

## Административное право и политика (II)

Кристоф Мёллерс\*

\* Кристоф Мёллерс – доктор права, преподаёт в Университете г. Санкт-Галлен, Швейцария, является судьёй швейцарского Высшего Административного Суда.

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

### Содержание:

(...)

4. Политизация через организационное регламентирование: обособливание административных ведомств	103
b) Основания обособления	105
c) Особенности функционального самоуправления	110
5. Политизация через материальное право	111
a) Усмотрение	112
в) Предусмотрительность и устойчивость	114
III. «Новые» формы политизации: государственное руководство - говернанс	115
IV. Стратегические подходы в доктрине	119
V. Итоги и перспективы: многоуровневое административное право	121
1. Интернационализация административного права	121
2. Европейское административное право	124

Библиография

126

(…)

#### 4. Политизация через организационное регламентирование: обособливание административных ведомств

(…)

54. Прежде всего, если задаться вопросом относительно того, что же собственно подразумевает понятие правового обособливания административного органа в юридическом смысле, то на ум приходят различные критерии. Главная особенность таких «выделенных» административных учреждений - это их вычленение из административной иерархии, которая в подавляющем большинстве правопорядков – за исключением Швеции – пронизывает структуры правительства и органов административного управления и которая более того нередко чётко предписывается в конституциях.<sup>156</sup> Даже если идея иерархической системы административного управления принадлежит к теоретически наиболее спорным вопросам административного права 20-ого столетия, по-прежнему признаётся, что исключения из полномочий давать директивные указания (*Weisungsgewalt*) во многих правопорядках требуют конституционного обоснования и соответствующим образом также контролируются судебной властью.<sup>157</sup> Изъятия из принципа директивных полномочий исполнительно-распорядительной власти в конституционном измерении предстают, как и прежде, как «правило/исключение». Этой форме обособливания могут следовать также другие механизмы. Среди них можно назвать самостоятельные права в решении вопросов собственного

---

<sup>156</sup> Будь то в форме контрольных полномочий правительства в отношении органов административного управления, ст. 178 Федеральной Конституции Швейцарии и ст. 20 абз. 1, 2 Конституции Франции, или как принцип иерархического административного управления, ст. 97, 103 абз. 1 Конституции Испании. Как антипод принципа деконцентрированного управления: ст. 237 абз. 1 Конституции Португалии.

<sup>157</sup> См. к праву Великобритании *Paul Craig*, *Administrative Law*, 2003, с. 99 и далее; из права Германии: Решение Федерального Конституционного Суда, BVerfGE 93, 37 (66 и далее); из права Евросоюза: Решение Суда ЕС, EuGH, Rs. 9/56, Slg. 1958, 9 – *Meroni/Hohe Behörde der EGKS*.

аппарата (персонала)<sup>158</sup> и бюджета<sup>159</sup>, право вступать и поддерживать собственные отношения с иностранными административными ведомствами и даже принимать на себя соответствующие обязательства, подлежащие исполнению,<sup>160</sup> и, прежде всего, право издавать общеобязательные правила.<sup>161</sup>

55. Очень существенным и одновременно лишь с трудом поддающимся описанию фактором продолжает оставаться связанность выделенных органов власти материальными нормами. Связаны ли они, как это, в частности, известно из практики США, определёнными стандартами, сформулированными только в самом общем виде. Например, действует ли для них обязанность обеспечивать такое ценообразование, которое является «справедливым и разумным» (*«fair and reasonable»*)?<sup>162</sup> Или же в отношении них действует целая система иногда очень подробных предписаний и регулирований, как это имеет место в некоторых европейских правовых порядках? В последнем случае представляется проблематичным говорить о подлинном «обособливании» или выделении.<sup>163</sup> В любом случае, характерной особенностью является то, что во главе независимых ведомств и органов очень часто стоит коллегиальное руководство.<sup>164</sup> Политический процесс принятия административных решений в выделенных органах управления осуществляется, с одной стороны, в рамках процедуры заслушивания (*Anhörungsverfahren*), с другой стороны в рамках рассмотрения и обсуждения в коллегиальном руководящем органе. Нередко руководящая коллегия принимает при этом

---

<sup>158</sup> По вопросу об автономии выделенных органов административного управления в области персонала во Франции см. *Johannes Masing*, *Organisationsdifferenzierung im Zentralstaat*, в: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hg.) (сноска 149), с. 399, 418 и сл.

<sup>159</sup> Бюджетной автономией пользуются, например, французские «независимые административные органы» (*autorités administratives indépendantes*) и британские вневедомственные государственные учреждения (*non-departmental public bodies*), см. *Ruffert* (сноска 149), с. 451.

<sup>160</sup> *Möllers* (сноска 42), с. 219. Насколько можно судить, сравнительно-правовое исследование отсутствует.

<sup>161</sup> См. например, для регулирующего органа в области топливно-энергетического хозяйства, § 29 Abs. 1 *Energiewirtschaftsgesetz*.

<sup>162</sup> Примеры см. *Lepsius* (сноска 6), с. 79 и далее.

<sup>163</sup> В этом смысле справедливо *Johannes Masing*, в: *Ständige Deputation des DJT* (Hg.), *Verhandlungen des 66. DJT*, Bd. 1, *Gutachten Teil D*, 2006, с. 74.

<sup>164</sup> Так во Франции, см. *Ruffert* (сноска 149), с. 449.

на себя роль дискутирующего политического представительного органа. Коллегия руководящего органа либо заседает публично, либо на ней лежит обязанность опубликовывать протоколы заседаний. Состав этого органа часто обуславливается и основывается на строго определённой политической пропорции. Тем самым, процесс волеобразования в принципе меньше походит на процедуры в кабинете правительства, в котором представляются различные интересы, чем – и это особенно примечательно – на процедуры в парламенте, в котором представлены политические программы.

