

Административное право и политика (I)

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:

I. Предварительные замечания	51
1. Политика	55
а) Политика как контрпонятие права	56
б) Политика как контрпонятие экспертного знания	57
2. Административное управление	60
а) Противоположные идеальные модели «административного управления»	60
б) Правительство и административное управление	62
с) Идентификация административного управления и «государства»	65
3. Политика и управление: аналитические различия	66
4. Нормативные установки	70
II. Формы политизации административного управления	72
1. Политизация посредством организации персонала и роль политических партий	73
2. Политизация путём образования различных уровней	75

Административное право и политика	51
a) Территориальная диверсификация административной политики	75
b) Федеративное деление	77
c) Региональное деление	80
d) Коммунальное деление	81
3. Политизация посредством административно-процессуального права	83
a) Административное нормотворчество как политический процесс?	83
b) Особый случай: чрезвычайные указы (Notstandsverordnungen)	89
c) Административное коллегиальное обсуждение (Administrative Kollegialdeliberation)	90
d) Гражданское обсуждение	93
e) Политизация индивидуальных решений	94
4. Политизация через организационное регламентирование: обособливание административных ведомств	97
a) Происхождение и определение	97
Библиография	99

I. Предварительные замечания

1. Современное административное право достигло правопорядков европейских государств и США к концу 19-ого века как инструмент осуществления политических регуляторных намерений и как средство систематического контроля уполномоченного таким образом административного управления, будь то с точки зрения политических

инстанций, будь то с точки зрения заинтересованных индивидуумов.¹ По этой причине отношение между политикой и административным управлением (администрацией) с самого начала было важной рубрикой административного права,² хотя часто только довольно имплицитно и, по существу, совершенно разным образом. Так, административное право могло пониматься как *неполитическое* право, дальнейшее развитие которого осуществляется независимо от политических ниспровержений. Во Франции и в Германии такое понимание нашло особое распространение, что выражалось, в частности, в том, что административное право рассматривалось как противоположность «политическому» конституционному праву.³ Административное право толковалось также и как инструмент *деполитизации* (*De-Politisierung*), посредством которого идеалы правовой государственности и *верховенства права* (*rule of law*) должны были противопоставляться ветвям политической власти с тем, чтобы их укрощать. Однако, административное право могло интерпретироваться и как средство политического преобразования, то есть соответственно как в значительной степени политическое право, которое помогало превратить политически желательные ограничения и разрывы в постепенно стабилизированный гражданский правопорядок и создавало тем самым особое право, политическое отношение к которому могло быть положительным или отрицательным. Показательным примером в этом смысле может служить экономическое регулирование, противопоставляемое гражданскому договорному праву.⁴ Как раз в правовых системах «общего права» (*Common Law*), как в Великобритании⁵ и Соединённых Штатах⁶ на рубеже веков, административное право нередко воспринималось как

¹ Подход с позиций внутриадминистративных структур доминировал во французской концепции, в то время как подход с точки зрения субъективных прав отражает существенные элементы германской доктрины.

² Наиболее чётко это видно в британском праве: *Martin Loughlin*, *Public Law and Political Theory*, 1992, с. 151 и далее.

³ По данному вопросу см. например *Luc Heuschling*, *Ius Publicum Europaeum*, II, § 28 пункт 9. В германском административном праве в этом смысле см. *Ernst Forsthoff*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, ¹1950, предисловие, и *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, ³1924, предисловие.

⁴ *Oliver Lepsius*, в: *Fehling/Ruffert* (Hg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 19 пункт 1 и далее.

⁵ По данному вопросу см. *Loughlin* (сноска 2), с. 151 и далее; он же, *Ius Publicum Europaeum*, III, § 44 пункт 52 и далее; *Thomas von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, с. 31.

⁶ По данному вопросу см. *Oliver Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997, с. 23 и далее.

политизированное инородное тело в рамках в идеале неполитического правопорядка «общего права». *Легальный реализм (Legal Realism)*, концептуальное направление, которое до настоящего времени имеет решающее значение для теоретического обоснования и осмысления англосаксонского права, наоборот, было также движением в направлении оправдания нового административного права против старых «сил» гражданского права.⁷

2. В то же время формирование понятий *теории* административного права с самого её начала в конце 19-ого века не обходилось без политических - преимущественно имплицитных – коннотаций. Это показывает хорошо исследованное понятие правового государства в немецкой модели административного права *Отто Майерса (Otto Mayer)*,⁸ а также понятие *публичной службы (service public)* во французском административном праве, в частности, в трудах *Леона Дюги (Léon Duguit)*.⁹ Нечто аналогичное действует для англосаксонских концепций «административного государства» (*Administrative State*).¹⁰ За такими понятийными категориями стоят организующие системные проекты, относящиеся ко всему обществу в целом, которые далеко выходят за технические вопросы определения и ограничения административной деятельности средствами права.

3. Эти лаконичные историко-компаративистские наблюдения, естественно, ещё ничего не говорят о том, будет ли также и в системном плане обоснованным вести речь о связи между политикой и административным правом, и, если да, то какое значение политический характер административного права имеет для правовой практики и

⁷ По данному вопросу см. *Neil Duxbury, Patterns of American Jurisprudence, 1995, с. 32* и далее.

⁸ По вопросам политического потенциала понятия правового государства: *Ingeborg Maus, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des Bürgerlichen Rechtsstaats, в: он же, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, 1986, с. 11.*

⁹ Из соответствующей литературы можно назвать *Horst Firsching, Am Ausgang der Epoche der Staatlichkeit? Ernst Forstoffs Sicht der Bundesrepublik Deutschland als paradigmatischer Staat der Industriegesellschaft, в: Göbel (Hg.), Metamorphosen des Politischen, 1995, с. 203.*

¹⁰ *Dwight Waldo, The Administrative State, 1949.*

правовой теории в различных правопорядках.¹¹ Для начала важное предварительное соображение. Чем больше автономные процессы волеобразования и регулятивные опции законодатель переадресует через административное право административным органам и административной процедуре, тем скорее можно говорить о «политическом» праве. Политический процесс может кончаться решением о принятии закона,¹² и при этом реализация закона может пониматься как сугубо «акт исполнения» и, соответственно, оказываться полностью деполитизированной, в результате чего всё легитимационное действие остаётся за парламентским процессом законодательства. Однако, чем больше свободы действий оставляет законодатель, тем в большей степени политика будет заключаться в самой административной деятельности, и тем более настоятельным будет вопрос о том, в какой мере административные действия нуждаются в дополнительных собственных процессуальных и организационных формах, чтобы вентилировать эту потребность в принятии решения. По степени политизации административной деятельности становится вместе с тем также ясным, какой объём легитимационного действия законодатель признаёт за собой, а какой он хотел бы делегировать. Во многих правопорядках именно этот вопрос имеет центральное значение для науки административного права.¹³ Примеры актуальных изменений и отклонений, которые будут более подробно исследованы ниже, находят своё выражение в правовой процедурализации (Verfahrensverrechtlichung) исполнительного нормотворчества¹⁴ в экологическом праве¹⁵ или в дискуссии по вопросам автономизации единиц административного управления с соответствующими собственными механизмами легитимации.¹⁶ Они играют особую роль для исследований Европейской Комиссии.¹⁷ Также и концепт «правления» (Governance)¹⁸ содержит элемент ключевого понятия и признака для выяснения потенциалов политической легитимации,

¹¹ Подчёркивая относительность с точки зрения «политического» характера конституционного права: *Christoph Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, с. 177 и далее.

¹² *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, с. 427.

¹³ См. ниже, пункт 17.

¹⁴ См. ниже, пункт 35 и далее.

¹⁵ См. ниже, пункт 65.

¹⁶ См. ниже, пункт 52 и далее.

¹⁷ См. например: *Giandomenico Majone*, *The European Commission as regulator*, в: он же (Hg.), *Regulating Europe*, 1996, с. 61.

¹⁸ См. ниже, пункт 66 и далее.

свойственных административному управлению.¹⁹ Разумеется, не каждое пространство свободы усмотрения при принятии административных решений должно отождествляться с политикой или политической оценкой.²⁰ Конкретизирующая административная деятельность должна ориентироваться также на множество критериев, которые нельзя обозначить как политические. Если законодатель оставляет за полицией право, смотря по ситуации, принимать решение о том, должна ли она вмешаться или нет, то эта свобода действий, по общему правилу, связана в значительной степени с большей близостью административных органов к реальным обстоятельствам дела, то есть с их способностью предпринять необходимые действия, которая отсутствует у законодателя, чем с политическим решением.²¹

4. Тема настоящего исследования с точки зрения её сравнительно-правового контекста не является очевидной и однозначной и требует несколько предварительных соображений, которые должны служить, с одной стороны, как систематические рамки, с другой стороны, однако, не должны создавать слишком тесный каркас, чтобы не урезать всё многообразие заслуживающих здесь внимание разнообразных правопорядков.²² Концепции права, административного управления и политики в рамках соответствующих правопорядков чрезвычайно многозначны и между ними также весьма неоднородны. Общий знаменатель, *tertium comparationis*, не предстаёт заранее данным, его нужно ещё всесторонне разработать в понятийном отношении.

1. Политика

¹⁹ См. ниже, пункт 68.

²⁰ Важная методологическая критика таких представлений см. *Joachim Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, с. 416 и далее.

²¹ Принципиально иной подход см. *Walter Benjamin*, *Zur Kritik der Gewalt*, в: *Tiedemann/Schweppenhäuser* (Hg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. II.1, 1999, с. 179.

²² К вопросу о данной фундаментальной проблеме систематического сравнительного правоведения см.: *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, с. 7 и далее.

5. Нет необходимости предлагать здесь особое определение (традиционно и общепризнанно спорного)²³ понятия политики. Скорее следует рассмотреть и уточнить употребление понятия в сравнительно-правовой дискуссии. При этом, в первую очередь, бросается в глаза, что термин «политика» нередко получает в юридической дискуссии функцию своего рода символа-заполнителя, который должен обозначить определённые позиции, которые не детерминированы правом. Однако, подобное определение предстаёт одновременно слишком общим и слишком неприятельным.

а) Политика как контрпонятие права

6. Так например, о политике в контексте административного права прежде всего говорится, как правило, как о *контрпонятии права*. Там, где право кончается, там должна начинаться политика. В результате этого, понятие политики становится в значительной степени волюнтаристской концепцией, в которой «воля» проникает в щёлки состава нормы,²⁴ например в случаях, в которых административное право предоставляет исполнительной власти определённую свободу действий и принятия решений. Однако подобная концепция взаимосвязи права и политики представляется неполной и ограниченной. Ведь решения, которые связаны с понятием «политический», не только оказываются допустимыми в силу отсутствия права, но и вообще становятся возможными именно в результате правового оформления соответствующих процессуальных и организационных структур.²⁵ Без нормативных установок и предписаний нет формирования политической воли. Между административным правом и политикой не существует антагонистической игры с нулевой суммой по принципу «чем больше политики, тем меньше права».²⁶ Причём, для административного права это, пожалуй, является ещё более характерным, чем для конституционного

²³ Josef Isensee, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, в: он же/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 162.

²⁴ В этой связи, естественно, обращает на себя внимание противопоставление конституции правового государства и демократической конституции у Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1927, с. 41.

²⁵ Möllers (сноска 22), с. 105 и далее.

²⁶ George Tsebelis, Veto Players – How Political Institutions Work, 2002.

права. Связано это с тем, что в теории конституции одним из центральных вопросов, не в последнюю очередь, является вопрос о легитимации всей системы в целом. Тем самым, однако, речь идёт о поиске не связанного в правовом отношении субъекта легитимации, так сказать носителя *учредительной власти (pouvoir constituant)*. В административном праве такие принципиальные вопросы – во всяком случае, в первоочередном порядке²⁷ – не встают. Легитимация всей системы не его тема. Скорее, в административном праве речь идёт о мультиплицировании и репродуцировании политических процессов. Наряду с центральным политическим процессом парламентского законодательства, который является общим для всех сравниваемых здесь друг с другом правопорядков элементов, в административном праве проявляются и другие политические процессы: от административного нормотворчества вплоть до местного самоуправления. В административном праве можно, по общему правилу, замечать как репродуцирование политики, так и разделение на главные и вспомогательные политические процессы.²⁸ В некоторых конституционных системах эти процессы противостоят крайне унитаристскому пониманию политики. Такой подход характерен как для французской, так для и британской конституционной традиции, в остальном совершенно различных друг от друга. Для французской традиции свойственной является её республиканско-эгалитарная центрированность на закон, для британской – совершенно иначе возникшее учение о суверенитете парламента. Но также и подобные традиции не могут обойтись без организации производных политических вспомогательных процессов. В демократических правовых государствах политика не представляет собой соответственно только контрпонятие права, а является результатом оформленной в правовой форме системы принятия решений и процессуальной структуры.

б) Политика как контрпонятие экспертного знания

²⁷ Взаимосвязь между конституционными традициями и концепциями административного управления будут в последующем предметом рассмотрения в различных разделах работы, см. ниже, пункт 14 и сл., 24, 33 и сл.

