

Давыдов К. В. / Davydov K. V.

**СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ ЗА ДИСКРЕЦИОННЫМИ  
АДМИНИСТРАТИВНЫМИ АКТАМИ: ЕВРОПЕЙСКИЙ ОПЫТ<sup>1</sup>**  
**JUDICIAL CONTROL OVER DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACTS:  
EUROPEAN EXPERIENCE**

Судебный контроль за дискреционными административными актами: европейский опыт

*Давыдов Константин  
Владимирович,  
к.ю.н., доцент Новосибирско-  
го юридического института,  
г. Новосибирск,  
davkon@yandex.ru*

Анализируется судебный контроль за дискреционными административными актами во Франции, Германии и Великобритании. Выдвигается тезис: дискреционные акты требуют специальной концепции дальнейшего судебного контроля за ними. Акцентируется внимание на известном генетическом сходстве некоторых французских исков, германской доктрины и практики принципа пропорциональности по отношению к дискреционным актам и выработанного английскими судами теста на разумность административного решения. Делается вывод, что в развитых зарубежных правовых системах суды все чаще проверяют административные акты не только в части законности, но также их целесообразность и обоснованность.

**Ключевые слова:** дискреция, административный акт, административные процедуры, принципы административного права, принцип пропорциональности.

<sup>1</sup> Публикуется по материалам I Всероссийской научно-практической конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Современные проблемы административного судопроизводства и административного процесса» (Новосибирск – 2014)

*Davydov Konstantin  
Vladimirovich,  
c.j.s. (PhD in law), Associate  
professor of Novosibirsk Law  
Institute, Novosibirsk,  
davkon@yandex.ru*

Judicial control over discretionary administrative acts in France, Germany and the UK is analyzed in the article. The author puts forward the thesis: discretionary acts require special concept of further judicial control over them. The focus is given to the known genetic similarity between some French claims, the German doctrine and practice of the principle of proportionality in relation to discretionary acts and the elaborated by English courts test on reasonableness of an administrative decision. It is concluded that in developed foreign legal systems courts increasingly check administrative acts not only in terms of legality, but also their reasonability and justness.

**Keywords:** discretion, administrative act, administrative procedures, principles of administrative law, principle of proportionality.

До недавнего времени реализация публичной власти, во всяком случае, в романо-германской правовой традиции, основывалась на ряде постулатов (аксиом). В частности, на более или менее строгом разграничении властей (их функций), демаркации нормотворчества и правоприменения. Сами формы управленческих действий рассматривались через призму формализованного и «дискретного» подхода: из всего множества вариантов поведения властного субъекта в конкретной ситуации лишь один вариант признавался, во-первых, законным, а во-вторых, верным; следовательно, всем остальным управленческим решениям в таком качестве отказывалось. С другой стороны, встретившись с дискреционными полномочиями, суды бессильно уходили от вопросов проверки принятых в рамках их реализации форм управленческих действий (что, принимая во внимание постоянно расширяющуюся компетенцию исполнительной власти, делало последнюю все менее подверженной внешнему контролю). Законодатель в этой ситуации пытается создать наиболее «плотное» регулирование, сформулировать максимальное количество

административных процедур, в рамках которых стремится задать строгие критерии принятия административных решений. Юрисдикционные надзорные органы ориентируются на буквальное толкование таких правовых норм, рассматривая отклонения от последних (или точнее – от своих буквальных интерпретаций административных процедур) в качестве противоправных, а значит, подлежащих модификации или аннулированию.

Однако управленческая система меняется. Во-первых, как справедливо отмечается в научной литературе, потребность принятия решений, связанных с управленческими рисками, в постоянно изменяющихся условиях (например, новые технологии) обуславливает стирание границ между нормотворчеством и правоприменением в современном административном праве [5, 91]. Ведь все сложнее опереться на какой-то заранее заданный алгоритм, который бы обеспечил выбор единственно верного решения. Данное нетривиальное обстоятельство изучается и в зарубежной науке административного права [8].

Во-вторых, резко возрастает роль принципов права. Это связано все с той же затруднительностью (или даже невозможностью) жесткой всеохватывающей юридизации административных процедур, административных действий и критериев их принятия. При этом все большее значение начинают играть принципы, охватывающие не только «традиционные» требования законности, но и – принципы целесообразности, разумности, обоснованности. Такая интенсификация «работы» принципов неизбежно сказывается и на судебном контроле. Причем воздействие это многогранно. С одной стороны, они принуждают суды «расширять» и «углублять» свой контроль (надзор) в отношении управленческих решений публичной администрации, «поднимаясь» над процедурными и прочими нормативными требованиями, а с другой стороны – само это возрастание нетрадиционных регулятивных правовых средств является результатом все более активной роли судебных органов.