56. В то же время выделенные органы нередко имеют компетенцию принимать индивидуальные решения после процедуры заслушивания, которая по форме весьма напоминает судебную процедуру. По этой причине выделенные органы власти часто понимаются как пример соединения всех трёх ветвей государственной власти: они правомочны принимать правила, применять их и решать вопрос об их правильном применении.<sup>165</sup> Тем не менее, при этом не следует упускать из виду, что эти принимаемые правила - это всегда производные правила, основывающиеся на законе, и что решения органов таких ведомств, которые рассматривают соответствующие жалобы, в любом случае, в большинстве континентальных правовых порядков подлежат последующему судебному контролю, который они не могут заменять.<sup>166</sup>

#### *b) Основания обособления*

57. Как уже указывалось выше, к такому обособлению может вести, в первую очередь, *институциональная конкуренция*. Подобный конфликт может иметь место, например, между парламентом и правительством. Однако, для парламентских правовых порядков, в которых большинство в парламенте и правительство сотрудничают друг с другом, этот мотив скорее является исключением. Несравненно большее значения здесь имеет конфликт между контрольными функциями инстанций Европейского

<sup>165</sup> См. *Wolfgang Kahl*, в: von Bogdandy/ Cassese/ Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*, 2014, § 74 пункт 121 и далее; *Daria de Pretis*, в: von Bogdandy/ Cassese/ Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. V: *Verwaltungsrecht in Europa*, 2014, § 78 пункт 54 и далее.

<sup>166</sup> Иначе явно в Австрии, см. *Wiederin* (сноска 37), пункт 89 и далее, «коллегиальные органы с судебным уклоном».

Союза и его государств-участников, который привёл к тому, что европейское право предписывает необходимость гарантий независимости национальных административных органов по отношению к национальным правительствам. Если ЕС, в частности Еврокомиссии, не удастся реализовать определённые политические меры ввиду позиции национальных правительств государств-членов, на европейском уровне предпринимаются попытки организовывать подобную реализацию независимо от правительств. Соответственно обязательство обеспечить самостоятельность органов административной власти в европейском праве проявляется в очень различных областях политики, например, в области права защиты личных данных<sup>167</sup> или в праве регулирования сетевого хозяйства и коммуникаций.<sup>168</sup> Обе тенденции являются характерными для явления, часто обозначаемого как *дезагрегация* государственной организации (*desaggregation staatlicher Organisation*).<sup>169</sup> Другой институциональный конфликт, между Евросоветом и Еврокомиссией и, соответственно, между межправительственным и наднациональным пониманием интеграции, ведёт к тому, что сеть агентств на европейском уровне все более расширяется. При этом противоречие между обеими институциональными логиками обнаруживается, в том числе и на уровне организационной структуры агентств, в надзорных органах которых представители Еврокомиссии и представители государств-участников противостоят друг другу.

58. Другим основанием для создания самостоятельных административных органов управления может являться определённая *структурная ангажированность* действий государства. Такая ангажированность имеет место, в частности, тогда, когда государство должно регулировать рыночные отношения, в которых оно само выступает как участник. Эта проблема встаёт в европейском административном

---

<sup>167</sup> Ст. 28 абз. 1 предложение 2 Директивы 95/46/EG Европейского Парламента и Совета от 24.10.1995 о защите персональных данных и о свободном перемещении персональных данных, ABl. 1995 Nr. L 281/31.

<sup>168</sup> Ст. 39 абз. 4, 5 Директивы 2009/73/EG Европейского Парламента и Совета от 13.7.2009 об общих регулированиях для внутреннего рынка природного газа и отмене Директивы 2003/55/EG, ABl. 2009 Nr. L 211/94; ст. 35 абз. 4, 5 Директивы 2009/72/EG Европейского Парламента и Совета от 13.7.2009 об общих регулированиях для внутреннего рынка электроэнергии и отмене Директивы 2003/54/EG, ABl. 2009 Nr. L 211/55.

<sup>169</sup> Anne-Marie Slaughter, A New World Order, 2004, с. 12 и далее.

праве, прежде всего, вследствие приватизации бывших государственных инфраструктур, которая в значительной степени была инициирована и обусловлена правом Евросоюза. В этих условиях участниками рыночных отношений становятся приватизированные государственные предприятия, которые и дальше продолжают целиком или частично находиться в государственной собственности, что в результате побуждает и стимулирует государство применять режим преференций. Соответствующие органы и ведомства, регулирующие электросети, телекоммуникации и железнодорожное хозяйство, известны большинству европейских правопорядков.<sup>170</sup> Естественно, чтобы правильно оценить, в какой мере здесь действительно можно говорить о т.н. обособленных или «выделенных» административных органах, необходим более внимательный и точный анализ. Если обратиться к примеру германского Федерального сетевого агентства, где по общему правилу действует принцип обязательного подчинения инструкциям Федерального Министерства экономики, то уже сами материальные пределы свободы принятия решений в наиболее важных областях предстают довольно ограниченными.<sup>171</sup> В такой ситуации действительно сложно серьёзно говорить о политизации административной деятельности. Если при таких регулирующих органах речь идёт о специальных ведомствах по контролю и надзору за конкуренцией, то, принимая во внимание, что также и общие ведомства по контролю в области конкуренции во многих европейских правопорядках не связаны инструкциями правительства, то следует признать наличие иного основания для их обособления. В случае т.н. антимонопольных органов (или ведомств по контролю за конкуренцией) речь нередко идёт о форме административного перевоплощения гражданско-правовой юрисдикции.<sup>172</sup> Законодательство о конкуренции - это отрасль гражданского права, осуществление которого вменяется частным сторонам. По этой причине антимонопольные ведомства по контролю за конкуренцией действуют часто как судебные органы и нередко также не связаны инструкциями и

<sup>170</sup> См. список регулирующих органов в области электроэнергетики, газа, телекоммуникаций, почты и железных дорог в Европе: [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1911/DE/DieBundesnetzagentur/RegBehoerdenEuropa/Basepage.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1911/DE/DieBundesnetzagentur/RegBehoerdenEuropa/Basepage.html) (...).

<sup>171</sup> По данному вопросу см. *Masing* (сноска 163), с. 93 и далее, 105 и далее.

<sup>172</sup> По данному вопросу см. примечательные, но согласно общему правилу весьма кратко сформулированные соображения французского Конституционного Совета (*Conseil Constitutionnel*) по вопросу об отношении между антимонопольным ведомством и органами гражданской юрисдикции, *Conseil constitutionnel*, Решение 224 DC от 23.01.1987, *Rec. Cons. const.*, с. 8.