²⁸ *Robert Alan Dahl, Polyarchy: Participation and Opposition, 1971.* Несмотря на многочисленные утверждения противоположного толка, в этом нет ничего нового, это верно и для более традиционных административных процедур.

7. Второе контрпонятие политики в контексте административного права - это экспертное знание или *компетентность*. На первый взгляд, кажется, что речь идёт здесь о другой, самостоятельной теме, которая уже подробно была исследована для многих национальных правовых порядков, а также для европейского административного права.²⁹ Однако более внимательный взгляд показывает, что обе точки зрения на административное право уже длительное время тесно взаимосвязаны друг с другом. Традиционно административное управление по сравнению с парламентами и судами считается ветвью государственной власти с особенной экспертной компетенцией.³⁰ Оно осуществляет свою деятельность на постоянной основе, и иначе, чем законодательная власть, сравнительно независимо от цезур, связанных с выборами, и иначе, чем судебная власть, имеет возможность для систематизации и специализации опыта, знаний и информации, которые не зависят и не связаны с ведением конкретных судебных разбирательств. При этом экспертное знание исполнительной власти в пределах конъюнктуры европейского административного права (впрочем, также как и американского) всегда было дискуссионным с нескольких точек зрения. Спорным было, в какой мере органы административного управления по праву могут претендовать на монопольное экспертное знание или в какой мере при этом речь не идёт о технократическом и протодемократическом идеале. Этот спор можно проследить, начиная с критики *Максом Вебером* системы административного управления Германского Кайзеровского Рейха³¹ вплоть до научной дискуссии вокруг

²⁹ В отношении европейского административного права: Joerges/Falke (Hg.), *Das Ausschusswesen der Europäischen Union: Die Praxis der Risikoregulierung und ihre rechtliche Verfassung*, 2000. По вопросу о значении «экспертного знания» в Швеции, где – как и в большинстве правовых порядков – имеются различные формы и методы привлечения экспертизы см. *Mats Kumlien/Kjell Åke Modéer*, *Ius Publicum Europaeum*, III, § 48 пункт 41; в Греции привлечение «экспертного знания» является одним из элементов содержания принципа «хорошего правления», *Pavlos-Michael Efstratiou*, в: *Ius Publicum Europaeum*, V, § 76 пункт 97; в Польше внутриадминистративное обеспечение «экспертного знания» является целью организации административного управления: оно должно обеспечивать деловую профессиональную специализацию, *Stanislaw Biernat*, в *Ius Publicum Europaeum*, V, § 80 пункт 135.

³⁰ *Möllers* (сноска 22), с. 115.

³¹ *Max Weber*, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland – Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, 1918.

«Белой Книги» о европейском административном управлении.³² Дискуссионным является также, каким легитимирующим статусом обладает это экспертное знание, то есть вопрос о том, в какой мере экспертное знание может дополнять или даже заменять формы демократической легитимации.³³ В этих рамках экспертное знание особенно чётко выступает по своему смыслу в качестве контрпонятия по отношению к «политике», и нельзя считать случайным, что эта дискуссия в решающей степени происходит в области административного права и теории административного управления.³⁴ Наконец, угол зрения можно несколько повернуть и поставить критический для теории вопрос, в какой мере экспертное знание сегодня вообще может быть возможным без участия политических процессов, то есть без взаимодействия с установленными специфическими процессами формирования политической воли,³⁵ которые с юридической точки зрения должны, в свою очередь, институционально реализовываться в формах административного права. Широкая дискуссия по вопросам регулирования структур социального обеспечения³⁶ представляет собой пример взаимосвязи между проблемой легитимации, формированием экспертного знания и изменением формы административного права. Также и в этом случае – как и в отношении права – экспертное знание является, с одной стороны, контрпонятием, с другой стороны, оно указывает на взаимные связи. Политика, обязательные правовые нормы и экспертное знание не следует идентифицировать друг с другом, их отношение, в свою очередь, нельзя понимать как игру с нулевой суммой, в которой один фактор может развиваться только за счёт другого. Необходимость интеграции

³² ABl. 2001 Nr. C 287/1; по данному вопросу см. критические соображения в Joerges/Mény/Weiler (Hg.), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, Jean Monnet Working Papers 2001, Nr. 6.

³³ Эта дискуссия, как правило, ведётся под знаком различия между *Input*- и *Output*-легитимацией, которое, впрочем, было задумано его автором, *Фрицем Шарфом (Fritz W. Scharpf)*, с совершенно другим смыслом; по данному вопросу см. *Fritz W. Scharpf, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970, с. 66 и далее. Специально в отношении европейской интеграции см.: *он же, Regieren in Europa*, 1999, с. 20 и далее. См. также *Manfred Schmidt, Demokratietheorien*, 2000, с. 294 и далее.

³⁴ См. ниже, пункт 73.

³⁵ С различными подходами в данном направлении: *Helga Nowotny/Peter Scott/Michael Gibbons, Re-Thinking Science – Knowledge and the Public in an Age of Uncertainty*, 2001; *Bruno Latour, Das Parlament der Dinge*, 2001.

³⁶ *Oliver Lepsius, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?*, VVDStRL 63 (2004), с. 264; *Francois Ewald, L'Etat Providence*, 1986.

экспертного знания может вести к интенсивной правовой процедурализации, которая порождает со своей стороны новые самостоятельные политические процессы волеобразования.

2. Административное управление

а) Противоположные идеальные модели «административного управления»

8. В традиции классических теорий разделения властей определение понятия административного управления считается в различных правовых традициях особенно проблематичным. Тем не менее, именно для данной трудно фиксируемой темы необходимы некоторые терминологические соображения. При этом возникающие здесь трудности можно проиллюстрировать посредством двух противоположных идеалов или моделей, которые можно обнаружить в самых различных европейских правовых традициях. На одном полюсе находится модель *связанного законом управления*, которое строго соблюдает действующие правила, инцидентно применяя и осуществляя их политически нейтральным образом.³⁷ В рамках этой концепции административное управление не обладает собственной свободой действий. Институциональная модель этого идеала - это более давний тип *судебного решения*.³⁸ Многие техники административного действия имеют своим прототипом модель судебного производства. Такие процессуальные стандарты, как обязанность обоснования решения и обязанность заслушать заинтересованные стороны, а также форма административного акта, который во французском праве получил развитие по образу и подобию судебного решения и который оказал в последующем влияние на многие – в первую очередь,

³⁷ По вопросу о влиянии и значении этого идеала в Германии см. *Wolfgang Kahl*, *Ius Publicum Europaeum*, V, § 74 пункт 155 и далее. Принцип законности административного управления действует повсеместно, но с различными ограничениями: в Австрии *Ewald Wiederin*, *Ius Publicum Europaeum*, III, § 46 пункт 2, к вопросу о судебной практике пункт 45, 70, исторический аспект пункт 39; во Франции *Jean-Louis Mestre*, *Ius Publicum Europaeum*, III, § 43 пункт 24, 46, 66; в Италии *Bernardo Giorgio Mattarella*, *Ius Publicum Europaeum*, III, § 45 пункт 64 и далее; в Швеции *Kumlien/Modéer* (сноска 29), пункт 14, 91 и далее; в Польше *Biernat* (сноска 29), пункт 89 и далее; в Великобритании *Paul Craig*, *Ius Publicum Europaeum*, V, § 77 пункт 59.

³⁸ *Mauro Cappelletti*, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1988.

континентальные – административные правовые порядки, подтверждают это предположение.³⁹

9. На другом полюсе стоит *идеал политико-организующего административного управления (politisch gestaltenden Verwaltung)*, которое обладает определённой свободой собственного усмотрения и решения которого *a priori* касаются множества лиц, если не всё население государства. Эта административная модель приобрела в двадцатом веке особое внимание. «Беспредельная» делегация функций парламента исполнительной власти во время Первой мировой войны и в Европе межвоенного времени⁴⁰, новые формы административных действий, как например, планирование в германском праве или публичная служба (*service public*) во французском административном праве вплоть до автономизации регулирующих агентств (*Regulierungsagenturen*) являются проявлением совершенно иной концепции административного управления. При таком подходе административные органы скорее творят и оформляют право, чем просто применяют его. Кроме того, они создают и вводят в оборот собственные политические процедуры, существующие параллельно или вне парламентского законодательного процесса. Также и здесь нетрудно установить другую ветвь государственной власти как скрытый прообраз административно-теоретического дискурса, а именно *законодательство*.

10. Основное противоречие в обращении с административным управлением вытекает, следовательно, из того, что, с одной стороны, управление должно легитимироваться правомерным образом действий, а с другой стороны, от него в политическом плане ожидают самостоятельное и надлежащее решение множества конкретных проблем.⁴¹ Обе модели имеют

³⁹ К вопросу о роли административных актов в Португалии см. *Vasco Pereira da Silva/André Salgado de Matos*, *Ius Publicum Europaeum*, V, § 81 пункт 86 и далее.

⁴⁰ *Michael Stolleis*, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, ZNR 11 (1989), с. 129. С указанием на относительный характер института делегирования *Peter L. Lindseth*, *The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s–1950s*, *Yale Law Journal* 113 (2004), с. 1341.

⁴¹ Естественно, в правовой теории возникают определённые сложности при исследовании данной взаимосвязи и даже просто при признании такой взаимосвязи. См. однако *Claus Offe*, *Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme politisch-administrativen Handelns*, *Leviathan* 1974, с. 333; *Niklas Luhmann*, *Die Grenzen einer betriebswirtschaftlichen Verwaltungslehre*, *VerwArch* 56 (1965), с. 301, 308.

значение для рассматриваемой темы, поскольку одна представляет идеал неполитического административного управления, другое - идеал политического административного управления. Несмотря на существующую между ними противоположность, было бы, однако, вряд ли убедительным не только ввиду сравнительно-правового разнообразия, но и с точки зрения систематики, стремиться сделать выбор только в пользу одной из моделей. Скорее напротив, обе модели могут равным образом претендовать на то, чтобы иметь обоснование, связанное со статусом административного управления как «второй» власти в рамках системы разделения властей в демократическом правовом государстве.⁴² По общему правилу, действия исполнительной власти институционально являются опосредствующим звеном между парламентским законодательством и судебными решениями. Этот процесс опосредования можно интерпретировать как форму последовательной конкретизации, начиная от издания нормативных предписаний в форме постановлений и распоряжений и кончая принятием индивидуального административного решения. То, в какой мере этот процесс конкретизации требует дальнейших политических процессов, это вопрос, на который в различных правовых порядках отвечают совершенно различно. Этот ответ зависит также от того, какая модель административного управления и какие концепции *связанности законом (Gesetzesbindung)* преобладают в соответствующем правовом порядке.

б) Правительство и административное управление

11. Важным различием для аналитического преодоления разнообразия исполнительного действия и противоречивости его моделей является разграничение между правительством и (административным) управлением.⁴³ Это разграничение известно различным правовым порядкам⁴⁴ и – что примечательно – применяется как в системах, в которых управление со всей определённой подчиняется правительству, как во французском

⁴² Christoph Möllers, *Die drei Gewalten*, 2008, с. 107 и далее.

⁴³ Frank Goodnow, *Politics and Administration: A Study in Government*, 1900. См. также Jaques Ziller, *Ius Publicum Europaeum*, V, § 87 пункт 8 и далее. С точки зрения систематического подхода см.: Hans D. Jarass, *Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung*, 1975.

⁴⁴ Это не действует, однако, в Австрии, см. *Wiederin* (сноска 37), пункт 79 и сл. Это связано с учением о «чистом праве»: см. Barbara Leitl-Staudinger, *Ius Publicum Europaeum*, IV, § 62 пункт 20, 40 (с указанием на критические исследования).

праве,⁴⁵ так и в системах, в которых правительству чётко отказано в возможности вмешательства, воздействия и доступе к управлению, как в шведском праве.⁴⁶ В соответствии с традиционным пониманием, с проведением подобного разграничения политико-организующий нормотворческий элемент исполнительной власти должен отграничиваться от её неполитического правоприменительного элемента. Конкретно это различие проходит через всю, как правило, иерархическую организацию исполнительной власти, политическая верхушка которой обозначается как правительство, в то время как её подчинённые органы представляют собой административное управление. На уровне дифференциации органов и функций правительство, таким образом, функционально ближе в законодательной власти, хотя организационно оно принадлежит к исполнительной власти. Если, однако, игнорировать политический характер верхушки исполнительной власти с тем, чтобы избежать её парламентской ответственности, как например, в конституционализме германской Империи (Рейха), в которой рейхсканцлер возглавлял не Имперское Правительство, а «Имперское Руководство» («Reichsleitung»),⁴⁷ или если политическая легитимация верхушки исполнительной власти ограничивается отдельным лицом, как в американской президентской системе, в которой нет министров, а только «секретари» президента (*secretaries*), которые входят в состав его «администрации», то тогда представляется соответственно бессмысленным использовать понятие правительства.

