

Йорг Пуделька / Jorg Pudel'ka

**Дискреция и законодательство об административных процедурах:
опыт Германии**

**Discretion and Legislation on Administrative Procedures:
the Experience of Germany**

*Судья административного суда,
г. Берлин (Германия), глава
представительства GIZ в Казахстане*

В статье проанализированы вопросы плотности судебного контроля за формами административного усмотрения в Германии. Отдельное внимание уделено проблемам ошибок дискреции (неприменение усмотрения, нарушение пределов усмотрения, неверное применение усмотрения), на основе анализа конкретных решений Федерального административного суда ФРГ. Сделаны выводы о принципиальной применимости германского опыта для развивающихся правов порядков.

Ключевые слова: *усмотрение, законность, пропорциональность, административные процедуры.*

*The judge of the Administrative Court,
Berlin (Germany), the head of the GIZ
representation in Kazakhstan*

The article analyzes the issues of the density of judicial control over forms of administrative discretion in Germany. Special attention is paid to the problems of discretion mistakes (non-use of discretion, breach of margin of appreciation, incorrect application of discretion), on the basis of analysis of certain decisions of the Federal Administrative Court of Germany. There are given conclusions on the fundamental applicability of the German experience for the developing of legal orders.

Keywords: *discretion, legality, proportionality, administrative procedures.*

При проверке правомерности административных актов большую роль играет проверка применения дискреционных полномочий, а также так называемых неопределенных правовых понятий.

Согласно принципу правового государства надо исходить из того, что все обременительные административные акты должны основываться на правовой норме. Однако эту норму необходимо толковать, чтобы затем можно было субсуммировать, то есть подвести обстоятельства дела под эту норму. Порой это может быть сопряжено с трудностями, в частности тогда, когда норма содержит неопределенные правовые понятия.

Приведем следующий пример. Согласно § 35 Закона о промыслах (нем. «Gewerbeordnung»)¹ осуществление предпринимательской деятельности в случае ненадежности предпринимателя подлежит запрету. При этом понятие ненадежности требует толкования. Федеральный административный суд определяет его в постоянной судебной практике таким образом, что предприниматель является ненадежным, если «по общему впечатлению от его поведения и репутации недостаточно гарантирует то, что в будущем он будет осуществлять свою предпринимательскую деятельность надлежащим образом»².

При этом толкование неопределенных правовых понятий следует классическим критериями толкования, которые были составлены в сущности еще Фридрихом Карлом фон Савиньи (Friedrich Carl von Savigny)³:

- грамматическое толкование;
- систематическое толкование;
- историческое толкование;
- телеологическое толкование.

Если грамматическое толкование рассматривает просто текст, при систематическом толковании рассматривается взаимосвязи нормы, в которых находится толкуемая норма. Зачастую на основании норм, находящихся до или после толкуемой нормы, можно сделать выводы о понимании нормы. Здесь могут играть роль также базовые принципы, которые, возможно, изложены в начале закона. Историческое толкование задается

¹ https://www.gesetze-im-internet.de/gewo/_35.html

² Ср., напр., решение Федерального административного суда от 9 марта 1994 г., номер дела 1 В 33.94.

³ Фридрих Карл фон Савиньи, Система современного римского права. С. 213.

вопросом об истории возникновения нормы и при этом, в частности, о воле законодателя. Телеологическое толкование задается вопросом о смысле и задачах нормы, то есть, прежде всего, о целях, которые необходимо достичь с помощью нормы. Если эти методы приводят не к однозначным или даже противоречивым результатам, то приоритет, как правило, отдается телеологическому толкованию.

Толкование неопределенных правовых понятий, как правило, может быть проверено судом в полном объеме. Поэтому суд в принципе может всегда прийти к выводу о том, что норму необходимо понимать иначе, чем это предполагал административный орган в своем решении. Из этого правила есть исключения, связанные с наличием у административного органа права на диапазон оценок. Последний не может быть проверен судом в полном объеме; в соответствии с практикой Федерального административного суда проверки допустимы лишь в исключительных случаях, если это оправдано особыми основаниями⁴. К таким ситуациям относятся следующие случаи:

- экзаменационные решения и решения, похожие на экзаменационные, в силу неповторимости конкретной ситуации оценки в момент проведения экзамена⁵;
- аттестация государственных служащих⁶;
- решения оценочного характера со стороны комиссий, не зависящих от указаний, состоящих из экспертов и/или представителей интересов⁷;
- прогнозные и оценочные решения экономического и политического характера⁸.