Третья, ключевая, тенденция (одновременно – фактор, предпосылка и следствие) усложнения публичного управления связана с административным усмотрением. Роль и значение последнего резко возрастает; недаром многие зарубежные исследователи считают проблему регламентации административной дискреции и судебного контроля за ней одной из важнейших и сложнейших проблем европейского административного права [11, 73; 12, V]. При этом отдельные авторы в качестве основного вектора декларируют перенос акцентов с «правозащитного» подхода (т. е. судебного контроля) на

профилактику «плохих» решений путем развития новых, более совершенных (в том числе - неформальных) административных процедур [8]. Конечно, было бы по меньшей мере странно отрицать полезность априорной рационализации публичного управления, создания достаточно гибких и эффективных регулятивных механизмов. Однако упование лишь на ресурсы самой публичной администрации и административные процедуры, на наш взгляд, в корне неверно. Наоборот, по мере усложнения последних неизбежно должен усложняться и сам судебный контроль. Вот здесь как раз наиболее ярко начинают проявляться вышеобозначенные факторы стирания границ между нормотворчеством и правоприменением (не только публичная администрация «балансирует», принимая сложные административные акты, но и судебные решения начинают все глубже проникать в правовую систему); возрастания роли правовых принципов (именно суды ставят «последнюю точку» в оценке форм управленческих действий, и нередко руководствуются уже не только и не столько конкретными нормами, сколько принципами права или, по крайней мере, распространительным толкованием тех или иных норм). Наконец, именно оценка дискреционных решений наиболее обострила потребность в реализации не столько формально-юридического дихотомического подхода («законно» - «незаконно»), сколько - основанной на диалектической логике «шкалы оценок», где само по себе нарушение тех или иных требований (в том числе - административных процедур) еще не означает априорной недействительности. И наоборот, слепое следование «жестким» процедурам не гарантирует легализации управленческих решений со стороны судов.

Итак, эволюция публичного управления - это во многом эволюция правовой регламентации административного усмотрения, что в свою очередь вынуждает пересматривать традиционные подходы как к самим административным процедурам, так и судебному контролю за ними. Попробуем проверить высказанный тезис (пока - в ранге гипотезы) анализом ряда европейских право порядков.

Думается, начать следует с Франции. Ведь именно там были предприняты во многом уникальные для континентальной Европы своего времени первые попытки юридизации такого свойства административного акта, как его законная цель. По очень точному замечанию А. И. Елистратова, «в идее законной цели административного акта намечаются новые горизонты для развития публичного права. Судья, призванный к толкованию цели закона, неизбежно поднимается от формул закона к тем общественным интересам, которым должен служить закон. Соответствие административного акта

задачам общественного служения становится для него высшим критерием при определении правомерности акта. Чтобы отыскать этот критерий, судья, поставленный между правящей властью и гражданами, должен подвести закон под собственное понимание общественного блага, согласовать его с собственным правосознанием» [4, 157]. Зарождение данной тенденции означало попытку распространения административной юстиции на административную дискреционную власть [4, 266]. Основным правовым средством проверки соответствующих административных актов стали упоминавшиеся выше иски в связи с превышением полномочий (*contentieux de l'exces de pouvoir*). Кратко поясним: заявитель в таком споре преследует цель доказать не нарушение его субъективных прав, а несоответствие оспариваемого акта действующему законодательству, норме административного права. Судебная практика выделяет несколько оснований для аннулирования оспариваемого решения.

И если большинство таких весьма привычны и традиционны для современного глаза (порок формы или процедуры; некомпетентность органа или должностного лица; нарушение норм материального права [1, 283-284]), то, по крайней мере, одно из них – отклонение власти (*detournement de pouvoir*) – до сих пор смотрится весьма оригинально. Именно в «отклонении власти» наиболее ярко проявляется новизна данного направления проверки административных актов, которые изучаются на предмет отступления от законной цели. В научной литературе приводятся различные примеры подобных дел: закрытие частного завода местной администрацией под предлогом несоблюдения санитарных правил, а в действительности – для устранения нежелательной конкуренции казенному заводу; увольнение мэром должностного лица, составившего протокол против кабатчика, у которого собирались политические единомышленники мэра; запрет раздеваться на пляже не по соображениям общественной морали (формальное основание), а для того, чтобы купающиеся пользовались платными муниципальными кабинками для переодевания [1, 284; 4, 266]. Нетрудно заметить: в случае исков об отклонении власти мы можем наблюдать существенное расширение границ судебной проверки административных актов (осуществленное, заметим, не законодателем, а правоприменителем): формально речь идет еще о законности, но в действительности уполномоченный орган пересматривает административный акт на предмет его целесообразности. Делается это для того, чтобы связать административное усмотрение внешним контролем.

