

Административно-правовая компаративистика: особенности, методы и история

Кристоф Шёнбергер*

**Доктор права, профессор кафедры публичного и европейского права, сравнительного государственоведения и конституционной истории Университета г. Констанца. «Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору и издательству C. F. Müller, Juristischer Verlag, Heidelberg за любезное разрешение перевести и опубликовать данную статью. Оригинал статьи: Christoph Schönberger, Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte, in: Ius Publicum Europaeum, Band IV: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft / hrsg. von Armin von Bogdandy, Sabino Cassese, Peter Michael: Müller, 2011, с. 493-540.*

Оглавление

I. Введение	175
II. Особенности сравнительно-правового метода в области административного права в сравнении с традиционной гражданско-правовой компаративистикой	177
1. Применимость иностранного права на внутригосударственном уровне в рамках международного частного права; отсутствие аналогичной функции у международного административного права	179
2. Значение частного права в международном товарообороте и значение частноправовой компаративистики для подготовки унификации права	181
3. Повышенная значимость универсализма проблем частного права	183
4. Содействие развитию гражданско-правовой компаративистики за счет широкой кодификации частного права; преимущественное отсутствие кодификации в административном праве	188

174	Шёнбергер	
5.	Более сильное влияние историко-политических факторов и более выраженная необходимость диахронного сравнительного правоведения в публичном праве	189
6.	Особенности сравнительного административного правоведения как методическое рефлексивное преимущество	191
III. Методы административно-правовой компаративистики		194
1.	Различные идеологические основания административно-правовой компаративистики	194
2.	Задачи, инструменты и формы	197
3.	«Правовые заимствования» в административном праве	203
a)	Типы обменных процессов: имперский экспорт и автономный импорт; трансферт в градиентных состояниях; горизонтальный и вертикальный трансферт права в многоуровневых системах	206
b)	Масштаб и предметы правового трансферта	208
c)	К вопросу о научно-правовом анализе трансфертов	209
IV. История административно-правовой компаративистики		212
1.	Исходная ситуация, сложившаяся к началу 19-го века	214
2.	Сравнительное правоведение в административном праве в середине 19-го века; общее административное право Германии как продукт внутригерманской компаративистики	216
3.	Французское административное право: архетип, но не прототип	221
4.	Дефицит внимания к англо-американскому административному праву	225
5.	Закат административно-правовой компаративистики в государственно-правовом позитивизме	229
6.	Административно-правовая компаративистика в первой половине 20-го века: проект отдельных авторов	231
7.	Административно-правовая компаративистика в период после 1945-го года	235

V. Сравнение в административном праве: по ту сторону методологического национализма и эйфории от конвергенции

238

Сокращения:

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
AJDA	L'Actualité Juridique Droit Administratif
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JOR	Jahrbuch für Ostrecht
JZ	Juristenzeitung
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
NDB	Neue Deutsche Biographie
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
StAZ	Das Standesamt
VerwArch	Verwaltungsarchiv
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht

I. Введение

1. В науке административного права 20-го столетия сравнение долгое время играло лишь подчиненную роль. Если публичное право с точки зрения применения сравнительных методов было в целом только «бедной родственницей» частного права, то на уровне публичного права то же самое действовало для административного права в сравнении с правом конституционным. Подобная ситуация часто оправдывалась тем аргументом, что именно в административном праве наиболее отчетливо отражается культурно-историческая специфика конкретного государства, что делает сравнение если не невозможным то, в любом случае весьма затруднительным. Подобно тому, как историки охотно утверждали неповторимое своеобразие национальной истории государства, также

профессора публичного права утверждали нечто подобное для национального административного права. В различных странах признавался свой собственный национальный путь развития, и это делалось, как правило, без проведения каких-либо сравнительных сопоставлений, при помощи которых собственно только и можно было бы вообще обосновать подобные тезисы об «особом» пути. Это усиливалось весьма примечательным парадоксом. Именно для административного права с самого начала его современного развития в 19-ом веке были характерны самые разнообразные процессы рецепции и заимствования. Ни в какой другой области права правила, действующие в иностранных правовых системах, пожалуй, не перенимаются и не импортируются в национальные системы столь же часто, как в административном праве. Политическое влияние отдельных наций, функциональная убедительность иностранных моделей решения новых проблем или даже просто «эффект моды» приводили здесь всегда к большому взаимовлиянию между национальными правовыми системами. Уже только эти процессы взаимовлияния, издавна свойственные административному праву, делают очевидной возможность применения сравнения в этой правовой области. Вопреки или, возможно, как раз вследствие таких процессов трансферта, тем настойчивей в 20-ом веке, однако, утверждалась собственная историческая уникальность, что, скорее наоборот, препятствовало укоренению сравнительного метода в административном праве. Если сравнение в течение 19-го века, начиная с Роберта фон Моля (*Robert von Mohl*) и Лоренца фон Штейна (*Lorenz von Stein*), включая Рудольфа фон Гнейста (*Rudolf von Gneist*) и вплоть до Отто Майера (*Otto Mayer*) представляло собой еще подлинный метод возникающей науки административного права,¹ то после этого оно оказалось, скорее, на периферии теоретических административно-правовых разработок.

2. С начала 1980-х годов данная ситуация постепенно меняется. В рамках Европейского Союза коммунитарное право Сообществ начинает в самых разнообразных формах воздействовать на традиционные административно-правовые системы государств-участников, преобразуя их, а также заставляя их теснее, чем прежде, взаимодействовать друг с другом. Некоторые наблюдатели констатируют уже тенденцию к широкомасштабному сближению и гармонизации систем административного права государств-участников. Там, где долгое время несколько поспешно утверждалась неповторимая уникальность, теперь часто преобладает иногда столь же поспешная констатация стремительно развивающейся конвергенции. Усиливающаяся глобализация также ставит

¹ Об этом более подробно ниже, пункт 31 и сл.

национальные системы административного права перед необходимостью новой, сравнительно-правовой аргументации, что, прежде всего, относится к оценке роли этих систем либо как тормозящего, либо как содействующего фактора в глобальной экономической конкуренции. Благодаря такому развитию, сравнение в области административного права переживает ренессанс, который предполагает необходимость переосмысления его специфики, методов и исторического развития.

3. Принимая во внимание более длительную по времени традицию сравнения в гражданском праве в статье рассматриваются сначала особенности сравнения в области административного права путем его противопоставления гражданско-правовой компаративистике (II). Затем речь идет о методах, которые использует компаративистика в административном праве. В этой связи обсуждается также более подробно, как могут классифицироваться разнообразные процессы взаимодействия между национальными системами административного права (III). Далее статья обращается к историческому развитию сравнения административного права с начала 19-го века. Здесь обнаруживается богатый набор традиций, на которых может строиться сегодняшняя дискуссия (IV). Заключительный раздел посвящен новым вызовам для науки сравнительного административного права, которые привносят с собой углубляющиеся тенденции европеизации и интернационализации (V).

II. Особенности сравнительно-правового метода в области административного права в сравнении с традиционной гражданско-правовой компаративистикой

4. Общий инструментарий юридической компаративистики не меняется в зависимости от правовой субдисциплины, в рамках которой он применяется, будь то частное, уголовное или публичное право. Однако, сравнительное право может иметь различные цели и применяться в самых разных функциональных контекстах.² Так, например, гражданско-правовая традиция юридического сравнения часто выполняет политико-правовую функцию подготовки унификации права. Напротив, в административном праве сравнение в течение длительного времени едва ли имело своей целью правовую унификацию. В большей степени оно, скорее, было

² По вопросу о различных функциях сравнительного метода в административном праве см. ниже, пункт 20 и сл.

направлено на развитие научно-теоретического знания, достигаемого путем сопоставления собственной системы административного права с другими административными правовыми порядками и выявления политико-правового интереса к возможному импорту определенных административно-правовых институтов из иностранных правовых порядков. В различных правовых субдисциплинах и областях права различные аспекты сравнения могут оцениваться, таким образом, чрезвычайно по-разному.³ Кроме того, в каждой соответствующей области права сравнительный метод приобретает свой определенный колорит. Особенности характера сравнительного правоведения в административном праве еще более отчетливо ощущаются на контрасте с компаративными методами в частном праве. Общеизвестным в дискуссии о компаративистике в публичном праве является указание на эволюционное превосходство частноправовой компаративистики.⁴ Поскольку гражданское право старше административного права, то оно закономерно накопило больший опыт также и в области юридической компаративистики. Однако, при этом не может идти речь о том, чтобы характеризовать административно-правовую компаративистику только как «догоняющего опоздавшего». Наоборот, сопоставление (или противопоставление) с частноправовой компаративистикой позволяет, в свою очередь, в рамках сравнительного подхода более ясно представить себе основные проблемы административно-правовой компаративистики.⁵

³ Это, естественно, не означает, что существует такое же количество сравнительных методов, как и отдельных юридических дисциплин: *Léontin-Jean Constantinesco*, *Rechtsvergleichung*, Bd. 2: *Die rechtsvergleichende Methode*, 1972, 65 и сл.; см. также *Jörg Manfred Mössner*, *Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung*, AöR 99 (1974), 192, 224.

⁴ См. напр. *Joseph H. Kaiser*, *Vergleichung im Öffentlichen Recht*, ZaöRV 24 (1964), с. 391, 402; *Rudolf Bernhardt*, *Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, ZaöRV 24 (1964), с. 431; *Martin Bullinger*, *Zwecke und Methoden der Rechtsvergleichung im Zivilrecht und im Verwaltungsrecht*, FS für Peter Schlechtriem, 2003, с. 331.

⁵ Подобное, своего рода «внутреннее» сравнительное правоведение всегда является более instructивным (или содержательным) в области административного права, чем в области гражданского права, более подробно по этому вопросу смотри, например, *Peter L. Strauss*, *Administrative Law: The Hidden Comparative Law Course*, *The Journal of Legal Education* 46 (1996), с. 478 и сл.

1. Применимость иностранного права на внутригосударственном уровне в рамках международного частного права; отсутствие аналогичной функции у международного административного права

5. С чисто практической точки зрения для подобного противопоставления имеет значение, прежде всего, то, что на внутригосударственном уровне в рамках *международного частного права* традиционно применяется также и иностранное частное право.⁶ Так, международное частное право - в качестве национального права - отсылает к иностранному частному праву при регулировании определенных гражданско-правовых правоотношений с иностранным элементом (см. например, ст. 3 и следующие Вводного Закона к Германскому Гражданскому Уложению). В результате это может приводить к тому, что семейно-правовой спор об алиментах из-за гражданства одного из супругов должен был бы решаться германским судом в соответствии с египетским законодательством. Уже по этой причине должна быть подготовлена основа для применения национальными судами иностранного гражданского права, и именно поэтому необходимые знания об иностранных правовых системах собираются и анализируются в соответствующих научных исследованиях. Такие знания об иностранной юриспруденции, хотя еще и не являются сравнительным правоведением, но, в конечном счете, они создают предпосылки для этого. Именно посредством применения международного частного права также и ученые-теоретики снова и снова получают импульс для проведения исследований в области сравнительного правоведения.⁷

⁶ По этому вопросу уже *Ernst Zitelmann*, *Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung*, DJZ 5 (1900), с. 329 и сл. Более подробно с точки зрения противопоставления с публичным правом см. *Bullinger* (сноска 4), с. 331, 332 и сл.; *Georgios Trantas*, *Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts*, 1998, с. 22; *Alessandro Pizzorusso*, *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, *Il Foro Italiano* 102 (1979), Parte V, Sp. 131, 132; *Raymond Legeais*, *L'utilisation du droit comparé par les tribunaux*, *Revue internationale de droit comparé* 1994, с. 347, 349 и сл.

⁷ В качестве примера можно привести швейцарского теоретика *Адольфа Ф. Шнитцера (Adolf F. Schnitzer)*, двухтомный курс которого «Сравнительная теория права» (1961) все еще представляет большой интерес. К вопросу об индивидуальном «пересечении» международного частного права и сравнительного правоведения см. в общем *Mathias Reimann*, *Comparative Law and Private International Law*, в: *Reimann/Zimmermann (Hg.)*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, с. 1363 и сл.

6. Однако, в области публичного права аналогичные или сопоставимые обстоятельства не играют такой существенной роли.⁸ Как правило, также и к правоотношениям с иностранным элементом подлежат применению в основном только исключительно нормы соответствующего национального административного права. Тем не менее, встречаются ситуации, когда национальное законодательство в отдельных случаях придает нормам иностранного административного права или иностранной административной практике правовое действие на внутригосударственном уровне.⁹ Например, немецкий закон о гражданстве предусматривает, по общему правилу, возможность автоматической утраты немецкого гражданства, если гражданин Германии по собственному заявлению приобретает иностранное гражданство (см. § 25 пункт 1, предложение 1 Закона о гражданстве). При таких нормах наступление правовых последствий согласно немецкому праву предполагает, что какой-либо вопрос был предварительно решен в соответствии с иностранным правом.¹⁰ Национальные органы государственной власти и суды должны, таким образом, интерпретировать и применять иностранное административное право. Подобное *международное административное право*, построенное по принципу коллизионного права, приобретает в настоящее время - отчасти под влиянием права Европейских Сообществ – все большую практическую важность¹¹ и повышает познавательную ценность

⁸ По вопросу об отличиях, существующих также в *уголовном праве* по отношению к частному праву см. *Hans-Heinrich Jescheck*, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, 1955, с. 25.

⁹ Одна из наиболее ранних «классических» работ по данному вопросу см. *Karl Neumeyer*, *Internationales Verwaltungsrecht*, Bd. 4, 1936, с. 473 сл. В той части, в которой речь идет о транснациональном действии актов национальных административных органов, в настоящее время, - главным образом, под воздействием развития в Европе - это обозначается в более новой дискуссии понятием «транснациональный административный акт»; см. обобщающий анализ у *Matthias Ruffert*, *Der transnationale Verwaltungsakt*, *Die Verwaltung* 2001, с. 453 и сл.; *Gernot Sydow*, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, 2004, с. 138 и сл.

¹⁰ Более подробно по данному вопросу на примере регулирования вопросов гражданства см. *Hans von Mangoldt*, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Das Beispiel der Staatsangehörigkeit*, *StAZ* 53 (2000), с. 285, 290 и сл.

¹¹ *Christoph Ohler*, *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts*, 2005. Применение данного понятия не отличается, впрочем, единообразием. Под международным административным правом понимается в значительной степени уже не (только) национальное административное коллизионное право, а, в первую очередь, административное право, интернационализированное посредством международного права: *Matthias Ruffert*, *Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts*, в: *Möllers/Voßkuhle/Walter* (Hg.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, 2007, с. 395, 398 и сл.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Überlegungen zu*

Административно-правовая компаративистика: особенности, методы и история 181 административно-правовой компаративистики.¹² Вместе с тем, оно по-прежнему не в состоянии приблизиться по своему значению к международному частному праву, поскольку в области административного права отсутствует возможность в полном объеме альтернативно применять иностранный правовой режим на внутригосударственном уровне. Дело доходит лишь до открытия национального правопорядка для иностранного административного права в сугубо конкретных случаях, которые, ввиду их крайне ограниченного и избирательного характера, не приводят к систематическим разработкам вопросов применения иностранного административного права национальными судами.

2. Значение частного права в международном товарообороте и значение частноправовой компаративистики для подготовки унификации права

7. Помимо этого, в международном товарообороте знание иностранного частного права традиционно имело большее значение, чем знание соответствующего административного права. Уже в 19-ом веке, прежде всего, в сферах, близких к области экономики, гражданское право в практическом отношении было достаточно сильно интернационализировано. Соответствующие правила торгового и экономического права были также часто довольно далеки от фундаментальных национальных норм или же, как в случае акционерного права, отличались существенной новизной.¹³ Кроме того, потребности развития международной торговли уже довольно рано начали содействовать усилиям в области сравнительного правоведения, особенно в области торгового, морского и вексельного права, направленным на

Begriff und Funktionskreisen des Internationalen Verwaltungsrechts, FS für Heinrich Siedentopf, 2008, с. 101, 103 и сл.

¹² В обобщающем ключе *Stephan Neidhardt*, Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts, 2008, с. 26 и сл. Собственно сравнительно-правовое рассмотрение является при этом необходимым лишь в том случае, если применению иностранного административного права противостоит – аналогично тому, как это действует в международном частном праве – содержащаяся в национальном праве оговорка о «*публичном порядке*» (*ordre-public-Vorbehalt*); более подробно см. *Olivier Dubos*, Le droit administratif et les situations transnationales: des droits étrangers au droit comparé?, в: Melleray (Hg.), L'argument de droit comparé en droit administratif français, 2007, с. 69, 83 и сл.

¹³ По данному вопросу см. *Helmut Coing*, Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert, Ius Commune 7 (1978), с. 160 и сл.

разработку единых правил.¹⁴ Этим также объясняется и то обстоятельство, что в гражданском правообороте постоянно присутствовали стремления к единообразному международному праву¹⁵, так что сравнительное правоведение всегда имело здесь особое значение для *подготовки правовой унификации*. Но также и в области частного права это действовало, тем не менее, только для определенных областей. Более традиционные, самобытные и устоявшиеся сферы права, такие как семейное право или право недвижимости, были этим едва ли затронуты¹⁶. При этом и тут, однако, возможность международной гармонизации всегда служила, в целом, важным фоном для усилий в направлении сравнительного правоведения. Для публичного права подобные тенденции можно констатировать только с существенными ограничениями. Торговые отношения граждан между собой были традиционно гораздо более интенсивными, чем их контакты с органами управления иностранных государств или связи различных национальных администраций друг с другом. По этой причине значение административного права для международных сделок вообще признавалось достаточно редко¹⁷, и, тем более, едва ли предпринимались усилия, чтобы прийти в этой области к международной унификации.¹⁸ У сравнительного правоведения в области публичного права долгое время отсутствовал, таким образом, тот прагматический движущий импульс, который всегда создавал перспективу правовой унификации для гражданско-правовой компаративистики.