указаниями. Обособление ведомства как раз не служит здесь организации специфического процесса формирования воли, политизации, а наоборот деполитизации процесса принятия решения. Именно этот мотив оправдывает, в том числе, и два наиболее распространённых примера административного обособления. С одной стороны, - пример деятельности независимого «Центрального Банка», денежная политика которого не должна зависеть от конъюнктуры политического процесса и который представляет собой что-то вроде общеевропейского достижения.<sup>173</sup> И с другой стороны, - деятельность «Центральной Статистической Службы», работа которой относится к сфере, которая не может подвергаться политической оценке.<sup>174</sup>

59. Наконец, европейским правовым порядкам знакомы также выделенные ведомственные структуры органов власти, которые служат *защите основных прав*. Некоторые связанные с защитой прав человека задачи, согласно гипотезе, не могут быть обеспечены ни демократическим законодательством и его политически ответственным исполнением, ни отсутствием государственных регулирующих предписаний. Они требуют независимого государственного обрамления. С точки зрения теории свободы - это не абсолютно непроблематичный аргумент, так как свобода здесь не понимается, собственно говоря, ни как позитивная политическая свобода, ни как негативная частная свобода,<sup>175</sup> а как административная проблема. Что-то вроде первой ступени этой концепции представляет собой - хотя и урегулированный на государственном уровне - институт независимых уполномоченных. Институт омбудсменов, перенятый из скандинавских правовых порядков, известен уже долгое время.<sup>176</sup> Их функция

---

<sup>173</sup> См. ст. 130 ДФЕС. Далее: *Ernest Gnan/Helmut Wittelsberger*, в: von der Groeben/Schwarze (Hg.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, ст. 108 EG пункт 27–31, а также *Leonhard Gleske*, *Organisation, Status und Aufgaben der zweistufigen Zentralbanksysteme in den Vereinigten Staaten von Amerika, in der Bundesrepublik Deutschland, in der künftigen Europäischen Währungsunion*, FS für Hugo J. Hahn, 1997, с. 123, в частности 138 и сл.

<sup>174</sup> Например, Глава Федеральной Статистической Службы в методических и научных вопросах статистики не связан никакими профессиональными инструкциями, *Peter Dorer/Helmut Mainusch/Helga Tubies*, *Bundesstatistikgesetz – Kommentar*, 1988, § 2 пункт 4.

<sup>175</sup> *Isaiah Berlin*, *Two concepts of liberty*, 1959.

<sup>176</sup> По ситуации в Швеции см. *Marcusson* (сноска 46), пункт 54; *Kumlien/Modéer* (сноска 29), пункт 28; в Греции *Efstratiou* (сноска 29), пункт 94; в Германии *Kahl*

может состоять, с одной стороны, в том, чтобы в относительно неформализованной манере заниматься индивидуальными ситуациями и тем самым выступать в качестве дополнения к судебной правовой защите. С другой стороны, такие уполномоченные могут, однако, осуществлять контроль также и за целыми областями политики, как например, в области защиты персональных данных или обеспечения равноправия полов. В результате этого они могут приобретать одновременно важную политическую роль, а именно - информировать общественность о положении в области обеспечения определённых конституционно-правовых гарантий и как следствие - оказывать влияние на политическое волеформирование. Возможность занимать при этом в том числе и оппозиционные позиции гарантируется действием принципа независимости. Общим для различных форм этого института является то, что уполномоченные не располагают оперативными административными полномочиями, а могут оказывать влияние только посредством информации. Расширение сети информационных агентств, которое предпринимается в рамках Европейского Союза, соответствует этому принципу, хотя и сопровождается значительно более существенными организационными затратами.<sup>177</sup>

60. Ещё более значительную степень автономности обнаруживают те единицы управления, которые действительно наделены полномочиями принятия решений, обеспечивающими исполнение или защиту основных прав. Область политики, в которой это играет особую роль, - это средства массовой информации. В различных правовых порядках регулирование рынков средств массовой информации вменяется в обязанность политически независимого ведомства. Как было показано, это, естественно, является достаточно обычной практикой в праве, регулирующем конкуренцию.<sup>178</sup> Помимо этого, однако, как медиастроители, так и медианадзор могут быть организованы в форме

---

(сноска 37), пункт 139 и далее; в Португалии *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 39), пункт 201 и далее; в Швейцарии *Jaag* (сноска 59), пункт 151; в Польше существует Уполномоченный по гражданским правам (Омбудсмен), *Biernat* (сноска 29), пункт 126; также Италия вводит институт омбудсмана, *de Pretis* (сноска 48), пункт 181, 185; также Великобритания, *Craig* (сноска 37), пункт 105 и далее.

<sup>177</sup> *Jochen von Bernstorff/Armin von Bogdandy*, Die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Menschenrechtsarchitektur und ihre Fortentwicklung durch den Vertrag von Lissabon, EuR 2010, с. 141.

<sup>178</sup> См. выше пункт 58.

независимых ведомств, и, в действительности, это часто имеет место в целом ряде европейских стран. Заинтересованность в открытом демократическом процессе формирования воли также как и потребность регулировать в действующем праве определённые вопросы медийной активности, например, в целях обеспечения разнообразия или охраны молодёжи, делает необходимым создание независимых ведомств, будь то телерадиокомпания или будь то органы надзора, осуществляющие контроль за ними. Конечно, взгляд на ситуацию в различных европейских странах также показывает, что это решение функционирует не без проблем, что может быть связано либо с тем, что не удаётся добиться действительной автономности по отношению к политическому процессу (Франция, Италия), либо с тем, что автономия приводит к практически неконтролируемым действиям, в частности, также при применении публичных средств, (Германия).

*с) Особенности функционального самоуправления*

61. Специфическую форму обособления представляет собой функциональное самоуправление.<sup>179</sup> Конкретные виды самоуправления обнаруживают черты сходства с тремя уже исследованными здесь типами административной организации: во-первых, с территориальным подразделением, во-вторых, с процессуально-правовым оформлением исполнительного нормотворчества и, в третьих, с организационно выделенной единицей управления. С территориальным подразделением их связывает то, что речь идёт о форме асцендентно легитимированного административного управления, которая располагает даже собственным субъектом легитимации. Тем не менее, важное различие состоит в том, что функциональное самоуправление действует как раз не в рамках общей в принципе компетенции и соответствующей чисто территориальной привязки, а функционально ограничено. Тем самым структуры самоуправления с их ограниченной предметной компетенцией и соответствующим кругом адресатов нередко схожи как с формами participative proceduralization (*partizipative Verfahrensverrechtlichung*) так и с обособленными «выделенными» единицами административного управления. Они отличаются от этих

---

<sup>179</sup> По ситуации в Польше см. *Wróbel* (сноска 149), пункт 80, и *Biernat* (сноска 29), пункт 34; в Австрии *Wiederin* (сноска 37), пункт 29 (историческая ретроспектива), 70 и далее; в Греции *Efstratiou* (сноска 29), пункт 28.