12. Во всех правопорядках провести границу между правительством и управлением непросто.⁴⁸ Различия вытекают, прежде всего, в результате

⁴⁵ Ст. 20 абз. 2 в совокупности с абз. 1 Конституции Франции: *Le gouvernement dispose de l'administration*. По вопросу о происхождении понятия «Gubernative»: *Michel Troper*, *Les relations extérieures dans la constitution de l'an III*, в: он же, *La Théorie du Droit*, Le Droit, L'État, 2001, с. 129.

⁴⁶ Глава 12 ст. 2 Формы Правления Швеции. Сравнительное исследование стран континентальной Европы: *Armin von Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, с. 112 и далее; к положению в Швеции см. *Lena Marcusson*, *Ius Publicum Europaeum*, V, § 82 пункт 7, 30; *Kumlien/Modéer* (сноска 29), пункт 14.

⁴⁷ *Christoph Schönberger*, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, 1997, с. 277 и далее; *Gerhard Anschütz*, *Die Parlamentarisierung der Reichsleitung*, DJZ 22 (1917), Sp. 697.

⁴⁸ К положению в Польше *Biernat* (сноска 29), пункт 23; в Швеции *Kumlien/Modéer* (сноска 29), пункт 14; в Италии *Daria de Pretis*, *Ius Publicum Europaeum*, V, § 78 пункт 126. К правовому положению в Британии: *Veith Mehde*, *Governance, Administrative Science, and the Paradoxes of New Public Management*, *Public Policy and Administration* 21 (2006), с. 60.

предоставления компетенции исключительно кабинету.⁴⁹ В некоторых системах различие формально определяется трудовыми отношениями назначенных на службу лиц, служебные отношения которых только в политической части зависят от политической судьбы премьер-министра, но в остальном автономны от этого.⁵⁰ Естественно, это различие не обосновывает действительно подлинную границу, все же, оно сознательно преодолевается иерархической структурой, в которой политическая часть исполнительной власти может давать неполитической части обязательные для исполнения указания и инструкции. Если иерархическая структура должна придавать действию исполнительной власти демократическую легитимацию, то правительство должно воздействовать на всю исполнительную власть. Если это не является целью, то необходимы другие механизмы, которые способны равным образом обеспечить политизацию исполнительной власти. Таким образом, различие между правительством и управлением скорее только обозначает, чем действительно разрешает выше отмеченный противоречивый характер второй ветви власти.⁵¹ Правительство обеспечивает политическую легитимацию исполнительной власти и соответствующую свободу действий, а управление - беспристрастность и связанность правом. Неопределённой остаётся граница между обоими.

13. Наоборот, различие между правительством и управлением традиционно служит цели установить границы судебного контроля действий исполнительной власти. «Акты правительства» (*Actes du gouvernement*)⁵² - это привилегированные действия,⁵³ которые подпадают под свободное политическое усмотрение и поэтому не подлежат проверке судами. Также и в настоящее время подобные правовые фигуры известны большинству правовых систем, и, по общему правилу, они ограничиваются политической верхушкой. В этой конструкции свободное действие правительства стоит фактически на том же уровне в иерархии актов, как

⁴⁹ По данному вопросу в сравнительно-правовом аспекте см. *von Bogdandy* (сноска 46), с. 261 и далее.

⁵⁰ См. ниже, пункт 24.

⁵¹ *Jarass* (сноска 43); *Goodnow* (сноска 43).

⁵² По данному вопросу также с точки зрения сравнительного права см. *Hans Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte – Ein rechtsvergleichender Bericht über die Grenzen richterlicher Nachprüfbarkeit von Hoheitsakten*, 1951.

⁵³ *Исполнительная привилегия (Executive privilege)* было бы подходящим выражением. К вопросу об американской дискуссии см. *Mark J. Rozell, Executive Privilege: The Dilemma of Secrecy and Democratic Accountability*, 1994.

закон, и по этой причине оно недостижимо, во всяком случае, для обычных судов, которые призваны проверять законность актов исполнительной власти. В свою очередь, представляется равным образом логичным, что подобные привилегии ставятся под сомнение конституционными судами, которые проверяя соответствие демократического закона конституции могут контролировать любые действия государства.

с) Идентификация административного управления и «государства»

14. В то время как парламенты и правительства постоянно обновляются через процедуру выборов, а суды принимают решения только инцидентно и по чужой инициативе, исполнительный фундамент нередко сохраняется, несмотря на смену политического режима, или несмотря даже на изменения конституционных основ и формы государственного правления. По этой причине в германском конституционно-историческом опыте смены конституционных порядков (при продолжении международно-правового государственного правового субъекта) не было абсолютно чуждым идентифицировать управление с "государством" и тем самым наделять управление особенной идентификационной ценностью как фактор политического единства.⁵⁴ В этом нетрудно можно увидеть влияние и действие преддемократических или антидемократических традиций.⁵⁵ Но также и в республиканской системе французской Третьей Республики можно обнаружить схожие способы аргументации.⁵⁶ В англосаксонской правовой традиции⁵⁷, а также в системах, построенных на более жёстких федеративных началах, как в Швейцарии,⁵⁸ категория государства играет в конституционном самоописании, напротив, менее значительную роль. Поэтому в рамках этих традиций идентификация государства и управления в такой мере и степени неизвестна.

15. Идентификация управления и государства, естественно, имеет, как упоминалось выше, также и легитимационное обратное действие на

⁵⁴ Möllers (сноска 11), с. 136 и далее.

⁵⁵ Schönberger (сноска 47), с. 405 и далее.

⁵⁶ David Bates, Political Unity and the Spirit of the Law: Juridical Concepts of the State in the Late Third Republic, French Historical Studies 28 (2005), с. 69.

⁵⁷ Kenneth Dyson, The Western State Tradition, 1980.

⁵⁸ Anton Greber, Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates, 2000.

административное право. Как и в рамках – равным образом проблематичного – самоописания гражданского права, также и административное право может иммунизировать себя на случаи политических переломов и изображать себя в качестве самостоятельного, стабильного, а также способного к ложности или истинности и к теоретическому анализу элемента правопорядка (что, кстати, отличает его от конституционного права). То, что это самописание является иллюзорным уже хотя бы по той причине, что, во всяком случае, в демократическом правовом государстве едва ли может существовать административное право «по ту сторону законодателя», представляется достаточно очевидным.

3. Политика и управление: аналитические различия

16. Исходя из этих соображений, теперь можно сформулировать несколько различий, которые могут помочь в том, чтобы более точно сравнительно-аналитически исследовать отношение между административным правом и политикой. Ввиду сравнительно-правового разнообразия научного административно-правового понятийного аппарата и административно-правовых институтов, представляется проблематичным решать сложные проблемы описания посредством определённо-заданной типизации. Так как шаблон выделения определённых типов и отклонений от них неизбежно произвёл бы имплицитный нормативный уклон, который как раз нужно избегать с компаративистской точки зрения. Использование матрицы различий, которые многообразным образом могут соотноситься друг с другом, представляется в противоположность этому как более точное, так и более открытое. Однако, оно также не должно исключать, с другой стороны, формулирование определённых нормативных ожиданий, касающихся отношения политики и управления, которое предполагается предложить в следующей части.

17. Первое различие должно *разграничивать внутреннюю политизацию* (административного) управления от её *внешней политизации*. Административное управление может располагать собственными процессами формирования воли, однако, оно может получать своё существенное политическое программирование извне, в частности через процесс законодательства. Если интересующие здесь процессы, по общему правилу, происходят в рамках связанности законом, то формальная,

урегулированная правом сторона политизации может быть обозначена как *легитимация административного управления (Verwaltungslegitimation)*. Легитимация административного управления обозначает процесс связывания исполнительной власти процессами политического волеформирования, которые выходят за рамки связанности законом. Уже вопрос о том, требуется ли такое особенное самостоятельное волеформирование, или достаточной является уже сама связанность процессом законодательства, обсуждается в различных правопорядках по-разному. Оба механизма не исключают взаимно друг друга, все же, между обоими существует компенсаторное отношение (*Kompensationsverhältnis*), в котором интенсивное материальное законодательное программирование ограничивает внутриадминистративную политизацию – и наоборот. Здесь многое зависит от соответствующих конституционных предписаний, касающихся определённости положений закона. В то же время внешняя политизация может осуществляться *формально* и *неформально*: формально – путём организации и установления определённых процессов, например, процесса исполнительного нормотворчества, а неформально, например, при выборе кадрового состава и персонала. Различие между *транспарентным публичным* административным управлением и административным управлением, действующим, как правило, *не публично*, является, в свою очередь, релевантным для вопроса о политизации, так как с публичным объявлением административного действия оно помещается в пространство возможных публичных дебатов и одновременно политизируется. Обеспечение транспарентности административного управления – это вместе с тем также форма неформальной внешней политизации. С одной стороны, в сравниваемых здесь правопорядках можно наблюдать общую тенденцию к публичности действий административного управления.⁵⁹ Однако, также ясно, что, с другой стороны, наблюдается тенденция к усиливающейся конфиденциальности и закрытости административного управления даже по отношению к

⁵⁹ По вопросу о традиционно сильной роли принципа транспарентности в шведском административном праве *Marcusson* (сноска 46), пункт 37 и далее; исторический аспект *Kumlien/Modéer* (сноска 29), пункт 55: особенно начиная с 1980-х гг., стремление к обеспечению большей транспарентности становится заметным. Например, гражданин должен получить информацию об издержках, с которыми связаны конкретные действия, направленные на достижение политических целей. К вопросу о положении в Португалии см. *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 39), пункт 148 и далее; в Швеции *Tobias Jaag, Ius Publicum Europaeum*, V, § 83 пункт 128 и далее; в Германии *Kahl* (сноска 37), пункт 109 и сл.; в Греции *Efstratiou* (сноска 29), пункт 64; в Польше *Biernat* (сноска 29), пункт 97; в Великобритании *Craig* (сноска 37), пункт 74 и далее.

законодателю. Это находит особое выражение, в особенности, в области борьбы с терроризмом и рыночного регулирования.

18. Административное управление может соответственно быть организованным *иерархически* или *автономно*. Внешняя политизация действий органов управления требует скорее иерархическую организацию, которая лишь только имплементирует формирование политической воли. Если эта имплементация теряет легитимационную убедительность или если она не желательна политически, то исполнительная власть может прибегать к собственным процессам формирования воли, посредством которых она одновременно обособляется по отношению к исполнительной верхушке. Дальнейшее внутриадминистративное различие вытекает при учёте возможности существования *монократического* или *коллегиального руководства* органа административного управления или всей исполнительной власти. Монократические структуры, также как и президентские системы, формируют крупные департаменты,⁶⁰ которые поддерживают работу верхушки, не располагая собственной политической легитимацией. В свою очередь, коллегиальные структуры, которые известны как в форме кабинета в парламентских системах, так и как руководящие органы обособленных единиц управления, организуют собственный политический совещательный процесс.⁶¹ Кабинеты и коллегиальные руководящие органы могут различаться, со своей стороны, на основе *общего* или *функционального* предмета их совещательной деятельности. Правительственные структуры больше ориентируются на принцип генеральной или универсальной компетенции (*Allzuständigkeit*), их деятельность носит *общий*, неспециализированный характер. В то же время другие внутриадминистративные политические процессы работают *функционально* или *ограничены секторально*. Структуры с универсальной компетенцией представляют демократическое сообщество (*demokratische Allgemeinheit*) и поэтому, идентифицируются, как правило, территориально, а не тематически. Подобная общеполитическая направленность характерна также для органов административного управления на федеральном, региональном и коммунальном уровне, где ограничение определённой тематикой невозможно в принципе.

⁶⁰ Georg Müller, Die Stabsstelle der Regierung als staatsrechtliches Problem, 1970.

⁶¹ См. ниже, пункт 41 и далее.

19. Органы административного управления, выполняющие общеполитические функции, легитимируют себя через *представительство* демократического сообщества, в то время как функциональные административные учреждения легитимируют себя преимущественно через *участие* заинтересованных лиц.⁶² За этой понятийной парой кроется, однако, как правило, ещё и другое различие. Представительные структуры имеют своей целью поиск общего для представляемых ими лиц решения, в то время как участие обозначает, как правило, скорее более слабые партиципативные формы, как например, заслушивание участвующих лиц. Так, структуры, ориентированные на участие, функционируют часто не *мажоритарно*, а *делиберативно*, то есть, они легитимируют себя не через волевой акт самоопределения участников, а через возможность обменяться аргументами по поводу принимаемого решения.⁶³ Но также и политические директивные органы нередко уделяют особое внимание делиберативным процедурам и открытому обсуждению. Обмен аргументами указывает на более принципиальное различие между *политическими* и скорее *экспертнократическими* формами легитимации. К какой из этих форм следует причислить делиберативные процедуры, остаётся спорным, и наука административного права является значимым практическим полем применения этой собственно философской дискуссии.⁶⁴ В то же время это различие близко к дифференциации между *Input*-легитимацией и *Output*-легитимацией, которая рассматривается её создателями, естественно, как различие между различными формами политической легитимации (различение осуществляется по матрицам «вход-выход»: если *input*-легитимность, основывается на выполнении определённых нормативных условий-предпосылок, то *output*-легитимность соизмеряется с определёнными ожидаемыми или уже достигнутыми результатами – **прим. Дайджеста**).⁶⁵ Сегодня в качестве *Output* нередко признаётся эффективность результатов. Наконец, легитимация может функционировать в пределах структур административного управления посредством легитимации руководящих органов сверху, то есть «по нисходящей» (*deszendent*), или же посредством

⁶² По данному вопросу см. например *Richard B. Stewart*, *The Reformation of American Administrative Law*, *Harvard Law Review* 88 (1975), с. 1667, 1748 и далее.