8. Этот традиционный контраст, конечно, со временем все более и более смягчается. Современное административное право показывает в международном контексте растущую потребность во взаимном

¹⁴ *Karl Otto Scherner*, Allgemeine Rechtsgrundsätze und Rechtsvergleichung im europäischen Handelsrecht des 17. und 18. Jahrhunderts, *Ius Commune* 7 (1978), с. 118 и сл.

¹⁵ *Jan Kropholler*, Internationales Einheitsrecht: Allgemeine Lehren, 1975. Примером может служить международные нормы ООН в сфере торгового права согласно Венской Конвенции о международном праве купли-продажи товаров 1980-го года: *Peter Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, 2007.

¹⁶ Это справедливо выделено у *Stig Strömholm*, Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung. Theoretische Möglichkeiten und praktische Grenzen in der Gegenwart, *RabelsZ* 56 (1992), с. 611, 615; *Nico Florijin*, Rechtsvergelijking in het wetgevingsproces, 1993, с. 16.

¹⁷ Убедительно и наглядно по данному вопросу *Clifford Larsen*, The Future of Comparative Law: Public Legal Systems, *Hastings International and Comparative Law Review* 21 (1998), с. 847, 857 сл.: «no short-term commercial necessity»; см. также *Jean Rivero*, Vers un droit commun européen: Nouvelles perspectives en droit administratif, в: Cappelletti (Hg.), *New Perspectives for a Common Law of Europe. Nouvelles Perspectives d'un droit commun de l'Europe*, 1978, с. 389, 392.

¹⁸ К вопросу об аналогичном контрасте по отношению к частному праву см. *Kaiser* (сноска 4), с. 400.

ознакомлении и координации, которая охватывает широкий спектр различных областей, начиная с экологического и экономического административного права вплоть до законодательства об охране правопорядка и безопасности.¹⁹ Особенно в рамках Европейского Союза административное сравнительное правоведение понимается сегодня поэтому часто как подготовка для определенного согласования и гармонизации систем административного права государств-членов между собой.²⁰ Традиционно различное значение правовой унификации на уровне частного права, с одной стороны, и на уровне административного права, с другой, так или иначе, имеет мало общего с разным уровнем сложности такой гармонизации по существу. Ибо административные правовые правила нередко реагируют на проблемы, которые являются общими для развитых обществ, и груз традиций ложится на них часто не так сильно, как в сфере частного права, что может, наоборот, скорее способствовать более интенсивной правовой унификации в этой области.²¹

3. Повышенная значимость универсализма проблем частного права

9. Еще одно важное отличие связано с различными исходными установками сравнительного метода в частном праве, с одной стороны, и в праве публичном, с другой. Частноправовая компаративистика косвенно исходит в основном из презумпции, что ее субъекты и проблемные ситуации являются по существу тождественными по всему миру. Во всяком случае, она предполагает относительную универсальность своих правовых институтов, будь то купля-продажа, обмен, наследование или недозволенное действие. Для этого есть довольно веские причины. В гражданском праве часто речь идет о проблемах, интересах и правовых фигурах, которые существуют на протяжении веков, если не тысячелетий,

¹⁹ Более подробно по данному вопросу *George A. Bermann*, *Comparative Law in Administrative Law*, *Mélanges Guy Braibant*, 1996, с. 29 и сл.; *Harold Hongju Koh*, *Transnational Public Law Litigation*, *Yale Law Journal* 100 (1991), с. 2347 сл.; см. также *Rolf Michaels*, *Im Westen nichts Neues?*, *RebelsZ* 66 (2002), с. 97, 105 и сл.

²⁰ Более подробно по данному вопросу см. ниже, пункт 51 и сл.

²¹ См. по данному вопросу уже *Giovanni Fontana*, *Introduzione al Diritto Pubblico Comparato* (1938), Издание 1954 года, с. 125, где в целом уже активно оспаривается тезис о том, что сравнительное правоведение в области частного права является более многообещающим, чем в области частного права (с. 119 и сл.); см. по этому вопросу также ниже, пункт 12, 15 и сл. *Fontana* особенно подчеркивает к тому же то обстоятельство, что хотя частноправовая компаративистика чаще способствует выдвиганию предложений о гармонизации, последние, однако, не менее часто также проваливаются.

и т.о. о почти элементарных «антропологических» ситуациях. По этой причине частноправовая компаративистика кладет в основу своих исследований своего рода «универсальную архетипологию».²² Для нее никогда не представляло особого труда, «при решении аналогичных задач ... в области регламентации обнаруживать общие решения»²³. Следует признать, что предположение о наличии универсальных архетипов (начал) права представляется довольно проблематичным²⁴ и в гражданском праве, что, в свою очередь, нередко приводит в частноправовой компаративистике к слишком поспешным допущениям идентичности. Однако, в любом случае, обоснованность такого предположения, тем не менее, выше, чем в публичном праве. Джордж А. Берманн (*George A. Bermann*) сформулировал это следующим образом: «Сравнительно-правовые исследования в области частного права, как правило, склоняются к предположению, что правовые акторы во всем мире, в сущности, одинаковы. Такое предположение делается не только в отношении сторон договора, но и в отношении лиц, совершивших правонарушение (деликт), наследодателей, супругов, и в целом для физических и юридических лиц. Даже если это и не совсем так, существующие различия признаются в контексте сравнительного правоведения в целом, как не имеющие особого значения: они не должны мешать частноправовому обороту. За пределами частного права подобные гипотезы универсальности распространены далеко не в той же степени, и это, возможно, способствовало тому, что здесь сравнительное правоведение принималось в общей сложности менее охотно».²⁵ Помимо этой элементарной общезначимости проблем и институтов гражданского права, его системы часто демонстрируют, к тому же, более старый пласт общности через общее наследие по отношению к

²² Удачное выражение, принадлежащее *Constantinesco* (сноска 3), с. 75. Именно из этой связанности с подобной архетипологией и элементарными конфигурациями интересов может быть объяснена также более явно выраженная способность частного права к взаимодействию с экономическим анализом права; к вопросу о существующих в этой области отличиях от публичного права см. *Martin Morlok, Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht*, в: Engel/Morlok (Hg.), *Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, с. 1 и сл.

²³ Так звучит «классическая» формулировка у *Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, с. 349. Подобное убеждение в значительной степени определяет до сих пор функциональную компаративистику в частном праве; см. в частности, основополагающую работу *Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1996.

²⁴ Критически по отношению к данной позиции см. например *Constantinesco* (сноска 3), с. 75 и сл.

²⁵ *Bermann* (сноска 19), с. 30.

римскому праву²⁶ (хотя степень этого более старого родства является в высшей степени спорной²⁷). Тем не менее, также и по этой причине всегда существовали убедительные основания к тому, чтобы посредством сравнения вновь приблизиться к этому общему фундаменту.

10. В отличие от этого, на уровне публичного права дела обстоят иначе. Первоначальное единство как в гражданском праве, которое впоследствии было по какой-либо причине ослаблено или утрачено, здесь не существовало.²⁸ Скорее, наоборот, публичное право - это часто только результат утраты предшествующей правовой общности.²⁹ Его связь с государством и его обусловленность последним ставит его сильнее, чем частное право, в зависимости от конкретных организационно-институциональных взаимосвязей.³⁰ Также и схожесть, которая состоит в том, что все системы административного права на стадии их формирования испытали сильное влияние со стороны уже сложившихся категорий гражданского права³¹ (и это действует отчасти до сих пор), не является достаточным основанием для признания их общности.³² Если в

²⁶ Как известно, это проявляется особенно ясно в ходе современного процесса европеизации; см. например *Reinhard Zimmermann*, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, JZ 1992, с. 8 и сл.; *Rolf Knütel*, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, ZEuP 2 (1994), с. 244 и сл.; *Jean-Louis Halpérin*, *L'approche historique et la problématique du Jus Commune*, *Revue internationale de droit comparé* 2000, с. 717 и сл.

²⁷ К вопросу о критике идеализированного описания (якобы) существовавшего прежде на основе римского права правового единства см. например *Pio Caroni*, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, ZNR 16 (1994), с. 85 и сл.

²⁸ По данному вопросу см. *Nils Herlitz*, *L'étude du droit administratif comparé*, *Revue Internationale des Sciences Administratives* 18 (1952), с. 796, 799; *Rivero* (сноска 17), с. 389, 394; *John c. Bell*, *Comparative Administrative Law*, в: *Reimann/Zimmermann* (сноска 7), с. 1259 и сл.

²⁹ См. по данному вопросу ниже, пункт 33 и сл.

³⁰ См. *Christoph Möllers*, *Methoden*, в: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 3 пункт 40. Это справедливо также и в отношении процессуального права; см. обстоятельный сравнительно-правовой анализ положения в США и Франции *Antoine Garapon/Ioannis Papadopoulos*, *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, 2003.

³¹ См. «классическую» работу по Германии *Fritz Fleiner*, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, 1906; более подробно по вопросу о значении увязки с частным правом и попытках эмансипации от этого в немецком административном праве см. *Roger Müller*, *Verwaltungsrecht als Wissenschaft*. *Fritz Fleiner 1867-1937*, 2006, с. 47 сл. и 69 сл.; *Wolfgang Meyer-Hesemann*, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981, с. 29 сл.

³² Обстоятельно по данному вопросу *Rivero* (сноска 17), с. 389, 394: «Модель римского права лежит у истоков различных систем гражданского права. Системы

гражданском праве уже с незапамятных времен существуют общие проблемы и категории, в административном праве едва ли можно найти правовой институт, который был бы значительно старше, чем двести лет.³³ Кроме того, публичное право, в отличие от частного права, уже всегда было также подвержено сравнительно более стремительным изменениям, и всегда более быстро и нервно реагировало - и должно было реагировать - на социальные и политические события. Его линия развития «гораздо сильнее колеблется в зависимости от направления политических ветров, чем у более стабильного по своему содержанию частного права».³⁴ Также и это затрудняло применение сравнения, особенно в рамках науки, которая, как правило, была больше поглощена тем, что стремилась адекватно воспринять и догматически обосновать хотя бы уже только сам процесс быстрых изменений права.³⁵ Вместо этого, публичное право как на уровне

административного права соотносится с ним лишь косвенно, так сказать на второстепенном уровне; ибо «пионеры» систем административного права имели в своем распоряжении в качестве исходного материала лишь термины и понятия, которые были заимствованы из юридического категориального аппарата, разработанного в рамках гражданского права в римской традиции. Это не является достаточным основанием, чтобы установить между ними такие же тесные взаимосвязи, которые возникли между различными системами частного права в результате их непосредственного происхождения из общего источника». Это тем более верно, поскольку молодая наука административного права повсюду пыталась до некоторой степени как раз эмансипироваться от частного права.

³³ По данному вопросу см. *Pizzorosso* (сноска 6), Sp. 131, 134; *Rivero* (сноска 17), с. 389, 394: «По отношению к системам частного права, которые коренятся в многовековых традициях, системы административного права сложились в более поздний период» («Par rapport aux droits privés, qui s'enracinent dans des traditions multiséculaires, les droits administratifs sont des tard-venus»); *Sabino Cassese*, *La construction du droit administratif. France et Royaume Uni*, 2000, с. 13; *Gerd Beinhardt*, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, *VerwArch* 55 (1964), с. 151. В этом заключается, однако, также и определенное преимущество для административно-правовой компаративистики, поскольку она имеет дело с материалом, исторически и содержательно более ограниченным: *Massimo Severo Giannini*, *Lo studio comparato del diritto amministrativo* (Discussione sul libro di Marco D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*), *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1995, с. 259.

³⁴ *Michael Stolleis*, *Nationalität und Internationalität: Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts* (1998), в: *он же*, *Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, 2001, с. 170, 183.

³⁵ Обстоятельно по данному вопросу уже в 1952 году *Herlitz* (сноска 28), с. 800: «Нет необходимости подчеркивать, насколько это естественно, что юристы ограничивают свои исследования таким образом. Изучение административного права - этой везде все еще молодой дисциплины - уже тогда является более, чем достаточной задачей, когда оно ограничивается национальным правом, подверженным стремительному развитию и глубоким переменам; наука обрекает себя постоянно на безнадежную гонку с законодательством, развивающимся с ошеломляющей скоростью. Эти обстоятельства приводят к мысли, что это было бы пренебрежением к своим

конституционного, так и на уровне административного права, всегда отличалось высокой степенью миграции правовых фигур и институтов между различными национальными правовыми системами. Имитации *ad hoc* иностранных моделей в конкретных исторических ситуациях и по определенным политическим причинам были здесь всегда на повестке дня, однако, они редко подготавливались или сопровождались сравнительно-правовыми исследованиями.³⁶ Если гражданское право отличалось относительным постоянством его проблем и стремлением к правовой унификации, то для публичного права были характерны высокая степень его историко-политической контингентности (случайности) и относительно малосистематический импорт отдельных фрагментов из иностранных правопорядков.

11. Однако, именно в области административного права нельзя недооценивать, что схожие практические проблемы здесь часто даже более непосредственно находят отражение в соответствующих правовых системах, поскольку они меньше, чем в частном праве, являются уже юридически структурированными на уровне кодифицирующего законодательства. Также и в административном праве проблемные ситуации обнаруживают в разных странах определенные параллели, особенно там, где индустриальные государства реагируют на новые общие вызовы, например, в области охраны окружающей среды или информационного права.³⁷ Кроме того, некоторые из проблем, которые должны решаться, демонстрируют постоянство, аналогичное гражданско-правовым проблемам, например, в области права ответственности государства.³⁸ По этой причине уже *Лоренц фон Штейн (Lorenz von Stein)* видел основания для применения сравнения именно в области

обязанностям или внесением ненужной путаницы, если бы при этом углубленно рассматривалось еще и право других государств. Это тем более верно, что практически всегда в этом случае складывается впечатление, что находишься без проводника в чужом мире, понять который часто бывает сложно, если вообще не невозможно».

³⁶ Более подробно по вопросу о «заимствовании права» («legal transplants») в административном праве см. ниже, пункт 25 и сл.

³⁷ *Jürgen Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2005. с. 91; аналогичную позицию, сформулированную уже в 1912 году *Отто Кёльрейтером (Otto Koellreutter)* см. ниже пункты 22 и 45.

³⁸ В этом направлении см. *Basil Markisenis*, *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, 2004, с. 182 и сл. Более новый сравнительно-правовой обзор см. *Fairgrieve/Andenas/Bell (Hg.)*, *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, 2002; одна из «пионерских» работ в данной области *Roger Bonnard*, *De la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux États-Unis et en Allemagne*, 1914 (в книге дается сравнительный анализ режима публично-правовой ответственности в Англии, США и Германии, проведенный в контексте французского права).

административного права в сходстве практических проблем, подлежащих решению: «дорога есть дорога независимо от дорожного права, школа есть школа, кредит есть кредит, эпидемия есть эпидемия, совершенно независимо от законодательства об образовании, кредитного права или санитарной полиции Сходство для всего законодательства состоит, следовательно, в устойчивых основаниях жизненных условий. Это является первоосновой любого сравнения позитивного права».³⁹ Несмотря на более важное значение соответствующего институционального контекста для административного права, более высокая степень универсальности проблем частного права основывается, поэтому, вероятно, скорее на большей историко-эволюционной стабильности гражданского права, чем на более низком сходстве практических проблем в исторически более молодом административном праве.

4. Содействие развитию гражданско-правовой компаративистики за счет широкой кодификации частного права; преимущественное отсутствие кодификации в административном праве

12. В современную эпоху, начиная с Французской революции, развитию гражданско-правовой компаративистики способствовало также и то, что во многих государствах гражданское право подверглось систематической кодификации. Это значительно облегчило, по крайней мере, в континентальной Европе первые сравнительно-правовые исследования. Напротив, административное право также и в странах континентальной Европы в значительной степени характеризовалось и характеризуется практически полным отсутствием таких систематических кодификаций. Даже в области административного процессуального права законодательство редко является полным или исчерпывающим, а его отдельные подотрасли часто даже не скоординированы друг с другом.⁴⁰ В качестве одной из причин такого положения можно указать на традиционное разнообразие правовых источников и материалов, которое свойственно административному праву, и которое, в свою очередь, связано

³⁹ *Lorenz Stein*, Über die Aufgabe der vergleichenden Rechtswissenschaft, mit besonderer Beziehung auf das Wasserrecht, Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft 7 (1861), с. 233, 238.

⁴⁰ См. *Jean Rivero*, Réflexion sur l'étude comparée des sources des droits administratifs, Mélanges Michel Stassinopoulos, 1974, с. 135 сл.; *Bernhardt* (сноска 4), с. 433 сл.; *Rainer Grote*, Rechtskreise im öffentlichen Recht, AöR 126 (2001), с. 10, 19 и 21 и сл.; *Giorgio Lombardi*, Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo, 1986, с. 103 и сл.; *Larsen* (сноска 17), с. 860 и сл.

со сложностью организации соответствующей конституционной, административной и судебной системы. Эта ситуация еще больше усложняется общепринятым и обычным для многих государств регулированием некоторых административно-правовых вопросов средствами частного права и тем различным значением, которое имеет деятельность общих (обычных) судов для административной практики.⁴¹ С учетом фрагментированного разнообразия правовых текстов и нередко центрального значения административной и административно-судебной практики компаративистика в области административного права уже при первом приближении к иностранному административному праву сталкивается поэтому с особенно сложными препятствиями.