Данный шаг французского административного права не только сразу же приковал к себе пристальное внимание, но также вызвал у некоторых исследователей рубежа XIX-XX веков времени очень сильные чувства. Так, по категоричному утверждению Л. Дюги, с тех пор во Франции «нет и более не может быть дискреционных актов управления» [10, 208; 4, 267]. Однако по прошествии по крайней мере столетия первоначальный энтузиазм необходимо умерить. Как отмечается в современной литературе, на практике случаи аннулирования административного решения в связи со злоупотреблением власти встречаются крайне редко, так как оказывается очень трудно доказать незаконность цели обжалуемого решения [1, 284]. Таким образом, вышеописанная попытка (первая среди романо-германских правопорядков) распространить административную юстицию на сферу административных дискреционных актов оказалась оригинальной, но малоэффективной.

Трудно переоценить вклад германского (шире – романо-германского) административного права в развитие европейской доктрины и законодательства. Но в части судебной оценки дискреционных судебных актов ситуация долгое время складывалась несколько иначе. Административная юстиция Германии долгое время как будто пребывала в некоем гипнозе – сначала от абсолютистской монархии Гогенцоллернов. Доктрина и судебная практика Германской империи категорически отрицали возможность проверки дискреционных актов (по этому вопросу см.: Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse Staatsrechtl. Abh-Festg. Bd. II, S. 3-39 [4, 266]), а затем – была парализована произволом нацистов. Однако начиная с середины XX века, стряхнув с себя оцепенение и оправившись от многолетнего замешательства, германская правовая система перехватывает у Франции лидерство в попытках разрешения проблемы судебной проверки форм управленческой деятельности не только с позиций их соответствия неким формальным (а значит, простейшим) процедурным и материальным критериям, но и иным, более сложным, заранее трудноформализуемым требованиям. Одним из основных правовых инструментов таковой становится принцип пропорциональности (соразмерности), который вообрал в себя французскую концепцию цели акта и творчески ее доработал. Названный принцип правоприменения основывается на соотношении цели с предпринимаемыми юридическими усилиями, а это – следующий шаг в длинном пути юридической проверки формально-юридических явлений. Одновременно именно в Германии начинает формироваться самостоятельная теория дискреции, в которой с некоторой долей условности можно выделить следующие основные элементы: формы усмотрения,

основания для судебного пересмотра и плотность (интенсивность) судебного контроля.

Но для начала обратимся к законодательству. Согласно § 40 Закона ФРГ 1976 года об административной процедуре (далее – ЗАП), если административный орган правомочен действовать по собственному усмотрению, то это право он обязан осуществлять в соответствии с целью предоставленных полномочий и соблюдать установленные законом границы действия по усмотрению [2, 39]. Положения ЗАП в части судебной проверки соответствующих административных актов получают развитие в § 114 Закона ФРГ 1960 г. «Об административно-судебном процессе»: «Если административный орган правомочен действовать по собственному усмотрению, то суд также проверяет, является ли административный акт либо отказ от его издания или бездействие административного органа противоправным постольку, поскольку установленные законом пределы усмотрения превышены либо право на усмотрение осуществлено в форме, не соответствующей цели предоставленных полномочий. Административный орган может дополнить свои соображения, касающиеся права усмотрения в части административного акта, только в административно-судебном производстве» [2, 136]. Нетрудно заметить акцентацию цели административного акта как некоего свойства, выходящего за рамки формальных велений правовых норм. Впрочем, по справедливому замечанию германских административистов, вышеназванные правовые предписания – фактически единственные, что пытаются регулировать пересмотр дискреционных актов. Но этих норм ЗАП и ЗоАС совершенно недостаточно, они требуют подкрепления общими положениями доктрины усмотрения [11, 78].

Начнем с форм усмотрения. Традиционно в германской научной и учебной литературе выделяют две такие формы дискреции, как неопределенные правовые понятия и собственно усмотрение (в узком смысле). Неопределенные правовые понятия («справедливость», «добросовестность», «надежность», «публичные интересы», «уважительная причина» и т. п.) закрепляются в правовых актах, но сами по себе несут очень мало конкретной информации, нуждаясь в дальнейшем уточнении. Конкретизация этих норм происходит в правоприменительной деятельности административных органов. Следовательно, уже здесь существует некоторое пространство для действий администрации, в рамках которого она может толковать правовые понятия и даже решать, подпадают ли под них обстоятельства конкретного случая [1, 323]. Вторая форма – «обычное усмотрение» («усмотрение в узком смысле»)

определяется Х. Маурером следующим образом: «Усмотрение имеет место, если управление при определенных законом обстоятельствах **может выбирать между различными способами действия** (выделено автором). Закон не соотносит в этом случае обстоятельства с одним правовым последствием (в отличие от связанного законом управления), а уполномочивает управление самостоятельно определить правовое последствие, причем ему предлагаются две или несколько возможностей или указывается определенная область действий. Усмотрение может относиться к тому, хочет ли управление вообще прибегнуть к допустимой мере (**решение по усмотрению**), или к тому, какую из различных допустимых мер оно хочет использовать в случае, если будет действовать (**выбор по усмотрению**)» [6, 67]. Таким образом, решающим элементом усмотрения в узком смысле является выбор между различными предложенными видами действий, которые, во всяком случае, с правовой точки зрения являются равнозначными [6, 67].