⁶³ *Jon Elster*, *Deliberation and Constitution Making*, в: он же (Hg.), *Deliberative Democracy*, 1998, с. 97. К вопросу о развитии делиберативного участия в Италии *Mattarella* (сноска 37), пункт 12; *de Pretis* (сноска 48), пункт 136; в Греции *Efstratiou* (сноска 29), пункт 67.

⁶⁴ *Christoph Möllers*, *Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methodenstreit?*, *VerwArch* 90 (1999), с. 187, 188 и далее, 200 и далее.

⁶⁵ *Scharpf* (сноска 33), с. 20 и далее.

согласия или одобрения со стороны заинтересованных лиц, то есть «по восходящей» (*aszendent*).⁶⁶

20. Предлагаемые различия могут быть связаны друг с другом, хотя эти взаимосвязи вряд ли могут быть переведены в некоторую систему. При более близком рассмотрении можно установить скорее лишь определённый баланс преимуществ и недостатков и соотношение различных моделей дифференциаций. Так, вертикальная координация в форме иерархической организации в целях реализации единообразной политической воли, с одной стороны, и горизонтальная координация или обсуждение в целях выяснения противоборствующих интересов и в целях взаимного соблюдения и адаптации различных частей одной организации, с другой, могут реализовываться в ущерб друг другу. Однако, они могут одновременно быть необходимы сами по себе для данной организации. Генерально-демократическая и функциональная легитимация находятся в аналогичном отношении взаимного противоречия и компенсации. То же самое действует для механизмов представительства и участия, которые во многих европейских правовых порядках принадлежат к наиболее спорным конструкциям административного права. Кроме того, к значительным различиям в административных конструкциях ведут и конкретные предписания, содержащиеся в национальных конституциях. Вероятно, наиболее важным вопросом является вопрос о том, идёт ли речь в случае конкретного политического порядка о парламентской или президентской системе. Это связано с тем, что только в рамках президентской системы институциональный антагонизм между парламентом и правительством может вести также к конкуренции в области контроля над административным управлением. Схожая ситуация проявляется на европейском уровне в отношениях между Евросоветом и Еврокомиссией.

4. Нормативные установки

21. В рамках данной статьи не ставится цель предложить совершенную модель надлежащей легитимации административных действий. Тем не

⁶⁶ Это различие я заимствую у *Walter Ullmann*, *Kurze Geschichte des Papsttums im Mittelalter*, 1978, с. 283. В Австрии коммунальное самоуправление дискутируется как аспект асцендентной демократизации административного управления, по данному вопросу см. *Wiederin* (сноска 37), пункт 44.

менее, можно констатировать несколько более общих установок, важных для последующего исследования. Исходя из различия между правом и политикой, в промежутке между которыми по общему правилу реализуются административные действия,⁶⁷ можно начать с констатации, что ни полная политизация административных действий, ни их широкая юридизация (*Verrechtlichung*) не предстают как адекватные стратегии легитимации. *Политизация и юридизация не могут безоговорочно пониматься ни как проблемы, ни как решения административного права.* Административные действия всегда требуют оба элемента. С одной стороны, - респонсивную связь с политическими, в условиях демократии основанными на принципах равенства процессами формирования воли. С другой стороны, - программирование через обязательные подлежащие и доступные контролю масштабы права. В проекции на всю административную систему в целом также и здесь нет игры с нулевой суммой. Юридизация и политизация - взаимосвязанные и взаимозависимые процессы, поскольку легитимная политика всегда должна быть связана действенными правилами, в то время как сама эта связанность правилами может иметь своим основанием только политические процессы. Они взаимно усиливают своё значение и содержание, как основания легитимации. Более конкретно, административное действие находится где-то между политическим законодателем, который его программирует, и судами, которые его контролируют. Только если обеспечивается производная взаимосвязанность каждого административного действия по отношению к обоим элементам, можно принять адекватное соотношение между политизацией и юридизацией.

22. За пределами этих общих установок административное управление является ветвью власти, наиболее богатой формами. Её организационная структура, её связанность с другими политическими процессами являются выражением политической регулятивной воли, которая не может быть привязана к определённым идеальным типам правильной административной организации. Правильное соотношение между юридизацией и политизацией в *национальных правовых порядках* сначала решается через иерархии, которые на уровне и посредством высших инстанций генерируют политическое программирование для административных действий. Причём, чем они более конкретны и чем

⁶⁷ Сравнительное исследование подобного понимания см.: *Möllers* (сноска 22), с. 112 и далее, 117 и далее.

ниже уровень в иерархии, на котором они осуществляются, тем более интенсивными являются их юридизация и судебный контроль. Эта модель обеспечивает преобладание общего политического процесса для легитимации административного управления, однако, это в той же малой степени может исключать дополнительные формы секторальной политизации, как учреждение федеральных или иных многоуровневых административных структур.

23. На фоне указанных выше дифференциаций *проблемы легитимации* могут вытекать как из принципиальных, общесистемных легитимационных точек зрения, так и по основаниям, имманентным для правопорядка, если правопорядок не остаётся верным своим собственным легитимационным предпосылкам или устанавливает противоречащие друг другу предпосылки. В принципе ясно, что только формализованный в праве политический процесс может гарантировать стандарты легитимации. По этой причине предоставление возможности участия в административном процессе или обеспечение также и неформального политического контроля над административным управлением через требования транспарентности в состоянии только лишь дополнить формализованные правила демократической легитимации, но не заменить их. То же самое действует и для подключения экспертного знания и делиберативных структур, которые не удовлетворяют в достаточной степени, во всяком случае, основополагающему эгалитарному пониманию политики в том виде, как оно соответствует понятию демократии. Проблемы могут вытекать также из мультипликации политических процедур, посредством которых административные действия должны программироваться и контролироваться. Разнодействующие контрольные права и полномочия могут при этом как слишком сильно связывать административное действие, так и - ввиду их внутренней противоречивости – в значительной степени фактически освобождать его от различных ограничений.

II. Формы политизации административного управления

1. Политизация посредством организации персонала и роль политических партий

24. Политизация административного управления может происходить через регулирование и оформление кадрового состава административных органов.⁶⁸ Как уже было показано, известное большинству правопорядков различие между правительством и управлением проводит разграничение между политическими и иными службами. Тем не менее, в сравнительном правоведении не является самоочевидным, что подначальному правительству административному управлению придаётся самостоятельный штаб работников, назначаемых на пожизненный срок, как это принято, например, в немецком административном праве, а также и в Австрии или Италии.⁶⁹ Такая концепция ориентируется на подчёркивающем принципы правового государства понимании административного управления, которое хотя и подчинено инструкциям вышестоящих инстанций, но в остальном должно обеспечивать исполнение законов на началах личной независимости и нейтральности. Основным кредо здесь является вытекающая из требований правового государства дистанция по отношению к адресатам административных актов. Другие системы – как например, швейцарская «милиционная система» (*Milizsystem*)⁷⁰ – ориентируются, напротив, на основанном на принципах сменяемости (ротации) привлечении всех граждан к участию в деятельности административных служб, осуществляемом, как правило,

⁶⁸ К вопросу о влиянии законодательной или соответственно исполнительной власти на административную организацию и кадровый персонал в сравнительной перспективе см. перевод статьи *Циллера* в данном выпуске, *Ziller* (сноска 43), пункт 19 и далее.

⁶⁹ См. также ст. 97 итальянской Конституции. В настоящее время в Италии можно наблюдать практически полную приватизацию трудовых отношений лиц, занятых в публичном секторе, по данному вопросу см. *de Pretis* (сноска 48), пункт 39; в Германии *Kahl* (сноска 37), пункт 54 и далее; в Венгрии *Zoltán Szente, Ius Publicum Europaeum, V*, § 85 пункт 49, 56; в Швеции, где, несмотря на самостоятельность и независимость администрации, не существует в принципе особого статуса государственного чиновника, см. *Marcusson* (сноска 46), пункт 14 и далее; в Португалии *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 39), пункт 63 и далее; к вопросу о традиционном положении персонала в Великобритании и его будущих перспективах см. *Craig* (сноска 37), пункт 20 и далее. К вопросу о статусе государственных чиновников в сравнительной перспективе см. перевод статьи *Циллера* в данном выпуске, *Ziller* (сноска 43), пункт 51 и далее.

⁷⁰ По данному вопросу см. *Benjamin Schindler, Ius Publicum Europaeum, III*, § 49 пункт 36; по вопросу о служебном статусе и публичной роли персонала государственной службы в Швейцарии см. *Jaag* (сноска 59), пункт 85 и далее.

внештатно и на общественных началах. Эта конструкция базируется на демократическом понимании административного управления, в котором управление происходит в какой-то мере от народа и не противостоит ему. Однако такая система устанавливает определённые границы для профессионализации административного управления, если подобная профессионализация все же рассматривается как желательная. Система кадрового *формирования «административной элиты»*, как она сложилась во Франции, отличается и от швейцарской, и от немецкой модели.⁷¹ Такая система может находить своё оправдание в демократическом республиканизме, который, иначе чем в случае швейцарской модели, не ставит, однако, целью обеспечение открытости и прозрачности. Наконец, политизация административных служб может также предприниматься полностью по американскому образцу, когда в администрацию *на частно-договорной базе набираются сотрудники на постоянной основе*, служебное положение которых зависит от политической судьбы той администрации, которая их «трудоустроила». ⁷² В такой системе персонал в меньшей степени служит нейтральному, внепартийному исполнению законов, чем продвижению вперёд определённой политической повестки дня, которая, однако, привязана со своей стороны не к партиям, а к персоне главы соответствующего ведомства. В Европе определённые черты подобной системы, пришедшей из Великобритании⁷³ - по иронии в том числе и как следствие внедрения структур *Нового Публичного Менеджмента (НПМ, New Public Management)* – были реципированы в очень многих европейских государствах.⁷⁴ Если в случае НПМ речь шла о том, чтобы посредством приватизации и повышения гибкости трудовых отношений в органах административного управления повысить их способность к решению проблем и усиливать их экспертное знание, то как раз эти структуры могут очень легко вести также к глубокой политизации процедуры персонального набора. Если быстрая сменяемость персонала гарантирована как таковая самим административным правом, то определять мотивы смены уже труднее. Однако, структура административного персонала, оправдываемая более высокой

⁷¹ См. *Adolf Kimmel*, Die politisch-administrativen Eliten in Frankreich und Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg, в: *Dupeux/Hudemann/Knippling* (Hg.), *Eliten in Deutschland und Frankreich im 19. und 20. Jahrhundert*, Bd. II, 1996, с. 117.

⁷² К вопросу о *Spoils System* см. уже *Moisei Ostrogorski*, *Democracy and the Party System in the United States*, 1910, с. 23 и далее.

⁷³ *Loughlin* (сноска 5), пункт 67 и далее.

⁷⁴ О положении в Германии см. *Andreas Voßkuhle*, в: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders.* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2006, § 1 пункт 50 и далее.

профессионализацией или экспертным знанием, может вести также к более высокой политизации административного персонала.

25. Непосредственное влияние политических партий на административное управление осуществляется на уровне процедуры назначения административного персонала. Такое влияние, которое выходит за рамки принятия политических решений, устанавливающих определённые законодательные ориентиры, *само по себе* не является нелегитимным, что также вытекает из различия между правительством и административным управлением. Демократическая легитимация обеспечивается, разумеется, также отбором людей, которые принимают решения в рамках исполнительной власти. Тем не менее, легитимационное действие этого влияния наталкивается на две границы. Во-первых, оно с трудом функционирует на нижних «этажах» административной иерархии. Конкретные индивидуальные решения, как например, выдача паспорта, не могут политизироваться на легитимной основе.⁷⁵ Во-вторых, легитимация партийно-политически ориентированного отбора персонала увязана также с лежащей в основе моделью легитимации. Для американской модели назначения административного персонала с большим числом временных служащих такая политизация представляется более уместной, чем для германской модели, которая как раз ориентируется на обеспечение политической независимости посредством пожизненного назначения на должность. По этой причине «должностное протектирование» («*Ämterpatronage*») именно в Германии является уже длительное время важной проблемой.

2. Политизация путём образования различных уровней

а) Территориальная диверсификация административной политики

26. Лишь незначительное число европейских конституционных государств имеют подлинную федеративную структуру с независимыми демократическими процедурами на различных уровнях, как, прежде всего, Швейцария и Бельгия, и в несколько смягчённой

⁷⁵ По данной проблеме см. ниже, пункт 48 и далее.