Тем не менее, признание в названных случаях права административного органа на диапазон оценки не означает, что эти случаи вообще не подлежат судебной проверке. Таковая возможна, правда, в ограниченном объеме. Суды вправе проверять подобные решения только на предмет наличия внешних, формальных ошибок, или ошибок, выходящих за пределы предоставленного диапазона оценки по смыслу и целям его предос-

⁴ Решение Федерального административного суда 100, 221, 225.

⁵ Решение Федерального административного суда 84, 34 – юридический государственный экзамен; решение Федерального административного суда 8, 272 – перевод в следующий класс школы.

⁶ Решение Федерального административного суда 97, 128, 129 – служебная аттестация государственного служащего его начальником.

⁷ Решение Федерального административного суда 91, 211, 215 – классификация произведений, развращающих малолетних, со стороны Федерального цензурного учреждения (Bundesprüfstelle).

⁸ Решение Федерального административного суда 97, 203 – необходимость военных полетов на малых высотах; решение Федерального административного суда 82, 296, 299 – оценка максимального количества лицензий для такси в целях обеспечения функционирования таксистской предпринимательской деятельности.

тавления. Для группы случаев, связанных с экзаменационными решениями, это означает, что экзаменационные решения, во всяком случае, могут быть проверены судом на предмет:

соблюдены ли существенные процедурные предписания (например, в ходе группового экзамена в течение одного часа один из кандидатов получил всего одну минуту, когда другому дали возможность говорить 30 минут);

исходил ли административный орган из верных обстоятельств дела (в том числе были ли верно учтены результаты предыдущих экзаменов);

соблюдены ли общепризнанные критерии оценки (в частности, мнение, высказанное в литературе или судебной практике, в ходе экзамена не может быть оценено как ложное или неверное);

свободно ли решение от соображений, не имеющих отношения к делу (например, самая красивая студентка получает более высокую оценку, чем самая некрасивая).

То же самое касается других случаев групп, связанных с диапазоном оценки. В случае сомнения диапазон оценки с учетом права на судебную защиту в соответствии со ст. 19 ч. 4 Основного Закона ФРГ необходимо всегда узко толковать в свете принципа правового государства.

Отдельного внимания заслуживает феномен ошибок усмотрения.

Если законодательство предоставляет административному органу усмотрение, то решение административного органа проверяется также на предмет правильного применения такого усмотрения. Согласно § 40 Закона ФРГ 1976 года об административных процедурах (далее – ЗАП ФРГ) административный орган обязан применять свое усмотрение в соответствии с целью предоставления права усмотрения и соблюдать предусмотренные законом пределы усмотрения. Существенные аспекты, которыми административный орган должен руководствоваться при применении усмотрения, согласно § 39 ч. 1 предложение 3 ЗАП ФРГ должны быть также включены в обоснование административного акта. Правильное применение усмотрения со стороны административного органа может быть перепроверено им самим или вышестоящим административным органом в случае досудебного обжалования. Административный орган или вышестоящий административный орган может, в частности, по-другому оценить целесообразность решений и

тем самым принять другие решения, даже если нет никаких сомнений в правомерности первоначально принятого решения. Это не вызывает в принципе никаких правовых проблем в отношении защиты доверия, поскольку заявитель сам посредством подачи претензии препятствует вступлению административного акта в законную силу, препятствуя тем самым связанной с этим более трудной отменимости.

Более сложная ситуация возникает в случае судебного обжалования административного акта, поскольку суды уже в силу принципа разделения властей, гарантированного в Конституции через принцип правового государства, вправе проверять лишь правомерность (а не целесообразность) действий исполнительной власти. Поэтому в рамках процесса в административном суде проверка дискреционных решений согласно § 114 предложению 1 Административно-процессуального кодекса Германии ограничивается тем, является ли административный акт или отказ в издании или неиздании административного акта неправомерным, так как предусмотренные законом пределы усмотрения нарушены или усмотрение не было применено согласно цели его предоставления. Конкретно это означает, что в суде может быть заявлено лишь требование о проверке наличия следующих ошибок усмотрения.

1. Неприменение усмотрения.

Если закон предоставляет административному органу право применения усмотрения, это означает также обязанность применения данного усмотрения. Поэтому если административный орган не рассматривает возможность дискреции (потому что вообще не осознает, что закон предоставляет ему усмотрение или так как он хотя и осознает это, но ошибочно предполагает, что ему не надо применять предоставленное усмотрение), то здесь уже имеет место ошибка усмотрения. В случае сомнения административный орган обязан доказать, что он применил усмотрение⁹. Например, закон предоставляет административному органу усмотрение относительно вопроса, как действовать в целях предотвращения опасности. Неприменение усмотрения имеет место, если административный орган вообще не осознает предоставленное усмотрение и исходит из обязательного решения («всегда, когда есть опасность, он обязан действовать»), а также в случае, когда

⁹ Вестник немецкого административного права. 1983. С. 998

публичная администрация, лишь абстрактно допускает усмотрение, в конкретном случае исходя из ошибочной убежденности в том, что таковое сведено к нулю.