институтов, однако, тем, что они обладают подлинным коллективным субъектом легитимации, принимающим решения в форме административного управления. Во многих рассматриваемых здесь правопорядках структуры самоуправления возникли из пред-современных сословных структур. Они представляют более древний организационный слой суверенных действий, который предшествует широкомасштабному огосударствлению последних в 19-ом веке.<sup>180</sup> По этой причине формы публичного самоуправления неизвестны более молодым правопорядкам (как например, американскому), и как правило их функции берут на себя там частнопроводные союзы,<sup>181</sup> которые благодаря фактическому монопольному положению<sup>182</sup> обретают позицию, которая соответствует автономному органу самоуправления. Принудительное включение определённых профессиональных групп в юридическое лицо публичного права известно практически всем континентальным правопорядкам. Тем не менее, в некоторых из них, но не во всех, оно наталкивается на границы, обусловленные основными правами. Особый случай в этом отношении представляет конституционноцерковное право Швейцарии, где принадлежность к общине представляет собой собственную форму персонального суверенитета (*Personalhoheit*; верховенство в сфере управления персоналом – прим. Дайджеста).<sup>183</sup>

### 5. Политизация через материальное право

62. Как форма политизации через материальное право должно обозначаться введение политически заряженных понятий или просто открытых для толкования категорий, которые без какого-либо дальнейшего законодательного процессуально-правового или организационно-правового сопровождения предоставляются органам административного управления

<sup>180</sup> Wolfgang Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt*, 1999, с. 216 и далее.

<sup>181</sup> Примером является *American Bar Association* (АВА), которая действительно берёт на себя выполнение множества материально публичных функций для американской правовой системы.

<sup>182</sup> Эта взаимосвязь известна также и в области правового регулирования стандартизации продуктов, но не ограничивается только этой сферой; по данному вопросу см. *Harm Schepel*, *The Constitution of Private Governance: product standards in the regulation of integrating markets*, 2005.

<sup>183</sup> По данному вопросу *Christian Walter*, *Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive*, 2006, с. 16 и сл.

для применения и вследствие этого могут вести к политизации административного действия.

*а) Усмотрение*

63. В большинстве правовых порядков пределы свободы административных решений конципируются относительно единообразно, и лишь германское право делает различие между неопределёнными правовыми понятиями в части описания фактического состава (диспозиции), с одной стороны, и усмотрением при выборе правовых последствий, с другой.<sup>184</sup> В дальнейшем изложении в применении ко всем правовым порядкам речь идёт об усмотрении. Предоставление свободы усмотрения при принятии решения – как уже отмечалось выше<sup>185</sup> – в любом случае, не обязательно представляет собой форму проявления тенденций политизации административного управления, это скорее является следствием нередко ситуативного исполнения задач административного управления. Определённая свобода при принятии решений предоставляется законодателем органам административного управления, так как благодаря их большей приближённости к фактическим обстоятельствам, складывающимся на практике, они более соответствуют критериям и требованиям для принятия адекватного решения.<sup>186</sup> Убедительность и обоснованность подобной интерпретации пределов административной свободы действий в разных правовых порядках может представлять неодинаковой. При определённых условиях, например, если усмотрение предоставляется органу власти, который располагает собственной политической легитимацией, или если подбор и назначение соответствующих государственных должностных лиц, обладающих правом принятия решения, ведёт к односторонней и не оправдываемой по ситуации практике принимаемых решений,

---

<sup>184</sup> В сравнительно-правовой перспективе см. *Christoph Grabenwarter*, в: *Bogdandy/Cassese/ Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum, Bd. V: Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge*, § 90; критически уже *Horst Ehmke*, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, в: он же, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, с. 173, в частности 185 и далее; см. также, однако, по вопросу о рецепции германской доктрины в Испании *von Danwitz* (сноска 5), с. 107; см. также *Kahl* (сноска 37), пункт 130 и далее.

<sup>185</sup> См. выше пункт 3.

<sup>186</sup> Предоставление „*discretion*“ в британском праве призвано дать административным органам также возможность реализации установок правительства и коммунально-политических предписаний, см. *von Danwitz* (сноска 5), с. 35.

предоставление определённой свободы решений (также и объективно обоснованное) может вести к не предусмотренной в таком виде политизации усмотрения. Этому, по общему правилу, не может противопоставляться судебный контроль, поскольку усмотрение было задумано как раз как определённая область решения, реализуемая вне правового - и тем самым контролируемого - масштаба.<sup>187</sup> Однако, утвердившиеся в системе административно-судебного контроля многих правопорядков – чрезвычайно разные в их конкретном проявлении – стандарты контроля пропорциональности или контроля разумности<sup>188</sup> позволяют отфильтровать критерии решения, которые оправданы не только по ситуации, и таким образом ведут, по меньшей мере, в отдельных случаях к деполитизации практики административных решений.<sup>189</sup>

64. Особая форма предоставления усмотрения - это нормативное формулирование программных целей: административное действие может в правовом отношении определяться фактическими обстоятельствами или целями. В то время как, например, германское право традиционно проявляет особую осторожность по отношению к целеполагающим предписаниям (*Zielbestimmungen*), такие нормы являются типичными в

<sup>187</sup> В этом отношении интересной представляется судебная практика австрийского Административного Суда, по данному вопросу см. *Wiederin* (сноска 37), пункт 39: Здесь осуществление усмотрения связывается с целью и смыслом соответствующего закона и таким образом эта практика существенно ограничивает свободу усмотрения. Если в законе отсутствуют целеполагающие детерминанты, на которые должно ориентироваться усмотрение, то Суд не стесняется интерпретировать «может» в «должен» и толкует диспозитивные нормы, предусматривающие усмотрение, в кондициональные программы.

<sup>188</sup> *Alec Stone Sweet/Jud Mathews*, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), с. 73; *de Pretis* (сноска 48), пункт 16, отмечает, что принцип пропорциональности был введён как масштаб судебной проверки диспозитивных решений, основанных на усмотрении, в результате «интервенций» Суда ЕС. К вопросу о контроле осуществления усмотрения английскими судами, в частности т.н. „*rationality review*“, см. *Craig* (сноска 37), пункт 61 и сл., 96 и далее.

<sup>189</sup> Так например, непропорциональное или неразумное осуществление дискреционных полномочий в виде ошибок, допущенных при усмотрении или взвешивающей оценке, рассматриваются по общему правилу как правовые ошибки, см. например, доктрина усмотрения в Греции, *Efstratiou* (сноска 29), пункт 87; во Франции возможность отмены дискреционных решений вследствие неправильного применения усмотрения признаётся согласно судебной практике *Государственного Совета (Conseil d'État)* уже с 1864 года, по данному вопросу см. *Mestre* (сноска 37), пункт 48.