5. Более сильное влияние историко-политических факторов и более выраженная необходимость диахронного сравнительного правоведения в публичном праве

13. Помимо этого, публичное право в большей, чем частное право, степени обуславливается специфическим путем историко-культурного развития соответствующего государственного устройства. Именно административное право представляет собой ту «правовую материю, в которой национальное своеобразие народа и государства выражаются особенно сильно»⁴². Для более полного понимания административного права необходимо, таким образом, углубленное изучение соответствующей истории национального развития; в этом смысле особенно впечатляют, например, исследования *Пьера Лежандра (Pierre Legendre)* в области французского административного права.⁴³ В целом историко-политическое развитие и существующие государственные структуры оказывают воздействие на публичное право, как правило, более быстро и более

⁴¹ *Jean Rivero*, Le droit administratif en droit comparé: Rapport final, *Revue internationale de droit comparé* 1989, с. 919, 921. Также и для фундаментального труда *Marco D'Alberti*, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, 1992, различное значение частного права и судов общей юрисдикции в рамках соответствующей системы административного права представляет собой основное звено сравнительных исследований.

⁴² *Ulrich Scheuner*, Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, *DÖV* 1963, с. 714; см. также *Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagrón*, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen, *ZaöRV* 67 (2007), с. 395, 396; *Larsen* (сноска 17), с. 857; *Markisenis* (сноска 38), с. 181.

⁴³ См. уже *Pierre Legendre*, La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français, *Revue internationale de droit comparé* 23 (1971), с. 5 и сл.

непосредственно, чем на частное право. Сравнительное правоведение в данной области поэтому изначально сильнее ориентируется на путь не только синхронного, но и диахронного исследования, чем его цивилистический эквивалент.⁴⁴ Тот, кто хочет рассмотреть какой-либо публично-правовой институт в сравнительной перспективе, как правило, не может обойтись без того, чтобы более тщательно проанализировать его историческое развитие. Это хотя и не означает, что сравнение в той мере будет неизбежно сложнее, в какой этот правовой институт носит «более политический» характер.⁴⁵ Тем не менее, проведение сравнительного анализа будет закономерно более сложным, если должно быть принято во внимание также и развитие данного правового института в его соответствующем историко-социальном контексте.

14. Признание того, что административно-правовая компаративистика в большей степени зависит от исторического контекста, чем сравнительное правоведение в области частного права, не должно, разумеется, приводить к тому, что конкретные системы административного права всегда будут интерпретироваться как выражение соответствующей специфической национальной административно-правовой культуры и как таковые противопоставляться друг другу *en bloc*. Более глубокое историческое рассмотрение не тождественно (ре)конструкции замкнутых в себе национальных систем административного права. Понимание иностранных систем административного права требует не изолированного углубления в национальную историю, но историческую классификацию в рамках сравнительной истории административного права, учитывающей многообразные элементы общности и заимствования в истории государств.⁴⁶ Именно сравнительная история административного права может ясно показать тенденции к взаимному обмену, которые всегда были характерны для административного права.⁴⁷ Эти тенденции *априори* ставят под вопрос представление о национально-гомогенных пространствах административного права и, скорее наоборот, показывают, что формирующая и направляющая сила национальных правовых традиций в частном праве иногда даже выше, чем в публичном праве. Развитие частного права в отдельных странах нередко демонстрирует относительно высокую степень самобытной преемственности, в то время как в

⁴⁴ Pizzorusso (сноска 6), Sp. 131, 134.

⁴⁵ Таков тезис у Bernhardt (сноска 4), с. 431, 437 и сл. и 450 и сл.; критически по данному вопросу обоснованно Pizzorusso (сноска 6), Sp. 131, 134 со сноской 13.

⁴⁶ Gerhard Robbers, Europäische Verwaltungsgeschichte, в: Schulze (Hg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, 1991, с. 153 и сл.

⁴⁷ Более подробно по вопросу о «заимствовании права» («*legal transplants*») в административном праве см. ниже, пункт 25 и сл.

публичном праве в результате его большей чувствительности к меняющимся политическим и социальным условиям всегда уже происходили разнообразные процессы взаимообмена и взаимооценки. Раймон Салей (*Raymond Saleilles*) подчеркнул это обстоятельство на Парижском конгрессе по сравнительному правоведению в 1900-ом году.⁴⁸ Кроме этого, крупные кодификационные проекты, реализованные после Французской революции, скорее способствовали даже некоторой изоляции национальных систем частного права друг от друга. В отличие от этого, системы административного права, уже в силу своей природы, как конгломерат разнообразных правил и институтов, которые подверглись систематической классификации лишь значительно позже и нередко лишь на научном уровне, оставались более открытыми для импорта иностранных решений.⁴⁹ Насколько сильно административно-правовое сравнение требует большей исторической глубины, настолько же мало это углубление может осуществляться в смысле замыкания на изолированной национальной истории, которое, скорее, укрепляет традиционные самооценки, присутствующие в соответствующей национальной административно-правовой науке, чем способствует их новому переосмыслению.

6. Особенности сравнительного административного правоведения как методическое рефлексивное преимущество

15. В результате не имеется больше оснований упрекать компаративистику в административном праве в предполагаемом отставании по отношению к частному праву. Скорее наоборот, сравнительное частное правоведение сегодня выигрывает от более широкого обсуждения сравнительных методов в области публичного права. Недостаточная переработка публично-правового опыта историко-политического многообразия государств и их конституционных и

⁴⁸ Raymond Saleilles, Rapport d'ensemble résumant les divers rapports présentés sur la question du régime parlementaire, в: Congrès International de Droit Comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Procès-Verbaux des Séances et Documents, Bd. 1, 1905, с. 69, 73: «В то время как развитие частного права практически в любой исторический период проходило в целом в традиционных, да, я хотел бы сказать исключительно в национальных формах, публичное право, как право сообществ и обществ, на всем протяжении времени, начиная со времени варваров, подвергалось целой серии взаимозаимствований, которые в большинстве своем были совершенно непредсказуемы и почти всегда иррациональны».

⁴⁹ Jean Rivero, Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif, в: Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch, Bd. 3, 1972, с. 619, 621; Pizzorusso (сноска 6), Sp. 131, 132 и сл.; Grote (сноска 40), с. 19; см. также уже Fontana (сноска 21), с. 125.

административных структур усиливает и без того распространенную в частнопредметной компаративистике тенденцию к быстрой универсализации ее категорий, и таким образом позволяют ей избежать «отчужденности чужого». Относительная гегемония гражданского права привнесит с собой также то, что фундаментальный анализ в области сравнения часто делается через призму гражданского права, причем «старшая сестра» со своих позиций устанавливает постулаты «для всей семьи».⁵⁰ Также и в рамках ориентированной на гражданское право дискуссии о методах (*Methodendiskussion*) ранее господствовавшие функциональные предположения сходства в области сравнительного правоведения в настоящее время подвергаются принципиальной критике,⁵¹ или же, во всяком случае, более строгой дифференциации.⁵² Довольно представительная тенденция в сравнительно-правовой дискуссии подчеркивает в настоящее время историко-культурные различия между исследуемыми правовыми системами. Это также имеет веские причины. И гражданское право, хотя и менее очевидным образом, чем публичное право, было всегда подвержено политическому и социальному развитию и оставалось под влиянием подобных факторов. Так например, Джеймс К. Уитмен (*James Q. Whitman*) показал то, в какой степени различные концепции в области защиты личности и достоинства в Германии, Франции и Соединенных Штатах Америки были и продолжают быть обусловлены различными социальными моделями. В Европе принципы защиты чести и достоинства аристократической элиты были распространены на все общество; в США, наоборот, бывшие аристократические привилегии защиты чести были устранены и унифицированы на более низком уровне защиты, действовавшей ранее только для непривилегированных слоев общества.⁵³ Кроме того, также и в частном праве присутствовали быстро развивающиеся новые области, такие, как акционерное право, в котором сравнительное правоведение так же, как и в административном праве, имело по чисто прагматическим причинам, важное значение для того, чтобы быстро обеспечить

⁵⁰ Верное замечание у *Bernhardt* (сноска 4), с. 430.

⁵¹ К соответствующей критике теоретиками «дифференциации», например *Пьером Леграном (Pierre Legrand)* см. ниже, пункт 17 и сл.

⁵² См. по данному вопросу *Ralf Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, und *Gerhard Dannemann*, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, в: *Reimann/Zimmermann* (сноска 7), с. 339 и сл., а также с. 383 и сл.; промежуточные выводы также у *Jaako Husa*, *Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?*, *RabelsZ* 67 (2003), с. 419 и сл.

⁵³ *James Q. Whitman*, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, *Yale Law Journal* 109 (2000), с. 1279 и сл.

использование зарубежных инноваций в национальном праве.⁵⁴ Последующее развитие права в дальнейшем еще более размыло, в любом случае, никогда не бывшую совершенно беспроблемной границу между публичным и частным правом, не в последнюю очередь, в результате европейского влияния.⁵⁵ Также и частное право подвержено сегодня более быстрому и открытому воздействию политических и социальных перемен.⁵⁶ Некоторые особенности сравнения в административном праве, следовательно, в возрастающей степени являются предпосылками (условиями) сравнительного правоведения в целом.

16. В этом, вероятно, как раз и заключается специфика административного права, которая обеспечила административно-правовой компаративистике рефлексивное преимущество: его характер, как относительно новой правовой области, которая, с одной стороны, тесно связана с конституционной структурой и историко-политическим развитием государства, с другой стороны, однако, должна быстро реагировать на меняющиеся общие проблемы и потребности современного развития промышленно развитых стран и при этом прямо-таки не может обойтись без использования зарубежного опыта. Административно-правовое сравнение реагирует на это специфическое сочетание исторической глубинной структуры и нервной операционной среды. Поэтому оно имеет то преимущество, что оно традиционно является более чувствительным по отношению к историко-культурной специфике сравниваемых правовых систем, чем его частноправовой эквивалент. В то же время, оно может извлечь выгоду из текущей проблематизации традиционных предположений сходства в частноправовой компаративистике с тем, чтобы подвергнуть конвергенционные гипотезы критическому анализу. Особенно при сравнении систем административного права в Европейском Союзе необходимо сочетать чувствительность к особенностям историко-культурного становления соответствующих национальных административно-правовых систем с открытостью для анализа разнообразных процессов взаимообмена и конвергенции. Административные правовые порядки государств-членов обнаруживают одновременно черты сходства и различия, и задачей

⁵⁴ По данному вопросу см. *Richard M. Buxbaum*, Die Rechtsvergleichung zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft, *RabelsZ* 60 (1996), с. 201, 208.

⁵⁵ По данному вопросу см., например, *Walter Pauy*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaem*: Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, 2011, § 58 пункт 24; *Leitl-Staudinger*, там же, § 64 пункт 50.

⁵⁶ Vgl. *Buxbaum* (сноска 54), с. 201, 217 и сл. ; *Horatia Muir Watt*, *Globalization and Comparative Law*, в: *Reimann/Zimmermann* (сноска 7), с. 579 и сл.

административно-правовой компаративистики состоит в том, чтобы с научной точки зрения охватить эту одновременность общности и различия.

III. Методы административно-правовой компаративистики

1. Различные идеологические основания административно-правовой компаративистики

17. Тот, кто имеет дело с административно-правовой компаративистикой, часто обнаруживает, что ученые проводят свои исследования в соответствии с определенной идеологической посылкой, не раскрывая или критически не осмысливая ее, а иногда даже и вообще не осознавая этого. В сущности, существует - как и в сравнительном правоведении в общем – две основных позиции, которые можно охарактеризовать как *идеология дивергенции* и *идеология конвергенции*. *Идеология дивергенции* подчеркивает неизбежную специфику и историко-культурную самобытность национальных административно-правовых порядков. Она встречается особенно часто в административно-правовой компаративистике, прежде всего, в период первой половины 20-го века. Часто утверждение о специфике соответствующего административного права также использовалось просто как предлог, чтобы заявить о бесполезности и ненужности сравнения в этой области. В общей дискуссии о принципах сравнительного правоведения эти теоретические положения в настоящее время пользуются снова большой популярностью, и входят в общее направление, которое может быть обозначено как *постмодернистская теория сравнительного правоведения*.⁵⁷ Например, канадский исследователь французского происхождения *Пьер Легран (Pierre Legrand)* особенно подчеркивает, в частности, историко-культурное различие и уникальность отдельных национальных правовых систем, радикальную отчужденность соответственно другого (чужого) права, и предупреждает о том, что компаративистская дискуссия слишком сильно характеризуется стремлением обнаружить черты сходства между

⁵⁷ *Erik Jayme*, Betrachtungen zu einer postmodernen Theorie der Rechtsvergleichung (1997/98), в: *он же*, Gesammelte Schriften, Bd. 2: Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari bis zur Postmoderne, 2000, с. 103 и сл., см. также *Dominik Richers*, Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?, *ZaöRV* 67 (2007), с. 509.

различными системами права⁵⁸. Противоположную позицию по отношению к такой идеологии дивергенции занимает *идеология конвергенции*. Она традиционно является более распространенной в частноправовой компаративистике, но и в области административного права под влиянием европейской интеграции она находит сегодня все больше последователей.⁵⁹ Идеология конвергенции подчеркивает общность правовых проблем, стоящих перед различными правовыми системами. Под внешней оболочкой разнообразных национальных стилей, правил и понятий она предполагает аналогичные фактические и правовые вопросы. По этой причине ее представители, как правило, особо подчеркивают конвергенцию и выделяют возможности дальнейшей гармонизации сравниваемых административно-правовых систем.

18. Обе идеологии страдают от схожих проблем и недостатков. Сравнимые правовые системы, в зависимости от выбранного подхода, предстают либо радикально отличающимися, либо похожими друг на друга. Результаты исследований предопределяет выбранный подход. Как идеология дивергенции, так и идеология конвергенции односторонне выделяют при этом, соответственно, лишь один из частичных аспектов сравнения. Поскольку сравнение всегда состоит в том, чтобы выявлять как различия, так и сходство, по крайней мере, двух правовых систем, само собой разумеется, что эти два частичных аспекта могут приводить, соответственно, к абсолютизации. Но через подобную абсолютизацию обе идеологии в результате как раз теряют из вида собственно сравнение. Идеология дивергенции, в конечном счете, оказывается более не в состоянии объяснить, как различные правовые системы вообще могут быть приведены в соотношение друг с другом и как они могут быть связаны между собой. Потому что из-за ее «неоромантического поворота» («*neo-Romantic turn*»)⁶⁰ любые попытки разработать категориальный аппарат, в равной степени применимый к объекту сравнения, может пониматься

⁵⁸ *Pierre Legrand*, *Le droit comparé*, 1999; *он же*, *European Legal Systems are not Converging*, *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), с. 52 и сл.; *он же*, *The Impossibility of Legal Transplants*, *MJ* 4 (1997), с. 111 и сл.; *он же*, *Public Law, Europeanisation and Convergence: Can Comparatists contribute?*, в: *Beaumont/Lyons/Walker* (Hg.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, 2002, с. 225; в этом же направлении уже до него *Günter Frankenberg*, *Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law*, *Harvard International Law Journal* 26 (1985), с. 411 и сл. (вариант на немецком языке: *Kritische Vergleiche. Versuch, die Rechtsvergleichung zu beleben*, в: *он же*, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, 2003, с. 299 и сл.).

⁵⁹ Более подробно к вопросу об инспирированных европейским правом тенденциях к конвергенции в административном сравнительном правоведении см. ниже, пункт 36.

⁶⁰ *James Q. Whitman*, *The neo-Romantic turn*, в: *Legrand/Munday* (Hg.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 2003, с. 312 и сл.

только как неуважение (пренебрежение) к неизбежно самобытному характеру каждой отдельной правовой системы. Она является теорией сравнительного правоведения, которая пытается постулировать невозможность последнего. Ее можно рассматривать, прежде всего, как попытку противодействия против идеалистического функционализма, который долгое время был присущ частнопредметной компаративистике и понимал сравнение, прежде всего, в качестве подготовки правовой гармонизации (унификации). Поскольку эти усилия нередко ассоциируются с идеалом (образом) лишенного границ рынка, в идеологии дивергенции заключается также фундаментальный протест против таких проектов и идеалов. Это задевает больное место идеологии конвергенции: для последней различие правовых систем в меньшей степени предстает как феномен, который нужно понять, а скорее как проблема, которую нужно преодолеть. Она не утруждает себя по-настоящему инаковостью чужого права но, обращая свой взор под поверхность разнообразия и различий, ищет общие основания. Историко-политические различия и специфические пути эволюции национальных систем административного права с этой точки зрения быстро превращаются в исключительно лишь мешающие препятствия, которые следует преодолевать путем гармонизации (унификации). Идеология дивергенции и конвергенции неизбежно приводят к решению по принципу «или-или», и именно там, где на самом деле речь идет о феномене одновременности: одновременности сходства и различия сравниваемых правовых систем. Уже один из корифеев сравнения в публичном праве, Роберт фон Моль (*Robert von Mohl*) считал в равной степени ценным сравнение и сходства, и различий. По вопросу о сравнительном правоведении на примере Англии он писал: «Самую прямую практическую выгоду для жизни представляет, однако, сравнение английских государственных учреждений с подобными же институтами на материке, в том числе также с институтами конституционных германских государств. Да и к тому же трудно сказать, является ли это сравнение более важным в тех пунктах, в которых английские заведения послужили или должны были послужить в качестве общего ориентира и модели для нас, или же в тех, в которых наличествует полное различие, как это часто происходит в области административного управления».⁶¹

19. Именно административно-правовая компаративистика вместо идеологической абсолютизации различия или сходства должна будет, скорее, исходить из общих практических проблем, чтобы лучше понять

⁶¹ *Robert von Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 2, 1856, с. 3.*

Административно-правовая компаративистика: особенности, методы и история 197
уникальность решения в соответствующем национальном праве.⁶² Общность практической проблемы и разнообразие структур ее решения в разных правовых системах представляют собой не теоретические противоположности, а, скорее, являются двумя полюсами, между которыми неизбежно должен двигаться любой сравнительный анализ.

