому примеру. Однако, иначе, чем во многих других странах, эти контрольные учреждения не следуют французскому примеру Государственного Совета, остающегося интегрированным в исполнительную власть.¹⁴⁶ Контрольные учреждения скорее являются, как в Англии,¹⁴⁷ судами (и по их обозначению, и по их собственному самовосприятию).

Прежнее разделение публичного и частного права сохраняет свое значение, тем более, что область контроля административных судов остается в высшей степени ограниченной. Так например, возможность инициировать административно-правовую процедуру допускалась, по общему правилу, в отношении таких мер, которые *Maüer* догматически понимал как «обременяющий административный акт» (*belastender Verwaltungsakt*). Многие сферы в силу того, что они принадлежали к области «особых властных отношений» (*besondere Gewaltverhältnisse*) или в силу специальных установлений в законе, например, в области регулирования правил высылки, вообще не подлежали никакому судебному контролю. Это правило действовало в особенности для актов, имевших существенное государственно-политическое значение, в отношении которых устоялось понятие «неподсудных актов» государственной власти, то есть актов, которые неоспоримы в рамках правовой процедуры и не подлежат проверке их законности в судебном порядке (*justizfreie Hoheitsakte*). В этом отношении германское административное право развивается как «неполитическая» часть публичного права, контролируемая юридической и «функционально-субстанциональной» концепцией.¹⁴⁸ У многих авторов отдаленность административного права от политики становится прямо-таки идеалом.

¹⁴⁵Более подробно см. *Rudolf Morsey*, Die Aufgaben des Norddeutschen Bundes und des Reiches, в: Jeserich/Pohl/von Unruh (сноска 13), Bd. 3, 1984, с. 138, 178 и далее.

¹⁴⁶Краткое исследование специфической функции Государственного Совета см. *Heuschling* (сноска 8), § 54 пункт 16, сноска 37.

¹⁴⁷По данному вопросу см. *Loughlin* (сноска 25), § 44 пункт 13 и сл.

¹⁴⁸По данному вопросу в сравнительной перспективе и с выделением отличий от ситуации в Англии см. *Schiera* (сноска 91), § 69 пункт 51; к трактовке административного права как права самостоятельной ветви власти см. *Chrétien* (сноска 7), § 61 пункт 7.

Небесспорной долгое время оставалась и собственно направленность судебного контроля. Ранние концепции, как например у *Пауля Лабанда* и *Рудольфа фон Гнайста* (*Rudolf von Gneist*), рассматривали его, по аналогии с французской моделью, как объективный контроль правомерности. Субъективно-публичные права в сегодняшнем понимании первоначально вообще не могли быть доктринально восприняты на фоне монополизировавшего всю суверенную власть государства.¹⁴⁹ И лишь обоснование *Георгом Еллинеком* (*Georg Jellinek*) правовой фигуры субъективно-публичных прав, выводимых из добровольного самообязательства государства,¹⁵⁰ заложило ту основу, на которой в Германии смог развиваться административно-судебный контроль как институт правовой защиты, а именно защиты индивидуальных прав. Эта концепция имела весьма важное значение. В частности, судебный контроль и защита (субъективных) прав стали почти синонимами, что, впрочем, несколько затрудняет понимание существующих других подходов, как например, во Франции, в Соединенном Королевстве или в Европейском Союзе.

Институты правового государства 19-ого столетия заложили основы для правового признания индивида и тем самым для эмансипации подданного до гражданина. Разработанная в дальнейшем концепция судебного контроля как института защиты субъективных прав привела к формированию специфической позиции:¹⁵¹ развитие из идей правовой защиты административные правоотношения понимают индивида как поборника своих интересов, защищенных правом. Выходящие за рамки этого публичные интересы стоят вне этой концепции. Из этого духовного наказа следуют важные противоречия между немецким административным правом и правом европейской интеграции.¹⁵²

3. Дальнейшее развитие в период до принятия Основного Закона ФРГ

Наиболее знаменитая, хотя и далеко не бесспорная административно-правовая формула эпохи Веймара гласит: «конституционное право

¹⁴⁹Более подробно см. *Johannes Masing*, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997, с. 56 и далее.

¹⁵⁰*Georg Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892.

¹⁵¹Более подробно см. *Masing* (сноска 149), с. 128 и далее, а также 218 и далее.

¹⁵²Более подробно см. *Neidhardt*, *Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, с. 62 и далее.

проходит, административное право остается» (Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht)¹⁵³. Она отражает противостояние, существующее между силами инерции в государстве и управлении, с одной стороны, и либерально-демократическим развитием административного права в условиях действия Веймарской Конституции, которая нередко воспринимается за границей как образец для подражания, с другой.¹⁵⁴ Определенное несовершенство конституционного проекта в этом смысле читается, например, уже в статье ст. 107 Веймарской Конституции, в соответствии с которой в империи и областях должны были быть установлены в законодательном порядке административные суды «для защиты от распоряжений и требований административных учреждений» и - что особенно примечательно - конкретно для «защиты индивида». В соответствии со скорее программным, чем нормативным пониманием этой конституционной нормы, учреждение административных судов первой инстанции, также как и создание Верховного Административного Суда продвигалось весьма медленно.¹⁵⁵ Так, Верховный Административный Суд смог быть создан только к 1941-ому году, в период диктатуры национал-социалистов, за счет слияния Высшего Административного Суда Пруссии и Высшего Административного Суда Вены.¹⁵⁶ Но, естественно, в условиях национал-социализма и административные суды также не могли предоставить защиту против неправового произвола государства.¹⁵⁷ После Второй мировой войны, в частности, по настоятельным рекомендациям американцев сначала подвергается реорганизации двухступенчатая система административных судов, и только позже к ним в 1953-ем году добавляется Федеральный Административный Суд.¹⁵⁸

Инновации административного права, которые произошли в условиях действия Основного Закона, едва ли могут быть объяснены влиянием Веймарского периода,¹⁵⁹ а скорее стали реакцией на период национал-

¹⁵³ *Mayer* (сноска 5), Vorwort zur 3. Auflage, с. VI; критически *Stolleis* (сноска 25), пункт 91.

¹⁵⁴ По вопросу о ее влиянии в республиканской Италии см. *Mario Dogliani/Cesare Pinelli*, IPE I, § 5 пункт 10.

¹⁵⁵ *Rolf Grawert*, Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik, в: FS für Christian-Friedrich Menger, 1985, с. 35 и далее.

¹⁵⁶ *Wolfgang Kohl*, Das Reichsverwaltungsgericht, 1991.

¹⁵⁷ *Michael Stolleis*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, в: *ders.*, Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, 2006, с. 190. Итальянский фашизм был конструктивнее; см. *Mattarella* (сноска 114), § 45 пункт 34 и далее.

¹⁵⁸ § 1 Закона о Федеральном Конституционном Суде - Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1952 (BGBl. 1952 I, с. 625).

¹⁵⁹ Более существенное значение имеет развитие, наблюдаемое в Австрии в период между двумя мировыми войнами, *Wiederin* (сноска 39), § 46 пункт 38 и далее.

социалистской диктатуры. Это особенно справедливо для многих особенностей действующего немецкого административного права, взятого в европейском сравнении, а именно для глубокой конституционализации административного права, прежде всего, через основные права, для объема и интенсивности административного и конституционного судебного контроля или для ряда доктринальных особенностей, как например, дифференциации между «усмотрением» (*Ermessen*) и «свободой оценки» (*Beurteilungsspielraum*).

IV. Управление и административное право в условиях действия Основного Закона ФРГ

1. Институциональное развитие

В условиях действия Основного Закона в период между 1949-ым и 1990-ым годами формируются структуры, которые могут сегодня пониматься как «классическая» модель современной немецкой системы управления.¹⁶⁰ В этом отношении нередко можно услышать даже утверждение о «подлинном преобразовании публичного права» в Германии при одновременной «адаптации более ранних традиций».¹⁶¹ Основной Закон ФРГ может представлять в этом плане как «смена вех», которая, иначе чем сопоставимые цезуры в других странах,¹⁶² означала решительный отказ от целого ряда прежних линий развития административного права. Центральное место имело при этом новое понимание государства, в соответствии с которым, если использовать формулировку Херренхимзеерского проекта для новой конституции (*Herrenchiemseer Entwurf*), «государство ... существует для того, чтобы служить человеку».¹⁶³

¹⁶⁰Нижеследующее изложение концентрируется на государственном управлении; более детально к параллельному развитию понимания государства см. *Möllers* (сноска 66), с. 31 и далее.

¹⁶¹*Wahl* (сноска 4), с. 20.

¹⁶²Примечательно, что ни итальянские, ни австрийские, ни испанские исследования не уделяют аналогично глубокого внимания таким цезурам; см. *Mattarella* (сноска 114); *Wiederin* (сноска 39); *García de Enterría/Borrajo Iniesta* (сноска 55). Даже для бывших социалистических стран понимание таких цезур не столь явно выражено, см. *Küpper* (сноска 25), § 51 пункт 77 и далее; *Wróbel* (сноска 38), § 47 пункт 70 и далее.