2. Нарушение пределов усмотрения (принципа соразмерности).

Применение усмотрения подразумевает соблюдение административным органом установленных законом пределов усмотрения (§ 40 ЗАП ФРГ). Они следуют из Конституции и закрепленных в ней (а также в иных нормативных актах) правовых принципов, к числу которых относится также вытекающий из принципа правового государства принцип соразмерности.

Так, в соответствии с Положением о государственных пошлинах (нем. «Gebührenordnung») за определенный документ устанавливается административная пошлина в размере «до 50 евро». Если административный орган устанавливает 60 евро, это является нарушением пределов усмотрения.

Указанный вид ошибки дискреции также имеет место, когда административный орган избирает другое правовое последствие, чем предусмотрено в законе, либо нарушает принцип защиты доверия, либо нарушает основные права. Все эти ситуации имеют общим то, что административный орган избирает правовое последствие, которое является неправомерным, а значит – вследствие связанности исполнительной власти законом – не может быть избрано. Принцип соразмерности в качестве неотъемлемой части принципа правового государства закреплен также в конституционном праве. Ни одно решение, в том числе – дискреционное, не может быть несоответствующим цели предусмотренной законом правовой нормы¹⁰. При этом соразмерность может быть проверена следующим образом:

- наличие легитимной цели;
- пригодность;
- необходимость;
- соразмерность в узком смысле.

В соответствии с тестом на пропорциональность в первую очередь цель, которую административный орган преследует принимаемой мерой, должна быть легитимной. Это имеет место тогда, когда она соответствует смыслу и цели предоставления усмотрения

¹⁰ Решение Федерального административного суда 65, 178.

со стороны законодателя. Административный орган своей мерой не вправе преследовать другие цели. Если он все же это делает, то мера является неправомерной уже по этой причине.

Например, в соответствии с нормами законодательства о полиции в рамках общего предотвращения опасности может проводиться установление личности. Если в связи с демонстрацией, в рамках которой совершаются насильственные действия, существует возможность установить личность лиц, то полиция при выборе лиц, чью личность она намерена установить, обязана исходить из цели предоставления данного усмотрения. Цель эта заключается, несомненно, в быстром, безопасном, эффективном предотвращении опасности. Если полицейский сначала устанавливает личность красивой блондинки Б, так как ему хочется увидеться с ней снова в частном порядке, вместо того, чтобы предпринимать меры в отношении менее привлекательного, однако применяющего насилие правонарушителя П, то эта мера является неправомерной уже потому, что частная цель, которую преследует полицейский, не находится ни в какой связи с целью предоставления усмотрения (предотвращение опасности).

Если административный орган своей мерой преследует легитимную цель, то принятая мера должна быть также пригодной для достижения данной цели. Пригодными при этом являются все те меры, с помощью которых последняя может быть достигнута. Так, если некий молодой человек М крадет на соседнем участке черешню с одного дерева, то прицельный выстрел полицейского П, который попадает молодому человеку в руку, является пригодным для того, чтобы удержать его от продолжения кражи черешни.

Наряду с этим пригодные меры должны быть также необходимыми для достижения преследуемой цели. Это значит, что не должно существовать никакого более мягкого средства, которое в равной мере надежно достигло бы данной цели. Более мягким при этом средство является всегда тогда, когда оно в меньшей степени вмешивается в права затронутого лица. В указанном выше случае кражи черешни в зависимости от ситуации может быть достаточным также свистка или строго устного предупреждения со стороны полицейского, чтобы удержать молодого человека от продолжения хищения. Поскольку эти средства будут ущемлять права молодого человека в меньшей степени, чем выстрел из служебного оружия полицейского, который может привести к серьезным негативным

последствиям для здоровья, выстрел, хотя и был бы пригодным, но не является необходимым.

Важно, однако, и то, что необходимость имеет место в том случае, если более мягкие средства существуют, но они не приведут к успеху в равной мере надежно. То есть если в нашем примере известно, что дети регулярно крадут черешни в данном месте и свистком или предупреждением их никак не отпугнуть и если никаких более мягких средств нет, то выстрел из оружия может также оказаться необходимым в этом смысле. В принципе и здесь действует правило, согласно которому право не должно уступать бесправию. В частности, в случаях предотвращения опасности административные органы вправе избирать средства, пригодные для того, чтобы безопасно и надежно, быстро и эффективно предотвратить опасность.