2. Задачи, инструменты и формы

20. Сравнительно-правовые исследования в области административного права могут выполнять самые разные *задачи*, и в зависимости от этого также выстраиваются их инструменты и формы. В самом общем виде, следует дифференцировать между *практическими* и *теоретическими* задачами.⁶³ К области практических задач относится, например, сопоставление и оценка иностранных решений в целях их применения в дискуссии по вопросам правовой политики в национальном праве. Или - и в рамках Европейского Союза это приобретает все большее значение - разработка новых совместных общеевропейских правил на основе сравнительного исследования и оценки административно-правовых систем государств-членов, будь то на уровне правотворчества или на уровне судебной практики.⁶⁴ В отличие от этого, на теоретическом уровне речь идет о накоплении и развитии научного знания. Сравнение должно помочь лучше понять иностранное или даже собственное, национальное административное право в результате того, что оно анализируется в контексте его противопоставления другим административно-правовым системам. Наука административного права может получить, таким образом, более широкий, наднациональный фундамент.

21. К обычному *инструментарии административно-правовой компаративистики* традиционно принадлежит метод подготовки страноведческих обзоров. В этом случае на основе общего вопросника национальными экспертами исследуются соответствующие национальные

⁶² См. по данному вопросу выше, пункт 11. Весьма инструктивной и содержательной в этом аспекте остается, как и прежде, принципиальная дискуссия, которая велась в 20-е годы по вопросу о том, следует ли сравнительное правоведение понимать как науку о проблемах права: *Max Salomon*, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1925, с. 26 и сл.; *Julius Binder*, *Philosophie des Rechts*, 1925, с. 935 и сл.

⁶³ Общий обзор по вопросу о практических и теоретических задачах сравнения в административном праве см. *Bullinger* (сноска 4); *Karl-Peter Sommermann*, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa*, *DÖV* 1999, с. 1017, 1019 и сл.

⁶⁴ По этому вопросу см. ниже, пункт 50 и сл.

административные правовые порядки или их отдельные правовые институты с тем, чтобы на этой основе можно было сделать следующий шаг к сопоставительному анализу и выводам.⁶⁵ Такой подход, безусловно, имеет то преимущество, что он позволяет подготовить всестороннюю и достаточно глубокую документацию об отдельных административных правовых порядках, которая не могла бы быть достигнута путем отдельных изолированных исследований. Этот метод особенно эффективен, когда исследуемые проблемы регулирования или правовые институты тесно связаны с актуальной структурой администрации и управления. В сравнительной перспективе этот подход, однако, имеет также существенные недостатки.⁶⁶ Соответствующий национальный эксперт-докладчик, как правило, остается «в плену» своего собственного права, и не обязательно исследует именно ту информацию, которая бы с точки зрения сравнения представляла особую значимость. Некоторые вопросы представляются ему нечто самим собой разумеющимся или слишком очевидными, чтобы быть упомянутыми. Другие вопросы в рамках его национального видения и понимания вообще не встают для него, хотя для иностранных экспертов они могли бы как раз показаться особенно интересными. Собственно сравнительные доклады, в свою очередь, подготавливаются юристами, которые сами не имеют непосредственного знания о сравниваемых правовых системах и должны поэтому опираться на выводы национальных экспертов-докладчиков. Опасность заключается, таким образом, в том, что в результате этого «параллельные монологии» национальных юристов (*Константинеско*, *Constantinesco*) дополняются сводными сравнительными обзорами, которые не являются результатом собственной сравнительной работы в области иностранного права. Если

⁶⁵ В качестве примера из области административного права см., в частности, сборники, опубликованные Гейдельбергским Институтом Макса Планка по иностранному публичному и международному праву: *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, 1967; *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, 3 Bde., 1969-1971; *Die Kontrollidichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, 1993.

⁶⁶ По соответствующей проблематике см. *Constantinesco* (сноска 3), с. 176 и сл.; см. также *Axel Tschentscher*, *Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht*, JZ 2007, с. 807 и сл.; *Bell* (сноска 28), с. 1260: «Сравнения более, чем с одной системой, являются часто менее удачными. Если отдельный исследователь ставит перед собой такую задачу, то часто для него бывает трудно добиться достаточно глубокого понимания того, как функционируют системы государственного управления в самых различных странах. Если речь идет о коллективной работе, то при объяснении национальных систем должен использоваться действительно сравнительный метод, что не всегда легко для национальных правовых экспертов. Это требует тесного взаимодействия между специалистами. В результате, в публичном праве имеется меньше примеров успешного сравнительного административно-правовых работ, охватывающих многие страны, чем в частном праве».

сопоставляется большое число отдельных (национальных) докладов, то существует также риск того, что в обобщающем сравнительном синтезе общие принципы будут сформулированы на очень абстрактном уровне, вследствие чего эти выводы будут находиться лишь в весьма отдаленном отношении к внутренней структуре сравниваемых правовых систем. Эти проблемы могут быть смягчены, если результаты предварительных исследований первоначально будут обсуждены, скорректированы и увязаны между собой на общей конференции авторов и в результате такого диалога удастся выявить общие межнациональные перспективы.

22. Особенно в административно-правовой компаративистике развитие научных знаний, однако, нередко достигается путем концентрации отдельных авторов на одной определенной иностранной административно-правовой системе и углубленного *монографического исследования административного права или какого-либо административно-правового института юристами другой страны* на их языке. На первый взгляд, это представляется не совсем понятным и убедительным. Описание иностранного административного права предстает как рядовое исследование иностранного права, и в лучшем случае, как полезная информация об иностранном праве, которая сначала вообще никак не связана со сравнительным методом. Действительно сравнительное исследование, как можно подумать, наличествует только в том случае, если в монографии описываются и сопоставляются друг с другом, по крайней мере, две различные правовые системы. При таком подходе, однако, недооценивается, насколько сложным является уже само углубленное описание даже только одной иностранной системы административного права, и как много сравнительных соображений - по крайней мере, неявно, а часто и явно - должен обдумать исследователь, который пытается объяснить местной профессиональной аудитории в привычных для нее категориях чужое административное право. Впечатляющими примерами таких исследований является, в частности, монография *Отто Кёллерройттера* «Административное право и административная юрисдикция в современной Англии» 1912-го года (*Otto Koellreutter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England*), в которой обстоятельное исследование правового положения в Англии сопровождается детальным сопоставлением с институтами немецкого и французского административного права.⁶⁷ Среди других примеров можно назвать книгу *Бернарда Шварца* «Французское административное право и система общего права» 1954-го года (*Bernhard Schwartz, French Administrative Law and the Common Law World*,

⁶⁷ Об этой монографии см. ниже, пункт 45.

посвященную анализу французского административного права с точки зрения англо-американского права,⁶⁸ или исследование *Мишеля Фромона* (*Michel Fromont*) о распределении компетенции между судами административной и общей юрисдикции по германскому праву 1960-го года⁶⁹ или же исследование *Оливера Лепсиуса* о становлении системы административного права США 1997-го года (*Oliver Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law*).⁷⁰ В результате того, что теоретики описывают пути развития соответственно чужого административного права на их родном языке⁷¹, в результате того, что они пытаются сделать термины и институты иностранного права понятными правовой публике в своей стране, в результате того, что они прямо или косвенно постоянно сравнивают иностранное и национальное административное право, в конечном счете, возникает новый взгляд на *оба* правопорядка. Посредством такого дистанцированного переописания иностранное административное право реконструируется в такой форме, которой не смог бы добиться национальный юрист.⁷² Исключительно наблюдения иностранного ученого позволяют задать вопрос по поводу принципов, являющихся с точки зрения национального права «самоочевидными». В результате внимание привлекается к феноменам, которые для национальных юристов представлялись, скорее, полностью второстепенными. Именно благодаря этому, могут быть замечены взаимосвязи и контексты, которые оставались не выявленными в национальных самоописаниях. В этом смысле эксперт в области сравнительного правоведения может иногда лучше понимать иностранное право, чем национальный юрист. И наоборот, требовательный и критический разбор иностранного административного права может оказать

⁶⁸ *Bernhard Schwartz*, *French Administrative Law and the Common-Law World*, 1954; см. например, название первой главы: «A Common Lawyer Looks At The Droit Administratif».

⁶⁹ *Michel Fromont*, *La Répartition des Compétences entre les Tribunaux Civils et Administratifs en Droit Allemand*, 1960; немецкий перевод частично в: *Michel Fromont*, *Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften*, 1967, с. 15 и сл. (под заглавием: «Разграничение частного и публичного права в судебной практике»).

⁷⁰ *Oliver Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal*, 1997.

⁷¹ Весьма показательны в отношении возникающих здесь комплексных в административно-правовом контексте проблем перевода см. *Fritz Paepcke*, *Sprache und Recht. Zu Grundbegriffen des Verwaltungsrechts im Sprachenpaar Französisch-Deutsch*, FS für Rupprecht Rohr, 1979, с. 339 и сл.

⁷² *Отто Пферсмани* (*Otto Pfersmann*) справедливо указывает на то, сравнительное правоведение производит «дифференцированную концептуальную интерпретацию» соответствующего национального права: *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, *Revue internationale de droit comparé* 2001, с. 275, 283 и сл.

обратное воздействие на восприятие собственного права. Кроме того, и в отношении собственного права формулируются при этом новые и иные вопросы, поскольку специалист-компаративист видит несколько дальше, чем только горизонт «родного» права. Возможным становится более дистанцированный дополнительный взгляд на собственное право, который именно благодаря соотнесению с другим позитивным правом является более интенсивным, чем другие формы дистанцирования или абстрагирования, как они допускаются, например, в философии права.

23. Только углубленное изучение иностранного административного права с оглядкой на национальное право позволяет компаративисту, кроме того, с достаточной степенью интенсивности исследовать институциональный контекст, а также историко-культурные особенности соответствующего административного права. Хорошо, казалось бы, знакомый пример может проиллюстрировать это. Как известно, *административный акт* в Германии (*Verwaltungsakt*) и *административный акт* во Франции (*acte administratif*) имеют не тождественную сферу применения. В то время, как в немецком праве в качестве административного акта признаются только индивидуальные решения административных органов, во французском праве сюда относятся также правительственные распоряжения.⁷³ Сравнительный анализ не может, однако, довольствоваться простой констатацией наличия этого различия. Он должен задаться вопросом о том, как можно объяснить эту разницу. Здесь следует учитывать, например, что французская концепция административно-правовой защиты рассматривает последнюю как форму объективного контроля правомерности нормативных актов. С процессуально-правовой точки зрения это предполагает распространение на правительственные распоряжения возможности подачи *жалобы против превышения (исполнительных) полномочий (recours pour excès de pouvoir)*. В то же самое время «субъективирование» (Subjektivierung) немецкого административного права (т.е. его большая направленность на защиту субъективных прав, а не объективный контроль норм – прим. переводчика), и возможность подачи иска об обжаловании (оспаривании) препятствовали этому. Сильные позиции *Государственного Совета (Conseil d'Etat)*, который в соответствии с принципом централизма, реализованным во французской административной системе, первоначально и долгое время был единственным административным судом с общей компетенцией, привели к тому, что компетенция административной юрисдикции во Франции с самого начала никогда не была ограничена рамками

⁷³ См. например *Michel Fromont*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*: Bd. III: *Verwaltungsrecht in Europa*: Grundlagen, 2010, § 56 пункт 24.

традиционного правосудия. Этому способствовала и двойная функция *Государственного Совета* в качестве суда и консультативного органа при правительстве. В отличие от этого, германское административно-процессуальное право ориентировалось на модели гражданского процесса и, следовательно, в первую очередь, на решение индивидуальных споров между гражданином и административными органами.⁷⁴ Германское государственное право, в отличие от французского, подчеркивало близость распоряжений правительства к актам законодательства и, тем самым, их отличие от индивидуальных административных решений.⁷⁵ Сравнительный анализ позволяет германскому исследователю обратить внимание на особенности исторических и институциональных условий во Франции, и ставит его перед необходимостью переосмыслить, что даже, казалось бы, обычная и (само)очевидная германская концепция административного акта и административно-правовой защиты является закономерным результатом специфического процесса историко-институционального развития, которое, в свою очередь, нуждается в более подробном объяснении.

24. Здесь четко проявляется основная задача научной административно-правовой компаративистики. Помимо информации о разнообразных отдельных позитивно-правовых явлениях, она может помочь выявить структурные и функциональные взаимосвязи. Только в конфронтации с разнообразием историко-политических и культурных контекстов отдельных административных правовых порядков могут быть сформулированы и проверены надежные гипотезы относительно решающих структурных особенностей и инвариантных факторов развития соответствующих административно-правовых систем. В результате того, что административно-правовая компаративистика классифицирует различные феномены в каком-то смысле и на основе определенного сходства

⁷⁴ По данному вопросу см. *Jean Marie Auby/Michel Fromont*, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Économique Européenne, 1971, с. 455 и сл.; *Michel Fromont*, Die richterliche Nachprüfung der Verwaltungsakte und Rechtsverordnungen in Deutschland (1964), в: *он же*, Rechtsschutz (сноска 69), с. 143, 144 и сл.; *он же*, Droit administratif des États européens, 2006, с. 161 и сл. По дальнейшим аспектам, в частности по вопросу об отсутствии у французских судов по гражданским делам компетенции не применять в конкретном случае распоряжения правительства см. *он же*, Der französische Staatsrat und sein Werk, DVBl. 1978, с. 89 и сл. В последнее время также и во французском административном праве проявляется определенная тенденция к тому, чтобы придавать объективно-правовому контролю административной власти более выраженное индивидуально-правозащитное измерение; обобщенно см. по данному вопросу *Thomas von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, с. 60 и сл.

⁷⁵ Выделено у *Jean Rivero*, Cours de droit administratif comparé, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Rivero, Les Cours de Droit, Diplôme d'Études Supérieures de Droit Public, 1956/1957, с. 98.

эволюционных явлений, она может выявлять *сравнительные типологии и парадигматические функциональные взаимосвязи*.⁷⁶ В этом контексте не следует переоценивать важность методологических рецептов и предупредительных знаков. Устанавливаемые при этом правила являются по большей части либо самоочевидными, либо в высшей степени проблематичными. Так, необходимость культурной контекстуализации иностранного административного права является сегодня общепризнанной.⁷⁷ Напротив, сформулированные правила часто не показывают, что юрист-компаративист должен сначала с нейтрально-позитивистских позиций исследовать и описать иностранное право, чтобы затем присоединить сюда сравнительный анализ, осуществляемый методически отдельно.⁷⁸ Это правило или делает из нужды добродетель - особенно если соответствующий национальный «страноведческий доклад» был подготовлен национальным юристом, который вообще не является специалистом в области сравнительного правоведения. Или же оно игнорирует практику сравнительно-правового исследования, при котором взгляд исследователя должен постоянно переключаться между иностранным и собственным правом и эффективность которого именно в том и состоит, чтобы отразить и сделать более понятным это сопоставление и использовать его для формулирования аналитических гипотез.

3. «Правовые заимствования» в административном праве

25. В настоящее время специфической задачей административно-правовой компаративистики является, в первую очередь, исследование феномена «правового трансферта» или «трансплантации права» («Rechtstransfer», «legal transplants»). Административное право с давних пор характеризуется активным экспортом и импортом целых административных структур или отдельных правовых фигур и институтов.

⁷⁶ Особенно интересными в данном отношении до сих пор являются методические разработки *Юлиуса Гачека (Julius Hatschek)*: см. об этом ниже, пункт 45; см. также *Erk Volkmar Heyen, Lorenz von Stein und die europäische Rechtsgeschichte*, в: *он же* (Hg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, 1984, с. IX, XVII.

⁷⁷ *Erk Volkmar Heyen, Kultur und Identität in der europäischen Verwaltungsrechtsvergleichung – mit Blick auf Frankreich und Schweden*, 2000. В области конституционного сравнительного правоведения см.: *Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982; *он же, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992; *Rainer Wahl, Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung* (2000), в: *он же, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, с. 96 и сл.

⁷⁸ Принципиально критически по данному вопросу *Tschentscher* (сноска 66).

В данном отношении продолжает сохранять свою актуальность высказывание *Роско Паунда (Roscoe Pound)*: «История правовой системы в значительной степени является историей заимствования юридических материалов из других правовых систем ... (History of a system of law is largely a history of borrowings of legal materials from other legal systems ...).»⁷⁹ Так например, модель французского *Государственного Совета (Conseil d'État)* была скопирована в таких странах, как Италия, Нидерланды и позже также в Бельгии.⁸⁰ Советский Союз экспортировал определенные элементы его административной организации – например специфические функции государственной прокуратуры по надзору за законностью – во многие социалистические государства, где они частично сохранились и по сегодняшний день также и после крушения коммунистической системы.⁸¹ На модель института «омбудсмана» ориентировались такие страны, как Франция и Великобритания.⁸² Австрийский пример ранней кодификации административного процесса повлиял на аналогичные тенденции в Чехословакии, Польше, Югославии и Венгрии.⁸³ Швейцария рецепировала, хотя и в своеобразной форме, германское административное право и административное судопроизводство.⁸⁴ Перечисление подобных примеров можно продолжать

⁷⁹ Roscoe Pound, цит. по *Alan Watson, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law* (1974), 1993, с. 22.

⁸⁰ К вопросу об «экспорте» института французского *Государственного Совета (Conseil d'État)* в Европе и Африке см. *Maxime Letourneur, Die Staatsräte (Conseils d'État) als Organe der Verwaltungsrechtsprechung*, в: *Külz/Naumann (Hg.), Staatsbürger und Staatsgewalt*, Bd. 1, 1963, с. 337 и сл.; более подробно о сравнении с Италией см. *Mény (Hg.), Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, 1994.

⁸¹ *Herbert Küpper, Sozialistische Überreste in den Verfassungen der neuen EU-Mitgliedstaaten im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Homogenitätsgebots*, JOR 48 (2007), с. 203, 240 и сл. Более подробно по Венгрии см. *он же*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum: 2010, Bd. III Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, § 51 пункт 83; к вопросу о продолжающемся влиянии элементов реального социализма в венгерской науке административного права см. также *András Jakab*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum: 2011, Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, § 69 пункт 44 и сл.