Наряду с вышеназванными, в научной литературе нередко выделяют и иные формы дискреции, в том числе – усмотрение при планировании [11, 78-81; 6, 38-39, 76-85].

В последующем судебная практика и доктрина в тесном взаимодействии выработали различные основания пересмотра (другими словами – «группы ошибок») усмотрения, в первую очередь для обычного усмотрения (но не только):

- 1) выход за рамки усмотрения (орган выбирает действие с правовым последствием, лежащим за рамками установленного законом полномочия);
- 2) неиспользование усмотрения (в случае предоставления пространства для усмотрения административный орган обязан использовать его, даже если к усмотрению органа относится вопрос, прибегнет ли он к какому-либо действию или нет);
- 3) ошибочное использование усмотрения (административный орган отклонился от цели полномочия или исходил из ошибочных соображений при оценке обстоятельств);
- 4) нарушение основных прав или общих административных и конституционных принципов [1, 326].

Впрочем, для настоящего исследования наибольший интерес представляет третья проблема – выработанная германской правовой системой плотность судебного контроля за административными дискреционными актами. Выяснение пределов судебного пересмотра последних схоже с поиском философского камня. Ведь, как уже отмечалось выше, законодательные



предписания по этому вопросу весьма скудны; впрочем, иначе и быть не может, так как здесь имеет место ситуация, по определению выходящая за рамки буквального содержания «типичных», конкретно-регулятивных правовых норм. Вакуум, вызванный неизбежным самоустранением законодателя пытаются восполнить, с одной стороны, суды, а с другой стороны – ученые-административисты.

Проверка усмотрения в узком смысле (которой собственно и посвящены упомянутые § 40 ЗАП и § 114 ЗоАС) проходит в два этапа. Сначала выясняется, какой цели служит полномочие на осуществление усмотрения, а затем оценивается конкретный случай и анализ использования усмотрения в соответствии с целью этого усмотрения [1, 325-326]. Нетрудно заметить, что уже здесь на первый план выходит телеологическое толкование судом соответствующих уполномочивающих норм через призму принципа пропорциональности (соразмерности).

Однако намного более сложной представляется проблема судебной проверки неопределенных правовых понятий, этих квазюридических штрихпунктиров, лишенных по понятным причинам какого-либо формализуемого содержания. Как действовать внешней контрольной инстанции в подобной ситуации? Довольствоваться проверкой «классической» законности? Но это крайне затруднительно (если вообще возможно). Следование такой позиции позволяет соблюсти привычную аксиому о недопустимости проникновения судебного контроля в сферы, которые все труднее называть законностью (и которые все ближе к иным фундаментальным принципам административного права и административных процедур – целесообразности, разумности, справедливости). Именно по этому пути пошла германская доктрина. Как пишет К. Райтемайер, фундаментом теоретических подходов к проверке неопределенных правовых понятий стали труды О. Бахофа, разработавшего так называемое учение о пространстве для оценок. В соответствии с ним административные органы должны получить некоторое пространство для оценок, в котором они свободно от каких-либо указаний могут принимать автономные решения. Административные суды должны соглашаться с этими решениями и имеют полномочие на проверку лишь того, не вышли ли административные органы за пределы этого пространства. Почти все германские правоведы разделяют эту теорию, развивая и дополняя ее [1, 325].

Но у консервативного желания сохранить «чистоту» судебного контроля есть одно очевидное и неустранимое спорное последствие – возрастание административной дискреции, неподвластной не только административным

процедурам, но и не подлежащей судебной проверке. Что чревато неблагоприятными последствиями для невластных субъектов. Видимо, именно этими соображениями руководствовались германские суды, постепенно, но все более решительно отвергающие ограничительные доктринальные подходы. Приведем в качестве примера решение Федерального административного суда Германии (далее – ФАС) от 10 ноября 1988 г. по делу о лицензии на производство и продажу пестицидов [16]. Обстоятельства дела таковы: заявитель имел лицензию на производство и продажу пестицидов. Однако уполномоченный федеральный исполнительный орган отказал в ее продлении (на легализованные ранее пестициды), а также в выдаче еще одной – на новый вид продукции. Заявитель исполнил все необходимые процедурные требования. Отказ же был обоснован заключением, выявившим, что соответствующие пестициды могут оказать неприемлемый вред с точки зрения достижений науки. Отказ был обжалован в административный суд первой инстанции. Последний установил следующее. Согласно ст. 15 Закона о защите растений (Pflanzenschutzgesetz), пестициды не должны представлять угрозы для человеческого здоровья, существования животных, оказывать вредного воздействия на водные ресурсы, а также не должны иметь «иных последствий», в частности – «на экологическую систему, которые с точки зрения научных знаний являются неприемлемыми». По мнению суда, это означает, что отказ в выдаче лицензии допустим лишь в тех случаях, когда есть высокая степень вероятности вредоносного воздействия пестицидов на экологию. А затем суд, фактически уклонившись от проверки наличия или отсутствия вредоносности пестицидов, принимает решение о частичном удовлетворении иска, обязав лицензирующий орган продлить действие лицензии на два года и десять месяцев. С довольно странной, на наш взгляд, мотивировкой: ибо в течение такого ограниченного срока вредного воздействия на окружающую среду не стоит ожидать.