форме Федеративная Республика Германии, и в ещё более смягчённой форме Австрия.⁷⁶ Однако, всем европейским конституционным государствам известны различные формы деконцентрации и децентрализации, посредством которых подчинённые территориально организованные административные единицы получают определённую свободу усмотрения.⁷⁷ Испания служит примером государственного устройства, формально не организованного на федеративной основе. Но на практике здесь существуют обладающие значительной самостоятельностью автономные области (*Comunidades Autónomas*), которые не только имеют значительные полномочия, в том числе в области правотворчества, но также и ясно выраженную политическую идентичность, которая снова и снова ставит под сомнение идентичность всего государства в целом. Кроме того, во всех рассматриваемых здесь европейских государствах – пожалуй, слабее всего в Нидерландах⁷⁸ – существуют также различные формы коммунального самоуправления.⁷⁹ С административно-правовой точки зрения различие между федеративными и нефедеративными порядками может быть ясно описано в достаточно лаконичной формуле. В нефедеративных системах структуры децентрализации являются внутриадминистративными, их реализация осуществляется в рамках системы административного управления и, по меньшей мере, выводятся также из решений законодателя. Напротив, в действительно федеративных структурах происходит мультипликация всех ветвей власти, и имеется полноценное и равноправное законодательство на всех уровнях федерации, разделённое только по сферам компетенции.

⁷⁶ Подробный обзор с швейцарской точки зрения *Greber* (сноска 58); о ситуации в Швейцарии см. также *Jaag* (сноска 59), пункт 5.

⁷⁷ К вопросу о формах территориального деления административного управления см. также подробное исследование *Ziller* (сноска 43), пункт 26 и далее, 33 и далее.

⁷⁸ В Нидерландах глава местной администрации, бургомистр назначается, см. ст. 131 конституции Нидерландов.

⁷⁹ Во многих странах коммунальное самоуправление является результатом длительного конституционно-политического процесса реформ, которые имеют своими корнями в требованиях автономии, демократизации и либерализации. К вопросу о ситуации в Швеции *Kumlien/Modéer* (сноска 29), пункт 30; в Австрии коммунальное самоуправление дискутируется как форма демократизации «снизу», *Wiederin* (сноска 37), пункт 9, 44. Во Франции роль коммунальных административно-территориальных единиц возрастает в ходе децентрализации, *Mestre* (сноска 37), пункт 74; см. там же, пункт 6, 9, 17, 25, 32, 44, исторический аспект роли коммунальных единиц. В постсоциалистической Польше с 1990-го года существует общинное самоуправление, *Biernat* (сноска 29), пункт 42.

27. С децентрализацией административного управления создаются в то же время собственные внутриадминистративные политические процессы и процедуры. Существование этих процессов в более или менее всех европейских конституционных государствах иллюстрирует, что модель административного управления и политики, которая стремится ориентировать легитимацию всей системы административного управления исключительно на модель иерархически организованной связанности законом, должна априори приглушать очень важную часть управления как нетипичный особый случай. В противоположность этому, можно скорее наоборот констатировать, что модель иерархически организованной связанности законом – которую можно обнаружить практически во всех рассмотренных правопорядках как *конституционно* закреплённый элемент всей системы в целом – вообще мыслима только в контексте территориального деления на различные уровни (*territoriale Ebenengliederung*), в рамках которого выполнение определённых административных функций обособлено по территориальному принципу. Административные системы, в которых нет, по меньшей мере, хотя бы одного более или менее самостоятельного коммунального уровня, не известны даже авторитарным правопорядкам. По этой причине в рамках следующего ниже более детального рассмотрения различных форм территориальной организации и деления нужно учитывать, что они не взаимоисключают друг друга, а, по общему правилу, функционируют параллельно.

б) Федеративное деление

28. Федеративные системы основываются на идее конститутивного союза, который получает заключающих договор (договаривающихся) субъектов-членов и одновременно соединяет их в новый политический порядок.⁸⁰ Договаривающиеся субъекты являются политическими порядками, обладающими всеми тремя ветвями власти. В федеративном союзе они связывают себя обязательством иметь в его основных чертах одинаковый политический порядок, так сказать к определённой «гомогенности в процессе» (*Homogenität im Verfahren*),⁸¹

⁸⁰ *Oliver Beaud*, *Théorie de la Fédération*, 2007, с. 105 и далее; *Christoph Schönberger*, *Die Europäische Union als Bund*, AöR 129 (2004), с. 81.

⁸¹ *Peter Lerche*, *Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip*, VVDStRL 21 (1964) с. 66, 85.

которая, не в последнюю очередь, позволяет признавать решения различных субъектов также в других политических единицах.⁸² Эти элементы структуры (здесь они рассматриваются лишь в самом общем виде) приводят к тому, что отношения между управлением и политикой *инвариантны* для организации федеративного порядка: Это происходит по той причине, что удвоение (или сложение) общего государственного порядка создаёт предпосылки для того, чтобы представленные выше различные возможности организации административного управления и политики могли быть, в принципе, аналогичным образом интегрированы в федеративный порядок, а именно - на обоих уровнях федерации. Можно привести следующий пример. Системы министерской иерархии или процедуры исполнительного нормотворчества в рамках федеративной системы могут существовать как на верхнем, так и на нижнем уровне – или ни на том и ни на другом. Исключением являются другие формы территориального деления, которые будут исследованы ниже. Эти формы не могут быть удвоены и поэтому они всегда располагаются соответственно на нижнем уровне: В федерациях элементами нижнего уровня являются округа, районы и общины, которые в совокупности и составляют систему административного управления субъектов федерации.

29. Однако, эта инвариантность федеративной структуры по отношению к формам административной децентрализации, тем не менее, релятивируется в результате того, что европейские федеративные государства, как например Германия, Австрия и Швейцария, а также Европейский Союз, создали систему исполнительного федерализма, в рамках которой исполнение законов, как правило, осуществляется на соответственно нижнем уровне федеративного устройства. (Иначе обстоит дело в американской системе,⁸³ в которой оба уровня законодательства и исполнения закона функционируют полностью отдельно друг от друга.) В государствах, которые являются членами ЕС, подобная транспозиция может обходить несколько уровней: так, Европейские Директивы имплементируются национальным законодателем, но исполняются они государствами, в рамках федеративных государствах-участниках -

⁸² О ситуации в Германии: *Ferdinand Kirchhof*, в: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 83 GG пункт 53 и сл. (по состоянию на январь 2009).

⁸³ Фундаментальное сравнительное исследование: *Daniel Halberstam*, *Comparative Federalism and the Issue of Commandeering*, в: Nicolaidis/Howse (Hg.), *The Federal Vision*, 2001, 213.

нижними уровнями и в рамках нижнего уровня - общинами.⁸⁴ Этот пример, который отнюдь не является нетипичным, очень хорошо иллюстрирует типичную для федеративных порядков проблему легитимации административного управления в перекрещивающихся правопорядках.⁸⁵ Эта проблема является следствием того, что легитимация закона и легитимация административного применения закона расходятся.

30. Значение федеративного деления проявляется в этой констелляции, прежде всего, в подзаконном нормотворчестве при определении стандартов для толкования национального законодательства, с одной стороны, и, с другой стороны, в политическом самосознании административных должностных лиц, которые не назначены, а непосредственно избраны. Своё правовое соответствие эта политизация находит в возможностях, которые национальное законодательство оставляет для его политически мотивированного толкования и которые в федеральном устройстве как раз не представляют собой проблематичное отклонение от предположительного идеала единообразного исполнения законов, а являются выражением административного разнообразия, которое стремится сделать возможным федерализм. В то же время интенсивная интеграция субъектов федерации в пределах федеративных систем, построенных на началах исполнительного федерализма, в значительной степени создаёт необходимость во внутриадминистративной координации. Между административными органами субъектов федерации возникают соответствующие делиберативные структуры, как например, в Германии, Швейцарии или в европейском административном праве. Здесь возникают, естественно, определённые проблемы. Могут ли эти делиберативные механизмы, которые, разумеется, должны пониматься как политические процессы формирования воли, претендовать на наличие собственной легитимации в силу их делиберативного характера?⁸⁶ Или же речь идёт ли

⁸⁴ Попытку реконструировать легитимационные проблемы данной модели см.: Möllers (сноска 22), с. 233 и далее.

⁸⁵ Фундаментальное исследование у: *Giovanni Biaggini*, *Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat*, 1996.

⁸⁶ Такая позиция в отношении «комитетской структуры» в ЕС (Комитеты ЕС, состоящие из госслужащих стран-членов ЕС и экспертов) с аргументацией, вполне доступной для обобщения см.: *Christian Joerges/Jürgen Neyer*, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Process: The Constitutionalisation of Comitology*, *European Law Journal* 3 (1997), с. 273.

о форме технократического обсуждения и дискуссии, которая осуществляется за счёт и в ущерб транспарентной демократичной политики в парламентах субъектов федерации?⁸⁷ Эти вопросы продолжают оставаться весьма спорными как на предмет адекватных нормативных рамок описания, так и на предмет эмпирического исследования делиберативных практик. Сравнительный анализ показывает, что такие структуры возникают, в любом случае, независимо от того, предусмотрены ли они в позитивном праве, как например, в европейском праве, или нет, как в немецком праве.

с) Региональное деление

31. В отличие от субъектов федерации, региональные подразделения или регионы, как территориальные единицы, не имеют, как правило, самостоятельного политического статуса, который связывается в демократическом конституционном государстве с возможностью равноправного парламентского законодательства (исключением здесь, пожалуй, продолжает оставаться Испания). Региональные подразделения, даже если они конституированы лишь законодательным решением, могут базироваться, тем не менее, на сильных политических идентичностях. Примером может служить, в частности, деволюция в Великобритании в отношении Шотландии.⁸⁸ Кроме того, в европейском административном праве региональные подразделения поощряются, не в последнюю очередь, правом ЕС, если не сказать, что право ЕС косвенно постулирует их обязательность. Если право Союза предусматривает собственное представительство региональных интересов, Комитет Регионов согласно ст. 305 и сл. Договора о функционировании ЕС, тогда у государств-участников в результате нет никакого другого выбора, как создавать в своих системах подобную структуру с тем, чтобы обеспечить возможность этой формы представительства на европейском уровне.⁸⁹

⁸⁷ Так например *Alexander Hanebeck*, *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, 2004, с. 314.

⁸⁸ По данному вопросу см. *Noreen Burrows*, *Devolution*, 2000.

⁸⁹ Об интересной ситуации во Франции также в сравнительном аспекте см. *Bettina Schöndorf-Haubold*, *Dezentralisierung und die verfassungsrechtliche Garantie kommunaler Selbstverwaltung in Frankreich*, *Die Verwaltung* 40 (2007), с. 513.

32. Региональные подразделения располагают в большинстве правопорядков, подлежащих здесь рассмотрению, как представительным органом, так и монархическим представителем. Во Франции и Италии у регионов есть свои президенты, наделённые, однако, отчётливо разными полномочиями, и эти президенты, не в последнюю очередь, представляют политическую ориентацию своих регионов.⁹⁰ Великобритания – если исключить современные тенденции деволюции – является единственным из рассматриваемых здесь больших государств, у которого нет ни деления на федеральные единицы, ни какого-либо иного, по меньшей мере также лишь асцендентно легитимированного территориального административного управления.⁹¹

d) Коммунальное деление

33. Прямые контакты между гражданами и государством осуществляются в европейских государствах по общему правилу, на уровне коммунальных административных органов.⁹² С организацией общин (коммун) административное управление непосредственно выходит на население. В то же время политическая общность существующих общин очень часто значительно старше, чем других политических единиц – даже национальных государств.⁹³ Существование городов-республик представляет собой важную историческую метку против ограничения реконструкции общеевропейского публичного права исключительно через структуры национальных государств.⁹⁴ По этой причине деятельность коммунальных органов предстаёт особенно нуждающейся в собственных

⁹⁰ О ситуации во Франции см. *Olivier Jouanjan*, *Ius Publicum Europaeum*, I, § 2 пункт 98 и сл.

⁹¹ О ситуации в Великобритании см.: *Martin Loughlin*, *Local Government in the Modern State*, 1986.

⁹² О ситуации в Венгрии см. *Szente* (сноска 69), пункт 40 и далее; в Швеции *Marcusson* (сноска 46), пункт 4; *Kumlien/Modéer* (сноска 29), пункт 30; в Австрии *Wiederin* (сноска 37), пункт 9; во Франции *Mestre* (сноска 37), пункт 74; там же, пункт 6, 9, 17, 25, 32, 44, также исторические аспекты роли коммунальных единиц; в Италии *Mattarella* (сноска 37), пункт 6, 14, 16 и далее, 26, 32, 38; в Греции *Efstratiou* (сноска 29), пункт 16 и далее; в Польше *Biernat* (сноска 29), пункт 42.

⁹³ Подобные наблюдения у *Harrison White*, *Identity and Control*, 1992.

⁹⁴ Фундаментальное исследование по данному вопросу *Hugo Preuß*, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, 1889, Abschnitt XI, с. 291 и далее.