⁸² Общая характеристика экспорта модели *омбудсмана* см. *Rivero* (сноска 47), с. 626; более подробно см. *Frank Stacey, Ombudsmen Compared*, 1978.

⁸³ *Franz Becker, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 1960, с. 63 и сл. и 79 сл.; там же на с. 146 и сл. Подробное изложение развития вплоть до принятия в США Федерального Акта об административной процедуре 1946 года (*Federal Administrative Procedure Act*); см. также *Alfonso Masucci, Das Verwaltungsverfahren in Italien*, AöR 121 (1996), с. 261, 262 и сл., где рассматривается значение кодификации административного процесса в ФРГ в 1976-ом году как модели для соответствующего законодательства в Италии.

⁸⁴ *Roger Müller, Wissenschaftstransfer des deutschen Verwaltungsrechts in die Schweiz*, в: *Duss u.a. (Hg.), Rechtstransfer in der Geschichte*, 2006, с. 84 и сл. Более подробно по вопросу о процессе рецепции, сопряженном со значительными препятствиями, см.

до бесконечности, вплоть до распространения в настоящее время в Европе идеи независимых административных органов, которая возникла и была реализована в США.⁸⁵ Тем не менее, проблема «трансплантации права», которая в последнее время становится предметом более оживленной сравнительно-правовой дискуссии⁸⁶ и которая в рамках исторической науки аналогичным образом рассматривается также еще и как проблема соотношения между компаративистикой и культурным трансфером⁸⁷, на уровне административного права до сих пор изучена недостаточно. Разумеется, есть отдельные исследования, которые изучают влияние иностранных административно-правовых институтов на собственную национальную систему административного права.⁸⁸ Лишь в редких случаях, однако, предпринимается попытка разработать систематические категории для таких процессов.⁸⁹

Benjamin Schindler, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. III Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, 2010, § 49 пункт 12, 18, и 20.

⁸⁵ По данному вопросу см. *Johannes Masing*, *Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts*, AöR 128 (2003), с. 558 и сл.; детальная сравнительная классификация различных традиций административного права в Англии, США, Франции и Италии см. *D'Alberti* (сноска 41).

⁸⁶ *Imre Zajtay*, *Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung*, AcP 156 (1957), с. 361 и сл.; *Watson* (сноска 79); *Jean Carbonnier*, *A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger* (1974), в: *он же*, *Essais sur les Lois*, 1979, с. 191 и сл.; *William Ewald*, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, *American Journal of Comparative Law* 43 (1995), с. 489 и сл.; *Legrand*, *Legal Transplants* (сноска 58); *Nelken/Feest* (Hg.), *Adapting Legal Cultures*, 2001; *Michele Graziadei*, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, в: *Reimann/Zimmermann* (сноска 7), с. 441 и сл.; *Marie Theres Fögen/Gunther Teubner*, *Rechtstransfer*, Rg 7 (2005), с. 38 и сл.; *Duss* u.a. (сноска 84).

⁸⁷ *Johannes Paulmann*, *Internationaler Vergleich und interkultureller Transfer. Zwei Forschungsansätze zur europäischen Geschichte des 18. bis 20. Jahrhunderts*, *Historische Zeitschrift* 267 (1998), с. 649 и сл.; *Matthias Middell*, *Kulturtransfer und Historische Komparatistik – Thesen zu ihrem Verhältnis*, *Comparativ* 10 (2000), с. 7 и сл.; *Michael Werner/Bénédicte Zimmermann*, *Vergleich, Transfer, Verflechtung. Der Ansatz der Histoire croisée und die Herausforderung des Transnationalen*, *Geschichte und Gesellschaft* 28 (2002), с. 607 и сл.; *Michel Espagne*, *Au delà du comparatisme*, в: *он же*, *Les Transferts Culturels Franco-Allemands*, 1999, с. 35 и сл.

⁸⁸ См. например, в отношении Германии: *Scheuner* (сноска 42), с. 714 и сл.; в отношении Франции: *Fabrice Melleray*, *L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français*, *AJDA* 2004, с. 1224 и сл.; в отношении Испании: *Alfredo Gallego Anabitarte*, *La influencia extranjera en el derecho administrativo español desde 1950 a hoy*, *Revista de Administración Pública*, Nr. 150, 1999, с. 75 и сл.

⁸⁹ Размышления по данной проблематике в отношении административного права см. *Rivero* (сноска 49), с. 619 и сл.; *Melleray* (сноска 88), с. 1224 и сл.; в отношении конституционного права см. также *Peter Häberle*, *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, *JZ* 1992, с. 1033.

а) Типы обменных процессов: имперский экспорт и автономный импорт; трансферт в градиентных состояниях; горизонтальный и вертикальный трансферт права в многоуровневых системах

26. При этом необходимо проводить определенные различия. Прежде всего, целесообразно рассматривать различные формы соответствующих процессов взаимобмена в типизирующем ключе. Так например, правовой трансферт может основываться на господстве политически более мощного государственного образования, которое осуществляет *имперский экспорт* своей правовой системы. Примерами этого являются, в частности, наполеоновский экспорт структур французской административной системы в Европе, распространение Советским Союзом присущей ему модели управления в рамках Восточного блока или утверждение административного права метрополий в своих колониях. Такие формы имперского экспорта действуют, как правило, более продолжительное время, чем непосредственное господство государства-экспортера.⁹⁰ Обмен, однако, может также происходить *автономно*, как выражение самостоятельного и независимого освоения иностранного правового института национальным законодательством, которое обусловлено причинами, лежащими в соответствующем национальном государстве. Рецепция института омбудсмана за пределами Швеции является одним из примеров этого. Наряду с этим, имеется множество разновидностей феномена обмена, в которых заинтересованные государства находятся в *градиентных состояниях* и *трансферт права* часто является условием для получения преимуществ реципирующим государством (таких, например, как финансовая поддержка или прием в международные организации). Примерами этого являются, в частности, экспорт западных административно-правовых моделей в страны Восточной Европы в период реформ после 1989-го года.⁹¹ Сюда же можно отнести усилия, предпринимаемые в рамках помощи в целях развития, например, Всемирным Банком, с тем, чтобы побудить страны-получатели к большей эффективности и прозрачности их административных структур в смысле концепции «надлежащего правления» (*good governance*).⁹² Ввиду неравного

⁹⁰ К вопросу о многообразных причинах такого состояния (инерция политических институтов, подготовка местных элит в метрополии и т.д.) см. *Rivero* (сноска 49), с. 624 и сл. См. обстоятельное исследование на конкретных примерах *Helmut Janssen*, *Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts. Ein Beitrag zur Rechtsvergleichung*, 2000.

⁹¹ К проблемам, связанным с данным процессом см., напр. *Paul H. Brietzke*, *Democratization and Administrative Law*, *Oklahoma Law Review* 52 (1999), с. 1 и сл.

⁹² *Margrit Seckelmann*, „Good Governance“. *Importe und Re-Importe*, в: *Duss u.a.* (сноска 84), с. 108, 117 и сл.; с. 120 и сл. – интересные наблюдения тенденций последующего ре-импорта экспортированных стандартов легитимности в страны их

веса заинтересованных государств и увязки с потенциальными преимуществами, такие обмены проявляют черты и имперского экспорта, и автономного импорта.

27. Также все большее значение приобретает правовой обмен между государствами, которые интегрированы в *многоуровневую структуру*, где передача происходит при посредничестве учреждений более высокого уровня. Подобный направленный горизонтальный трансферт происходит, например, между федеральными штатами в США или государствами-членами Европейского Союза.⁹³ Сюда относится также *необходимый с точки зрения европейского права или, по крайней мере, вызванный им импорт правовых фигур из права отдельных государств-членов в другие государства-члены*. Так принцип «защиты доверия» (*Vertrauensschutz*), развитый, прежде всего, в германском праве, «окольными» путями через практику Европейского Суда был импортирован во французское административное право, которому он ранее был неизвестным.⁹⁴ Частично такой импорт основывается на предписанной или рекомендованной европейским правом сравнительно-правовой практике Европейского Суда.⁹⁵ В этом же ряду стоит и т.н. «*вертикальный трансферт*», т.е. *экспорт правовых институтов отдельных государств на наднациональный уровень*.⁹⁶ Так, при развитии права должностных лиц в

происхождения. Более подробно о соответствующих концепциях Всемирного Банка см. *Christian Theobald, Zur Ökonomik des Staates. Good Governance und die Perzeption der Weltbank, 2000; Graham Harrison, The World Bank and Africa. The construction of governance states, 2004; см. также к вопросу о развитии на национальном уровне Oliver Meinecke, Rechtsprojekte in der Entwicklungszusammenarbeit. Theorie und Praxis am Beispiel von GTZ-Projekten zur Konsolidierung des Rechtsstaats in Südafrika und Sambia, 2007.*

⁹³ *Kristine Kern, Die Diffusion von Politikinnovationen. Umweltpolitische Innovationen im Mehrebenensystem der USA, 2000, с. 186 и сл.,* здесь автор ошибочно говорит о «вертикальном трансферте».

⁹⁴ Обстоятельно по этому вопросу *Neidhardt* (сноска 12), с. 119 и сл.; см. также *Melleray* (сноска 88), с. 1225 и сл.; аналогичные примеры у *Constance Grewe, Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Revue universelle des droits de l'homme 2004, с. 26 и сл.; Margrit Seckelmann, Im Labor. Beobachtungen zum Rechtstransfer anhand des Europäischen Verfassungsvertrags, Rg 8 (2006), с. 69 и сл.; она же* (сноска 92), с. 108 и сл.

⁹⁵ К вопросу о своеобразии подобного сравнительно-правового подхода см. ниже, пункт 51 и сл.

⁹⁶ По данному вопросу см. *Hans F. Zacher, Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich (1977), в: он же, Abhandlungen zum Sozialrecht, 1993, с. 376, 389 и сл. и с. 404 и сл.; Jonathan B. Wiener, Something Borrowed For Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law, Ecology Law Quarterly 27 (2001), с. 1295 и сл.;* подобный трансферт между отдельными штатами и федеральным

международных организациях и Европейских Сообществах были использованы идеи и принципы национального права государственной службы.⁹⁷ В международном праве защиты климата был рецептирован развитый в американском праве институт торговли квотами на вредные выбросы.⁹⁸ Продуктом такого трансферта является также процедура в Европейском Суде, сформированная в значительной степени под влиянием французского административно-процессуального права.⁹⁹ Богатство накопленного в национальном законодательстве опыта послужили нормативной моделью при установлении важных регулирований в международном праве и в праве Европейских Сообществ.

в) Масштаб и предметы правового трансферта

28. Помимо конкретных структур соответствующего процесса обмена, необходимо также учитывать, в каком масштабе происходит рецепция. Возможный диапазон варьируется от рецепции иностранной системы административной организации и административного права *in complexu* (в целом) вплоть до простого заимствования определенного регулирования конкретной проблемы. Часто соответствующий правовой институт бывает уже на стадии трансферта сознательно изменен и приспособлен к праву реципирующего государства.¹⁰⁰ Так, например, особое положение парламента в области административного контроля в Великобритании привело к тому, что к нововведенному омбудсмену могли обращаться не непосредственно граждане, как в рамках скандинавской модели, а исключительно депутаты парламента.¹⁰¹ Не менее важными являются

уровнем в США см. *Virginia Gray*, *Competition, Emulation and Policy Innovation*, в: *Dodd/Jullson* (Hg.), *New Perspectives on American Politics*, 1994, с. 230, 231.

⁹⁷ *Karl Zemanek*, *Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten?*, *ZaöRV* 24 (1964), с. 453, 465 и сл.; *Georg Ress*, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen*, *ZaöRV* 36 (1976), с. 227, 247 и сл., с. 263 и сл.

⁹⁸ По данному вопросу с дальнейшим систематическим анализом проблематики «вертикального трансферта» см. *Wiener* (сноска 96), с. 1295 и сл.

⁹⁹ Определенные итоги этого процесса см. *Ulrich Everling*, *Das Verfahren der Gerichte der EG im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Mitgliedstaaten*, FS für *Christian Starck*, 2007, с. 535 и сл.; из более ранней литературы см. *Peter Becker*, *Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften*, 1963.

¹⁰⁰ *Richard Rose*, *Lesson-Drawing in Public Policy. A Guide to Learning Across Time and Space*, 1993, с. 29 и сл.; см. также *David Dolowitz/David Marsh*, *Who learns what from whom: a review of the policy transfer literature*, *Political Studies* 44 (1996), с. 343, 349 и сл.

¹⁰¹ По данному вопросу *Rivero* (сноска 49), с. 631; более подробно см. по вопросу о специфике британского Парламентского Уполномоченного по делам администрации (*Parliamentary Commissioner for Administration*) *Stacey* (сноска 82), с. 122 и сл.

различные предметы или объекты трансфертов. Здесь может идти речь об определенной писаной иностранной правовой норме, которую перенимает национальный законодатель, или о решении проблемы в зарубежной судебной практике, вдохновляющей национальные суды. Именно в административном праве особенно важен также *импорт научных системообразующих структур и доктринальных категорий*. В правовой области, в которой законодательная власть действует меньше кодификационно, а скорее выборочно и лишь ограниченно, и в которой во многих странах судебная власть играет особенно важную роль в развитии права, иностранное право часто вообще становится известным исключительно благодаря научной систематизации, которая и делает возможным экспорт и заимствование этого права. Импорт соответствующих иностранных категорий и концепций впоследствии постепенно меняет также и восприятие собственного права в стране-импортере.¹⁰² Так, административное право Англии и Соединенных Штатов Америки часто становилось даже для национальных исследователей очевидным в своей самобытности лишь вследствие того, что оно было систематизировано в категориях административного права континентальной Европы.¹⁰³

с) К вопросу о научно-правовом анализе трансфертов

29. Помимо подобной феноменологии правовых трансфертов в административном праве, соответствующие обменные процессы ставят и ряд других принципиальных вопросов. Так, даже при буквальном (точном) заимствовании писаной правовой нормы встает вопрос, не меняется ли ее природа при подобном трансферте.¹⁰⁴ В рамках системно-теоретического

¹⁰² Весьма наглядно по данному вопросу *Rivero* (сноска 49), с. 629 и сл.

¹⁰³ Не случайно, что первая серьезная работа по современному английскому административному праву была написана иностранным юристом, а именно германским специалистом в области государственного права *Отто Кёлльройтером (Otto Koellreutter)*, см. по данному вопросу ниже, пункт 45. Уже *фон Моль (von Mohl)*, сноска 61), с. 7, заметил, что «иностранцы внесли поразительно большой и в значительной степени наиболее существенный вклад» в английское административное право. *Bell* (сноска 28), с. 1260 сноска 1, справедливо формулирует с современной британской точки зрения: «Во многих отношениях, отличительное английское определение субъекта стало результатом интенсивного сравнения с другими юрисдикциями (*In many ways, the English distinctive definition of the subject has come out of intense comparison with other jurisdictions*)». Также и исторически первые систематизации административного права США были осуществлены авторами, представлявшими германскую научно-правовую традицию; см. по данной проблематике в целом ниже, пункты 40, 44 и сл.

¹⁰⁴ До сих пор особый интерес представляет известное исследование в области частноправовой компаративистики *Felix Hollmack, Grenzen der Erkenntnis des*

подхода следует подумать, не означает ли этот трансферт автоматически выход за рамки границ системы и, тем самым, неизбежно реконфигурацию заимствованного правового института в ином контексте.¹⁰⁵ Если при этом подчеркивается глубина культурно-правового измерения соответствующей национальной правовой системы, то тем более будет аналогичным образом ставиться под вопрос возможность и целесообразность осмысленного трансферта права.¹⁰⁶ Также и в дискуссии, касающейся правовых трансфертов, наблюдается по этой причине фундаментальный спор между идеологией конвергенции и идеологией дифференциации,¹⁰⁷ который находит свое выражение здесь в приверженности либо более позитивному, либо соответственно, скорее, более скептическому подходу к трансплантации права.¹⁰⁸ Помимо этого, нередки и случаи, когда произведенная рецепция вообще не приводит к сближению или конвергенции соответствующих правопорядков, а осуществляется по принципу известной детской игры в «испорченный телефон». Как и в случае трансплантации органов, новый орган, кроме того, может лишь с трудом прижиться в принимающем организме или же может быть им вообще отторгнут. Перенятые нормативные комплексы могут оказаться изолированными в рамках принимающей правовой системы или стать лишь внешним официальным фасадом, за которым без изменений продолжают свое дальнейшее существование более ранние правовые структуры.¹⁰⁹ По словам *Роберта фон Моля (Robert von Mohl)*, «просто

ausländischen Rechts, 1919. *Hollmack (Холдак)* на примере рецепции правил французского *Торгового Кодекса (Code de Commerce)* в Бельгии показал, насколько различно развивалась здесь правовая практика, несмотря на совпадение основополагающих норм, общий язык и даже учет постановлений и решений высших иностранных судов. На основе своего анализа он сформулировал методически фундаментальный вывод о своеобразии процессов рецепции чужого права (с. 42 и сл. и с. 95 и сл.), подчеркнув, что «процесс рецепции всегда включает в себя элемент инновации» (с. 101).

¹⁰⁵ *Fögen/Teubner* (сноска 86, с. 38 и 45) делают на этой основе еще более радикальный вывод о том, что никакого трансферта права не существует, существуют лишь «различные трансграничные пересечения при ресигнификации правовых норм».

¹⁰⁶ *Legrand* (сноска 86), с. 111 и сл.

¹⁰⁷ Также и по данной проблеме весьма обстоятельно у *Холдака* (сноска 104), с. 43 и сл.