¹⁶³§ 1 абз. 1 проекта Основного Закона; см. доклад о конституционном конвенте в Херенхимзее, в: *Deutscher Bundestag* (Hg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*, Bd. 2, 1981, с. 504 и далее; *Fritz Ossenbühl*, 40 Jahre

Это восприятие находится в соответствии с общей, однако отнюдь не бесспорной историографией, понимающей 1945-ый год как своего рода «час нуля». Как бы то ни было, немецкое административное право приобретает в условиях действия Основного Закона новую форму, которая достигает своего зенита в конце 1980-ых годов, а следовательно к тому периоду времени, в котором эпохальные перемены 1989/1990 года ставят его перед новыми вызовами и необходимостью всесторонних реформ.¹⁶⁴

а) Организационные основы

С организационной точки зрения Основной Закон, конечно, продолжает традиционные линии, которые существуют с момента основания империи в 1867/1871 годах; здесь не произошло никаких принципиальных перемен. Основной Закон сохранил приверженность концепции исполнительного федерализма,¹⁶⁵ и, таким образом, исполнение федеральных законов - это тем более действует само собой в отношении законов федеральных земель - является, по общему правилу, делом земель, а федерация, однако, располагает различными возможностями для оказания своего воздействия (ст. 83 и следующие Основного Закона). За исключением министерского управления (*Ministerialverwaltung*), дипломатической и военной службы, администраций федеральной финансовой службы, службы железнодорожного транспорта, телекоммуникаций, воздушного сообщения и водного транспорта, государственное управление принципиально остается задачей органов федеральных земель и соответственно той сферой, в которой прежде всего реализуется государственность земель. Не в последнюю очередь это подтверждает статистика занятых на государственной службе работников. Из 5,5 млн. государственных служащих только около 500 000 служащих приходится на федеральную администрацию, примерно 374 000 на службы социального страхования, 2,3 млн. служащих - на исполнительные органы федеральных земель и 1,72 млн. - на коммунальные органы управления.¹⁶⁶ Это принуждало федеральные земли почти 50% их бюджетов расходовать на оплату персонала служащих. Кроме того, в 1960-ые годы возникают разнообразные формы взаимодействия между административными

Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1993, с. 753, 756: «коперниковский переворот».

¹⁶⁴Более подробно см. *Rainer Wahl*, Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 38 (1999), с. 495.

¹⁶⁵Показательно, в частности, сравнение с Австрией и Швейцарией, в которых, несмотря на многочисленные схожие традиции и структуры, принципы «исполнительного федерализма» не утвердились, *Wiederin* (сноска 39), § 46 пункт 80 и далее; *Giovanni Biaggini*, IPE I, § 10 пункт 70 и далее.

¹⁶⁶Данные по состоянию на 2008 год; см. *Statistisches Bundesamt*, Finanzen und Steuern, Personal des öffentlichen Dienstes 2008, Fachserie 14, Reihe 6, 2009, с. 23.

органами на федеральном уровне и уровне федеральных земель, что затрудняет четкое разграничение ответственности, необходимое в демократическом обществе, и все больше ставит под сомнение государственность земель.¹⁶⁷

Административные органы (управления) на федеральном и земельном уровне можно подразделить на две группы: с одной стороны, это органы иерархически организованного «прямого государственного управления» (*unmittelbare Staatsverwaltung*) и, с другой стороны, это органы «непрямого государственного управления» (*mittelbare Staatsverwaltung*), в рамках которого государство осуществляет управленческие (административные) задачи не самостоятельно, а посредством независимых в правовом отношении органов и обществ (например, общин, округов, университетов, палат), учреждений (например, публичных радиостанций) и фондов (например, Фонда Прусское культурное богатство, Фонда Веймарской классики).¹⁶⁸ При этом иерархически организованная структура означает, что центральные органы осуществляют общее руководство всей подчиненной им организации (единоначалие), и соответственно министр может любое дело взять себе на рассмотрение. Кстати, это ничуть не является чем-то самим собой разумеющимся, как показывает, в частности, шведский пример.¹⁶⁹

в) Положение органов управления в государственном механизме

Если рассматривать систему горизонтального разделения властей и отношение исполнительной власти к законодательной и судебной власти, то не вызывает сомнений, что Основной Закон в сравнении с более ранними немецкими конституциями стремится сильнее ограничить исполнительную власть, даже несмотря на то, что правительству и, более того, административному аппарату федерального канцлера предоставляются довольно широкие полномочия. Также продолжает играть роль старое представление, что органы управления представляют собой своего рода собственно субстанцию государства. Это наглядно показывает до сих пор преобладающий подход, что все те формы и институты государственной власти, которые не относятся к законодательству, правительству или судебной власти, относятся к государственному

¹⁶⁷*Peter M. Huber*, *Deutschland in der Föderalismusfalle?*, 2003, с. 7 и далее; *ders.*, *Gutachten D zum 65. DJT* (сноска 67, с. D 18 и далее и D 41).

¹⁶⁸К австрийскому варианту квалификации как «негосударственного административного органа» (*nichtstaatliches Verwaltungsorgan*) *Wiederin* (сноска 39), § 46 пункт 70.

¹⁶⁹См. *Lena Marcusson*, *IPE V*, § 83 II 1 а).

управления.¹⁷⁰ Действует соответственно принцип: управление - это штатный режим государственности.

Государственное управление после 1949-го года более не располагает, тем не менее, многими прежними инструментами власти. В частности, его полномочия в области правотворчества представляются более ограниченными по сравнению с другими государствами-участниками Европейского Союза (ст. 80 абз. 1 Основного Закона, концепция о необходимости регулирования существенных вопросов в законе - *Wesentlichkeitsdoktrin*).¹⁷¹ И что еще более важно, практически все акты органов государственного управления подлежат судебному контролю. Кроме того, подача жалобы против обременяющего (административного) акта, имеет в Германии, в противоположность большинству других правовых систем, как правило, отлагательное действие (§ 80 абз. 1 Положения об административных судах). Действие данного принципа однако, все больше ослабляется за счет допускаемых исключений.¹⁷²

с) Функции государственного управления и административного права после 1949-го года

Если попытаться структурировать развитие государственного управления в его «классическую» эпоху в условиях действия Основного Закона в период до 1990-го года, то можно выделить различные фазы, в которых отражается экономическое и социальное развитие тех лет.¹⁷³ После завершения периода консолидации правового государства на передний план как результат «экономического чуда» в конце 1960-ых годов выходят правовые вопросы, связанные с обеспечением производительности, благосостояния и планирования,¹⁷⁴ которые стали выражением безмерного веры в экономический и технический производительный потенциал общества и в возможности государственного регулирования. Тем не менее, уже скоро эта уверенность уступает место разочарованию и отрезвлению,

¹⁷⁰Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 1931, с. 6; Mayer (сноска 5), с. 7; более критично Dirk Ehlers, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, в: Erichsen/Ehlers (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2010, § 1 пункт 7 и далее; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2009, § 1 пункт 7 и сл.

¹⁷¹Более подробно в сравнительной перспективе с Францией, Италией, Испанией и Великобританией см. по данному вопросу Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, с. 156 и далее.

¹⁷²Фундаментальная работа по данной проблематике Friedrich Schoch, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988. Относительно исключений см. § 80 абз. 2 Положения об административных судах (VwGO).

¹⁷³Wahl (сноска 4), с. 41 и далее.

¹⁷⁴Peter Badura, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, 1966.

имевшим значительные последствия для государственного управления. Так, очевидными стали реальные границы его эффективности, а принимаемые органами государственного управления решения - например, в области атомного права или специализированного проектирования - все менее получали одобрение. Начиная с середины 1970-ых годов, государственное управление, прежде всего, в такой сфере своего применения как экологическое право,¹⁷⁵ но также и в области права регулирующего вопросы технического развития и планирования, снова все больше и больше находит себя в роли арбитра, который призван сглаживать противоположности интересов между сторонами в рамках многополярных административных правоотношений, а также находить поддержку государственным интересам, (конкретизированным в законодательном и административном процессе).

Отто Майер видел центральную задачу административного права в том, чтобы ограничивать «струящуюся массу административной деятельности».¹⁷⁶ Приход к этой оценке после катастрофы диктатуры национал-социалистов стал результатом безусловного понимания необходимости консолидации и дальнейшего совершенствования государственного управления и регулирующего его административного права, основанных на принципах правового государства. Время после 1949-го года предстает также и в этом отношении в меньшей степени как разрыв с традиционными линиями развития государственного управления в Германии, а, скорее, последовательным продолжением пути, уже выбранного в период империи. Последний, ввиду лежащего в его основе компромисса между монархическим и демократическим принципом, представлял собой в своих тенденциях германскую специфику и продолжал оставаться таковой также и после Второй мировой войны до тех пор, пока формирование европейского правового пространства не поставило на повестку дня необходимость слияния традиционных линий правового государства и демократии. Тем не менее, сначала отличительными чертами «классического» образа современного германского государственного управления и административного права стали «всесторонняя конституционализация административного права (2), демонтаж (административно-)судебной правовой защиты (3) и дефицит демократии, постепенно воспринятый только после воссоединения Германии (4). В свою очередь, *Райнер Валь* в своей интерпретации, получившей широкий отклик, характеризует объем и глубину нормативной регламентации, конституционализации и юстициализации и вовсе как

¹⁷⁵Michael Kloepfer, Systematisierung des Umweltrechts, 1978, с. 74 и далее.

¹⁷⁶Mayer (сноска 5), с. 92 и сл.

типические признаки германского «особого пути», которые в европейском правовом пространстве оказываются под пристальным вниманием.¹⁷⁷

2. Конституционализация государственного управления и административного права

Вердикт *Otto Mayera* о конституционном нейтралитете административного права был Основным Законом ясно отклонен. Впервые в немецкой конституционной истории, предписывая необычную (кстати, также и в европейском сравнительной перспективе того времени) прямую связанность всех государственных властей, и соответственно также и законодательной власти, основными правами (ст. 1 абз. 3 Основного Закона), конституция лишает автономию законодательства, включая административное право, его основы¹⁷⁸ и вместе с тем закладывает фундамент для процесса конституционализации, который достиг своего апогея только к началу 1990-ых годов.¹⁷⁹ Подобная трансформация дала также повод для критики. *Эрнст Форстхофф (Ernst Forsthoff)* уже в 1971-ом году счел возможным сформулировать полемическое высказывание, что Федеративная Республика Германии больше не является, «государством в обычном смысле», поскольку у нее отсутствует «суверенитет в смысле высшей и непрерывно продолжающейся власти»: в 19-ом столетии такое государство было «унесено легким дуновением истории».

Конституционализация¹⁸⁰ немецкого административного права - это, прежде всего, история его «привязки к основным правам» («*Vergrundrechtlichung*»)¹⁸¹. В координированном взаимодействии с

¹⁷⁷ *Wahl* (сноска 4), с. 33 и 40 и сл.