европейском праве.<sup>190</sup> Чисто целеполагающее предписание может в действительности предоставлять в распоряжение органов административного управления широкий, открытый для политизации и едва ли контролируемый (прежде всего в судебном порядке) масштаб. Естественно, иски, касающиеся целеполагающих предписаний, в административном праве редко оказываются обоснованными и подлежащими в силу этого удовлетворению, поскольку финальные нормы первичного права конкретизируются, по общему правилу, вторичным правом. Иначе сложно было бы реализовать претензию европейского права на создание единообразного и унифицированного правового режима. Поэтому финальные нормы функционируют скорее как принципы толкования (*effet utile, полезный эффект*),<sup>191</sup> которые обозначают определённое направление интерпретации европеизированного национального права. Какие бы возражения не выдвигались против этой формы европеизации административного права,<sup>192</sup> она не ведёт к политизации. Скорее наоборот, подобная финализация (*Finalisierung*; постановка конечных целей - **прим. Дайджеста**) как раз ограничивает пределы свободы действий административного управления.

*в) Предусмотрительность и устойчивость*

65. Степень политизации административного действия можно описывать также в категориях времени. Деполитизированное административное действие должно реализовываться на практике готовые политические решения.<sup>193</sup> Чем больше законодатель стремится предвосхитить перспективы будущего развития, тем меньше функционирует эта схема. Это хорошо демонстрируют такие принципы как принцип устойчивости или принцип предусмотрительности. Традиционно оформление будущего - это задача законодательной власти. Её делегирование или передача

---

<sup>190</sup> Критическое противопоставление у *Rüdiger Breuer*, *Konditionale und finale Rechtsetzung*, AöR 127 (2002), с. 523. Фундаментально к вопросу о различии см. *Luhmann* (сноска 12), с. 195 и далее.

<sup>191</sup> По данному вопросу, например, *von Danwitz* (сноска 5), с. 167, 188; *Stefan Kadelbach*, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, 1999, с. 103 и далее.

<sup>192</sup> *Thomas von Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996, с. 205 и далее, 357 и далее.

<sup>193</sup> По вопросу о реконструкции этой модели: *Möllers* (сноска 42), с. 107 и далее.

исполнительной власти в определённых контекстах, как например в области права охраны окружающей среды, представляет собой изменение традиционного разделения труда между ветвями власти.<sup>194</sup> Естественно, подобное изменение сильно релативизируется как недостаточной степенью конкретизации понятия предусмотрительности, так и его включением в систему с другими нормами. Важность ограниченности определённым сроком и однозначности значительно снижают в фактическом отношении действенность политического мандата соответствующих структур.

### III. «Новые» формы политизации: государственное руководство - говернанс

66. С понятием «говернанс» связывается административный концепт организации, который не только в международном<sup>195</sup> и в европейском праве,<sup>196</sup> но и во многих государственных административных правопорядках имеет, по меньшей мере, важное политическое и риторическое значение как модель для грядущего административного управления.<sup>197</sup> Нечёткость и неопределённость, от которых страдает данное понятие, часто становятся предметом жёсткой критики именно потому, что оно регулярно используется как своего рода проекционная плёнка.<sup>198</sup> Тем не менее, критическое исследование данной категории представляется обязательным именно для теории административного права, поскольку она используется не только как научный аналитический инструмент описания, но и как правовое понятие в широком смысле, появляющееся в

<sup>194</sup> По данному вопросу см. также *Cass R. Sunstein*, *Gesetze der Angst. Jenseits des Vorsorgeprinzips*, 2007.

<sup>195</sup> *Christian Theobald*, *Zur Ökonomik des Staates*, 2000.

<sup>196</sup> Общий обзор: *Christoph Möllers*, *European Governance – Meaning and Value of a Concept*, *Common Market Law Review* 43 (2006), с. 313.

<sup>197</sup> По вопросу о дискуссии в Венгрии см. *Szente* (сноска 69), пункт 101 и далее; в Португалии *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 39), пункт 208 и далее; в Швейцарии *Jaag* (сноска 59), пункт 156 и далее; в Германии см. *Kahl* (сноска 37), пункт 163 и далее; институты административного права в Италии с точки зрения «говернанс» исследует *de Pretis* (сноска 48), пункт 21 и далее.

<sup>198</sup> Более подробно о дискуссии: *Möllers* (сноска 196), с. 313 со сноской 1; *Benz/Lütz/Schimank/Simonis* (Hg.), *Handbuch Governance. Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*, 2007.

официальных документах, в особенности документах Европейской Комиссии и Всемирного Банка.<sup>199</sup> Кроме того, это понятие имеет самое непосредственное отношение к тому комплексу проблем, которые являются предметом рассмотрения настоящей статьи, а именно – легитимации административного управления посредством политических процедур и процессов.

67. Если отказаться от исторически часто сомнительных, в любом случае слишком общих и недифференцированных заклинаний о говернанс как «новой» форме (у)правления, то эта правовая конструкция при более внимательном рассмотрению включает в себя, по общему правилу, административные формы, которые:

- используют юридически необязательные регулирующие структуры,
- ориентируются на институционально-экономически инициированные, квалифицируемые и тем самым также сопоставимые параметры,
- выполняют публичные задачи в определённом изолированном секторе,
- используют при этом гибридные организационные структуры, объединяющие публичные и частные правовые формы, эффективность которых контролируется экспертократически легитимированными инстанциями.

На другом полюсе стоит то политическое давление, которое говернанс-структуры могут производить через сопоставляемые данные и результаты сравнения, и которое не всегда находится в адекватном соотношении с их легитимацией и политическими предпосылками компетентности, на которую они претендуют. Скрытая деполитизация через установление заданных критериев и характеристик, которую можно легко увидеть в этом и которая, в конечном счёте, служит как функциональный субститут для законодательных установлений, ни в коем случае не соответствует

---

<sup>199</sup> Комиссия Европейских Сообществ, Европейское Правительство, Белая Книга: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Europäisches Regieren. Ein Weißbuch, ABl. 2001 Nr. C 287/1, 3; критику см.: Joerges/Mény/Weiler (Hg.), Mountain or Molehill? Responses to the European Commission's White Paper on Governance, 2002.

ожиданиям и надеждам на демократически легитимное административное действие.