самостоятельных политических процессах и процедурах, даже если они в рамках выполняемых ими функций и не обладают или обладают в очень ограниченном объёме свободой усмотрения. В рамках национальных правопорядков общины представляют собой составную часть системы административного управления государства (штата), в состав которого они входят: в федерациях - это часть субъектов федерации, в Испании (как особый случай децентрализации) - часть автономных сообществ. Во многих случаях общины легитимируются асцендентно через два политических процесса: через выборы городского главы и через выборы представительного органа, что позволяет дополнительно вписать в рамки общины, как единицы коммунального самоуправления, различие между исполнительным и законодательным органом.⁹⁵ В то же время администрация общин легитимируется также десцендентно: через установленные законом основы их компетенции по принятию решения и через различные формы надзора за их деятельностью со стороны центральных органов административного управления.

34. Во многих из рассматриваемых правопорядках общины обладают компетенцией по изданию подзаконных исполнительных норм. Например, в области планирования городских застроек и строительного права, охраны молодёжи или организации других социальных услуг.⁹⁶ Эта компетенция отчётливо демонстрирует, что внутриобщинным процессам легитимации корреспондируют и самостоятельные правовые возможности действия. Эти возможности, также как и, во многих случаях, довольно чётко выраженная идентичность общин и знакомая всем демократическим правовым государствам правовая фигура демократически легитимированного городского главы⁹⁷ в результате всегда делают из муниципального самоуправления административное управление с явно выраженным политическим отпечатком. Не случайно роль городского главы на уровне столицы государства во многих европейских странах рассматривается как весьма важный пост также и с общенациональной точки зрения. Пожалуй, именно по аналогичной политической причине, а не для повышения эффективности административного управления в Великобритании консервативное парламентское большинство упразднило политическую единицу Лондон и с ней должность *мэра Лондона (Mayor of London)* не

⁹⁵ См. *Erichsen/Hoppe/Leidinger (Hg.)*, Kommunalverfassungen in Europa, 1988.

⁹⁶ По вопросу о расширенных полномочиях в Швеции см. *Marcusson* (сноска 46), пункт 4, 12.

⁹⁷ См. например ст. 3 пункт 2 Европейской Хартии коммунального самоуправления.

упраздняясь в Великобритании консервативного большинства в парламенте с тем, чтобы быть снова учреждённой только после смены правительства.⁹⁸ Тем не менее, степень собственной свободы усмотрения общин в различных европейских правовых порядках варьируется в значительной мере.⁹⁹

3. Политизация посредством административно-процессуального права

а) Административное нормотворчество как политический процесс?

35. Если парламент решается на то, чтобы полномочия по решению основополагающих вопросов о возможностях и формах действий государства предоставить правительству или органам управления, то с этим решением он делегирует также дополнительный вопрос относительно политических процессов принятия решений из сферы парламента в направлении исполнительной власти. В различных европейских правовых порядках на этот случай действуют чрезвычайно разные концепции регулирования, как относительно вопроса, в какой мере такая делегация допустима, так и относительно вопроса, в какой мере делегированное полномочие на правотворчество требует наличие и особенного собственного нормотворческого процесса. В частности, германское право устанавливает конституционные материально-правовые границы для подобной делегации, которые нацелены на то, чтобы принципиально оставлять собственно «политические» решения за парламентом.¹⁰⁰ В рамках германского правового порядка нередко решения законодателя о делегации полномочий правительству отменяются в конституционно-судебном порядке.¹⁰¹ Этот принцип ограничения нашёл, тем временем, также определённый отклик в судебной практике Суда ЕС, который в некоторых случаях проверяет делегацию Советом

⁹⁸ *Martin Loughlin*, *Legality and Locality. The Role of Law in Central-Local Government Relations*, 1996, с. 118 и сл.

⁹⁹ См. *Giovanni Biaggini*, *Ius Publicum Europaeum*, III, § 53 пункт 17 и далее.

¹⁰⁰ *Jürgen Staupe*, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, 1986, 248 и далее; *Wolfgang Cremer*, Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und Parlamentsvorbehalt, *AöR* 122 (1997), с. 248.

¹⁰¹ См. например *BVerfGE* 101, 1 – *Hennenhaltungsverordnung*.

правотворческих полномочий в Комиссию с похожими формулировками, хотя и по существу гораздо менее строго.¹⁰² В противоположность этому, британское конституционное право сохранило (в остальном вызывающую немало вопросов) доктрину суверенитета парламента в отношении решений о делегации неприкосновенной.¹⁰³ Другие правопорядки предусматривают, по меньшей мере, неписанные или из принципа разделения властей выводимые возможные границы, которые, тем не менее, только очень редко активируются судами.¹⁰⁴ В принципе здесь определяет сам парламент, какие решения он желает принять самостоятельно, а какие решения он хотел бы делегировать и как он это достигает.¹⁰⁵

36. Кроме того, в качестве своего рода «комитета парламента»¹⁰⁶ правительство во многих парламентских системах имеет производное от законодателя право на издание норм, не в последнюю очередь на т.н. делегированное законодательство или на декретирование законов (*Dekretierung von Gesetzen*) на основе собственной конституционно закреплённой компетенции.¹⁰⁷ В свою очередь, парламентским системам,

¹⁰² Подробный анализ *Henning Rieckhoff*, *Der Gesetzesvorbehalt im Europarecht*, 2007; *Herwig Hofmann*, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon*, *European Law Journal* 15 (2009), с. 482.

¹⁰³ *Robert Baldwin*, *Rules and Government*, 1995, с. 60 и далее.

¹⁰⁴ О ситуации в Австрии см. *Ewald Wiederin*, *Ius Publicum Europaeum*, I, § 7 пункт 71; в Нидерландах см. *Leonard Besselink*, *Ius Publicum Europaeum*, I, § 6 пункт 82 и далее; в Венгрии см. *Gábor Halmai*, *Ius Publicum Europaeum*, I, § 12 пункт 43; во Франции см. *Jouanjan* (сноска 90), пункт 78 и далее.

¹⁰⁵ *Cass R. Sunstein*, *Nondelegation Canons*, *The University of Chicago Law Review* 53 (1986), с. 1129.

¹⁰⁶ Классическая интерпретация у *Walter Bagehot*, *The English Constitution* (1867), 1966, с. 66.

¹⁰⁷ По данному вопросу см. *von Bogdandy* (сноска 46), с. 261 и далее. По вопросу оо гарантированном конституционным правом полномочием к изданию указов в Венгрии см. *Szente* (сноска 69), пункт 33, 76; к вопросу о законодательной компетенции правительства в Португалии *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (Сноска 39), пункт 120 и далее; по вопросу о правовом положении в Австрии *Wiederin* (сноска 37), пункт 40, здесь не существует конституционно-правовой нормативизации процедуры издания постановлений и распоряжений. Во Франции исторически можно наблюдать рост объёма издания «законов-декретов» (*décrets-lois*), *Mestre* (сноска 37), пункт 66. *Государственный Совет (Conseil d'État)* проверяет действительность этих декретов в случае подачи жалоб на превышение полномочий (*recours pour excès de pouvoir*), поскольку они не были подтверждены законодателем. Органы управления обладают также определёнными полномочиями по принятию мер в случае бездействия

как правило, неизвестна какая-либо самостоятельная область исполнительной деятельности, которая не могла бы ограничиваться со своей стороны законом. Иначе дело обстоит во французском праве – и в основе этого лежит также сама логика президентской системы, в которой демократическая легитимация главы государства обеспечивается не парламентскими выборами. По этой причине Конституция пятой Республики, как раз в противоположность правовому положению в Германии, уже изначально содержала оговорку об исполнительном правотворчестве, которая все более ограничивалась, тем не менее, на практике.¹⁰⁸ С этой точки зрения политический мандат органов административного управления к установлению правил предстаёт в сравнительно-правовой перспективе чрезвычайно неоднородным.

37. Соответственно по вопросу относительно *процессуальной стороны* осуществления делегированного правотворчества сложились разные регулятивные концепции. Вопрос о том, требует ли исполнительное правотворчество сопровождения посредством соответствующих процессов и если да, то в какой форме, принадлежит, вероятно, к самым спорным проблемам новой науки сравнительного административного права. С самых различных точек зрения она приобрела прямо-таки парадигматический характер, поскольку она служит как для того, чтобы чётко сформулировать и изложить принципиальные качественные различия между различными национальными правопорядками,¹⁰⁹ так и как решающий элемент для построения европейского¹¹⁰ или международного административного права.¹¹¹ Даже такие дискуссии, как спор вокруг «модели *стейкхолдеров*» для регулирования деятельности международных

законодателя (там же, пункт 73). В Италии правительство обладает прерогативой по изданию *decreto legislativo*. В Греции могут издаваться постановления президента, а также простые или совместные министерские указы, *Efstratiou* (сноска 29), пункт 50 и далее; в Польше существует возможность издания Государственным Советом (*Rada Państwa*) декретов, приравняемых к актам законодательства, *Biernat* (сноска 29), пункт 88.

¹⁰⁸ По вопросу о содержании этой оговорки и её понимании см.: *von Bogdandy* (сноска 46), с. 262 и далее; *Olivier Jouanjan* (сноска 90), пункт 78 и далее.

¹⁰⁹ См. ниже, пункт 38.

¹¹⁰ *Francesca Bignami*, *The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*, *Harvard International Law Journal* 40 (1999), с. 451.

¹¹¹ *Richard B. Stewart*, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), с. 63.

организаций, как например ВТО (*Stakeholder-Modelle*, теория заинтересованных сторон, от англ. *stakeholders* – заинтересованные группы, заинтересованные круги – сравнительно новая конструкция, которая означает управление отношениями с заинтересованными группами),¹¹² при ближайшем рассмотрении оказывается дискуссией о «правильном» процессе исполнительного нормотворчества. Прежде всего, эта дискуссия иллюстрирует открытую диалектику между политикой и правом в административном праве. С одной стороны, речь идёт в этой дискуссии о *юридизации* нормотворчества, то есть о связывании политически легитимированного управления процессуальными требованиями заслушивания заинтересованных сторон, обоснования и транспарентности. С другой стороны, эта юридизация ведёт к процессам артикуляции или реализации интересов, которые могут политически дополнять парламентский процесс и ограничивать его значение. Исполнительные процессы нормотворчества нередко называются как наиболее важный пример применения альтернативной концепции легитимации административного управления, которая десцендентную легитимацию управления через законы и распоряжения заменяет или дополняет асцендентной легитимацией через участие.¹¹³ При этом участие продолжает представлять собой, тем не менее, традиционно слабодефинированное понятие, которое, как правило, обозначает не подлинное право на участие в принятии решения, а лишь только возможность заслушивать заинтересованные стороны или публично обсуждать административные решения. Пригодно ли оно как таковое, чтобы служить в качестве дополнения к парламентско-эгалитарному опосредованию легитимности, представляется, по меньшей мере, спорным. Тем не менее, теоретико-правовая дискуссия – с упомянутыми последствиями для европейского и международного права – нередко ведётся также как что-то вроде замещающей дискуссии по вопросу о том, в какой мере традиционные мажоритарно-представительные политические процессы в состоянии в достаточной мере легитимировать действия административного управления.

¹¹² По данному вопросу см. например *Markus Krajewski*, *Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der WTO*, 2001; а также *G. Richard Shell*, *The Trade Stakeholders Model and Participation by Non-state Parties in WTO*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 17 (1996), с. 359.

¹¹³ Наибольшее влияние оказала работа *Richard B. Stewart* (сноска 62) и его рецепция в отношении британского права *Paul Craig*, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, 1990.

38. На этом фоне национальные европейские системы административного права демонстрируют сравнительно разные регулирования,¹¹⁴ причём, по меньшей мере, континентальные правопорядки при установлении соответствующих предписаний дифференцируют между различными правовыми формами. В такой важной области, как издание постановлений и распоряжений (*rules, décrets*) правительством, немецкое право, которое традиционно отличается особенно скептическим отношением к процессу, как представляется, образует своего рода крайний полюс в том смысле, что в рамках данного правопорядка, как правило, не предусматриваются какие-то особые обязательные процессуальные меры.¹¹⁵ Адресаты этих постановлений и распоряжений не обладают процессуально реализуемым правом на то, чтобы участвовать в их принятии. То, насколько сильно германское административное право ориентируется на представительную легитимацию, выражается, не в последнюю очередь, в том, что единственное (хотя и часто встречающееся) регулирование процессуального характера предусматривает участие парламента даже при издании постановлений и распоряжений.¹¹⁶ Наиболее яркую диаметрально противоположную модель можно обнаружить в американском праве, в котором, в принципе, любое лицо может до издания решения давать соответствующий инпут.¹¹⁷ Однако здесь довольно спорными остаются как свобода действий при выборе процедуры, так и возможности судебного контроля. С одной стороны, американский процесс охотно рекомендуется в

¹¹⁴ Фундаментальный обзор см.: *Theodora Ziamou*, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, 2001.

¹¹⁵ См. § 30 Регламента Федерального Правительства.