¹⁷⁸ В Швейцарии, в отличие от этого, административное право формировалось, подобно тому как это происходило в США, уже в 19-ом веке в значительной степени как осуществление конституционных прав, *Schindler* (сноска 39), § 49 пункт 15.

¹⁷⁹ К вопросу об общеевропейском значении (материальной) конституционализации см. *Pedro Cruz Villalón*, IPE I, § 13 пункт 85 и сл.

¹⁸⁰ К диаметрально противоположной категории деконституционализации в условиях социализма см. *Küpper* (сноска 25), § 51 пункт 68.

¹⁸¹ В сущности, речь идет об основополагающих принципах справедливости, которые могут обосновываться в качестве конституционно-правовых также иным образом, как например, во Франции - посредством развития *общих принципов (principes généraux)* после 1945-го года, *Mestre* (сноска 106), § 43 пункт 86, в Англии - посредством развития норм «естественного правосудия» (*natural justice*) и «процессуальной справедливости» (*procedural fairness*) после 1963-го года, *Loughlin* (сноска 25), § 44 пункт 63. В отличие от этого в Швеции ссылки на конституцию в ходе административного процесса не

формальными аспектами принципа правового государства (ст. 20 абз. 3 Основного Закона), принципом законности деятельности органов управления, приоритетом закона и оговоркой о законе происходит более решительная ориентация правопорядка на обеспечение свободы и самоопределение индивида. Основные права проникают практически в любую сферу правопорядка, и каждый более или менее значительный акт правовой политики ставится в зависимость от его выведения из конституции.¹⁸² Это таит в себе значительный конфликтный потенциал для европейского правового пространства, административное право которого не формировалось в той же самой мере с учетом опыта диктатуры.

Догматическими основами этого развития является, с одной стороны, существенное расширение сферы защиты свободы действий (ст. 2 абз. 1 Основного Закона, позже она интерпретируется как общая свобода действий) Федеральным Конституционным Судом в его решении по делу *Эльфес* (*Elfes-Urteil*)¹⁸³ в 1957-ом году. Следствием этого стало признание того, что с точки зрения индивида любое осуществляемое государством обременение представляет собой вмешательство, нуждающееся в оправдании, и ему поэтому, в соответствии со ст. 2 абз. 1 Основного Закона, индивиду принадлежит право на свободу от любого принуждения, которое является незаконным или противозаконным.¹⁸⁴ С другой стороны, такой догматической основой служит фундаментальное решение по делу *Люта* (*Lüth-Urteil*) в 1958-ом году, которое вряд ли можно переоценить с точки зрения его последствий в долгосрочной перспективе. В соответствии с данным решением основные права стали пониматься не только как т. н. «защитные права», но и как объективные ценностные решения.¹⁸⁵ С этих пор почти на каждом контрольном экзамене по административному праву студентам-юристам дается задание проверить аспекты, связанные с контролем конституционности административных актов и, в частности, их соответствием основным правам. В целом можно говорить о масштабной интернализации рассматриваемой конституционализации: сегодня демонстранты и полиция обсуждают ход митингов и шествий согласно предписаниям конституционно-судебных решений.

воспринимались всерьез *Kumlien/Modéer* (сноска 135), § 48 пункт 60.

¹⁸² *Wahl* (сноска 4), с. 42.

¹⁸³ BVerfGE 6, 32 и далее (*Elfes*); подтверждено в BVerfGE 80, 137 и далее (*Reiten im Walde*).

¹⁸⁴ *Peter M. Huber*, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht*, 1991, с. 484 и далее; *Wolfgang Kahl*, *Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz*, 2000.

¹⁸⁵ BVerfGE 7, 198 и далее (*Lüth*).

Конституционализация немецкого административного права, конечно, не произошла за один день. Помимо этого, она ни в коем случае не представляла акторам в органах государственного управления, административной юстиции или теоретикам административного права однозначно ясной и когерентной «программой». Хотя уже в 1959-ом году *Фриц Вернер (Fritz Werner)*, будучи президентом Федерального Административного Суда, предложил формулу об «административном праве как конкретизированном конституционном праве»,¹⁸⁶ которая служила лейтмотивом для всеобъемлющей переоценки и переориентации практически всей системы административного права в последующих десятилетиях, это было непростым процессом, в котором снова и снова обнаруживались новые «строительные площадки». Сомнения стали усиленно высказываться только с восьмидесятых годов.¹⁸⁷

Примерно с середины 1960-ых годов, развитие построенного на принципах правового государства административного права, в целом, и основных прав, в частности, происходившее под знаком концепции «о необходимости регулирования существенных вопросов в законе»,¹⁸⁸ вызвало, в конечном счете, невиданный до тех пор этап правовой регламентации и юридизации. Дополнительную энергию им придавала нормативность конституции и ее непосредственное применение к правоотношениям между гражданином и государством. Примеры этому можно найти в самых различных областях права, начиная от регулирования вопросов исполнения уголовных наказаний, вопросов школьного и высшего образования и вплоть до вопросов статуса лиц «свободных профессий».

Если рассматривать осуществляемую в соответствии с принципами правового государства экспансию классического немецкого административного права, то среди его основных этапов (также с хронологической точки зрения) можно выделить, в частности, развитие принципа пропорциональности (а), устранение сфер, в которых не действуют основные права (b), регулирование управленческой деятельности по предоставлению публичных (административных) услуг (*Leistungsverwaltung*; т. н. «обслуживающее» или позитивное

¹⁸⁶*Fritz Werner*, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, DVBl. 1959, с. 527.

¹⁸⁷См. Например, *Rainer Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, NVwZ 1984, с. 401, 404; *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee*, 2004, с. 10 и сл.

¹⁸⁸Основополагающие решения Федерального Конституционного Суда, BVerfGE 33, 1 – *Strafgefangene*; 33, 125 ff. – *Facharzt*.

государственное управление) (с) и регулирование неформальной административной деятельности (d).

а) Развитие принципа пропорциональности

С ретроспективной точки зрения можно констатировать, что конституционализация административного права началась в некоторой степени с открытия и распространения принципа пропорциональности, соответственно принципа, который происходит из самого административного права. Заложенный уже в прусском полицейском праве,¹⁸⁹ этот принцип в качестве общего правового принципа смог также постепенно утвердиться и в других областях административного права,¹⁹⁰ прежде, чем после решения Федерального Конституционного Суда по делу об аптеках (*Apotheken-Urteil*)¹⁹¹ он вошел в догматику основных прав¹⁹² и через Европейскую Конвенцию по правам человека (ЕКПЧ) и право Евросоюза был перенесен также и в другие европейские правовые порядки.¹⁹³ Это демонстрирует, впрочем, часто упускаемую из вида зависимость конституционного права от административного права, ведь, в конечном счете, одна из наиболее распространенных конституционно-правовых фигур является творением административного права.¹⁹⁴

б) Устранение сфер, в которых не действуют основные права

Уже в период Веймара швейцарец *Фриц Флайнер (Fritz Fleiner)*, преподававший в Германии, предостерегал от «бегства [...] в частное право»¹⁹⁵, то есть от склонности государственной власти, как и прежде все еще присутствующего, снимать с себя (ненадлежащим образом)

¹⁸⁹ § 6 und 12 Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz; PrOVGE 13, 424 и далее – *Unzulässiger Branntweinausschank*; 13, 426 и далее – *Beleuchtungspflicht von Grenzposten*; *Ottmar Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, с. 179 и 190 и сл.

¹⁹⁰ *Rupprecht von Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, 1955.

¹⁹¹ BVerfGE 7, 377, 407 (*Apotheken*).

¹⁹² *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

¹⁹³ *Марк Ташнет (Mark Tushnet)*, в отличие от этого, представляет принцип пропорциональности как канадское творение, *Comparative Constitutional Law*, в: *Reimann/Zimmermann (Hg.)*, The Oxford Handbook of Comparative Law, 2008, с. 1225, 1251.

¹⁹⁴ Здесь можно напомнить о задиристской формуле «административизации конституционного права» (*administrativisation du droit constitutionnel*), предложенной *Жоржем Веделем (Georges Vedels)*, по данному вопросу см. *Heuschling* (сноска 8), § 54 пункт 10 и 49.

¹⁹⁵ *Fritz Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1928, с. 326.

возложенные на нее публично-правовые обязанности путем использования гражданско-правовых форм деятельности, как правило свободно предоставленных ей на выбор. Учение о частном административном праве,¹⁹⁶ обоснованное Гансом Юлиусом Вольффом (*Hans Julius Wolff*) и незамедлительно воспринятое судебной практикой, в продолжение данного подхода отстаивало позицию, что публичное управление, по крайней мере, в тех случаях, когда оно использует регулятивные возможности частного права в целях непосредственного исполнения административных задач (например, в области жизненного обеспечения или управления экономикой), связано нормами «частного административного права», и должно таким образом соблюдаться, в частности, основные права как защитные права, направленные против государства.¹⁹⁷ Аналогичный принцип действует при организационной приватизации (*Organisationsprivatisierungen*), то есть основанного на корпоративном праве обособления административных задач при помощи обществ с ограниченной ответственностью, акционерных обществ или союзов. Такие публично действующие юридические лица частного права понимаются с тех пор как элемент системы государственного управления, и поэтому подчинены обязательствам, вытекающих из публичного права, в частности, основных прав.¹⁹⁸

Помимо этого, под влиянием ст. 1 абз. 3 Основного Закона ФРГ утвердилась точка зрения, что основные права должны действовать также в тех административных правоотношениях, которые раньше определялись как «особые властные отношения». Под этим понималась - в том числе в развитии идей *Otto Mayer* - «повышенная зависимость, которая в интересах определенных целей публичного управления обосновывается для всех индивидов, которые вступают в предусмотренные особые отношения».¹⁹⁹ Эта «повышенная зависимость» существовала в административных правоотношениях между служащим и начальником, заключенным лицом и работником исправительного учреждения, учеником и школой, военнослужащим и армией и т.д. Также и после 1949 года такая зависимость все еще оправдывалась (добровольным) отказом от основных прав, который согласно известного принципа *volenti non fit iniuria* («нет обиды тому, кто сам того захотел») презюмировался при вступлении в подобные правоотношения, даже если оно происходило - как в случае с заключенными лицами - не на добровольной основе. Своим решением по

¹⁹⁶*Hans Julius Wolff/Otto Bachof*, Verwaltungsrecht I, 1974, § 23 II b (с. 108 и далее).