68. Такие формы государственно-властного действия могут приносить, несомненно, информационный выигрыш, в частности объясняя национальным и международным административным органам условия и основания их собственного действия. Примером тому могут служить многие формы деятельности ОЭСР.

69. Похожие возражения вызывает соединение в транснациональную сеть национальных учреждений административного управления.<sup>200</sup> Оно начинается, как правило, с обмена конкретной информацией и конкретным опытом регулирования, однако, нередко ведёт к созданию жёстких организационных структур, разрабатывающих неформальные рекомендации, которые не остаются без влияния на национальное и наднациональное правотворчество. С одной стороны, международная координация национальных органов и ведомств вполне достойна одобрения и *сама по себе* не должна влечь за собой формализацию в правовой форме.<sup>201</sup> Однако, с другой стороны, сетевые структуры обнаруживают, как правило, определённую тенденцию к преимущественно экспертократическому подходу к регулированию, который нередко конкретно фиксируется исключительно лишь на определённый круг заинтересованных субъектов – банки, страховые фирмы – и посредством его переноса на уровень транснациональных сетевых инфраструктур может оказывать заметное политическое давление на национальных законодателей. Кроме того, в рамках этих сетевых инфраструктур нередко формируются гегемонистские структуры, с помощью которых более сильные государства могут экспортировать их собственные концепты

---

<sup>200</sup> По данному вопросу см. *Christoph Möllers*, Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV* 65 (2005), с. 351; *Markus A. Glaser*, Internationale Verwaltungsbeziehungen, 2010; *Matthias Knauff*, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010, с. 248 и далее; *Christoph Möllers/Andreas Voßkuhle/Christian Walter*, Internationales Verwaltungsrecht, 2007.

<sup>201</sup> В этом же направлении, например, *Anne-Marie Slaughter* (сноска 169).

регулирования.<sup>202</sup> В этом плане представляется целесообразной соответствующая ре-формализация, например, путём учреждения международных организаций, а также развитие адекватных форм деятельности. Структуры регулирования в Европейском Союзе демонстрируют такие элементы формализации, в частности, в области регулирования телекоммуникаций.

70. Если начиная с 19-ого столетия национальные органы административного управления как правило легитимировались через принцип связанности правом, а также через применение в их деятельности правовых форм и соответственно через возможность судебного контроля их действий, то новые парадигмы, как представляется, отражают своего рода переход от «*правления права*» (*rule of law*) к «*правлению на основе права*» (*rule through law*). С одной стороны, определённые элементы права, в особенности свойственная ему форма регулирования, рецепируются в административном управлении. С другой стороны, определённые принципы – в частности, нормативное основание действия права и правовой защиты – здесь скорее отклоняются, чтобы избежать той обязательной силы, которые связаны с обязательным действием: необходимостью политического оправдания и подчинением судебному контролю. Административная власть трансформируется таким образом из нормативного в когнитивное (у)правление, которое не устанавливает обязательные правила, а скорее формулирует предложения, которые, тем не менее, не могут отклоняться их адресатами, ввиду требуемой экспертной компетентности и политических (властных) полномочий субъектов нормотворчества. При таких формах административного управления политическое господство одновременно и осуществляется, и отрицается, в обход функции права делать господство явным и открытым.

---

<sup>202</sup> *Kal Raustiala*, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, *Virginia Journal of International Law* 43 (2002), с. 1, 32 и далее.

#### IV. Стратегические подходы в доктрине

71. Академические научно-правовые разработки, как правило, имеют тенденцию – в особенности в континентально-европейской традиции – к приглушению значения политического содержания административного права. Такие программные концепции как «общее административное право»<sup>203</sup> или развитие административно-правовых принципов<sup>204</sup> ведут поиск элементов систематики, логичности, последовательности и непротиворечивости в праве, которые не должны мириться с также необходимо волюнтаристским характером решений законодателя.<sup>205</sup> Подобные праводогматические подходы - это естественная составная часть научно-правовых теорий и они способны генерировать собственный критический смысл и содержание в отношении позитивного права. Тем не менее, легитимационно-теоретически информированная наука административного права, которая в принципе понимает, что деполитизация не может быть своего рода «универсальной отмычкой» для решения проблем при формировании и оформлении административного права<sup>206</sup>, также и собственные систематические усилия может рассматривать критически. Кроме того, в сравнительно-правовой перспективе важным остаётся понимание, что есть сходство и сходство, и что соответственно формы систематизации административного права в различных правовых порядках очень отличаются друг от друга – не в последнюю очередь также в результате существующих различий в понимании политики, в политической системе и в конституционном праве.

72. Критические теории административного права, которые в традиции школы «критических правовых исследований» (*Critical Legal Studies*) понимают деполитизацию административного права именно как проблему, а не как её решение, встречаются в европейской литературе скорее редко,<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2004; Eduardo García de Enterría, *Tratado de derecho comunitario europeo*, 1986; Sabino Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, 2003.

<sup>204</sup> Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Bde. II und III, 2004, und Bd. I, 2005.

<sup>205</sup> Принципиальная критика у Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*, 2006, с. 81 и далее.

<sup>206</sup> См. выше, пункт 8 и далее.

<sup>207</sup> Исходные положения у Loughlin (сноска 2).

более характерны они для американской традиции.<sup>208</sup> Они скорее страдают от противоположной проблемы, понимая политизацию как институциональную панацею от всех бед и систематически недооценивая возможности обязательного действия права.

73. Другая возможность теоретико-правового исследования соотношения административного права и политики состоит в установлении межотраслевых взаимодействий. Также и здесь имеются на выбор два характерных направления. С одной стороны, теории административного управления в различных странах уже с давнего времени оказывали и продолжают оказывать заметное влияние на административное право. Такие программные концепты как «Новое публичное управление» (*New Public Management*)<sup>209</sup> и «Новое управление» (*Neue Steuerung*)<sup>210</sup> через политический процесс пробились в действующее позитивное административное право. Представляется, что нередко подобные импорты как в упомянутом случае, так и в случае Governance-дискуссии<sup>211</sup> поставляют аргументы для «экспертификации» (*Expertifizierung*) административного действия. Создаётся впечатление, что научно-административные подходы к административному управлению редко формируют положительное отношение к политическому программированию административного действия. Другая тенденция развивалась бы в результате включения политической теории в административное право, которая, как хорошо известно из конституционного права, все ещё слишком мало проводится в административном праве, хотя, как было показано,<sup>212</sup> возможности применения для такой «теории управления», дополняющей конституционную теорию, вполне представимы. Однако, в этом смысле представители политической теории, строящейся на конкретно институциональной аргументации, всё ещё пока сторонятся юридино-технических инноваций в административном праве.