¹¹⁶ Насколько эта процедура является убедительной в функциональном отношении, вопрос спорный, ведь речь идёт о том, что администрация с законодательным актом должна получить на руки исчерпывающее и законченное волеизъявление парламента; критически в отношении германского права: *Möllers* (сноска 22), с. 197 и далее; в отношении участия Европейского Парламента в процедурах системы Комитетов ЕС: *Koen Lenaerts/Amaryllis Verhoeven*, *Towards a legal framework for executive rule-making in the EU?: The contribution of the new comitology decision*, *Common Market Law Review* 37 (2000), с. 645 (680). Критически относительно способности к интенсификации и повышению эффективности демократической легитимации см.: *Armin von Bogdandy*, *Demokratisch, demokratischer, am demokratischsten? Zur Steigerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel einer Neugestaltung der Verordnungsgebung*, FS für Alexander Hollerbach, 2001, с. 363.

¹¹⁷ См. *Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C. §§ 556, 557 в отношении *формального нормотворчества (formal rulemaking)* и § 553 в отношении *«замечаний и предложений» (notice-and-comment)*, равнозначных *неформальному нормотворчеству (informal rulemaking)*.

качестве образца для немецкого административного права¹¹⁸, так и для административно-правовой системы ЕС¹¹⁹ как особенно учитывающий интересы и потребности заинтересованных лиц. С другой стороны, в самих США уже длительное время сетуют на то, что американская процессуальная практика способствует, прежде всего, окостенению и усложнению нормотворчества.¹²⁰ «Политические издержки правового государства»¹²¹ несут в этом случае - в виде исключения - в США, не в Европе. Многие европейские государства предусматривают участие в принятии административных норм со стороны заинтересованных субъектов либо в конституциях, либо в общих или специальных административно-правовых законах.¹²² При этом предписания, регулирующие подобное участие, нередко требуют также транспарентность процесса. Подобные регулирования дополняются и установлением обязанности обоснования. В свою очередь, возможность судебной реализации таких процессуальных гарантий регулируется очень по-разному,¹²³ и её конкретное оформление трудно подвергается анализу. Это происходит по той причине, что нередко дефектный процесс идёт своим ходом и полное повторение процесса предстаёт практически исключённым. Однако, также и здесь германское право, как известно, более благосклонно к органам управления, чем другие правовые порядки.¹²⁴

39. В принципе во всех демократических правовых порядках можно наблюдать такую закономерность, что действия органов управления тем интенсивнее подчинены ограничивающим процессуальным гарантиям,

¹¹⁸ *Susan Rose-Ackerman*, *American Administrative Law under Siege: Is Germany a Model?*, *Harvard Law Review* 107 (1997), с. 1279; *она же*, *Umweltrecht und -politik in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland*, 1995.

¹¹⁹ См. выше, например пункт 37 со сноской 110.

¹²⁰ Неслучайным является аналогичное мнение и среди политологов, см. *Thomas McGarity*, *Some Thoughts on Deossifying the Rulemaking Process*, *Duke Law Journal* 41 (1992), с. 443, и *Richard J. Pierce Jr.*, *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, *Administrative Law Review* 47 (1995), с. 59.

¹²¹ *Fritz W. Scharpf*, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, 1970.

¹²² *Von Bogdandy* (сноска 46), с. 391 и далее (в частности с. 396 и далее).

¹²³ О ситуации во Франции см. *Clemens Ladenburger*, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und deutschen Verwaltungsrecht*, 1999, с. 156 и далее. О ситуации в Англии см. *Robert Baldwin* (сноска 103).

¹²⁴ См. *Eberhard Schmidt-Aßmann/Clemens Ladenburger*, *Umweltverfahrensrecht*, в: *Rengeling* (Hg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Bd. I, 2003, с. 551.

реализуемым в судебном порядке, чем более конкретно соответствующее решение затрагивает индивидуальные правовые позиции.¹²⁵ Классические процессуальные требования, как например, обязанность заслушивать заинтересованные стороны и требование обоснования, которые в процессах принятия решений, имеющих коллективного адресата, обладают политизирующим действием, насколько можно видеть, во всех интересующих здесь правопорядках являются юридически обязательными в процедурах, относящихся к изданию административных актов. Юридизация процессов исполнительного нормотворчества изменяет вместе с тем также баланс между парламентским правительством и судами. Промежуточное положение занимают, в отличие от этого, административные решения, которые не являются ни индивидуальными актами, регулирующими единичные случаи, ни постановлениями и распоряжениями, издаваемыми правительством и имеющими практически общеобязательное действие, например, решения о разрешении реализации крупных проектов или специальных планов действий. Такие административные решения «средней дальности действия» в большинстве сравниваемых здесь правопорядков юридизированы уже по той причине, что они непосредственно затрагивают основные права, в частности право частной собственности.

б) Особый случай: чрезвычайные указы
(Notstandsverordnungen)

40. Особенная политическая компетенция исполнительных органов состоит во многих конституционных порядках – к примеру, во Франции, Италии и Испании – в предусмотренных полномочиях исполнительной власти по осуществлению чрезвычайных мер (Notstandsgewalt).¹²⁶ Характерной чертой является различная форма юридизации таких мер, которые в одних правопорядках урегулированы точными процессуальными правилами и ограничены в материально-правовом отношении, в то время

¹²⁵ Компаративистские и систематические аргументы в отношении данного феномена см. *Möllers* (сноска 22), с. 163 и далее.

¹²⁶ Ст. 86 конституции Испании, ст. 77 конституции Испании; по данному вопросу см. *von Bogdandy* (сноска 46), с. 275 и далее.

как другие правопорядки, в частности французская Конституция, предоставляют главе государства квази неограниченные полномочия.¹²⁷

с) Административное коллегиальное обсуждение
(Administrative Kollegialdeliberation)

41. Кабинет правительства, сообщество всех членов правительства,¹²⁸ в парламентских и полупарламентских системах правления представляет собой особый внутриведомственный (внутриправительственный) уровень политического волеобразования. Классическое распределение по ведомственным департаментам (Ressorts), как это, например, стало важным фактором в Пруссии,¹²⁹ было направлено на своего рода потенциально всестороннюю, универсальную компетенцию (Allzuständigkeit), в рамках которой каждой области деятельности соответствовала бы систематически обоснованные полномочия. Прежде, чем партийно-политическая принадлежность отдельных членов правительства стала привычным явлением, политический процесс кабинетных обсуждений и дискуссий неизбежно должен был функционировать иначе, в частности как поиск баланса между различными предметно объективными интересами, которые выясняются в обсуждении равных субъектов. Например: имеет ли сбалансированный бюджет, что входит в задачи финансового департамента, приоритет перед обеспечением функционирования национальной обороны, задачей военного ведомства? Такими обсуждениями и дискуссиями кабинет гарантирует *предметно конструктивный* (все)общий характер процесса поиска и принятия решения, который не сужается до только определённой точки зрения, теряя при этом из виду другие. В этом смысле обсуждение на уровне кабинета представляет собой в плане процедуры прямую противоположность – со своей стороны необходимой – разработке компетентного экспертного на уровне предметной специализации в рамках соответствующего ведомственного департамента.

¹²⁷ О правовой ситуации во Франции см. *Mestre* (сноска 37), пункт 66; в Греции *Efstratiou* (сноска 29), пункт 151.

¹²⁸ Это не обязательно должны быть министры, см. ст. 43 абз. 2 конституции Баварии; к вопросу об особой форме правительственного кабинета как органа, ответственного за подготовку решений правительства в Венгрии см. *Szente* (сноска 69), пункт 35.

¹²⁹ *Thomas Groß*, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, с. 116 и далее.

42. Естественно, этот механизм страдает от различных ограничений, которые могут точно так же требовать легитимации: Партийная политизация членства в кабинете правительства, в частности в коалиционных правительствах, привела к тому, что министры представляют не только определённые предметно-функциональные направления, но также и политические программы. При таком подходе кабинетное обсуждение функционирует идеально только, если все министры принадлежат к тому же политическому направлению, как в правопорядках с парламентской формой правления и мажоритарным избирательным правом, в которых, как правило, не образуются коалиционные правительства, как в Великобритании. Кроме того, усиление института премьер-министра и президиализация института главы правительства во многих, хотя и не во всех рассматриваемых правопорядках,¹³⁰ привели к тому, что формальное равенство в пределах кабинета уступило место внутренней иерархии. Последняя, в свою очередь, способствовала далее тому, чтобы эта форма дискурсивного политического компромисса интересов на уровне кабинета правительства, во всяком случае, больше не могла считаться само собой разумеющейся.

43. Тем не менее, также в условиях партийной демократии и президиализации главы правительства не может недооцениваться важность кабинетного обсуждения, прежде всего, однако, кабинетного представительства. С получением места в кабинете определённое предметно-функциональное направление приобретает в политическом процессе сравнительно высокий приоритет, тем более, что сегодня правительственные кабинеты больше не организованы так же компактно и систематически как это было в прежнее время. В результате решающим вопросом по этой причине является, например, представлена ли сфера защиты потребителей в кабинете собственным министром или только как приложение к сфере министерства сельского хозяйства. Научная необходимость развивать общие структуры административного права¹³¹ находит здесь свой важный организационный коррелят. Так как только на этом уровне внутриадминистративная специализация сменяется систематической генерализацией и обобщением. В то же время идея

¹³⁰ В Швейцарии должность председателя Федерального Совета не связана с наделением дополнительными властными полномочиями уже в силу структуры органа, основанной на пропорциональных началах.

¹³¹ См. ниже, пункт 71.

кабинетного обсуждения реализуется во многих правопорядках и на уровне ниже правительства, и в этом случае в более узкой с точки зрения компетенции форме. Весьма влиятельной была здесь, в частности, французская традиция, хотя также и в случае английских советов (*Boards*)¹³² речь идёт о коллегиальных органах. Самостоятельные административные единицы управления нередко имеют коллегиальные руководящие органы.¹³³ Исключением предстаёт здесь, возможно, немецкая традиция, которая знает эту форму организации, собственно, только в одной, но практически очень важной конstellации: при горизонтальной координации администраций федеральных земель.¹³⁴

44. Одним из наиболее важных для европейской интеграции пунктов является в этой связи учреждение во всех кабинетах правительства в государствах-членах министерств по делам Европы, которые в то же время должны были (вместо Министерств иностранных дел) организовать Общий Совет, обладающий законодательной компетенцией.¹³⁵ С одной стороны, создание таких структур должно было придать европейской интеграции особенный приоритет на уровне политического обсуждения в национальных правительственных кабинетах. С другой стороны, собственно функциональная задача кабинета правительства, а именно путём сбалансирования различных интересов обеспечить предметно-объективный общий характер процесса принятия решений, осуществляется также и на европейском уровне – в противоположность проблематичным тенденциям секторализации в случае создания соответствующих структур при отраслевых министерствах. В то же время пример Европейской Комиссии, структура которой во многом напоминает структуру правительств государств-членов, показывает, что неограниченное увеличение числа ведомственных департаментов может вести к внутренней иерархизации, в данном случае к президиализации коллегии.

45. Оборот «достаточных оснований», как форма обеспечения легитимации действий государственной власти, с некоторого времени

¹³² *Peter Leyland/Gordon Anthony, Administrative Law, 2005, с. 54 и сл.*

¹³³ См. ниже, пункт 55.

¹³⁴ См. выше пункт 30.

¹³⁵ Фундаментальное исследование: *Franz Mayer, Nationale Regierungsstrukturen und europäische Integration, EuGRZ 2002, с. 111*; данный первоначально запланированный пункт исчез из европейской конституционной дискуссии.

играет большую роль¹³⁶ в демократической теории, характеризующей себя как «делиберативная»,¹³⁷ и находит особенно широкое применение именно в обсуждении легитимации административного управления. Основная идея этой концепции исходит из того, что основания действия правовых норм требуют оправдания, которое может следовать только из их рациональной убедительности и доступности для понимания теми субъектами, которые являются их адресатами. Даже если эта мысль разрабатывалась сначала для дебатов в парламенте,¹³⁸ она способна быть применённой к действиям административного управления, и как раз по той причине, что административное управление не располагает в той же мере непосредственной демократической легитимации как парламент. Европейская Комиссия решительно выступила в своей Белой Книге по вопросам правления в поддержку таких делиберативных концепций,¹³⁹ аналогичные соображения излагаются в различных публикациях по международному административному праву.

d) Гражданское обсуждение

46. Административные процедуры могут предусматривать не только дискуссию и обсуждение между должностными лицами, но также и обмен мнениями между заинтересованными субъектами либо между заинтересованным лицом и органом управления. Подобные процедуры действуют во многих правовых порядках: При этом можно провести различие между двумя типами. С одной стороны, это собрания граждан, которые проводятся, как правило, на коммунальном уровне и которые не представляют, а представляют коммунального демократического суверена в антично руссовском понимании идентитарной демократии. Такую структуру процесса принятия решений можно обнаружить, прежде

¹³⁶ Аргументы см. выше, пункт 19.