Соразмерной (в узком смысле, то есть пропорционально) мера является всегда в тех случаях, когда преследуемая цель по своей значимости не является несоразмерной степени вмешательства¹¹. Так ли это, в конкретном случае необходимо определять путем взвешивания. Если в случае с вором черешни свистком и строгим криком полицейского невозможно удержать молодого человека от кражи черешни и других более мягких средств нет, то выстрел из служебного оружия был бы необходимым, чтобы предотвратить дальнейшее ущемление права собственности. Вместе с тем такой выстрел в конечном итоге был бы несоразмерным, поскольку преследуемая с его помощью цель (борьба с ущемлением права собственности) по своей значимости была бы несоразмерной степени вмешательства. Если полицейский выстрелом убьет молодого человека, то опасность для собственности была бы надежно предотвращена, однако степень ущемления правового блага жизни была бы настолько интенсивной, что это не было бы пропорциональным охраняемому правовому благу. Другими словами: жизнь человека, которая в таком случае была бы с высокой вероятностью полностью или все же значительно ущемлена, является более значимой, чем – относительно менее значительное – нарушение права собственности в виде кражи нескольких черешен.

Несоразмерные решения являются неправомерными. Тем самым они ведут автоматически также к наличию ошибки усмотрения, ведь несоразмерные и тем самым непра-

¹¹ Решение Федерального конституционного суда 50, 217, 227.

вомерные меры не входят в число мер, предусмотренных на выбор административного органа. В силу своей связанности правом и законом (ст. 20 ч. 3 Основного Закона ФРГ) он имеет право действовать только правомерно.

3. Неверное применение усмотрения.

Такое имеет место, когда административный орган применяет предоставленное законодательством усмотрение не по смыслу закона, т.е. не в соответствии с его целями и предписаниями¹². Это может происходить в виде того, что административный орган принимает во внимание не полностью все аспекты, отвечающие цели полномочия (дефицит усмотрения) или в виде того, что во внимание принимаются другие аспекты, не отвечающие цели полномочия (не относящиеся соображения к предмету усмотрения)¹³.

Дефицит усмотрения имеет место всегда, когда административный орган не изучил обстоятельства дела в полном объеме и поэтому не располагает всеми существенными фактами для принятия решения. То же самое касается, конечно, случаев, когда в основу дискреционного решения были положены факты, которые на самом деле в таком виде не имеют места, то есть когда административный орган изучил обстоятельства не полностью или небрежно.

Ненадлежащими являются все соображения, если они учитывают аспекты правового или фактического характера, идущие вразрез со смыслом и целью нормы, предоставляющей усмотрение, или вразрез с иными нормами или общими принципами права¹⁴. Так, если две девушки громко ссорятся ночью перед каким-нибудь домом, а жители вызывают полицию, чтобы она прекратила ночное нарушение общественного порядка, то полиция имеет усмотрение как в отношении применимых средств, так и в отношении выбора адресата. Если она примет решение просто разделить женщин друг от друга, то эта мера была бы законной и обоснованной. Но если полиция примет решение забрать с собой в участок одну из девушек, руководствуясь критерием внешности, то имеет место ошибка дискреции. Внешность адресата в качестве критерия не отвечает ни цели предоставленного усмотрения (целью является быстрое и надежное предотвращение

¹² См. Эрихсен/Элерс, *Общее административное право*, § 11 Rn. 61

¹³ См. Копп/Рамзауер, *Закон об административных процедурах*, § 40 Rn. 88

¹⁴ Решение Федерального административного суда 82, 257; см. также Копп/Рамзауер, *Закон об административных процедурах*, § 40 Rn. 90 m.w.N

опасности, в этом случае для обеспечения здоровья жителей в виде соблюдения ночного покоя), ни общим критериям права. Здесь идет речь скорее о случае произвола и тем самым о противоречии общим критериям права (запрет произвола для государственных действий).

Таким образом, вопросы реализации дискреции – одни из важнейших в современном публичном праве. Опыт германского правопорядка прогрессивен тем, что он опирается на синтез доктрины, судебной практики и воли законодателя. При этом довольно лаконичные положения Закона об административных процедурах ФРГ постоянно уточняются административными судами. Концепция ошибок усмотрения может представлять самостоятельный интерес для различных правопорядков, в том числе – на постсоветском пространстве.