---

<sup>208</sup> Joshua Cohen/Charles Sabel, Directly-Deliberative Polyarchy, *European Law Journal* 3 (1997), с. 313.

<sup>209</sup> Фундаментально: Christopher Hood, A public management for all seasons?, *Public Administration* 69 (1991), с. 3.

<sup>210</sup> Gerhard Banner, Das Neue Steuerungsmodell, *KGSt-Berichte* 5/1993.

<sup>211</sup> См. выше пункт 66 и далее.

<sup>212</sup> См. выше пункт 21 и далее.

## **V. Итоги и перспективы: многоуровневое административное право**

### **1. Интернационализация административного права**

74. Если будущее административного права разворачивается в транснациональном, наднациональном и международном праве, то встаёт вопрос, могут ли элементы национального опыта в области отношения административного права и политики быть транспонированы на эти уровни и если да, то какие именно. Общий ответ на этот вопрос предстаёт сложным ввиду многообразия как национальных право порядков, так и самой интернационализации. Само различие между конституционным правом и административным правом провести здесь не всегда просто. Уже собственно феномены юридизации международных отношений часто обозначаются как «конституционализация», хотя «открытие» индивидуальных прав в международном праве представляет собой типично административно-правовой феномен, в то время как конституционное право предполагает, сверх того, существование подлежащего регулированию политического процесса.<sup>213</sup> При этом в европейском праве более уместными являются со всей определённой иными терминологии, чем в международном праве.<sup>214</sup> Из взаимной обусловленности (*Verwiesenheit*) политизации и юридизации<sup>215</sup> также следует, что легитимирующий политический процесс на международном уровне должен быть тем более привязан к процессуальным правилам, чем интенсивнее он определяет индивидуальные права. Возникновение международного административного права указывает в этом отношении на необходимость международного конституционного права.

75. Развитие международного административного права проявляется в разных феноменах, в особенности в более конкретном оформлении процессуально-правовых и организационно-правовых имплементационных

---

<sup>213</sup> По данному вопросу см. *Möllers* (сноска 42), с. 229 и сл.; представительное исследование идеи конституционализации в международном праве см. *Jochen Abraham Frowein*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 39 (2000), с. 427.

<sup>214</sup> К различиям между международным и европейским правом в этом отношении см. *Isabelle Ley*, *Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich*, *ZaöRV* 69 (2009), с. 317.

<sup>215</sup> См. выше пункт 21.

предписаний и стандартов в международных источниках права, в регулировании прав и обязанностей индивидов международным правом, в постепенно возрастающем самостоятельном нормотворчестве международных организаций и в осуществлении территориального управления Организацией Объединённых Наций.<sup>216</sup> Даже если какие-то общие масштабы и критерии для адекватной организации этих феноменов практически отсутствуют, всё же можно назвать некоторые элементы легитимной привязки политики и интернационального или интернационализируемого административного права.

76. Первым элементом является административная медиатизация самих политических решений. Центральная задача административного действия состоит в подготовке политических решений, касающихся конкретных ситуаций и условий, посредством предписывания адекватных форм решения и установления необходимых процедур. В отличие от этого, непосредственный доступ к индивиду политических властных органов – как например, Совета Безопасности ООН как «законодателя»<sup>217</sup> – не выглядит ни целесообразным, ни соответствующим интересам защиты индивидуальных прав. Самонаделение судами определёнными функциями (*Selbsteintritt von Gerichten*) оправдано по этой причине также и в том случае, когда они не обладают для этого ясно предусмотренными полномочиями. В принципе любой акт органа административного управления, который затрагивает индивидуальные правовые сферы, требует контроля со стороны органа, независимого от политической легитимации данной административной единицы. В том случае, если политические органы уклоняются от медиатизации посредством административного процесса, необходимость судебного контроля становится особенно приоритетной.

77. Во-вторых, к административной медиатизации относится по этой причине также развитие новых форм действий международного

---

<sup>216</sup> *Benedict Kingsbury/Nico Krisch/Richard Stewart*, The Emergence of Global Administrative Law, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), с. 15; Möllers/Voßkuhle/Walter (Hg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007.

<sup>217</sup> *Stefan Talmon*, The Security Council as World Legislature, *American Journal of International Law* 99 (2005), с. 175.

административного права.<sup>218</sup> Они ограничивают сразу две формы соединения политики и права, проблемные с точки зрения теории легитимации. С одной стороны, осуществление неформальных властных полномочий международными организациями и административными сетевыми структурами. С другой стороны - также политическую власть правительств, объединённых формами чисто межправительственного взаимодействия (*Intergovernmentalität*), национальная легитимация которых находится под вопросом, во всяком случае, в той мере, в какой в данных рамках должны приниматься решения, имеющие транснациональную сферу действия и одновременно непосредственное отношение к сферам, затрагивающим индивидуальные права.

78. В-третьих, интернационализация административного права требует политически чувствительных форм сопряжения различных уровней. Это значит, что уровни, которые обладают собственными политическими механизмами легитимации, должны иметь также собственные возможности свободы действий. Указания и инструкции, которые относятся к классическому репертуару внутренней политической легитимации административного управления, предстают по этой причине такими же неподходящими для административного сопряжения органов административного управления различных уровней, как и сверхконкретные регулирования. Они создают в этом плане только неясность о существующих взаимоотношениях ответственности. Кроме того, в области европеизации или интернационализации административного управления такие категории как ответственность, *accountability* или прозрачность имеют тенденцию к тому, чтобы быть понятыми в деполитизирующем смысле, который не может приводить к легитимационному эффекту, который как правило приписывается этим понятиям.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Фундаментально Armin von Bogdandy/Philipp Dann/Matthias Goldmann, *Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance*, *Der Staat* 49 (2010), с. 23, 30 и далее.

<sup>219</sup> Kingsbury/Krisch/Stewart (сноска 216), с. 34 и далее; критически к тенденциям европеизации: Mark Bovens/Deirdre Curtin/Paul 't Hart, *The Real World of EU Accountability*, 2010.