¹³⁷ Примечательно, что автором этого выражения является юристом: *Cass R. Sunstein*, *Interest Groups in American Public Law*, *Stanford Law Review* 38 (1985), с. 29, 45.

¹³⁸ *Joseph Bessette*, *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government*, 1994; критически см. *Bernard Manin*, *Principes du Gouvernement Représentatif*, 1995, с. 242 и далее. Предрасположенность данной реконструкции к тому, чтобы быть предметом злоупотреблений, проявляется у *bei Carl Schmitt*, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1926.

¹³⁹ См. ниже, сноска 99.

всего, в Швейцарии¹⁴⁰ – Женева была для Руссо своего рода прообразом – и в других демократических системах с сильной кальвинистско-реформистской традицией, как например, Соединённые Штаты. В отличие от первоначальной концепции, эти решения сегодня, однако, находятся в контексте сформированной многоуровневой системы и интегрированы в основанную на принципах правового государства структуру.¹⁴¹

47. Чисто делиберативно функционируют в противоположность этому различные формы участия заинтересованных лиц, которые имеют отношение к конкретным (индивидуальным) административным решениям, которые могут оказывать воздействие на жизненные условия многих субъектов. Однако, эти известные во многих административных правопорядках процессы скорее соответствуют массовому заслушиванию, чем действительно делиберативному обмену мнениями и дискуссии.¹⁴² Так как урегулированный в праве диалог происходит не между гражданами, которые имеют возможность выразить своё мнение, а между отдельным субъектом и административным органом. Формирования общей воли заинтересованных лиц как раз и не предусмотрено. В этом смысле при таких контактах речь идёт не о демократической политизации, а скорее об эффективной форме реализации прав и интересов, которые в противном случае были бы осуществлены впоследствии в судебном порядке, то есть о форме обеспечения, основанной на принципах правового государства, или *Due Process*.¹⁴³

е) Политизация индивидуальных решений

¹⁴⁰ См. по данному вопросу также *Jaag* (сноска 59), пункт 132 и далее; к вопросу о гражданском участии в Германии см. *Kahl* (сноска 37), пункт 104 и далее.

¹⁴¹ По вопросу о возникающих здесь проблемах см. ниже, пункт 51.

¹⁴² По данному вопросу также в сравнительном аспекте см.: *Alfons Bora*, *Differenzierung und Inklusion*, 1999.

¹⁴³ О ситуации во Франции см. *Clemens Ladenburger* (сноска 123), с. 41 и далее; в Англии *Craig* (сноска 37), пункт 79 и далее; в Швеции *Marcusson* (сноска 46), пункт 42 и сл.; в Португалии *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 39), пункт 152; в Швейцарии *Jaag* (сноска 59), пункт 101; в Италии *Mattarella* (сноска 37), пункт 12; *de Pretis* (сноска 48), пункт 136; в Греции *Efstratiou* (сноска 29), пункт 67; в Польше *Biernat* (сноска 29), пункт 99.

48. *Административные акты*, которые как вид административных действий в широком смысле, в любом случае, присутствуют в подавляющем большинстве континентальных правопорядков,¹⁴⁴ предстают, на первый взгляд, как воплощение деполитизированной правовой формы. Во французском административном праве, смоделированном на судебных процедурах, речь идёт, по общему правилу, о решении отдельного конкретного фактического состава, нередко после соблюдения определённой формальной процедуры. При издании административных актов политические процессы обычно находятся на сильном удалении, но они, во всяком случае, находят отражение в материальной программе принимаемого решения, основанной на законах, распоряжениях и постановлениях и административном «внутреннем праве». Для рассматриваемой темы процедура принятия и форма административного акта предлагают достаточно хороший контрастный фон.

49. Однако, возможной является и другая альтернатива, если правила административного права выводят решение определённых единичных случаев на политический уровень. В этом случае связанность правом и специфика содержания решения сталкиваются с общей компетенцией и политизацией уровня, на котором принимается решение. Будучи формой политической интервенции иерархического прямого управления, это столкновение может ставить, очевидно, конституционно-правовые проблемы, например, нарушение запрета дискриминации. Однако, в определённых ситуациях такое столкновение может быть признано необходимым, поскольку содержание решения требует и обуславливает непосредственную политическую ответственность. Так, в соответствии германским правом решения об экспорте оружия за границу принимает Федеральное Правительство, ст. 26 абз. 2 предложение 1 Основного Закона, поскольку это решение может иметь общее внешнеполитическое значение.

50. В целом, такие оговорки о необходимости принятия решения на высшем правительственном уровне редко предусматриваются в законах и ещё реже в конституциях. Тем не менее, в большинстве правопорядков для политического уровня, как правило, имеется возможность, чтобы вышестоящая инстанция посредством *указаний и распоряжений* в пределах

¹⁴⁴ Краткий обзор проблематики административных актов в сравнительном аспекте см.: *Matthias Ruffert, Verwaltungsakt*, в: Erichsen/Ehlers (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ¹⁴2010, § 21 пункт 6 с ссылками на дальнейшие источники.

административной иерархии, взять на себя принятие конкретного решения на нижнем уровне. Здесь проявляется характерная амбивалентность. С одной стороны, право давать указания и распоряжения во многих системах являются частью внешней демократической легитимации административного управления. С другой стороны, вмешательство политического руководства вызывает подозрение непомерной политизации конкретного вопроса с дискриминирующим действием (при определённых условиях также путём издания недопустимых благоприятствующих актов), которое может явиться результатом того, что ведомственный орган общей компетенции принимает специфическое индивидуальное решение. Именно по этой причине некоторые правовые порядки предусматривают в законодательстве необходимость обязательной публикации определённых распоряжений и указаний с тем, чтобы предотвратить подобные злоупотребления.¹⁴⁵

51. Особенно интересную в этом отношении констелляцию предлагает швейцарское право в виде проблематики предоставления гражданства путём голосования населения, как это предусмотрено в различных коммунальных и кантональных конституциях.¹⁴⁶ С конституционно-теоретической точки зрения эта процедура предоставляет демократической общности граждан, ещё вполне обозримой, центральное право решать вопрос о принятии новых членов. С точки зрения принципов правового государства этой политической форме плебисцита не хватает, однако, решающих гарантий, которые, пожалуй, все без исключения европейские правовые порядки предусматривают для принятия административных актов, которые вторгаются в субъективные права. Это действует, в частности, для обязанности обоснования и при определённых обстоятельствах также для обязанности заслушивать заинтересованных лиц. По этой причине такие решения неоднократно отменялись Федеральным Судом Швейцарии.¹⁴⁷ Попытки подкрепить эту процедуру путём внесения соответствующих изменений в конституцию, до сих пор терпели неудачу. Не случайно законы, призванные регулировать единичные случаи, во всяком случае, в правовых порядках с приоритетом конституции, как правило, рассматриваются как, по меньшей мере, проблематичные, если не запрещённые,

¹⁴⁵ § 117 Закона о телекоммуникациях (Telekommunikationsgesetz).

¹⁴⁶ По данному вопросу см. *Giovanni Biaggini*, *Ius Publicum Europaeum*, I, § 10 пункт 96.

¹⁴⁷ См. например, решение BGE 129 I 217.

инструменты.¹⁴⁸ С точки зрения организации законодатель вмешивается здесь в абсолютной форме в пределы допустимого усмотрения. С точки зрения адресатов в результате утрачиваются как процессуальные гарантии, так и правовая защита.

4. Политизация через организационное регламентирование: обособливание административных ведомств

а) Происхождение и определение

52. Самое позднее начиная с американского «Нового Курса» (*New Deal*), учреждение выделенных (автономных) административных агентств считается одной из наиболее важных тенденций развития в административном праве демократических правовых государств.¹⁴⁹ Нередко их создание толкуется как косвенное свидетельство конца институционального преобладания парламентского законодательства.

¹⁴⁸ См. ст. 19 абз. 1 Основного Закона.

¹⁴⁹ В сравнительном аспекте особенно интересные источники Caranta/Andenas/Fairgrieve (Hg.), *Independent Administrative Authorities*, 2004; *Matthias Ruffert*, *Verselbstständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich*, в: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, с. 431. К исследованию вопроса об обособливании ведомств и служб через понятие «Selbstwirtschaft» (самостоятельное зарабатывание средств) см. *Ziller* (сноска 43), § 88 пункт 45 и далее; данная проблематика в целом см. также *Sabino Cassese*, *Ius Publicum Europaeum*, III, § 41 пункт 8. Сравнительные исследования по отдельным вопросам: *Masing/Marcou* (Hg.), *Unabhängige Regulierungsbehörden. Organisationsrechtliche Herausforderungen in Frankreich und Deutschland*, 2010; исследование системы административных агентств или соответственно выделенных административных органов и служб в Италии см. *Mattarella* (сноска 37), пункт 36 и далее, 42, 47, где структура и компетенции выделенный ведомств рассматриваются как слияние всей трёх ветвей власти (там же, пункт 67); по ситуации в Италии см. также *de Pretis* (сноска 48), пункт 34; в Швеции *Kumlien/Modéer* (сноска 29), пункт 14; в Германии см. *Kahl* (сноска 37), пункт 40 и далее; в Португалии *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 39), пункт 47 и далее; в Польше *Andrzej Wróbel*, *Ius Publicum Europaeum*, III, § 47 пункт 81. В Греции по примеру Англии и Франции были созданы ряд независимых служб или соответственно регулирующих ведомств, *Efstratiou* (сноска 29), пункт 15; в Швеции *Kumlien/Modéer* (сноска 29), пункт 14. К вопросу о положении исполнительных агентств (*executive agencies*) и форм вневедомственных государственных учреждений (*non-departmental public bodies*) в Великобритании см. *Craig* (сноска 37), пункт 13 и далее, 73.

Часто, воспроизводя формулировку из американской дискуссии 1930-ых годов, о таких единицах административного управления говорится также как о типичных феноменах распада предполагаемой «классической» схемы разделения властей.¹⁵⁰ Основанием для такой оценки служило и служит то обстоятельство, что такие выделенные административные агентства должны одновременно осуществлять законодательные, исполнительные и судебные функции.¹⁵¹ В обеих гипотезах содержатся также суждения, касающиеся отношения между политикой и административным управлением, в обоих понимание политики, сфокусированное на парламенте, должно заменяться или дополняться специфическими административными структурами.

53. Подобными обобщениями следует пользоваться, конечно, с осторожностью. Феномен административного обособления скорее сначала нужно более точно и детально описать, соответствующие ограничения и относительность появятся и проявятся тогда сами собой. При этом следует констатировать, что часто упоминаемый американский образец только очень условно пригоден для национальных европейских право порядков. Важной основой системы агентств в американском административном праве,¹⁵² которая, впрочем, уже долгое время снова сильнее привязывалось президентским структурам,¹⁵³ являются два элемента американской формы правления. С одной стороны, это разделение конгресса и администрации, которое ведёт к жёсткому конфликту между ними по вопросам контроля и руководства нижестоящими ведомствами, который в этой форме неизвестен парламентским системам. С другой стороны, это также и монархический президентализм, который не знает в соответствии с определённой систематикой организованную кабинетную структуру с потенциально общей, универсальной компетенцией и поэтому регулярно должен прибегать к созданию и использованию различных ведомств и органов *ad hoc*. В национальных европейских право порядках¹⁵⁴ оба эти

¹⁵⁰ Впрочем, эта классика никогда и не существовала, по данному вопросу *Möllers* (сноска 42), с. 43 и далее.

¹⁵¹ *Peter Strauss*, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, *Columbia Law Review* 84 (1984), с. 573.

¹⁵² По данному вопросу см. *Stephen Skowronek*, *Building a new American State*, 1982.

¹⁵³ *Elena Kagan*, *Presidential Administration*, *Harvard Law Review* 114 (2001), с. 2245; *Cass R. Sunstein/Larry Lessig*, *The President and the Administration*, *Columbia Law Review* 94 (1994), с. 1.

¹⁵⁴ Нечто иное действует в отношении системы агентств ЕС, что может интерпретироваться также как следствие конфликта в области контроля между

элемента в такой форме отсутствуют,¹⁵⁵ а вместе с ними и два фундаментальных основания для создания самостоятельных административных агентств. И тем не менее, обособливание административных органов играет также и в европейских порядках административного права особую роль.

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.

Oliver Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997.

Niklas Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966.

ders., Folgen und Funktionen formaler Organisation, 41995.

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.

наднациональными и межправительственными органами, по данному вопросу см. *Edoardo Chiti*, Decentralisation and Integration into the Community: A new Perspective on European Agencies, *European Law Journal* 10 (2004), с. 402.

¹⁵⁵ Скорее можно сказать, что если такие вообще существуют там, то в европейских конституционных государствах речь идёт о полупрезидентских системах, которые фигуру оперативно легитимированного президента соединяют с фигурой ответственного перед парламентом президента, как например, во Франции. По данной проблематике см.: *Cindy Skach*, The „newest“ separation of powers: Semipresidentialism, *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007), с. 93, в частности с. 104.

Herbert Simon, *Administrative Behavior*, 41997.

Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000.

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