Решение суда первой инстанции было обжаловано в Федеральный административный суд. Позиция исполнительного органа состояла в том, что формулировка «иные последствия на экологическую среду» является неопределенным правовым понятием и, следовательно, подлежит лишь ограниченной судебной проверке, при том, что именно административный орган наделен дискреционными полномочиями по оценке. Суд может проверить данный административный акт лишь на предмет ошибок (в том числе процедурных) в применении дискреционной власти. Однако ФАС не согласился ни с лицензирующим органом, ни с судом первой инстанции, постановив, что

суды уполномочены на полную проверку неопределенных правовых понятий. Это означает, что судебный контроль не ограничен, как это имеет место в случае с проверкой обычного усмотрения. Административный суд первой инстанции должен был полностью проверить все факты по делу, конкретизируя для целей последнего все понятия, в том числе – «иные вредные последствия». Несмотря на то, что полномочие устанавливать, влекут ли пестициды вредные последствия или нет, принадлежит исполнительному органу, именно суды уполномочены проверять верность применения закона к фактам, в том числе – путем изучения новых доказательств, экспертных заключений и т. п. [11, 119-122].

Впрочем, среди «обычных» неопределенных правовых понятий германские суды выделяют самостоятельную группу понятий с так называемым «простором для оценок». К таковым, как правило, относятся оценки в сфере экзаменов (и подобные им решения); оценки в сфере служебного права; решения оценочного характера со стороны органов, состоящих из узко специализированных экспертов или из представителей групп, выражающих различные общественные интересы; прогностические (плановые) решения, особенно в области хозяйственного права; решения административно-политического характера [1, 325; 24, 44-65]. Однако, если административные суды Германии стараются соблюдать особое положение обозначенных сфер общественных отношений и соответствующих им административных актов, то Федеральный конституционный суд Германии (далее – ФКС) пошел в самое настоящее наступление.

Приведем в качестве первого примера решение 1990 года по делу о проверке новеллы «Жозефина Мутценбахер» [17]. На публикацию порнографического романа, посвященного жизни венской проститутки, в соответствии с законодательством о распространении книг, опасных для меньшинств, уполномоченным исполнительным органом были наложены определенные ограничения. Заявитель в обращении в ФКС настаивал на том, что положения названного законодательства не распространяются на публикацию, так как она является «произведением искусства». ФКС постановил, что судебный контроль в данном случае распространяется и на оценку понятий «вред для меньшинств», а исполнительный орган не обладает свободой оценок.

Второй пример еще показательнее и касается сферы экзаменационных оценок. Заявители оспаривали заниженные, по их мнению, результаты оценок на статус адвокатов. Административный суд первой инстанции и ФАС отказались пересматривать административные решения ввиду того,

что имеют место неопределенные правовые понятия с простором для административных оценок. А вот ФКС в своем решении 1991 года [18] подошел к ситуации несколько иначе, указав на то, что суды вправе полностью проверить академические вопросы экзаменационных ответов (пусть для этого и придется привлекать экспертов), «подтвердив», впрочем, за соответствующими организациями собственно право на выставление экзаменационной оценки [11, 115-117].

Думается, еще немного – и германское судопроизводство «сломает» последние ограничения для судебного контроля за административными актами, распространив его не только на проверку соблюдения административных процедур и прочих требований законности, но и окончательно, недвусмысленно и бесповоротно закрепив за судами полномочие оценки форм управленческих действий через призму принципа целесообразности. Впрочем, тезис из XIX века Л. Дюги об исчезновении дискреционных актов в отношении современной Германии все же был бы несколько поспешным. Так, судебная практика применительно к сфере планирования последовательно исходит из разумного снижения плотности судебного контроля в данной сфере [11, 80-81; 6, 42-43, 60-64, 76-84].

Таким образом, в романо-германской правовой системе шел ярко выраженный процесс юридизации форм управленческих действий (апофеозом которой, видимо, следует признать принятие законов об административных процедурах). Упования лишь на процедуры, однако, не дало ответа на вопрос о том, как действовать в ситуации с принимаемыми по усмотрению административными актами. Что стимулировало доктринальную проработку дискреции и судебного контроля за ней.