¹⁹⁷BGHZ 29, 76; 52, 325; 65, 284, 287; 91, 84, 96; *Dirk Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984; критика у *Peter M. Huber*, Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, в: FS für Peter Badura, 2004, с. 897, 899.

¹⁹⁸BVerfGE 45, 63, 78 и далее; BVerwG, NJW 1990, с. 134 – *Hamburger CCH*.

¹⁹⁹*Mayer* (сноска 5), с. 101 и сл.

делу о заключенных, принятом в 1972-ом году,²⁰⁰ Федеральный Конституционный Суд лишил доктрину «особых властных отношений» ее основы и установил, что основные права действуют также и в исправительных учреждениях и могут ограничиваться только законом или на основе закона. Несколько позже он подтвердил и развил эту судебную практику в отношении правовых норм, регулирующих вопросы школьного воспитания и образования. Суд потребовал, например, чтобы введение обязательной подготовительной ступени,²⁰¹ применение организационно-административные санкций,²⁰² введение уроков по сексуальному образованию²⁰³ или дисциплинарные меры, связанные с исключением из школы²⁰⁴ регулировались *законодателем*. Тем самым он косвенно признал также важность всех этих мер с точки зрения защиты основных прав - со всеми вытекающими отсюда последствиями, в частности в том, что касается, например, учета принципа пропорциональности.

с) Регулирование «обслуживающего» (позитивного) государственного управления

Тенденции к росту благосостояния в период т.н. «экономического чуда» и участвовавший профицит государственного бюджета создали возможность для значительного расширения публичных услуг, предоставляемых в целях обеспечения нормальных жизненных условий граждан. Право социальной помощи подверглось кодификации,²⁰⁵ было введено государственное содействие науке и образованию,²⁰⁶ бюджетное пособие на детей,²⁰⁷ установлены государственные стимулы для накопления собственности и капитала²⁰⁸ и, что не менее важно, в большом объеме предоставлялись также государственные субсидии.²⁰⁹ Разумеется, материальное социальное право функционировало в качестве самостоятельной и в значительной степени обособленной подсистемы и

²⁰⁰ BVerfGE 33, 1 – *Strafgefangene*.

²⁰¹ BVerfGE 34, 165, 192 и сл.

²⁰² BVerfGE 41, 251, 259 и далее.

²⁰³ BVerfGE 47, 46, 78 и далее.

²⁰⁴ BVerfGE 58, 257, 279 и далее.

²⁰⁵ Федеральный закон о предоставлении социальной помощи, *Bundessozialhilfegesetz* vom 30.6.1961 (BGBl. 1961 I, с. 815).

²⁰⁶ *Gerda Stephany*, *Das Honnefer Modell*, 1968.

²⁰⁷ *Klaus Steinwender*, *Das Kindergeld*, 1961.

²⁰⁸ *Zweites Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer* vom 1.7.1965 (BGBl. 1965 I с. 585).

²⁰⁹ § 12 абз. 2 - 4 Закона о способствовании стабильности и росту экономики (*Stabilitäts- und Wachstumsgesetz*) с 1967-го года обязывает Федеральное правительство ФРГ по этой причине каждые два года представлять отчет о предоставляемых субсидиях.

было дисциплиной, которая в целом оказывала только незначительное влияние на развитие административного права, иначе чем это было, например, в Швеции или в Великобритании.²¹⁰

Догматическая разработка принципов социального государства, которая оказала влияние на правопонимание в целом, происходила, главным образом, в конституционно-правовых категориях. Поскольку эти категории были ориентированы на обязывающее (негативное) государственное управление, они оказались не вполне пригодными для обеспечивающего (позитивного) государственного управления, то есть для государственного управления, нацеленного на предоставление услуг, за исключением ряда разработок с конца 19-ого столетия.²¹¹ Действие т. н. «оговорки о законе» в рамках «обеспечивающего управления», а также и функция основных прав в «государстве, производящем услуги» (*Leistungsstaat*) были исследованы недостаточно. Так долгое время, например, не до конца выясненными продолжали оставаться вопросы о том, представляют ли собой основные права прирожденные долевыми социальными права (*Teilhaberechte*; в русскоязычной литературе этот термин переводится также как социальные права соучастия - *прим. перев.*) и если да, то в какой мере,²¹² или, например, гарантируют ли они, право на создание новых учебных мест для студентов.²¹³

В принципе с середины 1970-ых годов в Германии преобладает точка зрения, что основные права (если абстрагироваться от ряда исключительных случаев) не гарантируют никаких прирожденных социальных долевыми прав, и задачей законодателя является при регулировании объективного измерения основных прав также принять решение о возможных - производных - социальных правах. Однако, в условиях преобладания формальной трактовки принципов правового

²¹⁰*Kumlien/Modéer* (сноска 135), § 48 пункт 33 и 42 и далее; *Loughlin* (сноска 25), § 44 пункт 58 и далее.

²¹¹*Otto Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), с. 193, 207 и сл. Со ссылкой на *Robert Graf Hue de Grais*, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 1882, с. 346; *Ernst Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

²¹²*Wolfgang Martens* и *Peter Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), с. 7 и далее или соответственно с. 43 и далее.

²¹³В этом смысле BVerfGE 33, 303, 333 – *Numerus Clausus*. Основанное на этом законодательное регулирование полномочий учреждений высшей школы в Германии стало впоследствии одной из ключевых проблем развития университетских научных исследований. Это является хорошей иллюстрацией проблематичной стороны конституционализации: конституционно-правовое «окостенение» административного права (*Versteinerung*). Административное право как «конституционное право, конкретизированное органами конституционной юрисдикции» имеет свою цену.

государства попытки консолидации «обеспечивающего управления» не увенчалась большим успехом. И до настоящего времени продолжает оставаться спорным, распространяется ли оговорка о законе, например, на регулирование предоставления субсидий. Преобладающее мнение в доктрине и судебной практике исходит из того, что данное правило действует только для вторжений в свободу и собственность или соответственно для регулирования наиболее «существенных» вопросов, но не для всей области «обеспечивающего управления».²¹⁴ Предоставление субсидии или дотации (§ 23 Положения о федеральном бюджете), в соответствии с данным мнением, расширяет правовую сферу (защиты) получателя, а не ухудшает ее. Поэтому в этом отношении недостаточными все еще считаются генеральное предоставление государственных средств в бюджетном плане и бюджетном законе.²¹⁵ Естественно, есть понимание того, что предоставление подобных преимуществ, по общему правилу, включено в многополярные административные правоотношения, в которых участвуют, наряду с государством и получателем субсидий, также и третьи лица, и их интересы могут при этом нарушаться.²¹⁶ Тем не менее, более четких выводов из этого, как правило, не делается.²¹⁷

d) Регулирование неформальной административной деятельности

Лишь со значительными задержками немецкое административное право, наконец, осмелилось перевести так называемое «неформальное государственное управление» в русло принципов правового государства. Под таким управлением понимаются не только реальные акты, но и, в частности, информационно-справочная деятельность государственных органов, получающая все большее распространение с 1980-ых годов. Фундаментальная докторская диссертация Ханса-Ульриха Галлваса (*Hans-Ulrich Gallwas*) 1970-го года²¹⁸ оставалась долгое время незамеченной, пока ее не обнаружил Федеральный Административный Суд при принятии своего решения по делу о списках прозрачности (*Transparenzlisten-Entscheidung*) 1987-го года²¹⁹ и не сделал ее основным рекомендуемым

²¹⁴*Peter M. Huber*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, в: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2008, 3. Kap., пункт 231.

²¹⁵Решение федерального Высшего Административного Суда ФРГ, см. BVerwGE 58, 45.

²¹⁶*Matthias Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, с. 34 и далее.

²¹⁷Смотри, тем не менее, BVerwGE 90, 112 и далее - *Finanzierung eines sektenkritischen Vereins aus Bundesmitteln*.

²¹⁸*Hans-Ulrich Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970.

²¹⁹Основополагающее решение - BVerwGE 71, 183 и далее - *Transparenzliste*; 82, 76 и далее - *Sekten*; 87, 37 и далее - *Glykol*; 90, 112 и далее - *Osho*; 100, 262 и далее - *Mietspiegel*.

произведением, которое нашло своих многочисленных последователей в юридической литературе.²²⁰ Однако, завершение консолидации, основанной на принципах правового государства, в последнее время несколько затормозилось, особенно после того, как Федеральный Конституционный Суд в своем решении по делу *Гликоль* (*Glykol-Entscheidung*), признав существование фактических нарушений основных прав, пришел к выводу о неприменимости гарантий формального правового государства, в частности, оговорки о законе, к данной сфере правоотношений.²²¹

3. Расширение и усовершенствование индивидуальной правовой защиты

Параллельно с конституционализацией административного права в условиях действия Основного Закона идет расширение индивидуальной правовой защиты. Этим подчеркивается значение принципов материального правового государства в «классическом» немецком административном праве. Усиление правовой защиты индивида находит свое выражение как в гарантии правовой защиты согласно ст. 19 абз. 4 Основного Закона (а), так в установлении общей оговорки об административной юрисдикции (b), а также во всеобъемлющем субъективировании административного права (с). Иначе чем, например, во Франции или Австрии, судебный контроль органов управления считается не нарушением принципа разделения властей,²²² а своего рода важным выражением этого принципа. Это немецкое понимание затрудняет восприятие административных судов как регулирующих институтов публичной власти.²²³ Другой возможностью ухода от вопроса о легитимации служит т. н. «доктрина единственно правильной интерпретации», которая является догматическим фундаментом для обоснования высокой плотности административно-судебного контроля, и в этом смысле, по словам *Райнера Валя*, также особенностью немецкого права.²²⁴ Хотя несостоятельность этой доктрины теоретически доказана давно и, тем самым, регулирующая и управляющая роль судов не подлежит

²²⁰Ulrich Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen im Bereich des Eigentums, 1980; Herbert Bethge или соответственно Beatrice Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), с. 7 и далее или соответственно 57 и далее.