¹⁰⁸ Обобщающее противопоставление обеих перспектив у *Rose* (сноска 100), с. 34 и сл. (в качестве диаметрально противоположных точек зрения он выделяет «всеобщую функциональную взаимозаменяемость» (*total fungibility*) и «всеобщую самоизолированность» (*total blockage*); см. также *Martin de Jong/Virginie Mamadouh/Kostantinos Lalenis*, Drawing Lessons about Lesson Drawing, в: *они же* (Hg.), *The Theory and Practice of Institutional Transplantation. Experiences with the Transfer of Policy Institutions*, 2002, с. 283; *Seckelmann*, Im Labor (сноска 94), с. 72 и сл.

¹⁰⁹ Общие социально-научные размышления по данному вопросу см. *Rudolf Stichweh*, *Transfer in Sozialsystemen: Theoretische Überlegungen*, в: *Duss u.a.* (сноска 84), с. 1, 10.

заимствование форм без духа последних не будет иметь действия, а трансплантация учреждения в совершенно иные условия будет иметь отличающийся, возможно, прямо противоположный эффект».¹¹⁰

30. Не нужно быть радикальным сторонником теории дифференциации, чтобы прийти к убеждению, что трансферт права практически никогда не будет состоять в том, что правовой институт, известный в исходной правовой системе, будет воспринят точно таким же образом и в такой же форме в принимающем правовом порядке. «*Quidquid recipitur ad modum recipientis recipitur* («всё, что принимается, принимается согласно устройству принимающего»)»¹¹¹, так гласит старая схоластическая аксиома. Так, например, через европейское право немецкий принцип пропорциональности или соразмерности (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) вошел в британское административное право. В результате этого, британское административное право хотя и изменилось, но, тем не менее, в нем не возникло стандарта контроля, аналогичного тому, который сложился в германской догматике. Традиции парламентского суверенитета (*Parlamentssouveränität*) и сдержанное (консервативное) отношение к институту судебного контроля органов управления приводит к тому, что принцип пропорциональности после его импорта в британское административное право приобретает там иные контуры, чем в германском праве. Распространение какого-либо правового института не означает автоматически конвергенции; оно может сопровождаться также и сохранением прежних или даже возникновением новых расхождений (дивергенцией).¹¹² По этой причине, при анализе трансфертов права скорее представляется более уместной сформулированная *Гюнтером Тойбнером* (*Gunther Teubner*) идея «правовой ирритации» (*Rechtsirritation*).¹¹³ Перенос

¹¹⁰ *von Mohl* (сноска 61), с. 3 (относительно рецепции английских государственных институтов на европейском континенте).

¹¹¹ См. *Thomas von Aquin*, *Summa theologica*, Ausgabe 1852, Bd. 1, Quaestio 75, Articulus V, 4: «*Manifestum est enim quod omne quod recipitur in aliquo, recipitur in eo per modum recipientis*» (Ведь представляется очевидным, что все, что где-нибудь будет воспринято, будет воспринято тут согласно способу воспринимающего.).

¹¹² *Christoph Knill/Florian Becker*, *Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union*, *Die Verwaltung* 2003, с. 447 и сл.; см. также *Carol Harlow*, *Export, Import. The Ebb and Flow of English Public Law*, *Public Law* 2000, с. 240 и сл.; *Matthias Ruffert*, *Die Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union*, в: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, с. 165, 199; *Seckelmann* (сноска 108), с. 78.

¹¹³ *Gunther Teubner*, *Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes*, в: *Dux/Welz* (Hg.), *Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, 2001, с. 351, 353.

нормы или правового института в другую правовую систему означает для принимающего правопорядка определенную ирритацию. Это вызывает, в свою очередь, непредсказуемые ответные реакции, при которых изменяется как смысл импортированной нормы, так и внутренний правовой контекст. Тем не менее, нужно проявлять особую осторожность, чтобы избежать онтологизации участвующих в правовом трансфере правопорядков, представляя их своего рода «черными ящиками» (*black boxes*). Напротив, именно восприятие повсеместности и безграничности явлений правового обмена может служить эффективной «вакциной» против иногда встречающейся в сравнительном правоведении тенденции к противопоставлению национальных правовых систем *en bloc*, которое скорее еще более усиливает национальное предпонимание и самооценку, а не подвергает их критическому анализу.¹¹⁴ Именно критическое рассмотрение многообразных феноменов экспорта и импорта права может вывести из некоторых тупиков традиционной компаративистики.

IV. История административно-правовой компаративистики

31. История административно-правовой компаративистики поставляет разнообразный наглядный материал, иллюстрирующий специфические задачи и проблемы сравнительного правоведения в области административного права. Эта история является относительно короткой, такой же короткой, как и история административного права как отрасли права и как научной дисциплины. Несмотря на наличие его разнообразных «прототипов» - предшественников в каноническом праве¹¹⁵ и в территориальной организации государств раннего Нового времени¹¹⁶, которые также всегда сопровождались наблюдением иностранных систем управления¹¹⁷, современная история административного права начинается только после Французской революции,¹¹⁸ точнее с конституционно-

¹¹⁴ К этой общей угрозе в компаративистике см. *Espagne* (сноска 87), с. 35 и сл.

¹¹⁵ *Gabriel Le Bras*, *Les origines canoniques du droit administratif*, в: *L'évolution du droit public. Études offertes à A. Mestre*, 1956, с. 395 и сл.

¹¹⁶ Обзор истории развития в различных европейских странах см. Heuven (Hg.), *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa*, 1982.

¹¹⁷ См. примеры этого *Rivero* (сноска 75), с. 14.

¹¹⁸ О дискуссии по вопросу о существовании и значении административного права в условиях *Ancien Régime (прежнего режима)*, а также преемственности и неравномерности его развития особенно на примере Франции см. подробное изложение *Jean-Louis Mestre*, *Introduction historique au droit administratif français*, 1985; *он же*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*: Bd. III: *Verwaltungsrecht in Europa*: Grundlagen, 2010,

правовой юридикации (узаконения) отношений между администрацией и гражданами.¹¹⁹ Таким образом, девятнадцатый век во всей Европе стал эпохой становления административного права¹²⁰, в которую одновременно возникает и административно-правовая компаративистика. Уже на этой начальной стадии развития административного права сравнительное административное правоведение не просто представляет собой лишь вспомогательную отрасль административно-правовой науки; напротив, оно является ее фундаментом. В стремлении лучше понять структуру и *проприум*, т.е. наиболее специфические и особенные свойства административного права конституционного государства, считалось чем-то самым собой разумеющимся и естественным, смотреть за пределы собственных границ и собирать информацию о развитии административного права в соседних государствах. После 1900-го года, национальные административно-правовые науки оказываются затем все более и более изолированными друг от друга. Сравнительный метод после этого перестает быть конститутивным для административного права, и становится предметом исследования лишь ограниченного числа экспертов. Только под влиянием европейской интеграции эта ситуация существенно изменится.

§ 43 пункт 19 и сл.; *Benoît Plessix*, *Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français*, *Droits* 38 (2003), с. 113 и сл. (здесь подчеркивается преемственность по отношению к *Ancien Régime*); *Grégoire Bigot*, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, 2002, с. 18 сл. (здесь, наоборот, подчеркивается инновационное развитие, начало которому было положено революцией); см. по данному вопросу также *Patrice Chrétien*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, 2011, § 61 пункт 1 и сл.

¹¹⁹ Обобщающий анализ *Michael Stolleis*, *Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft*, в: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 2 пункт 4 и сл.

¹²⁰ В отдельных странах в результате особенностей их развития процесс становления административного права, естественно, заметно отставал. Такое отставание было характерно, например, для Швейцарии, где корпоративные представления о государстве, сложность федеративного государственного устройства и отсутствие собственного административного судопроизводства замедляли и ослабляли это развитие; см. по данному вопросу *Schindler* (сноска 84), § 49 пункт 12 и сл.; *Pierre Tschannen*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, 2011, § 67 пункт 2 и сл.

1. Исходная ситуация, сложившаяся к началу 19-го века

32. В целом, «долгий» девятнадцатый век поистине был «золотым веком» компаративистики (Ницше). Причины этого разнообразны.¹²¹ В юриспруденции заканчивается долгая эра «единого права» в Европе. Его место занимают национальные кодификации на соответственно родном, национальном языке. Латинский язык утрачивает свое общеевропейское значение как язык науки и обучения. В результате этого заметно возрастает дистанция между различными правовыми системами и становится очевидным, что они как и в предшествующие периоды должны заново «открываться» друг для друга. В социальной философии больше не существует традиционного аристотелизма, и с этим подходит к концу также долгая эпоха «естественного» права, независимого от времени и национальной или государственной принадлежности. К 1800-му году еще раз стремительно расширяются географические представления об исследованных территориях, что отражается в сообщениях таких исследователей-путешественников, как *Джеймс Кук (James Cook)*, *Джордж Форстер (Georg Forster)* и *Александр фон Гумбольдт (Alexander von Humboldt)*. Новое восприятие времени и пространства позволяет отчетливо ощутить всю относительность собственного национального опыта. Как и другие важные социальные явления, также и право начинает теперь подвергаться все более значительной историзации и релятивизации. И как раз современное этой эпохе сравнительное правоведение делает это возможным. Поскольку право не воспринимается больше как выражение вневременных и неизменных принципов, а выступает в качестве продукта человеческой деятельности, который подвержен изменениям, оно может постигаться в своей соответствующей действительности и относительности. По этой причине, с точки зрения современников, и становится необходимым новое сравнительное правоведение. Связано это с тем, что чем больше связывающего, объединяющего и общеобязательного исчезает, тем настоятельнее становится потребность найти в сравнении своего рода «эмпирическую замену» этому.

33. В области публичного права положение радикально изменилось после Французской революции, в общем можно сказать с возникновением конституционного движения, которое, сформировавшись вначале в США и во Франции, к концу 18-го века охватило всю Европу. Это нашло отражение в принятых в этот период конституциях и кодифицированных

¹²¹ Убедительный обобщающий анализ см. *Stolleis, Nationalität und Internationalität* (сноска 34), с. 179 и сл.; см. также *Léontin-Jean Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. 1: Einführung in die Rechtsvergleichung, 1971, с. 88 и сл.*

конституционных текстах, которые в различных формах провозглашали новый, антисловный порядок свободы и равенства. Все новые и новые «волны конституций» - в эпоху революции и в период власти Наполеона, после Венского конгресса в 1815-ом году, во время французской революции 1830-го года, и, наконец, в 1848/49-х годах - приводили к появлению более современных конституционных текстов, которые были в значительной степени взаимообусловлены и взаимосвязаны друг с другом. Как ни парадоксально, но это создавало предпосылки для возникновения принципиально новой формы сравнительного правоведения в области публичного права. С одной стороны, в соответствующих писанных конституционных документах с особой силой проявлялась правовая самобытность государств: право было теперь - каким бы искусственным оно в деталях и не представлялось - государственным, национальным правом. С другой стороны, этот процесс также сопровождался новой формой обмена и взаимодействия, что со всей настоятельностью предполагало необходимость сравнения. В новом многообразии сообщества государств конституционные документы походили друг на друга самым различным образом: были первичные и производные тексты, открытые и скрытые заимствования всех видов и качества. Для континентальной Европы очевидным было сравнение с французским правом с его неисчерпаемым богатством послереволюционных конституций, в то время как для французских авторов, в свою очередь, точкой отсчета для сравнительных исследований служило, прежде всего, английское конституционное право.¹²² Многочисленные коллективные работы делали соответствующие тексты доступными для более детальных исследований.¹²³ Именно в Германии в широкой дискуссии по разработке конституционных текстов и в полемике о либеральной или консервативной интерпретации конституционной монархии сравнительное конституционное правоведение приобрело особое значение. Взгляд, полный энтузиазма или критики, обращался при этом, в первую очередь, на запад, на опыт Франции и Великобритании.

¹²² Roberto Scarciglia, Profili storici dell'insgenamento del diritto pubblico comparato, в: Scarciglia/Padovini (Hg.), *Diritto e Università. Comparazione e formazione del giurista nella prospettiva europea*, 2003, с. 77, 93 и сл.

¹²³ Так, например, известный государствовед из Саксонии *Карл Людвиг Хайнрих Пеллутц* (*Karl Ludwig Heinrich Pöhlitz*) опубликовал получивший широкое признание четырехтомный труд «Конституционное право европейских государств» («Die Konstitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren (1817-1825; 1832-33)»). Более подробно о его исследованиях см. *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 1992, с. 165 и сл. Аналогичное этому произведение французских авторов *Pierre Armand Dufau/Jean Baptiste Duvergier/Jean Guadet*, *Collection des Constitutions, Chartes Et Lois Fondamentales Des Peuples De l'Europe et Des Deux Amériques; Avec des Précis Offrant l'Histoire Des Libertés et Des Institutions Politiques Chez les Nations Modernes*, 6 Bde., 1821-1823.

2. Сравнительное правоведение в административном праве в середине 19-го века; общее административное право Германии как продукт внутригерманской компаративистики

34. Этот взгляд на соседей касался, однако, не только конституционных вопросов, но и трудно отделимых от них вопросов постепенно развивавшегося административного права, начиная с правового регулирования положения неимущих лиц и муниципального права и вплоть до регулирования ответственности государства и судебного контроля администрации.¹²⁴ В Германии наиболее влиятельными авторами были, в первую очередь, *Карл Соломон Цахария (Carl Salomo Zachariae)* и *Роберт фон Моль (Robert von Mohl)*. Цахария основал в 1829-ом году вместе с *Карлом Йозефом Антоном Муммермайером (Karl Josef Anton Mittermaier)* «Критический журнал правовой науки и законодательства зарубежных стран» (*Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*),¹²⁵ в котором интенсивно исследовалось как раз иностранное публичное право.¹²⁶ В середине века затем следуют *Рудольф фон Гнейст (Rudolf von Gneist)* с подробными сравнительными исследованиями английского административного права¹²⁷ и *Лоренц фон Штейн (Lorenz von Stein)*, который в рамках европейской доктрины сравнительного административного права рассматривал, прежде всего, французское, английское и немецкое административное право¹²⁸. Также он использовал исторический и сравнительный метод, в частности, в такой

¹²⁴ Обобщающий обзор см. *Erk Volkmar Heyen*, *Französisches und englisches Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtsvergleichung des 19. Jahrhunderts*: Mohl, Stein, Gneist, Mayer, Hatschek, *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte* 8 (1996), с. 163 и сл.

¹²⁵ О роли, которую сыграл данный журнал, см. *Constantinesco* (сноска 121), с. 112 и сл. По вопросу о значении пионерских работ *Муммермайера* в области уголовно-правовой компаративистики см. *Lars Hendrik Riemer*, „Die Welt regiert sich nicht durch Theorien“. *Strafrechtsvergleichung und Rechtspolitik in Karl Josef Anton Mittermaiers Konzept einer „praktischen Rechtswissenschaft“*, в: *Kesper-Biermann/Overath* (Hg.), *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930)*. *Deutschland im Vergleich*, 2007, с. 19 и сл.

¹²⁶ Примеры в области административного права см. *Heyen* (сноска 124), с. 164 сноска 3; об исследованиях германского публичного права во Франции см. *Jean-Louis Mestre*, *La connaissance des droits administratifs allemands en France entre 1830 et 1869 à partir de la „Revue étrangère“ de Foelix*, *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte* 2 (1990), с. 193 и сл.

¹²⁷ *Rudolf Gneist*, *Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, 2 Bde., 1857/1860.

¹²⁸ *Lorenz Stein*, *Die Verwaltungslehre*, 7 Bde., 1865-1868; *он же*, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*, 1870.

области, как водное законодательство.¹²⁹ В немецкоязычных странах взгляд через границы государств - например, из Австрии на Германию¹³⁰ - в любом случае, представлял собой нечто само собой разумеющееся. При этом именно в Германии часто западные модели, будь то из Франции или из Англии, активно востребовались для развития своей собственной национальной системы управления.¹³¹ Так, в 1857-ом году *фон Гнейст*, обосновывая свой интерес к исследованию английского административного права - которое он, кстати, сравнил с «походом через непроходимый лес», - писал: «универсальность немецкого духа в любом случае любит постоянное сравнение с зарубежными нациями. После того, как французская модель государственного устройства перестала быть для нас примером для подражания, на передний план более, чем когда-либо, выдвинулась Англия».¹³² Староанглийская традиция организации самоуправления на общественных началах, примеры которой были уникальным образом германизированы (боруссифицированы) *Гнейстом*, должны были служить ориентиром для конституционной модернизации прусско-германского управления, направленной на создание правового государства.¹³³ Не менее важным являлось сравнение в тот период также и во Франции, где многие видные исследователи, начиная с *Ансельма Батби* (*Anselme Batbie*) и кончая *Эдуаром Лаферрьером* (*Edouard Laferrière*), в

¹²⁹ *Lorenz Stein*, Die Wasserrechts-Lehre, Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft 18 (1866), с. 227 и сл.

¹³⁰ *Wilhelm Brauner*, Formen und Tragweite des deutschen Einflusses auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft 1850-1914, в: Heyen (сноска 76), с. 249 и сл.

¹³¹ Обобщающий анализ английской практики см. *Wolfgang Pöggeler*, Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht. Ein Beitrag zur Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte 1748-1914, 1995.

¹³² *Rudolf Gneist*, Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1857, с. V и VI («Поход через непроходимый лес»). В этом смысле внимание заслуживает также его предисловие к третьему изданию с измененным заглавием: *Rudolf Gneist*, Das Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den Deutschen Verwaltungssystemen, Bd. 2, ³1884, с. III и сл.: «Тем более, что здесь [в Англии] можно было встретить многое, что могло бы быть взято в качестве примера для подражания» (с. III). Наглядно по данному вопросу см. *Julius Hatschek*, Artikel: Gneist, ADB 49 (1904), с. 403, 408: «Почти все из этих людей имеют ту особенность, что они обращали свой взгляд на опыт Англии, когда дома наступало чрезвычайное положение, и в отечественном государстве происходил или угрожал произойти серьезный кризис. С подобным политически предвзятым взглядом они рассматривали английскую модель и конструировали в английское право те факты, которые они считали необходимыми для дальнейшего развития отечественной государственности. Также и Г. [Гнейст] не смог избежать этого.»