Параллельно со всеми этими экзистенциальными поисками на континенте в рамках западноевропейской юриспруденции формировалась и иная реальность. Мы имеем в виду, конечно, систему Общего права (Common Law System), а конкретно – британскую ее ветвь. Вместе с тем сразу же отметим: для нас, представителей романо-германских правовых концепций, правовая реальность Великобритании столь необычна, а система прецедентов – столь сложна и многогранна, что, кажется, при желании в ней можно найти любые подходы и обосновать любые, даже самые противоположные тезисы. Поэтому все дальнейшие рассуждения могут оказаться столь же верными, сколь и ошибочными одновременно – именно в силу имманентной амбивалентности системы Общего права в глазах европейских позитивистов (к каковым относится и автор настоящего исследования).

Итак, для начала необходимо различить «классический» судебный контроль за административными актами и апелляционные полномочия парламента Великобритании. Как отмечает П. Кейн (P. Cane), одно из ключевых отличий заключается в основаниях для пересмотра: если апелляционный суд проверяет все достоинства административного решения, то судебный контроль сводится лишь к проверке законности административного решения [9, 35].

Что же касается сложнейших из всех дискреционных административных актов – британское право, в отличие от германского, не выделяет самостоятельных форм дискреции. В то же время в научной литературе выделяются три основные сферы общественных отношений, в которых такие полномочия могут проявляться. Первая группа – это образование, социальное обеспечение, планирование, иммиграционное право. Вторая – так называемые «подразумеваемые полномочия» (*implied discretionary powers*), выражающиеся в таких понятиях, как, например, «публичный интерес». Наконец, третью группу дискреционных полномочий образует «королевская прерогатива» (*royal prerogative*) – сфера неформализованная, к которой относят полномочия, традиционно реализуемые британским монархом. И хотя судебный контроль постепенно распространяется и на них, до сих пор остаются вопросы, изъятые из компетенции судов (объявление войны и заключение мира, иностранные отношения, регулирование и размещение вооруженных сил, назначение и увольнение министров, роспуск парламента). Наконец, некоторые авторы выделяют дополнительную группу – «дискреционные полномочия общего права» (*common law discretionary powers*), к чему относят полномочия по заключению контрактов. Впрочем, существование последних носит дискуссионный характер [11].

Основания для пересмотра дискреционных актов на первый взгляд в самом общем плане соотносимы с выделяемыми германской доктриной и практикой ошибками усмотрения – отказ применить дискрецию и злоупотребление дискрецией. Плотность же судебного контроля, по мнению М. Кюннек (M. Kunneke), менее интенсивна, нежели в Германии (особенно если сравнивать с углубленной проверкой неопределенных правовых понятий). Британские суды ориентируются на сравнительно явные ошибки (в том числе – процедурного характера) административных органов, признавая за последними известную самостоятельность. Именно такой сравнительно осторожный подход хорошо коррелирует с практикой ЕСПЧ [3], что в итоге ставит, по метафорическому выражению вышеназванного автора, германскую правовую систему в блестящую изоляцию по этому вопросу [11, 122].

Кажется, здесь и можно было бы завершить анализ британского опыта. Но подобная гипотеза об окончательности выводов представляется ошибочной. Дело в том, что, говоря о законности как ключевом требовании к формам управленческих действий, англосаксонская традиция далеко не всегда подразумевает соответствие административного акта нормам права, содержащимся в правовом акте большей юридической силы. Нередко таких нормативных актов в принципе не существует. Но даже в случае принятия нормативного акта, как известно, огромную роль в определении их «действительного содержания» будут играть иные юридические инструменты. И в первую очередь – судебные решения. Известная пробельность законодательства и эмпиризм прецедентной системы, думается, стали теми юридическими причинами, которые привели к появлению новых, совершенно непривычных для классических традиций континентальной Европы оснований пересмотра решений административных органов. В первую очередь речь, конечно, идет об иррациональности (irrationality) и неразумности (unreasonableness) административных актов.

Исключительно важную роль для развития данных требований к административным актам сыграло дело Веднесбери (Wednesbury case), которое Д. Лос (John Laws) поэтично назвал юридическим аналогом Пятой симфонии Бетховена, не по своей воле ставшей избитой (опошленной) [13, 185]. Обстоятельства дела таковы. Кинокомпания «Associated Provincial Picture Houses Ltd» получила в 1947 году от уполномоченной корпорации (Wednesbery Corporation) лицензию на кинопоказы в городе Веднесбери с ограничением в виде запрета на посещение воскресных киносеансов лицами младше 15-летнего возраста. Кинокомпания посчитала этот запрет неприемлемым выходом корпорации за пределы своих полномочий и обжаловала его в суде. Суд, проверив фактические обстоятельства и действовавшее в то время законодательство (в том числе Акт о кинематографии 1909 года, Акт о воскресных развлечениях 1932 года), не установив прямых нарушений и признав определенную сферу дискреционных полномочий лицензирующих органов, постановил, что он не может отменить решение ответчика просто потому, что не согласен с ним. Вместе с тем лорд Грин (Lord Greene) сформулировал правило, в соответствии с которым суд может вмешаться, если принятое решение настолько неразумно, что никакая разумная власть никогда бы его не приняла.