²²¹BVerfGE 105, 252 и далее – *Glykol*; 105, 279 и далее – *Osho*; критически Wolfgang Kahl, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 42 (2004), с. 167 и далее.

²²²*Mestre* (сноска 106), § 43 пункт 30; *Wiederin* (сноска 39), § 46 пункт 3.

²²³См. например, *Mayer* (сноска 5).

²²⁴*Wahl* (сноска 4), с. 24 и 102.

сомнению,²²⁵ она все еще продолжает действовать, так как для юстициализации (*Justizialisierung*) она, пожалуй, конгениальна. Если, однако, признавать ее неубедительной, то более низкая плотность судебного контроля в других государствах-участниках и на европейском уровне предстает в другом, более выгодном свете.

а) Гарантия правовой защиты

Устанавливая гарантию эффективной правовой защиты (ст. 19 абз. 4 Основного Закона), германский конституционный законодатель принимает во внимание, что субъективно-публичные права могут быть эффективны только тогда, когда и в случае конфликта обеспечивается их реализация. Поэтому гарантия правовой защиты это решающий инструмент, который позволяет устранить самоволие органов государственного управления по отношению к гражданину и реализовать «субстанциональное право на действительно эффективный судебный контроль».²²⁶ С этой точки зрения она представляет собой «ключевую основу порядка, основанного на принципах правового государства»,²²⁷ а также (предварительный) апогей развития, располагающегося своими корнями, по меньшей мере, в периоде основания Высшего Административного Суда Пруссии и связанной с этим тенденции к правовой государственности.²²⁸ Это развитие, однако, еще не завершено полностью, как это подтверждает и взгляд на право предоставления субсидий.²²⁹ Из того обстоятельства, что во главу угла ставятся основные права, вытекает, прежде всего, то, что интересы, не являющиеся законно защищенными, не подлежат исчерпывающей и полной защите. Рассмотрение деятельности органов административной юрисдикции других стран, которая ориентируется более на интересы, а не на права, представляет в этом смысле особый интерес.²³⁰

Провозглашая в ст. 19 абз. 4 Основного Закона правовую защиту против актов государственной власти в качестве основного права, конституция подчеркивает, что гарантия правовой защиты - как и материальные

²²⁵Смотри ссылки в сноске 120; уже у *Hans Kelsen*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), с. 163; *ders.*, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, с. 82.

²²⁶BVerfGE 35, 263, 274; 84, 34, 49.

²²⁷*Richard Thoma*, *Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, в: *Wandersleb* (Hg.), *Recht – Staat – Wirtschaft*, Bd. 3, 1951, с. 9.

²²⁸*Martin Ibler*, *Rechtspflegender Rechtsschutz*, 1999, с. 195.

²²⁹BVerfGE 116, 135 и далее – *Unterschwelliges Vergaberecht*; BVerwGE 129, 9 и далее.

²³⁰*Mestre* (сноска 106), § 43 пункт 43 и далее; *Loughlin* (сноска 25), § 44 пункт 13 и сл., 44 и далее, а также 60 и далее; *Paul Craig*, IPE V, § 78 IV; *Neidhardt* (сноска 152), с. 45 и далее.

основные права - имеет в виду, прежде всего, индивида и возможности его самореализации. Для индивида это «главное формальное основное право»²³¹ представляет собой «бастион индивидуальности»²³². С этой точки зрения, данная норма содержит в себе системное решение конституционного законодателя в пользу индивидуальной правовой защиты, которое имеет существенное значение для всей структуры немецкого административного права в целом. Кроме того, несмотря на примечательно расширительную интерпретацию Европейским Судом по правам человека статей 6 и 13 ЕКПЧ, оно идет значительно дальше того, что требует Конвенция. То же самое можно сказать и в отношении требований, сформулированных в статье 47 Хартии основных прав.²³³

Значимость гарантии правовой защиты и более общего права на судебную защиту (ст. 20 абз. 3 Основного Закона ФРГ) подтверждает также и тот факт, что в относительном выражении Германия в европейском сравнении имеет самое большое число судей,²³⁴ а также пятиуровневую систему судебных инстанций, три из которых непосредственно выполняют функцию контроля органов управления. Система органов административного правосудия включает в себя Федеральный Административный Суд, находящийся в Лейпциге (§ 2 Положения об административных судах), пятнадцать Высших или Верховных Административных Судов федеральных земель, а также пятьдесят два административных суда. Наряду с этим, в качестве особых органов административного правосудия, действуют суды по социальным вопросам трех инстанций и суды по финансовым делам, в системе которых имеется две инстанции (ст. 95 Основного Закона). Большое число судей ведет к соответственно большому числу действующих адвокатов, и это в целом влечет за собой то, что административные служащие больше не имеют монополии в дискурсе по вопросам административного права и происходит увеличение числа правовых точек зрения.

Усилением правовых гарантий, ориентированных на обеспечение всеобъемлющей индивидуальной правовой защиты, стало и

²³¹*Friedrich Klein*, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), с. 67, 87 и сл.

²³²*Eberhard Schmidt-Aßmann*, в: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3 (Losebl., Stand: Oktober 2009), Art. 19 пункт 8.

²³³В сравнительной перспективе *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel* или *Dagmar Richter*, в: Grote/Marauhn (Hg.), EMRK/GG. Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 14 (с. 642 и далее) или соответственно 20 (с. 1066 и далее).

²³⁴Необходимые данные см. например в *Statistisches Bundesamt*, Finanzen und Steuern, Personal des öffentlichen Dienstes 2008, Fachserie 14, Reihe 6, 2009, с. 33.

провозглашение «права на надлежащее применение усмотрения»,²³⁵ а также разграничение между «усмотрением», с одной стороны, и «неопределенными правовыми понятиями», с другой,²³⁶ которое получило распространение в литературе²³⁷ и судебной практике²³⁸. И то, и другое ощутимо интенсифицировало (административно-)судебный контроль государственного управления,²³⁹ хотя это и произошло ценой избрания особого - в контексте европейского сравнения - немецкого пути. Более-менее серьезная критика этого стала звучать только в последнее время.²⁴⁰

Гарантия беспробельной индивидуальной правовой защиты неизбежно оказывает и своего рода «воспитательное» воздействие на государственное управление.²⁴¹ В этом отношении ст. 19 абз. 4 Основного Закона представляет собой фундаментальный элемент государства, основанного на принципе разделения властей (ст. 20 абз. 2 предложение 2 Основного Закона), который во взаимодействии с другими принципиальными положениями конституции, в особенности со статьями 93 и 100 Основного Закона, делает особенно иллюстративным специфическое - в европейском сравнении - положение судебной власти в Германии. Разумеется, в этом отношении речь идет лишь о рефлексе, а не о специфической цели гарантии правовой защиты. Поэтому всеобъемлющий судебный контроль государственного управления хотя и может считаться существенной характерной чертой немецкого функционального порядка, но как принципиальное решение в государственно-организационном плане он, тем не менее, понимался скорее не совсем верно.

В процессе расширения и совершенствования индивидуальной правовой защиты после 1949-го года степень и интенсивность (административно-)судебного контроля органов государственного управления непрерывно возрастали.²⁴² Это привело к своего рода «недоверию» к административной юстиции, прежде всего, со стороны

²³⁵BVerwGE 2, 288 и далее; *Otto Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, с. 69; еще раньше *Bühler* (сноска 188), с. 162.

²³⁶О данном понятии *Maurer* (сноска 170), § 7 пункт 28.

²³⁷*Otto Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, с. 97 и далее; *Carl Hermann Ule*, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, GS für Walter Jellinek, 1955, с. 309 и далее.

²³⁸BVerwGE 72, 58, 73.

²³⁹См. также BVerfGE 83, 130 и далее – *Mutzenbacher*; 84, 34, 54 f. – *Staatsexamen*; 85, 36 и далее – *KapVO*.

²⁴⁰*Peter M. Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1997, с. 132 и далее; *Matthias Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, в: Erichsen/Ehlers (сноска 170), § 11 пункт 12 и далее.

²⁴¹BVerfGE 60, 253, 289 и сл.

²⁴²Позитивная и энергичная оценка у *Ibler* (сноска 227).

представителей политики и экономики, так как именно в предоставлении эффективной правовой защиты, а не в противоправном поведении органов государственного управления виделась причина длинной продолжительности процедур и наличия препятствий в реализации намеченных планов. По этой причине, иначе чем в государствах романской системы, основные публично-правовые полномочия в области права регулирования (§ 75 абз. 4 Закона об энергетическом хозяйстве) и законодательства о размещении госзаказа (§§ 16 и следующие Закона об ограничениях конкуренции) лишь позже были переданы судам общей юрисдикции.

в) Административное правосудие и общая оговорка об административных судах

Одним из элементов консолидации немецкого административного права в духе правового государства после 1949-го года является учреждение единой общегосударственной системы административного правосудия, хотя административные суды (за исключением Федерального Административного Суда) остаются при этом учреждениями федеральных земель. Начиная с 1960-го года на основании регулирования разграничения компетенции в области законодательства в соответствии со ст. 74 абз. 1 пункт 1 Основного Закона действует Положение об административных судах.²⁴³ С принятием Основного Закона и передачей в руки независимых судей также и административного правосудия (статьи 97 и 99 Основного Закона) унаследованный из 19-ого столетия спор по вопросу о принадлежности административного правосудия был окончательно решен и идея (ведомственной) «административной юстиции» (*Administrativjustiz*) отвергнута. Последние отзвуки ее можно найти в существующей до настоящего времени в Баварии подведомственной компетенции Министерства внутренних дел в вопросах административного правосудия, а также во внутриведомственном административном контроле решений о размещении государственных заказов в первой инстанции (§ 104 Закона об ограничениях конкуренции).