## 2. Европейское административное право

79. В европейском праве образуются новые и своеобразные структуры административного управления,<sup>220</sup> которые базируются на тройке легитимационной основе.<sup>221</sup> Прежде всего, легитимация следует из материальной связанности актами правотворчества, которое, по общему правилу, со своей стороны легитимируется в двояком отношении посредством межправительственной политики и наднациональных политических процессов, ст. 10 абз. 2 Договора о Европейском Союзе.<sup>222</sup> На уровне собственно административной легитимации наряду с этим находится третья линия легитимации соответственно участвующих национальных органов административного управления в той мере, в какой они функционально действуют как европейская исполнительная власть.<sup>223</sup> Все три названные компонента легитимации должны приводиться в согласованную взаимосвязь, которая требует как иерархически-вертикальных, так и совместно-горизонтальных элементов.<sup>224</sup> При этом также и для европейского уровня, тесно связанного со структурами государств-участников, существует большое разнообразие форм действия, нуждающихся в дальнейшей политизации или узнавших более сильную юридизацию. Можно назвать разные формы, начиная с общего делегированного нормотворчества и кончая индивидуальными решениями, для легитимации которых в принципе действуют сформулированные выше соображения.<sup>225</sup>

---

<sup>220</sup> По проблематике идентификации европейской административной системы см.: *Deirdre Curtin*, *Executive Power of the European Union*, 2009, с. 28 и далее.

<sup>221</sup> Иное мнение у *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund*, в: *Hoffmann-Riem/ders./Voßkuhle* (Hg.) (сноска 74), § 5 пункт 60: этот автор ограничивается дуальной концепцией, в силу этого действия национальных административных органов, программируемые в материальном плане европейским правом остаются неохваченными.

<sup>222</sup> По вопросу о возможности генерализации концепта дуальной легитимации для международного уровня: *Anne Peters*, *Dual Democracy*, в: *Klabbers/dies./Ulfstein* (Hg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, с. 263.

<sup>223</sup> Поэтому представляется проблематичным, если европейское право должно отрезать национальные административные органы управления от парламентского контроля: EuGH, Rs. C-424/07, Slg. 2009, I-11431 – *Kommission/Deutschland*; dazu ablehnende Anmerkung von *Gärdtitz*, JZ 2010, с. 198.

<sup>224</sup> *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie*, FS für Helmut Steinberger, 2002, с. 1375, 1380 и далее.

<sup>225</sup> См. выше, пункт 21.

80. Для уровня непосредственного административного управления в Евросоюзе, на котором органы Союза реализуют право Союза, дополнительное межправительственное участие в осуществлении исполнительной функции по общему правилу представляется нецелесообразным. Даже если организационная структура европейских агентств предусматривает такое участие, межправительственные интервенции на этом уровне исполнительной деятельности мешают сбалансированному применению права Союза. Легитимация должна была осуществляться здесь в частности посредством контроля Европейской Комиссией, с одной стороны, и посредством становящегося более действенным контроля Европейским Парламентом (который контролирует также и саму Комиссию).<sup>226</sup> Если, напротив, исполнение права Евросоюза осуществляют сами государства-участники, то их межправительственное или межадминистративное участие в исполнительной деятельности представляется необходимым, чтобы сделать возможным организационно адекватное оформление и осуществление норм и правил. Это было ядром прежней структуры системы комитетов (комитологии) до принятия Лиссабонского договора.<sup>227</sup> Как уже давно известно, также и более конкретное, ориентированное на граждан исполнение государствами-участниками происходит в по-разному тесном административном взаимодействии с Комиссией.<sup>228</sup> Проблема легитимации сопряжения уровней становится здесь особенно значимой. Как и в международном праве указания и инструкции предстают и в этом случае, как правило, проблематичным инструментом, поскольку они делают неясными структуры политической ответственности. Характерную также и для европейской правовой Governance-дискуссии<sup>229</sup> тенденцию, которая связана с тем, что легитимация административного управления понимается как сумма транспарентности и участия, следует отклонить также и в этом контексте.

<sup>226</sup> По данному вопросу см. *Dazu Curtin* (сноска 220), с. 246 и далее.

<sup>227</sup> К новому регулированию см.: *Herwig Hofmann*, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, *European Law Journal* 15 (2009), с. 482; *Christoph Möllers/Jelena von Achenbach*, *Die Mitwirkung des europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag*, *EuR* 2011, с. 39.

<sup>228</sup> *Alberto Gil Ibáñez*, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law*, 1999, с. 282 и далее.

<sup>229</sup> См. выше, пункт 66 и далее.

81. Помимо этого, именно новейшие тенденции развития в административном праве больше связаны с горизонтальным сопряжением административных организаций между государствами-участниками, которое отчасти представляет собой осуществляемую в европейском праве формализацию неформальных транснациональных административных сетевых структур, а отчасти следует также за разработанной в европейском праве концепцией взаимного признания. Такие структуры передоверяют суверенные полномочия государства в известной степени другому государству, и выводимая связь с политическим процессом легитимации предстаёт здесь ещё более далёкой, чем при создании надгосударственных учреждений. Возможным представляется это лишь на основании порождающего атмосферу доверия ожидания «единообразия в процедуре»<sup>230</sup> между заинтересованными государствами, как это принято на уровне федеральных структур государства. Это предполагает также, что отношение политики и административного управления строятся в государствах-участниках в принципе на аналогичных началах. Такая аналогичность даже для европейского административного права видится в обозримое время проблематичной, а для структур административного управления, которые выходят за эти рамки - она, утопична.

### Библиография

*Otto Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1971), S. 193.

*Giovanni Biaggini*, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, 1996.

*Paul Craig/Adam Tomkins* (Hg.), Executive Power in Europe, 2005.

*Michael Fehling/Matthias Ruffert* (Hg.), Regulierungsrecht, 2010.

*Luc Heuschling*, État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, 2002.

*Erich Kaufmann*, Verwaltung, Verwaltungsrecht, in: Fleischmann (Hg.), Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 3, 1914, S. 688.

---

<sup>230</sup> Повторно: *Lerche* (сноска 81), с. 84 и далее; *Schmidt-Aßmann* (сноска 221), пункт 62.

*Oliver Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997.

*Niklas Luhmann*, *Theorie der Verwaltungswissenschaft*, 1966.

*ders.*, *Folgen und Funktionen formaler Organisation*, <sup>4</sup>1995.

*Adolf J. Merkl*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927.

*Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Verfassungsprinzipien für den Europäischen  
Verwaltungsverbund*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.),  
*Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2006, § 5.

*Herbert Simon*, *Administrative Behavior*, <sup>4</sup>1997.

*Armin von Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000.

*Theodora Th. Ziamou*, *Rulemaking, Participation, and the Limits of Public  
Law in the USA and Europe*, 2001.