¹³³ Более подробно о «пионерском» вкладе Гнейста в административно-правовую компаративистику см. *Christoph Schönberger*, Die altenglische Selbstverwaltung als Vorbild für den preußischen Rechtsstaat: Rudolf von Gneist (1816-1895), FS zum zweihundertjährigen Bestehen der Berliner Juristenfakultät, 2009.

своих монументальных работах по французскому административному праву подробно рассматривали системы административного права основных стран континентальной Европы как нечто естественное и очевидное.¹³⁴

35. Метод административно-правового сравнения в то время вряд ли стал предметом специального обсуждения. Лишь один *Лоренц фон Штейн* посвятил ему отдельное исследование. Он увидел предпосылки для использования компаративного метода в общности регулируемых жизненных условий, на основании которых затем должен был проводиться, в первую очередь, историко-правовой анализ особенностей соответствующих путей национального развития.¹³⁵ Редкость подобного непосредственного методического самоанализа объясняется тем обстоятельством, что сравнение в то время было «естественным» методом постепенно развивающейся науки административного права.¹³⁶ Это имело под собой как чисто прагматические основания, так и причины более принципиального характера.¹³⁷ Самострахование относительно права на существование и относительно задач еще юного административного права, и сопровождающей его науки, политико-правовой интерес к возможности

¹³⁴ *Anselme Batbie*, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne, et de l'Espagne, la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789 et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, 8 Bde., 1862-1868; *Edouard Laferrière*, *Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*, 2 Bde., 1887/1888; по этому вопросу *Jean Rivero*, *Droit administratif français et droits administratifs étrangers* (1969), в: de Laubadère u.a. (Hg.) *Pages de Doctrine*, Bd. 2, 1980, с. 475, 477. Так например, уже у *Лаферриера* как фактического отца-основателя современного французского административного права (более подробно об этом авторе см. *Pascale Gonod*, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, 1997) можно найти обширные пассажи, касавшиеся основных европейских систем административного права, а также формирующегося американского административного права. При этом автор с удовлетворением констатирует особое влияние французского административного права: *Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*, Bd. 1, 21896, Предисловие, с. V: «[...] реформы, проведенные за границей, как представляется, чаще всего опираются на французские идеи (*les réformes accomplies à l'étranger semblent le plus souvent s'inspirer des idées françaises*)».

¹³⁵ *Lorenz Stein*, *Über die Aufgabe der vergleichenden Rechtswissenschaft, mit besonderer Beziehung auf das Wasserrecht*, *Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft* 7 (1861), с. 233, 235 и сл.

¹³⁶ Точно подмечено у *Bernd Wieser/Bernd Kante*, *Vergleichendes Verfassungs- und Verwaltungsrecht in Österreich von 1848 bis 1918 – Eine Bibliographie*, *ZÖR* 57 (2002), с. 251, 286.

¹³⁷ По данному вопросу *Heyen* (сноска 124), с. 163 и сл. и 188 и сл.

рецепции решений, предложенных для регулирования аналогичных проблем¹³⁸, и не в последнюю очередь, также сооружение отличного от других наций, собственного национального административного права играли здесь, равным образом, определенную роль. Интернациональность и национальность были диалектически взаимосвязаны друг с другом, взгляд на другие государства нельзя было отделить от взгляда на собственное государство, восприятие и познание чужого было также всегда - и часто даже прежде всего – восприятием и познанием самого себя.

36. Своеобразием немецкого сравнительного правоведения в области публичного права стала также *внутригерманская компаративистика*, т.е. сравнительные исследования правовых систем различных германских государств (земель). В этих рамках было научно разработано (все)общее германское государственное право, юридическое действие и содержание которого, правда, оставались во многом неясными и противоречивыми.¹³⁹ Признаки, типичные для различных правовых систем территориальных государств, определялись путем сравнения и провозглашались общеобязательными. При этом, при формировании соответствующих понятий часто еще присутствовали элементы естественно-правового наследия «общей разумности». Вплоть до образования империи это общегерманское государственное право служило в качестве общего национального и конституционного связующего звена между отдельными германскими государствами. Соответствующие тенденции существовали также и в формировавшейся в это время науке административного права.¹⁴⁰ Так, в 1862-ом году глава Вюртемберга *Фридрих Франц Майер (Friedrich*

¹³⁸ Это было в особой степени справедливо также для таких специальных отраслей административного права, как горное или социальное право, которые в результате технического и социального развития были подвержены стремительным переменам: *Wieser/Kante* (сноска 136), с. 287.

¹³⁹ *Manfred Friedrich*, Die Erarbeitung eines allgemeinen deutschen Staatsrechts seit der Mitte des 18. Jahrhunderts, JöR n. F. 34 (1985), с. 1 и сл.; *Carl Schmitt*, Das „Allgemeine Deutsche Staatsrecht“ als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung, ZgesStW 100 (1940), с. 5 и сл.; более подробно по данному вопросу см. *Carsten Kremer*, Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtswissenschaft des Carl Friedrich von Gerber, 2008, с. 71 и сл.

¹⁴⁰ Аналогичная ситуация сложилась позже в Польше после восстановления государственности в 1918-ом году, когда, ввиду сохранения действия русской, прусской, австрийской и венгерской правовых систем в различных районах польского государства, сравнительное правоведение и унификация права стали общегосударственной, национальной задачей: *Irena Lipowicz*, Rechtsvergleichende Perspektiven der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, с. 155, 156 и сл.; более подробно о развитии ситуации в Польше см. *Andrzej Wróbel*, в: Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, 2010, § 47 пункт 41 и сл.

Franz Mayer) предпринял попытку, посредством сравнительного анализа систем административного права в отдельных немецких государствах развить принципы общегерманского административного права. При этом он учитывал также и французское административное право, игравшее определяющую роль в Южной Германии.¹⁴¹ Для *Майера* контуры соответствующих национальных правовых институтов становились более очевидными именно через сравнение. В то же время, он полагал, что сможет на этом пути найти право-политические модели для стран с «менее развитыми системами позитивного права».¹⁴² Именно подобное сравнение служило поводом для научной абстракции и разработки общих основополагающих юридических понятий и правовых институтов.¹⁴³ В отличие от французского административного права, которое возникло в 19-ом веке на основании административно-правовой судебной практики, в Германии административное право явилось, в первую очередь, продуктом научно-теоретических исследований. Именно здесь посредством теоретических обобщений была вообще заложена основа для единства германского административного права, перекрывавшего разнообразие отдельных национальных административно-правовых систем.¹⁴⁴ Подход, который при этом практиковался в германском государственном праве и который состоял в том, что общие, объединяющие и способные

¹⁴¹ *Friedrich Franz Mayer*, Grundsätze des Verwaltungs-Rechts mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, sowie auf neuere Gesetzgebung und bemerkenswerthe Entscheidungen der obersten Behörden zunächst der Königreiche Preußen, Baiern und Württemberg, 1862; о разработанном *Майером* методе сравнительного правоведения в области административного права см. *Bodo Dennewitz*, Die Systeme des Verwaltungsrechts. Ein Beitrag zur Geschichte der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft, 1948, с. 67 и сл.; *Toshiyuki Ishikawa*, Friedrich Franz von Mayer. Begründer der juristischen Methode im deutschen Verwaltungsrecht, 1992, с. 116 и сл.; *Christian Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, с. 1021, 1022.

¹⁴² *Mayer* (сноска 141), с. 49: Здесь имеется значительная научная выгода «в результате того, что, во-первых, четче и определенной проявляются своеобразные трансформации какого-либо правового института в конкретной стране по сравнению с развитием аналогичного института в других странах; во вторых, дальнейшее развитие определенного правового института часто представляется в отдельных странах как соответствующее понятию и природе данного института, и в других странах правовые выводы, которые ввиду недоразвитости позитивного права могли бы быть сделаны по данному поводу, учитывая авторитетное влияние этого развития, имели бы более солидное обоснование, в то время, как в любом случае, таким образом, могут быть сформулированы исходные пункты для дальнейшего положительного развития права».

¹⁴³ По данному вопросу очень точно *Dennewitz* (сноска 141), с. 67 и сл.

¹⁴⁴ Это противопоставление у *Rivero* (сноска 75), с. 82 и сл. До известной степени, в результате приоритета права земель во многих областях административного права, как например, в области муниципального права и защиты правопорядка, подобная ситуация продолжает сохраняться и по сей день в современной ФРГ; см. по данному вопросу *Beinhardt* (сноска 33), с. 151.

содействовать гармонизации, «прогрессивные» элементы выводились на передний план по сравнению с соответствующими специфическими особенностями, напоминает некоторые сегодняшние усилия по созданию единого европейского административного права.

3. Французское административное право: архетип, но не прототип

37. Для становления административного права в европейских государствах Франция играла такую же роль, как Великобритания в области конституционного права. Если послереволюционная наука конституционного права в значительной степени развивалась из дискуссии вокруг британского парламентаризма, то соответствующая теория административного права формировалась, прежде всего, под влиянием полемики вокруг французского административного права. Подобно тому, как британская конституция воспринималась как самоочевидная и «естественная» модель либерального конституционализма в целом, также и французское административное право, безусловно, признавалось матрицей административного права, которая прямо-таки призывала к применению сравнительного метода. Административно-правовая компаративистика означала поэтому в 19-ом веке, в первую очередь, «пассивное отклонение или активную переработку французской системы».¹⁴⁵ Особое положение Франции и французского административного права не было лишено при этом определенного парадокса. Ибо это административное право оставалось в пределах континентальной Европы во многих своих специфических чертах совершенно уникальным. Его появлению предшествовало возникновение централистского государства с весьма авторитарными тенденциями, и оно способствовало обособлению управления и административного права, включая вопросы ответственности и договорного права с такой полнотой, которой до сих пор не достигла ни одна другая европейская страна.¹⁴⁶ Причины этого лежат в особенностях государственного развития Франции после 1789-го года. В последующей реакции на разнообразные конфликты между центральной монархической

¹⁴⁵ По данному вопросу очень точно *Strömholm* (сноска 16), с. 616.

¹⁴⁶ По данному вопросу *Rivero* (сноска 17), с. 395 и сл. Тем самым, можно вполне считать, что парадокс здесь заключается в том, что данная система административного права, которая в значительной степени коренится во французской национальной истории и помимо этого основывается на судебной юридической казуистике, смогла стать популярным предметом правового экспорта: *Yves Gaudemet, L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe, Mélanges Philippe Ardant, 1999, с. 431 и сл.*

властью и могущественными высшими судами (*parlements*) в условиях *дореволюционного режима (Ancien Régime)*¹⁴⁷ в ходе революции утвердилось понимание, что принцип разделения властей запрещает любое вмешательство (обычной) юрисдикции в сферу управления.¹⁴⁸ Это создало условия для того, чтобы учрежденный Наполеоном в 1799-ом году *Государственный Совет (Conseil d'État)* был компетентен рассматривать любые правовые вопросы, касавшиеся управления, в том числе вопросы государственной ответственности и договорного права без оглядки на суды общей юрисдикции. В результате этого в рамках французского *административного права* было осуществлено отграничение управления от частного права и от общей юрисдикции довольно уникальным образом. Оно служило для других континентально-европейских систем административного права скорее архетипом, чем прототипом¹⁴⁹, подобно тому, как и британская конституция, осталась, несмотря на значительное число ее иностранных почитателей, неповторимой, особенной системой.

38. Выражением подобной архетипической роли французской модели стало, например, то, что *Отто Майер* в конце 19-го века разработал свою административную систему под воздействием его анализа французского административного права, сконструированного *Государственным Советом*.¹⁵⁰ Он увидел в административном праве Франции

¹⁴⁷ Более подробно к вопросу о конфликтах между *parlements* и монархической бюрократией в условиях дореволюционного *Ancien Régime* см. *Christoph Schönberger, Frankreichs Parlamente im späten Ancien Régime. Gerichtshöfe zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit, ständischer Opposition und moderner Nationalrepräsentation*, в: *Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 10. bis 12. März 2008*, Beiheft zu „Der Staat“ (erscheint 2009).

¹⁴⁸ «Негативное» разграничение по отношению к предшествовавшему положению *parlements* нашло свое выражение также в обобщающем описании новой, существенно ограниченной роли судов в статье 3 главы V раздела III Конституции 3 сентября 1791-го года: «Суды не могут ни вмешиваться в осуществление законодательной власти или приостанавливать исполнение законов, ни брать на себя административные функции или вызывать к себе представителей органов управления для объяснений по поводу их деятельности». Более подробно о революционной реорганизации юстиции см. *Jean-Pierre Royer, Histoire de la justice en France*, 2001, с. 273 и сл.

¹⁴⁹ *Jean Rivero, Droit administratif français et méthode comparative*, *Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales* 23 (1975), Nr. 3/4, с. 375, 380: «Не прототип, воспроизводимый серийно, а, скорее, архетип, как экстремальное выражение определенной тенденции, который является престижным ввиду его уникальности».

¹⁵⁰ *Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886; *он же, Das deutsche Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1895; по данному вопросу *Erk Volkmar Heyen, Otto Mayer: Frankreich und das Deutsche Reich, Der Staat* 19 (1980), с. 444 и сл.; *Alfons Hueber, Otto Mayer – Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht*, 1982, с. 77 и сл., а также с. 148 и

«замечательное произведение искусства, не уступающее по своему значению римскому гражданскому праву»¹⁵¹. Правда, *Maïer* имел далее дело с многообразием систем административного права отдельных германских государств, на уровне которых, в том числе и в вильгельмовской Германии, несмотря на растущую интеграцию в рамках имперского взаимодействия, продолжал оставаться центр управления. Тем не менее, его германское административное право представало вполне «общенемецким административным правом германских государств» в смысле абстрагирующего синтеза.¹⁵² Тем не менее, вряд ли *Maïer* наработал это общенемецкое административное право исключительно через одно только традиционное «внутригерманское» сравнительное правоведение. Наоборот, этому способствовало и его последовательное обращение к системе административного права унитарной Франции, к системе, представлявшей ему целостной и достойной подражания¹⁵³:

сл.; *Francine Graff*, *Otto Mayer et la théorie du droit administratif français en Allemagne*, Thèse Strasbourg III, 1989.

¹⁵¹ *Otto Mayer*, *Besprechung zu: Gaston Jèze, Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik*, 1913, AöR 32 (1914), с. 275, 277.

¹⁵² *Ottmar Bühler*, *Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht (Zweite Auflage)*. Seine Bedeutung für die Praxis und die kommende Zeit der Verwaltungsreform, *VerwArch* 27 (1919), с. 283, 306, с указанием на традиции общего германского государственного права еще до установления империи. Автор говорит здесь также (с. 286) о том, что *Maïer* предложил «теорию немецкого административного права», и в этом смысле его сочинение «в известном смысле абстрагируется от действительных правовых систем отдельных германских государств, которые, однако, до сих пор были определяющими в области административного права, и таким образом, формулирует своего рода «усредненное» административное право для германских государств, которое в таком виде нигде не существовало, но везде исключительно только с сильными изменениями и дополнениями»; см. по данному вопросу auch *Dennewitz* (сноска 141), с. 125 и сл.

¹⁵³ Также *Фридрих Франц Маïер (Friedrich Franz Mayer)*, о нем см. выше, пункт 36, поколением раньше разрабатывал свое общегерманское административное право не только на основе внутригерманской компаративистики, но и ориентировался также уже и на французскую модель. В частности он отмечал, что из практики иностранных государств «особенного внимания, несмотря на некоторые его эксцессы, в силу его ясности и адекватности современному развитию государств, и особенно благодаря степени его научной разработки, заслуживает французское административное право»: *Mayer* (сноска 141), с. 49 сноска 5, указывая при этом на *Габриеля Дюфура (Gabriel Dufour)*; см. по данному вопросу более подробно *Dennewitz* (сноска 141), с. 69 и сл. und 122. По вопросу о последовательном продолжении *Otto Maïerом* сравнительно-правовой традиции единого германского права см. *Schmitt* (сноска 139), с. 19 и сл. *Maïer* пишет в предисловии к «*Deutschen Verwaltungsrecht*», Bd. 1, 1895, с. VII: «Там (т.е. во Франции) передо мной предстало унитарное государство с общенациональным законодательством в чистом виде. Здесь - правовые системы различных земель, которые, в свою очередь, в различной степени подвержены влиянию иностранного, а именно французского права. Там - новое единообразное право-монолит, как оно вышло из горнила революции. Здесь - постепенные плавные переходы, и все пропитано

«Развитие французского права, помимо того, что по времени оно всегда носит немного опережающий характер, а история является всегда более понятной, чем современность, является для нас уже в том смысле особенно поучительным, что при этом, как это свойственно французскому национальному характеру, практически все принципиально новые публично-правовые идеи высказывались и проводились со всей определенностью и решительностью. Мы находим их там, если говорить образно, всегда сразу же в чистом виде»¹⁵⁴.

39. Для *Майера* речь не шла о действительно сравнительно-правовом взгляде на соответствующие особенности, которые он на уровне германской практики как раз хотел преодолеть. Вернее, он предложил целостную научную конструкцию, которая была ориентирована на пример Франции,¹⁵⁵ но в то же время по своему категориальному аппарату была вполне автономной и самостоятельной.¹⁵⁶ Его творчество было также в значительно меньшей степени связано с административным правом современной ему «Третьей республики», а скорее с предшествующим ей авторитарным режимом Второй империи Наполеона III-го.¹⁵⁷ Учитывая то

застывшими остатками старого. Там - основанная на этих предпосылках, укрепившаяся теория с поразительной схожестью подходов различных авторов. Я мог тогда искренне написать, что я был просто докладчиком о подвигах французских юристов. Все юридические термины были полностью разработаны ... Кто хотел бы утверждать, что наша немецкая наука административного права хотя бы приблизилась к аналогичным конечным результатам?».