Гарантия правовой защиты по ст. 19 абз. 4 Основного закона лишила основы так называемый «принцип перечисления» полномочий (*Enumerationsprinzip*), т.е., в конечном счете, акционистскую концепцию, по которой административные суды компетентны принимать решения только по определенным, перечисленным в соответствующем каталоге делам.²⁴⁴

²⁴³BGBI. 1960 I, с. 17, 44.

²⁴⁴Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 2008, § 2 пункт 21; фундаментальная работа Bachof (сноска 234).

Конкретизируя подход, зафиксированный конституцией, Положение об административных судах путем введения общей оговорки об административных судах (§ 40 Abs. абз. 1 предложение 1 Положения) завершила развитие, начало которому было положено уже в Веймарский период.²⁴⁵ При условии, что иное не установлено законом, эта оговорка открывает с тех пор доступ к административно-правовым процедурам по всем видам публично-правовых споров за исключением споров конституционного характера, и, что примечательно, в принципе независимо от формы акта органа управления. По этой причине объектом административно-судебного контроля являются не только административные акты или административные договоры, которые были приняты или в принятии которых было отказано. Предметом контроля, по меньшей мере имплицитно, становятся также постановления и распоряжения,²⁴⁶ указы, инструкции, предупреждения, рекомендации и заключения органов управления.

с) Индивидуальная правовая защита и субъективно-публичные права

В соответствии с системным решением конституционного законодателя, содержащимся в ст. 19 абз. 4 Основного Закона, немецкое административно-процессуальное право обеспечивает правовую защиту в принципе только в случае нарушения субъективно-публичных прав. Жалобы допускаются лишь тогда, когда истец имеет «право на подачу жалобы», то есть когда он может заявить иск о нарушении его собственных субъективно-публичных прав (§ 42 абз. 2 и § 47 абз. 2 Положения об административных судах), и, кроме того, они могут иметь успех только в том случае, если административный суд действительно установит, что права истца нарушены (§ 113 абз. 1 предложение 1 и абз. 5 Положения об административных судах). Если выйти за рамки буквального текста закона, это действует для всех административных жалоб, также и для жалоб в суды по социальным и финансовым делам (§ 54 абз. 2 предложение 1 Закона о социальных судах и § 40 абз. 2 Положения о финансовых судах).

Ввиду фиксации на судебную правовую защиту, не может удивлять то, что вопрос о субъективно-публичном праве и его предназначении стоял в центре множества дебатов на заключительной фазе формирования «классического» немецкого административного права. Нарушение субъективно-объективного права приводит в действие оговорку о законе,

²⁴⁵О норме-предшественнице § 127 Thüringische Landesverordnung 1926 *Peter M. Huber*, 80 Jahre Thüringer Oberverwaltungsgericht, AöR 118 (1993), с. 45, 49.

²⁴⁶BVerwGE 111, 276 – 147. *DurchV zur LuftVO*; см. также § 47 абз. 1 Nr. 2 Положения об административных судах (VwGO).

обосновывает требования к административным процедурам (§ 28 Закона об административных процедурах [VwVfG]) и имеет также последствия для правомерности административных решений, а также для их судебного контроля.

Вопрос относительно субъективно-публичного права стоял на повестке дня уже в самом начале современного развития немецкого административного права²⁴⁷ и до сих пор, как и прежде, на него дается ответ в смысле заимствованной из области гражданского права (§ 823 абз. 2 Германского гражданского уложения) теории «защитной нормы» (*Schutznormtheorie*). Соответственно «обоснование субъективно-публичного права [...] предполагает норму объективного права, которая пригодна для того, чтобы обосновывать определенную правовую позицию индивида либо непосредственно, либо посредством акта, с которым настоящая норма связывает правовые последствия».²⁴⁸ Решающей отправной точкой для признания субъективно-публичного права является в классической интерпретации свобода регулирования законодателя, который, согласно традиционному представлению, при регулировании административных правоотношений должен устанавливать, какие предписания служат (также) индивидуальным интересам и поэтому обосновывают субъективно-публичные права.

Как следствие, закон и конкретизирующие его нормы, административные акты и административные договоры выступают в качестве главной основы субъективно-публичных прав, и таким образом, административно-правовые проблемы, в конечном счете, сводятся, прежде всего, к правильному истолкованию соответствующих норм. Остается открытым, конечно, насколько далеко распространяется свобода регулирования законодателя при признании субъективно-публичных прав. Здесь за нетронутым фасадом теории «защитных норм», унаследованной от конституционализма, под знаком конституционализации административного права с 1970-ых годов произошли фундаментальные изменения, в отношении оценки которых до сегодняшнего дня не существует полного согласия.

Согласно теории «защитной нормы» в ее традиционном прочтении, законодатель принципиально свободен в решении о признании субъективно-открытых прав. В целях гарантий правовой безопасности, юридической ясности или эффективности управления законодатель может

²⁴⁷ Böhler (сноска 188); Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919.

²⁴⁸ BVerfGE 51, 193, 211.

отказываться от того, чтобы поставить регулирование закона также и на службу его адресатов. Иногда он даже со всей определенностью предпринимает соответствующее ограничение и устанавливает, что определенные административные функции реализуются исключительно в публичных интересах (смотри, например, § 3 абз. 3 Закона о биржах и биржевых операциях и § 23а абз. 1 Закона о пребывании, трудовой деятельности и интеграции иностранцев). Конечно, представляется очевидным, что подобный подход, происходящий из 19-ого века, не может более сохранять свое значение в правопорядке, в котором и законодатель связан основными правами как непосредственно действующим правом (ст. 1 абз. 3 Основного Закона) и в котором они защищают практически любые интересы и формы поведения индивида, каждый законодательный акт, соответственно, всегда каким-либо образом затрагивает также основные права граждан. Поэтому если объективное содержание законодательного регулирования затрагивает интересы, защищенные основными правами, то оно принимает от них - также и с точки зрения признания субъективных прав - своеобразные «внутренние нормативные директивы», от которых не может уклониться законодатель. При этом не существует принципиальной разницы, регулирует ли соответствующий закон двусторонние (биполярные) правовые отношения между индивидом и государством или он конституирует многосторонние (многополярные) административные правоотношения в рамках компенсаторного нормативного порядка²⁴⁹ (как они складываются, например, между пользователями, государством и соседями в рамках законодательства в сфере строительства или в сфере охраны окружающей среды от вредного воздействия). Как следствие, вопрос о том, обосновывает ли определенная норма для индивида субъективно-публичное право, необходимо решать на основе тщательного анализа конкретной нормы,²⁵⁰ при котором нужно сначала и прежде всего определять внутренние (имманентные) нормативные директивы, который закон принимает от основных прав.

Путь к такому пониманию был каменистым и до сегодняшнего дня не является окончательно пройденным. При всем том, можно констатировать, что с начала 1970-ых годов произошло знаменательное расширение субъективно-публичных прав, при котором имманентные нормативные директивы основных прав - получившие это название несколько позже - сыграли, по меньшей мере, на втором плане, решающую роль. В результате

²⁴⁹ *Matthias Schmidt-Preuß*, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 2005, с. 247 и далее.

²⁵⁰ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, в: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hg.), *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, Bd. 1 (Losebl., Stand: Juli 2009), Einl. пункт 194.

догма политической свободы решения законодателя при признании субъективно-прав прав не без основания пошатнулась.

Без особых проблем данный подход утвердился в отношении биполярных административных правоотношений между гражданином и государством. После того, как Федеральный Конституционный Суд признал широкую сферу правовой защиты, обеспечиваемой общей свободой действий (ст. 2 абз. 1 Основного Закона), не вызывало сомнений, что возложение любой обязанности (а это, в свою очередь, нуждается в оправдании) представляет собой вмешательство в основные права. Соответственно признавалось, что каждый индивид, основываясь, во всяком случае, на ст. 2 абз. 1 Основного закона, может в этой связи также требовать реализации своего права на свободу от принуждения, не основанного или противоречащего закону. Как следствие т.н. «теория адресатов» (*Adressatentheorie*), единодушно принятая судебной практикой и доктриной,²⁵¹ исходит из того, что адресат обременяющего акта органа управления в принципе обладает всеобъемлющим правом требовать, чтобы он соответствовал праву и закону. При этом важно соблюдение и установленной компетенции государственных органов, и предписанных административных процедур, и принципа пропорциональности. То же самое действует, если закон служит оформлению или регулированию долевых социальных прав, производных от основных прав и свобод.²⁵² На уровне биполярных административно-правовых отношений это имело следствием значительную субъективацию (*Subjektivierung*) принципа законности.

В области многополярных административных правоотношений новое понимание утверждалось труднее, что было связано также с относительно осторожным и выжидательным признанием института т. н. «фактических вторжений в основные права» (*faktische Grundrechtseingriffe*). При более пристальном рассмотрении определение субъективно-публичных прав сталкивается здесь, как и прежде, со значительными проблемами. Но вместе с тем, тенденция к их субстанциональному расширению путем обращения к основным правам и исходящим от них имманентным нормативным директивам является, однако, вполне однозначной. Об этом могут свидетельствовать два следующих примера. Первый относится к области законодательства о строительстве и планировании. Так, в своем известном решении об *откорме свиней* (*Schweinemäster-Entscheidung*) Федеральный Административный Суд использовал «принцип предупредительного отношения» (*Gebot der Rücksichtnahme*) для того,

²⁵¹К вопросу об ограничениях см. *Huber* (сноска 239), с. 119.

²⁵²Основополагающее решение - BVerwGE 1, 159, 161 – *Sozialhilfe*.