Данное решение стало во многом поворотным пунктом в развитии судебного контроля за административными актами в Великобритании. Именно нарушение требования разумности является «сердцевиной» такой группы

ошибок (нарушений), как «злоупотребление дискрецией» [11, 92-110]. Вместе с тем нельзя не согласиться с Дж. Алдером (John Alder), отмечающим: само понятие «неразумности» настолько расплывчато, что фактически призывает судью наложить на оценку решения свои субъективные представления о должном [7, 382]. Более того, требование разумности (и без того крайне неопределенное) постоянно изменяется, преимущественно в сторону расширения. Так, в деле *CCSU v Council of Civil Service Unions* [14] лорд Диплок постановил: суд вмешивается только если акт не имеет разумного основания или является настолько возмутительным в отрицании **общепризнанных моральных принципов** (выделено автором), что ни один здравомыслящий человек, применивший свой разум к решению вопроса, не принял бы подобного решения. Сфера действия этого принципа очерчивается преимущественно правами невластных субъектов; например, в политических вопросах такое основание пересмотра применяется лишь в исключительных случаях [7, 382-383]. Наконец, действие принципа разумности в последние годы входит в известную конкуренцию с получающим все большее распространение после ратификации Европейской конвенции по правам человека принципом пропорциональности [11, 95-105]. Впрочем, как заметил лорд Слинн (Lord Slynn) в деле *R. v Secretary of State* [15], разница между этими принципами на практике не так велика, как иногда может показаться; «принципы пропорциональности и разумности не должны содержаться в разных отсеках». С судьей солидарен исследователь Д. Лос, подчеркивающий: принцип Веднесбери развился до положения одного из основных принципов современного административного права Англии [13, 186].

Итак, отсутствие не только конкретных административных процедур, но даже зачастую соответствующих материальных правовых норм вкупе с определенными правовыми традициями привели к тому, что британские суды при оценке административных актов получили возможность непосредственно применять принцип справедливости. Требование законности настолько видоизменилось, что впало в зависимость от принципа целесообразности. Фактически это дало судам огромные полномочия в определении оснований пересмотра административных актов (а косвенно – и самой плотности судебного контроля). В этой ситуации административное усмотрение во многом заменяется усмотрением судебным. Что далеко не всегда позитивно сказывается не только на ответчиках, но и на истцах. Расширение компетенции судов происходит без формулирования строгих правил о праве на судебную защиту. Так, согласно «принципу честности» (fairness) (не путать с требованием

разумности (reasonableness)), суд сам определяет в каждом конкретном случае, имеет ли место действие общих принципов, в том числе права на судебное слушание. Таким образом, заявитель совершенно неожиданно для себя может столкнуться с ситуацией, когда он не может обжаловать нарушающий его правовой статус административный акт [7, 389-390].

В заключение отметим: административные процедуры не смогли в достаточной мере связать по-настоящему сложные административные решения, особенно в сфере реализации дискреционных полномочий. Принцип законности, достигший своего апогея в их лице, имеет известные пределы своего проникновения. В этой ситуации все возрастающую роль в самых разных европейских правовых порядках играют суды. Судебная практика все существеннее модифицирует правовые нормы. И общее ее направление – в постепенном, но неуклонном расширении предмета судебного контроля; переходе от проверки «чистой» законности к иным принципам административного права и административных процедур – целесообразности, разумности, обоснованности. Такая судебная практика не всегда единообразна: наступая на одних фронтах (как, например, в отношении неопределенных правовых понятий в германском административном праве), на других она отступает (сфера планирования). При этом суды, как правило, «стесняются» напрямую говорить о целесообразности административного акта (исключением, но ярким исключением является Великобритания). Принимая свои решения, они продолжают «рядить» их в привычные одежды законности. Но суть от такой терминологической маскировки не меняется. Теперь для надлежащего юридического бытия административного акта далеко не всегда достаточно соблюдения одних лишь административных процедур и иных нормативных требований. Все чаще его пригодность становится предметом гораздо более многогранной судебной проверки.

### Список литературы:

1. Административное право зарубежных стран: Учебник / Под ред. А. Н. Козырина и М. А. Штатиной. – М.: Спарк, 2003.
2. Административно-процессуальное право Германии – *Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland*: Закон об административном производстве; Закон об административно-судебном процессе; Законодательство об исполнении административных решений: пер. с нем. / В. Бергман. – М., 2007.
3. Дело *Upjohn Ltd v The Licensing Authority Established by the Medicines Act 1968 and others* ((Case c-120/97) 21 January 1999).