чтобы нормам, конципированным собственно как «объективное право» (например, положениям о допустимости строительства в районах, для которых не был утвержден план застройки - § 34 и 35 Строительного Кодекса ФРГ),²⁵³ при наличии особых условий придать характер «защитных норм», обеспечивающих интересы соседей. В целом это было, по существу, ни что иное, как скрытое обращение к «имманентным нормативным директивам» соответствующих основных прав соседей, прежде всего, права на физическую неприкосновенность и свободы собственности (ст. 2 абз. 2 и ст. 14 Основного Закона).²⁵⁴ Второй пример относится к области публичного экономического права. Уже начиная с 1970-ых годов нормы коммунального права, которые ограничивали экономическую деятельность на коммунальном уровне, начинают квалифицироваться в юридической литературе в качестве субъективно-публичных прав частных конкурентов, вытекающих из свободы выбора и осуществления профессии, гарантированной статьей 12 Основного Закона ФРГ.²⁵⁵ Однако, пришлось ждать еще тридцать пять лет, прежде, чем административные суды - после различных попыток найти обходные пути через нормы конкурентного права²⁵⁶ - начали признавать то, что собственно было очевидным.²⁵⁷ То же самое относится и о позднем признании принципа равноправия (ст. 3 абз. 1 Основного Закона) в праве, регулирующем вопросы размещения госзаказа.²⁵⁸ Вместе с тем, сегодня в результате начавшейся с 1990-го года широкой европеизации административного права и установления в европейском праве обширного каталога индивидуальных прав (на жалобу) признание субъективно-публичных прав в национальных правовых порядках утратило в значительной степени свое значение.²⁵⁹

²⁵³ BVerwGE 29, 286, 288 и сл.; 45, 309 и далее – *Flachglas*; 47, 144 и далее.

²⁵⁴ BVerwGE 52, 122 и далее – *Schweinemäster*; фундаментальная работа *Felix Weyreuther*, Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarnschutz, Baurecht 1975, с. 1, 7 и далее.

²⁵⁵ *Peter Lerche*, Wirtschaftliche Agenda der Gemeinden und Klagerecht Privater, Jura 1970, с. 821 и далее; из более новой литературы *Dirk Ehlers*, Die Entwicklung des kommunalen Wirtschaftsrechts, в: Henneke (Hg.), Öffentlicher Auftrag bei sich wandelnden Marktbedingungen, 2007, с. 83, 96.

²⁵⁶ BGHZ 150, 343 и далее – *Elektroarbeiten*.

²⁵⁷ VerfGH Rheinland-Pfalz, NVwZ 2000, с. 801; VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 2006, с. 714, 715; OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ 2003, с. 1520; 2005, с. 1211.

²⁵⁸ BVerfGE 116, 135 и далее – *Unterschwelliges Vergaberecht*.

²⁵⁹ *Neidhardt* (сноска 152), с. 75 и далее.

4. Государственное управление и принцип демократии

В классическом немецком административном праве первостепенное значение имеет различие государства и общества. Гражданин предстает в его рамках, в первую очередь, как естественный «оппонент» государственного управления. Он стремится защититься от вмешательства государственных органов в свою правовую сферу при помощи административного права, базирующегося на принципах правового государства, и при помощи средств (административно-)судебной правовой защиты или свести такое вмешательство до абсолютно необходимого. То, что административное право должно быть в этом контексте сфокусировано на правовой защите является очевидным.

Вне влияния времени эта перспектива сохраняет свое значение, поскольку не только административное государство, но и конституционное государство несет в себе угрозы свободе,²⁶⁰ и государственное вмешательство во многих отношениях становится даже более интенсивным, чем прежде.²⁶¹ Вместе с тем, она содержит небезукоризненное в *демократическом* правовом государстве понимание гражданина.²⁶² Административное право, ориентирующееся исключительно на принципы правового государства, ограничивает гражданина общественной сферой и его индивидуальными правами. Забота о всеобщем благе как таковом остается «за государством», «за органами государственного управления», в традиции «суверенной власти», которая в этом отношении не нуждается в гражданине.

Кроме того, центрированность немецкого административного права на правовой защите влекло за собой проблематичное сужение горизонта административного права, в котором значимость (объективно-правового) принципа законности, а также управляемость и эффективность государственного управления слишком сильно оказывались оттесненными на периферию. Это нередко демонстрировало тяжеловесность немецкого административного права в столкновении с требованиями, выдвигаемыми европеизацией. В качестве примера можно назвать, в частности, правовые нормы, регулирующие порядок отмены противоправных административных актов (§§ 48 и следующие Закона об административных

²⁶⁰ *Helmuth Schulze-Fielitz*, Der Leviathan auf dem Weg zum nützlichen Haustier?, в: Voigt (Hg.), Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat, 1993, с. 95.

²⁶¹ *Uwe Volkmann*, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, с. 216; *Schiera* (сноска 91), § 69 пункт 56.

²⁶² По этой причине принципиально иное развитие в Швейцарии, *Schindler* (сноска 39), § 49 пункт 24, 37 und 39 и далее.

процедурах). В 1990-ые годы это вызвало к жизни призывы к «новой науке административного права», центральная задача которой заключалась бы в дополнении «классической» перспективы правовой защиты перспективой управляемости и эффективности.²⁶³

В настоящее время фиксирование административного права на индивидуальной правовой защите и связанная с этим увязка правовой защиты с возможным нарушением субъективно-публичных прав оказывается также преградой на пути модернизации публичного управления. Так, смена парадигм от в принципе конфиденциального управления, документы которого предназначены исключительно для служебного пользования и в котором право на ознакомление с актами признается, как правило, только за непосредственно заинтересованными лицами (§ 29 Закона об административных процедурах), к «прозрачному» управлению, в рамках которого свободный доступ к актам является правилом, а его отказ - нуждающимся в обосновании исключением, осуществлялся только с трудностями и задержками.²⁶⁴ Более того, государственное управление и административное право трудно справлялось с так называемыми «популярными исками» (*Popularklagen*, то есть исками, которые может предъявить любое лицо - *прим. перев.*) и жалобами, подаваемые объединениями или союзами (*Verbandsklagen*), которые в ходе интернационализации и европеизации приобретали все большее значение, а также с самостоятельной возможностью подачи исков против нарушений процессуальных прав,²⁶⁵ что иногда приводило к довольно причудливо действовавшим конструкциям.²⁶⁶

Наконец, центрирование административного права на правовой защите создает трудности для выявления и для догматической квалификации того вклада, который судебная практика вносит в обеспечение принципа

²⁶³Фундаментальная работа *Andreas Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, в: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (сноска 52), § 1, а также выпускаемая с 1993-го года серия „Reformbände“ Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann и Gunnar Folke Schuppert. Критическая оценка данного проекта у *Wahl* (сноска 4), с. 87 и далее.

²⁶⁴На федеральном уровне в настоящее время уже действуют Закон об информации в области охраны окружающей среды 2004-го года (*Umweltinformationsgesetz*) и Закон о свободе информации 2005-го года (*Informationsfreiheitsgesetz*). На уровне федеральных земель правовое положение не отличается единообразием.

²⁶⁵BVerwGE 101, 73, 81 и далее - *Tiergartentunnel Berlin*.

²⁶⁶См. *Umwelt-Rechtsbehelfegesetz zur Umsetzung der Århus-Konvention*, BGBl. 2006 I, с. 2816; по данной проблеме *Jan Ziekow*, *Neue Entwicklungen des Rechtsschutzes im Umweltrecht*, в: *Gesellschaft für Umweltrecht* (Hg.), *Dokumentation zur 30. wissenschaftlichen Fachtagung*, 2007, с. 73 и далее; детальное исследование *Sabine Schlacke*, *Überindividueller Rechtsschutz*, 2008, с. 101 и далее.

законности. В этом отношении у немецкого публичного права отсутствует необходимое чутье в отношении специфической в условиях демократии функции вентили и компенсации, связанной с судебной правовой защитой, а также в отношении немаловажного вклада судебной практики в опосредовании демократической легитимации государственных решений.²⁶⁷

У. Понятие административного права

Юридическая конструкция действительности в значительной степени осуществляется через дефиницию понятий. Особенно характерно это для немецкой правовой традиции, в которую т. н. «юриспруденция понятий» (*Begriffsjurisprudenz*, термин применяется в отношении юриспруденции, исходящей из посылки, что правопорядок состоит из закрытой системы норм - *прим. перев.*) внесла фундаментальный вклад. Центральные дефиниции в совокупности с методологическими схемами составляют то необходимое, что позволяет выдерживать государственные экзамены по праву. Они формируют прочную основу юридического образования, на которое надстраиваются дальнейшие знания и способности. Они являют собой, так сказать, общую «рабочую программу» всех немецких юристов как момент их коллективной идентичности. В этом смысле именно исследование понятия административного права дает квинтэссенцию этой правовой области.

Административному праву свойственна совершенно специфическая дефиниция, поскольку согласно преобладающему пониманию оно определяется как раз отсутствием его дефиниции.²⁶⁸ Частью коллективного знания немецких юристов (а для многих, вероятно, вообще единственной известной фундаментальной проблемой административного права) является то, что за неимением соответствующего позитивного определения государственного управления отсутствует и определение административного права. В обоих наиболее популярных немецких учебных пособиях констатируется: «Издавна наука административного права испытывает трудности при определении ее предмета, государственного управления»; это связано «со своеобразной спецификой

²⁶⁷К проблеме плюрализации форм демократической легитимизации см. BVerfGE 107, 59, 92 и далее – *Wasserverbände NRW*.

²⁶⁸Преобладающее понимание признает в качестве дефиниций исключительно полные и развернутые определения, то есть указание необходимых или достаточных признаков; по вопросу о данном типе определений см. *Hans-Joachim Koch/Helmut Rießmann, Juristische Begründungslehre*, 1982, с. 75.

управления, состоящей в том, что оно хотя и позволяет описывать, но не определять себя».²⁶⁹ К этой известной позиции присоединяется *Хартмут Маурер (Hartmut Maurer)*.²⁷⁰ В свою очередь, *Райнер Валь* объясняет отсутствие определения административного права невозможностью всеохватывающей теории задач государственного управления и на этой основе констатирует, что «соответственно этому, административное право - это право целого множества различающихся по содержанию задач.»²⁷¹

В таком «определении через неопределенность» проявляется метафизическая глубина немецкого понимания государства и государственного управления. Более конкретные отправные точки располагаются в позитивном праве. При этом следует, прежде всего, отметить, что понятие административного права не имеет принципиального значения с точки зрения позитивного права. Законодатель исходит из *summa divisio* (основное деление) немецкого права на гражданское право, уголовное право, и публичное право (§ 5а абз. 2 Федерального закона о судьях);²⁷² процессуальное право, которое дополнительно и самостоятельно упомянуто в этой норме причисляется обычно к публичному праву. Понятие «административное право», иначе чем, например, во французском или испанском праве,²⁷³ находится только на подчиненном месте как часть публичного права и содержится, например, в нормах, регулирующих юридическое образование, с целью описания экзаменационного материала. Так как эти законодательные предписания учитывают эволюционные пути немецкого административного права и, кроме того, ориентируют университетскую науку и подготовку соответствующего учебного материала, можно

²⁶⁹Forsthoff (сноска 54), с. 1.

²⁷⁰Maurer (сноска 170), § 1 пункт 8, согласно которому «категориальный охват представляется практически невозможным».

²⁷¹Wahl (сноска 4), с. 94.

²⁷²О подобной классификации в общеевропейской перспективе см. *Gábor Hamza*, Reflections on the Classification (*divisio*) into 'Branches' of Modern Legal Systems and Roman Law Traditions, в: Fides, Humanitas, Ius. Festschrift für Luigi Labruna, 2007, с. 2449 и далее с дальнейшими ссылками. Существенной конструкцией является относительность различий: необходимо учитывать их соответствующую правовую, теоретическую, идеологическую функцию.

²⁷³В соответствии с действующим до сих пор «революционным» законом от 16-го и 24-го августа 1791-го года, который отделил управление от правосудия, в качестве генеральной клаузуры общей компетенции административных судов действует положение, что судья суда общей юрисдикции не может вмешиваться в «действия органов управления»; более подробно см. *Jouanjan* (сноска 65), § 70 пункт 69. В Германии эту функцию, как известно, выполняет категория «публично-правовых споров» согласно § 40 абз. 1 Положения об административных судах (VwGO). К вопросу о значении понятия административного права в испанском правовом порядке см. *Mir Puigpelat* (сноска 25), с. 47, 49 и сл.

исходить из того, что они дают относительно четкое представление от том, что составляет, по меньшей мере, основное ядро этой области права. Например, § 8 пункт 9 Положения о порядке прохождения юридического образования и проведения экзамена в Баден-Вюртемберге от 2002-го года следующим образом определяет предмет административного права: «Общее административное право и общее процессуальное административное право (конституционные основы, правовые источники и нормы административного права, формы деятельности органов государственного управления, части I-IV Закона об административных процедурах), исключая особенные административные процедуры, исполнительное административное право, право государственной ответственности; отдельные разделы особенного административного права: полицейское право, строительное право, коммунальное право (без права коммунальных выборов и права коммунальных сборов).» Кроме того, административно-правовыми дисциплинами считаются, как это следует из специализированного курса, публичное административное право, право охраны окружающей среды, право публичной службы, а также дорожное право.²⁷⁴ Процессуальное право, в соответствии с предписаниями Федерального закона о судьях, указывается как самостоятельный предмет. § 8 Положения о порядке прохождения юридического образования и проведения экзамена в Баден-Вюртемберге устанавливает в пункте 10 следующее: «общий обзор административного процессуального права: принципы процедуры, предпосылки процесса, виды жалобы (включая контроль норм), виды и действие судебных решений, предварительная правовая защита». Это материи, которые немецкий юрист ассоциирует с понятием «административное право». Нормы социального права и налогового права, применение которых хотя и обеспечивается мощным административным (управленческим) аппаратом, стоят, однако, несколько на периферии подобного понимания; их самостоятельное существование находит свое выражение, не в последнюю очередь, в том, что для них устанавливаются две собственные формы судопроизводства. В сравнительной перспективе следует отметить, что немецкое понятие административного права не ограничивается, как это например, происходит в рамках британской *теории «красного света» («Red Light Theory»)*, правом, которое предоставляет защиту против органов государственного управления.²⁷⁵ Административное право здесь является не только правом судебной правовой защиты, но уже и с самого начала правом государственного регулирования и управления, даже если аспект управления часто меньше подчеркивался. Однако, оно всегда охватывает такие нормативные составы, которые по европейскому праву обозначаются

²⁷⁴См. Schmidt-Aßmann/Schoch (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2008.

²⁷⁵*Adam Tomkins*, IPE II, § 30 пункт 38.

как *политические сферы*, то есть направлены на управление.²⁷⁶ Соответственно этому, в немецком административном праве проводится различие между общим и особым административным правом. Напротив, в рамках иных правовых традиций в качестве административного права обозначаются только те нормативные составы, которые в немецком понимании относятся к *общему* административному праву. Такие сферы регулирования, как полицейское, строительное или экологическое право интерпретируются здесь в качестве самостоятельных правовых областей.

§ 5а Федерального закона о судьях определяет административное право как элемент публичного права; другим элементом, наряду с процессуальным правом, является конституционное право. В этом отчетливо проявляется эволюционный путь немецкого административного права, в частности, тенденции его конституционализации, начиная с 1949-го года.²⁷⁷ Административное право с точки зрения позитивного права не мыслится более без его конституционного фундамента, ориентации и взаимосвязи. Это имеет следствием, что различие административного права и конституционного права в контексте правовой практики является проблематичным.²⁷⁸ Естественно, с точки зрения теории источников права можно уделять особое внимание их различному положению в нормативной иерархии и приоритету конституции, однако, этот критерий, ввиду конституционализации административного права, не помогает при решении ключевой практической проблемы, а именно - определении судебной компетенции (подведомственности). Выравнивание обеих областей выражается на том, что их различие в плане теории источников права утрачивает свое значение.

Федеральный Конституционный Суд ФРГ в целях осуществления им контроля решений (административных) судов разработал ориентированную на материальное право формулу «специального конституционного права» (*spezifisches Verfassungsrecht*),²⁷⁹ В соответствии с ней, решения судебных инстанций проверяются им не на их правильность, а только в том плане, насколько при применении простого законодательства судами были верно поняты и приняты во внимание значение и сфера

²⁷⁶Так см. наименование третьей части Договора о функционировании Европейского Союза, включающей в себя статьи 26 - 197 ДФЕС.

²⁷⁷*Friedrich Schoch*, *Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre*, в: Schulze-Fielitz (Hg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung*, Beiheft 7, 2007, с. 177.

²⁷⁸Более подробно *Heuschling* (сноска 8), § 54 пункт 4 и далее.

²⁷⁹BVerfGE 18, 85, 92 и сл.; 80, 286, 296.

действия основных прав. Различение имеет значение далее в рамках норм Положения об административных судах (§ 40 абз. 1 предложение 1 Положения), согласно которым административные суды компетентны рассматривать споры, «не носящие конституционный характер». Критерии данного признака толкуются расширительно с тем, чтобы защитить Федеральный Конституционный Суд от лавины процессов. Наличие конституционного спора признается лишь в том случае, если спор непосредственно касается конституционной жизни участников и имеет отношение к правам или обязанностям, которые урегулированы непосредственно в конституции (т.н. принцип двойной конституционной непосредственности). Многие споры, в которых присутствует определенный конституционно-правовой элемент, подведомственны в результате этого административным судам.²⁸⁰

Согласно преобладающему пониманию, дефиниционная непостижимость государственного управления и административного права покоится на дефиниционной непостижимости государства. Соответственно административное право - это право государственного управления. Исходя из этого, в заключение следует отметить существенные изменения, даже можно сказать мутации, в нашем предмете.²⁸¹ Можно ограничиться при этом уже лишь только указанием на изменение его принципиального значения. В основе его лежало представление об управлении как о иерархически организованной структуре, как *конкретном* управлении *конкретным* (односложным) государством. Однако, сегодня управление, если рассматривать, в первую очередь, чисто организационный аспект, представляет собой, в любом случае, более или менее хорошо скоординированную систему.²⁸² Это справедливо уже для государственного управления в условиях федеративных структур и еще более усиливается, если привлечь сюда феномены административного «разгосударствления» через европеизацию и интернационализацию. В настоящее время управление в Германии осуществляется, как в материальном, так и в организационном отношении, не только национальными государственными органами и в рамках национального права, но и в значительной мере также наднациональными, а также в возрастающей степени международными инстанциями. Административное право в европейском правовом пространстве превращается, таким образом, из подраздела

²⁸⁰Dirk Ehlers, в: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 277), § 40 пункт 141 и далее.

²⁸¹Более подробно по данному вопросу Gunnar Folke Schuppert, IPE IV, § 71 пункт 9 и далее.

²⁸²В сравнительной перспективе Biaggini (сноска 25), § 53 пункт 14; к отходу от т. н. «теории непроницаемости» (Impermeabilitätstheorie) в Германии Werner Hoppe, Die Regelung der verwaltungsrechtlichen Organstreitigkeiten, NJW 1980, с. 1017 и далее; Hans-Jürgen Papier, Die verwaltungsgerichtliche Organklage, DÖV 1980, с. 292 и далее.

государственного публичного права в область права, концептуальное и академическое позиционирование которого неопределенно и ненадежно.²⁸³ Однако, при всей неопределенности немецкая традиция административного права показывает, что его новое определение должно осуществляться как часть нового определения публичного права.²⁸⁴

²⁸³ Деталь, говорящая сама за себя: Индекс первого тома основополагающего пособия по административному праву из почти 3500 ключевых терминов лишь около 50 посвящает государству; в отличие от этого Федеральный Конституционный Суд ФРГ при изложении своего обоснования в решении Лиссабон (Lissabon-Urteil, 2 BvE 2/08 от 30.6.2009) около 40 раз применяет термины «суверенная государственность» или «суверенитет» или соответственно прилагательное «суверенный», которых не содержит Основной Закон ФРГ.

²⁸⁴ Эта тема станет предметом более позднего тома настоящего пособия.