4. Елистратов А. И. Основные начала административного права // 2-е изд., испр. и доп. – М.: Г. А. Леман и С. И. Сахаров, 1917.
5. Кудряшова Е. В. Инновации науки административного права в области принятия решений по управлению рисками (на примере планирования) // Инновации в науке и практике административного права: сборник научных трудов, посвященный памяти Ю. М. Козлова (VI Козловские чтения) / отв. сост. и ред. Э. П. Андрюхина. – М.: Издат. центр Ун-та им. О. Е. Кутафина (МГЮА), 2013.
6. Рихтер И., Шупшерт Г.Ф. Судебная практика по административному праву: Учебное пособие / пер. с нем. – М., 2000.
7. Alder J. *General Principles of Constitutional and Administrative Law*. Fourth Edition, 2002.
8. Barnes J. *Towards a third generation of administrative procedure* // *Comparative Administrative Law* / S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseh. Northampton, 2010.
9. Cane P. *An introduction to Administrative Law*, 1996.
10. Duguit L. *Les transformations*.
11. Kunnecke M. *Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison*, 2007.
12. Redecker K. / von H. J. Oertzen. – *Verwaltungsgerichtsordnung*. 1997.
13. Sir John Laws in Forsyth and Hare, *The Golden Metwand and the Crooked Cord*, 1998.
14. (1984) 3 All ER 935, HL.
15. (2001) 2 All ER 929 at 976.
16. (1988) 81 BVerwGE 12.
17. BVerfGE 83, 130.
18. BVerfGE 84, 34.

#### References:

1. *Administrative Law of Foreign Countries: Textbook* [Administrativnoe pravo zarubezhnykh stran: Uchebnik]. Under edition of A. N. Kozyrin and M. A. Shtatina, Moscow: Spark, 2003.
2. *Administrative Procedural Law of Germany – Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland: Law on Administrative Proceedings; Law on Administrative-judicial Process; Legislation on the execution of administrative decisions* [Administrativno-

protessional'noe pravo Germanii - Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland: Zakon ob administrativnom proizvodstve; Zakon ob administrativno-sudebnom protsesse; Zakonodatel'stvo ob ispolnenii administrativnykh reshenii]. Translation from German, V. Bergman, Moscow: 2007.

3. Case *Upjohn Ltd v. The Licensing Authority Established by the Medicines Act 1968 and others* ((Case c-120/97) January 21, 1999).

4. Elistratov A. I. *Basic Principles of Administrative Law* [Osnovnye nachala administrativnogo prava]. 2<sup>nd</sup> revised and enlarged edition, Moscow: G. A. Leman and S. I. Sakharov, 1917.

5. Kudryashova E. V. *Innovation Sciences of Administrative Law in the Field of Adoption of Decisions on Risks Management (through the example of planning)* [Innovatsii nauki administrativnogo prava v oblasti prinyatiya reshenii po upravleniyu riskami (na primere planirovaniya)]. *Innovatsii v nauke i praktike administrativnogo prava: sbornik nauchnykh trudov, posvyashchennyi pamyati Yu. M. Kozlova* (VI Kozlovskie chteniya) – *Innovations in Science and Practice of Administrative Law: collection of scientific papers dedicated to the memory M. Kozlov* (VI Kozlov's Readings), Editor-in-chief E. P. Andryukhina, Moscow: publishing house of Kutafin Moscow State Law Academy (MSLA), 2013.

6. Rikhter I., Shuppert G.F. *Judicial Practice on Administrative Law: Study Guide* [Sudebnaya praktika po administrativnomu pravu: Uchebnoe posobie]. Translation from German, Moscow: 2000.

7. Alder J. *General Principles of Constitutional and Administrative Law*. Fourth Edition, 2002.

8. Barnes J. *Towards a Third Generation of Administrative Procedure. Comparative Administrative Law*, S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseh, Northampton: 2010.

9. Cane P. *An Introduction to Administrative Law*, 1996.

10. Duguit L. *Transformations* [Les transformations].

11. Kunnecke M. *Tradition and Change in Administrative Law. An Anglo-German Comparison*, 2007.

12. Redecker K. / von H. J. Oertzen. – *Verwaltungsgerichtsordnung* [Court of Administrative Procedure]. 1997.

13. *Sir John Laws in Forsyth and Hare, The Golden Metwand and the Crooked Cord*, 1998.

14. (1984) 3 All ER 935, HL.

15. (2001) 2 All ER 929 at 976.

16. (1988) 81 BVerwGE (Compilation of Decisions of the Federal Administrative Court (Germany)) 12.

17. BVerfGE (Compilation of Decisions of the Federal Constitutional Court (Germany)) 83, 130.

18. BVerfGE (Compilation of Decisions of the Federal Constitutional Court (Germany)) 84, 34.