¹⁵⁴ *Mayer*, Das deutsche Verwaltungsrecht (сноска 150), с. 55 (в оригинале «французского» выделено курсивом).

¹⁵⁵ С преисполненной уважения критикой по данному вопросу уже *Erich Kaufmann*, *Otto Mayer*, *VerwArch* 30 (1925), с. 377, 391 и сл.

¹⁵⁶ Весьма дифференцированно по данному вопросу *Scheuner* (сноска 42), с. 718 и сл., который ставит вопрос о том, действительно ли *O. Mayer* способствовал сближению обеих правовых систем, или же перевод и перестроение в рамки германского понимания и формулирование им новых категорий в значительной степени оттенили его функцию как посредника» (с. 719). Уже современные ему теоретики подвергли поэтому *Майера*, с одной стороны, критике, что он искажает немецкое право, реконструируя его при помощи французских понятий (как, например, *Erich Kaufmann* (*Erich Kaufmann*) [сноска 155]), но, с другой стороны, ему предъявляли также обвинение, что он искажает и французское административное право, описывая его при помощи своего собственного понятийного аппарата, отражающего определенное направление в немецкой правовой науке. (*Edgar Loening*, *Die konstruktive Methode auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes*, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 11 [1887], с. 541, 547 и сл.).

¹⁵⁷ Опубликованная *Майером* в 1886-ом году книга о французском административном праве преследовала, в первую очередь, цель объяснить судебным и государственным чиновникам имперской провинции *Эльзас-Лотарингии* продолжавшее там действовать право, и уже по этой причине содержала ссылки

влияние, которое французское административное право оказало на притяжении всего 19-го века не только в Германии по левому берегу Рейна, и учитывая сходство в структуре государственного чиновничьего аппарата, ориентация *Майера* на французскую модель, в конце концов, имела все же более прочное основание в реальности, чем англофилия *фон Гнейста* поколением раньше.¹⁵⁸ Именно общее административное право, начиная с *Отто Майера* и кончая *Фритцем Фляйнером (Fritz Fleiner)*, развивалось под особенным воздействием сравнения, поскольку как правовая область общих, неcodифицированных принципов оно не могло обойтись без характерной для сравнительного правоведения смеси индукции и абстракции из разных систем административного права.¹⁵⁹

4. Дефицит внимания к англо-американскому административному праву

40. В подобных сравнительно-правовых исследованиях сначала едва ли учитывались опыт Великобритании и Соединенных Штатов. Если *фон Гнейст* и мог еще в середине века провозгласить более старое английское административное право моделью для прусско-немецкого развития, то уже вскоре после этого различия между общим правом (*common law*) и континентальным правом (*civil law*) именно в административном праве представлялись уже непреодолимыми. Тем не менее, в США *Фрэнк Дж. Гуднау (Frank J. Goodnow)* уже в 1893-ем году опубликовал книгу, которая была специально посвящена сравнительному административному праву. В его основополагающем труде «Сравнительное административное право

исключительно на французское административное право по его состоянию на 1870-ый год; см. *Mayer, Theorie* (сноска 150), Предисловие, с. VII и сл. Определяющей для него была французская теория административного права как она сложилась до работ ее собственно современного новооснователя *Ляферриера (Laferrière)*; см. по данному вопросу *Rivero* (сноска 75), с. 83 и сл.

¹⁵⁸ Удачное противопоставление у *Heinrich Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, 1950, с. 744. (сноска 157), Vorwort, с. VIII). Сам *Отто Майер* подчеркивает это со всей отчетливостью: «французское административное право сможет одновременно также претендовать на более общий интерес и у нас. Многие юридические термины, которые теперь стали достоянием немецкой науки, первоначально выросли на его почве, и даже некоторые правовые институты были непосредственно заимствованы некоторыми нашими системами законодательства, в частности в Южной Германии» (сноска 157), предисловие, с. VIII).

¹⁵⁹ *Wieser/Kante* (сноска 136), с. 286 и сл. Примером подобной основанной на применении сравнительного анализа монографии в период до начала Первой мировой войны является исследование *Рудольфа фон Лауна: Rudolf von Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910.

(*Comparative Administrative Law*) были исследованы системы административного права Великобритании, США, Франции и Германии с явной целью, путем сравнения вывести необходимые для молодого североамериканского административного права категории,¹⁶⁰ при этом особое значение имело то, что *Гуднау*, как и другие «пионеры» американского административного права, имел немецкую академическую подготовку и находился под влиянием германских моделей.¹⁶¹ Его исследование было построено в историко-институциональном ключе. В первую очередь, в нем рассматривались развитие и существующие формы соответствующей организации управления на национальном и местном уровне.

41. В отличие от этого, в Англии развитие компаративистики было, однако, сначала серьезно затруднено, прежде всего, самостилизацией Великобритании в страну без административного права ведущим юристом викторианской Англии *Альбертом Венн Дэйси (Albert Venn Dicey)*. *Дэйси* демонстративно противопоставлял практику Великобритании и Франции. Франция являлась для него страной с подчинением публичной власти особому (авторитарному) правовому режиму - а именно административному праву. В то же время Великобритания представляла для него как страна свободы, парламентаризма и общего права, чуждого специальным правовым режимам.¹⁶² Отсутствие автономных административных судов в Великобритании, которое исторически коренится в слове парламентом бюрократических тенденций британской

¹⁶⁰ *Frank J. Goodnow*, *Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems National and Local of the United States, England, France and Germany*, 2 Vde., 1893; по вопросу о значении этого новаторского исследования, недооценивавшегося в течение длительного времени см. *Lepsius* (сноска 70), с. 265 и сл.; *Sabino Cassese*, *Lo studio comparato del diritto amministrativo*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1989, с. 678, 680; *D'Alberti* (сноска 41), с. 99 и сл.

¹⁶¹ По данному вопросу см. *Lepsius* (сноска 70), с. 61 и сл., а также с. 251 и сл.; *Thomas Henne*, *Kontinentaleuropäische Wurzeln des amerikanischen Verwaltungsrechts*, *Ius Commune* 25 (1998), с. 367 и сл.

¹⁶² *Albert V. Dicey*, *Letters introductory to the law of the constitution*, 1885; позже его работа публиковалась под названием: „Introduction to the Study of the Law of the Constitution“. Более подробно об этом см. *Sabino Cassese*, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 19 (1990), с. 5 и сл., здесь, кроме того, анализируются также нюансы позиции *Дэйси* в более поздних изданиях его книги; *Spyridon Flogaitis*, *Administrative Law et Droit Administratif*, 1986, с. 33 и сл.; *Oliver Lepsius*, *Der britische Verfassungswandel als Erkenntnisproblem. Zur andauernden Bedeutung von A. V. Dicey im britischen Verfassungsrecht*, *JöR n. F.* 57 (2009), с. 559, 579 и сл.; *он же*, *Die Begründung der Verfassungsrechtswissenschaft in Großbritannien durch A. V. Dicey*, *ZNR* 29 (2007), с. 47 и сл.

монархии в период Славной революции 1688-ого года¹⁶³, является для *Дайси* как раз выражением либеральной конституции Англии как страны без административного права в континентально-европейском, французском смысле. В подобной же манере французское административное право было подвергнуто ранее критике французскими либералами-англофилами. Так, *Алексис де Токвиль (Alexis de Tocqueville)* заметил во французском административном праве тенденцию к произвольному, авторитарному восприятию государства и противопоставил это идеализированной английской ситуации, в рамках которой, в соответствии с его прочтением, органы управления не обладали никакими особыми правами и подлежали контролю со стороны судов общей юрисдикции. *Дайси* рисует автопортрет Англии конца 19-го века по контрасту к практике Франции, как она была предложена французскими либералами в середине века.¹⁶⁴ Он игнорирует при этом фундаментальную либерализацию французского административного права *Государственным Советом* в первые десятилетия Третьей республики.¹⁶⁵ Его описание заслоняет тот факт, что и в современной ему Англии существовало административное право в смысле специфических правил и прерогатив органов управления, и что последние не были подчинены нормам общего права, в такой же степени, как это действовало в отношении частных лиц.¹⁶⁶ Сосредотачивая свое внимание на отсутствии специальной административной юрисдикции и специфической публично-правовой ответственности в Великобритании, *Дайси* упускает из виду конкретные материальные полномочия британских административных органов.¹⁶⁷ Миф *Дайси* «об административной системе без административного права» (*Cassese, Cassese*) будет затем, в свою

¹⁶³ Обобщающий анализ см. *John David Bowden Mitchell*, *The Causes and Effects of the Absence of a System of Public Law in the United Kingdom*, *Public Law* 1965, с. 95 и сл.

¹⁶⁴ *Alexis de Tocqueville*, *Rapport fait à l'Académie des Sciences Morales et Politiques sur le livre de M. Macarel, intitulé „Cours de droit administratif“ (1846)*, в: *он же*, *Oeuvres Complètes*, Bd. 16: *Mélanges*, 1989, с. 185, 191 и сл. Более подробно о критике *Токвилем* французского административного права и рецепции позиции *Токвиля* со стороны *Дайси* см. *Cassese, Albert Venn Dicey* (сноска 166), с. 45 и сл.; см. также *Françoise Mélonio*, *Tocqueville et les Français*, 1993, с. 198 и сл.; *Lucien Jaume*, *Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté*, 2008, с. 369 и сл.

¹⁶⁵ По данной проблеме см. *Rivero* (сноска 75), с. 158; *Mario Chiti*, *Diritto amministrativo comparato*, в: *Sacco* (Hg.), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Bd. 5, 1990, с. 206, 209.

¹⁶⁶ По данному вопросу см. *Sabino Cassese*, *Il problema della convergenza di diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 1992, с. 23, 26 и сл.; здесь подчеркивается, что *Дайси* вообще не упоминает негативные, антилиберальные черты тогдашнего британского права, такие, как, например, полное освобождение от ответственности королевской власти и ее многочисленной прислуги.

¹⁶⁷ Обстоятельный критический анализ см. *Rivero* (сноска 75), с. 151 и сл.

очередь, долгое время распространен в континентальной Европе¹⁶⁸, что будет сначала препятствовать более дифференцированному рассмотрению особенностей административного права в Великобритании. В результате формирующееся британское административное право, которое как раз на исходе 19-го века с переходом к модели интервенционистского государства обретает более четкие контуры¹⁶⁹, вряд ли получило достаточное освещение в специальной литературе.¹⁷⁰ И только, начиная с периода между двумя мировыми войнами, здесь происходят значительные перемены, и именно сравнительное изучение административного права государств, придерживающихся традиции общего права, позволит сформулировать разнообразные идеи относительно особенностей систем административного права континентальной Европы.¹⁷¹ Не случайно общие исследования по сравнительному административному праву по-прежнему часто основываются на ставшем типическим сравнении моделей Франции и Великобритании.¹⁷²

¹⁶⁸ Например, bei *Josef Redlich*, *Englische Lokalverwaltung. Darstellung der inneren Verwaltung Englands in ihrer geschichtlichen Entwicklung und gegenwärtigen Gestalt*, 1901, с. 470 и сл., а также с. 723 и сл.; современная критика этого в тот период уже у *Ernst Schuster*, *Zum Stand der Lehre von der englischen Lokalverwaltung*, *AöR* 19 (1905), с. 169, 182 и сл. В целом к вопросу о рецепции *Daïci* на континенте см. более подробно *Sabino Cassese*, *La Ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 25 (1995), с. 107 и сл.

¹⁶⁹ См., например, *Martin Loughlin*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, 2010, § 44 пункт 55 и сл.; *Thomas Poole*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Bd. IV: Verwaltungsrecht in Europa, Wissenschaft*, § 62 пункт 8 и сл.

¹⁷⁰ Уже в самом начале 20-го века *Юлиус Гачек (Julius Hatschek)* и прежде всего *Отто Кёлльройтер (Otto Koellreutter)* по-иному взглянули на английское административное право; более подробно об этом см. ниже пункт 45.

¹⁷¹ См., например, *James W. Garner*, *La conception anglo-américaine du droit administratif*, в: *Mélanges Maurice Hauriou*, 1929, с. 335 и сл.; *Bernard Schwartz*, *French Administrative Law and the Common-Law World*, 1954.

¹⁷² См., например, *Flogaitis* (сноска 162), с. 33 и сл.; *D'Alberti* (сноска 41); *Cassese* (сноска 33); с точки зрения истории систем управления: *Heyen (Hg.)*, *Verwaltung und Verwaltungsrecht in Frankreich und England (18./19. Jh.)*, *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte* 8 (1996); с политологической точки зрения: *Françoise Dreyfus*, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'Etat en France, en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis (XVIIIe-XXe siècle)*, 2000. Противопоставление «обеих моделей» Франции и Великобритании см. также у *Sabino Cassese*, в: *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, 2010, § 41 пункт 8 и сл.; *Fromont* (сноска 73), § 56 пункт 23 и сл., а также 61 и сл.

5. Закат административно-правовой компаративистики в государственно-правовом позитивизме

42. С появлением конституционного (государственно-правового) позитивизма к концу второй трети 19-го века сравнительное исследование правовых систем других государств во многих европейских странах, особенно в Германии и Италии, отступает сначала на второй план. С юридической точки зрения необязательные нормы иностранного права не имеют в контексте государственно-правового позитивизма никакого значения, и его уверенность в самостоятельном научном производстве правовых понятий равным образом ничего не может начать со сравнительным правоведением.¹⁷³ Если сравнение в более политико-исторически и эмпирически разработанных концепциях управления *фон Гнейста* или *фон Штейна* еще несколько десятилетий назад было самоочевидным, то отныне оно часто уже воспринимается просто как приложение. При явной или неявной направленности развития в сторону «национального государства» в качестве цели рассматривается теперь создание автономной научной системы соответствующего национального административного права. Для Германии и Италии важным является также и тот факт, что эта задача накладывается на процесс более «позднего» формирования «национального государства», и таким образом, административное право сталкивается с более сложными задачами внутренней интеграции. Кроме этого, также и постоянное расширение и дифференцирование действующих национальных систем позитивного административного права отодвигают применение сравнительных методов теперь на задний план. На протяжении почти всего 19-го века сравнение вообще играло центральную роль при попытке научно осмыслить и разработать административное право в качестве самостоятельной отрасли права. Постоянное противопоставление с другими системами административного права и происходящей там эволюцией, независимо от того, были ли они относительно сопоставимыми или совершенно различными, в принципе вообще только и позволяло понять, что было предметом этой новой, появляющейся дисциплины в национальном государстве. По мере национально-государственной консолидации соответствующих систем административного права сравнение в конце 19-

¹⁷³ Так, например, *Эрнст Рудольф Бирлинг* (*Ernst Rudolf Bierling*) со всей определенностью считал сравнительное правоведение с точки зрения разработки формальной общей правовой доктрины вообще излишним: *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. 1, 1894, с. 32 и далее; *Ханс Навиаски* (*Hans Nawiasky*) уже в период Веймарской дискуссии высказывал мнение, что «из исторически отдаленных или в государственном отношении отдаленных правовых режимов нельзя делать выводы о толковании действующего немецкого права»: *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, *VVDStRL* 3 (1927), с. 25, 26 и сл.

го века утрачивает этот свой статус как самоочевидный фундамент науки административного права¹⁷⁴; кроме того, также и в рамках научных исследований оно все более и более становится уделом экспертов и заинтересованных специалистов. Одним из признаков подобной возрастающей самоизоляции стало и то, что *Отто Майер*, который в первом издании своего учебника в 1895-ом году все-таки посвятил феномену многообразия государственных систем административного права специальное приложение «Международное и федеральное административное право»¹⁷⁵, в более поздних изданиях просто опустил этот раздел.¹⁷⁶

43. Общая дискуссия по вопросам сравнительного правоведения, которая проходила в целом преимущественно в рамках гражданского права, в то время в любом случае еще не восприняла административное право. В эпоху либерального развития представлялось, что частное право и конституционное право являются естественными общими правовыми дисциплинами, в то время, как правила бюрократического вмешательства государства еще не были восприняты.¹⁷⁷ Так например, хотя на одном из наиболее значимых для становления современного сравнительного правоведения Всемирном конгрессе в Париже в 1900-ом году некоторые доклады и были посвящены сравнительному правоведению в области конституционного права, специальные сообщения о применении сравнительного метода в административном плане, в отличие от этого, отсутствовали полностью. Только *Фердинан Ларнод (Ferdinand Larnaude)* остановился в своем докладе о законодательстве и сравнительном правоведении в области публичного права на вопросе, касавшемся административно-правовой компаративистики.¹⁷⁸ Он подчеркнул преимущества научных исследований, которые могут быть получены через сопоставление национального права с другими правовыми системами. Одновременно он призвал к осторожности при использовании правового

¹⁷⁴ *Chiti* (сноска 165), с. 207 и сл.

¹⁷⁵ *Mayer* (сноска 154), Bd. 1, Anhang: § 62. Internationales und bundesstaatliches Verwaltungsrecht, с. 453 и далее.

¹⁷⁶ О характеристике этого процесса в современной дискуссии, в которой международное административное право сужалось, особенно в немецкой и итальянской науке, лишь к национальному коллизионному праву: *Hartwig Bülck*, *Zur Dogmengeschichte des europäischen Verwaltungsrechts*, FS für Herbert Kraus, 1964, с. 29, 55 и далее.

¹⁷⁷ Обстоятельно по данному вопросу см. *Rivero* (сноска 75), с. 15; *Strömholm* (сноска 16), с. 615 и далее.

¹⁷⁸ *Ferdinand Larnaude*, *Législation comparée et droit public*, в: *Congrès International de Droit Comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Procès-Verbaux des Séances et Documents*, Bd. 1, 1905, с. 364 и сл.

импорта, потому что подобная «пересадка» на чужую почву должна отвечать очень серьезным требованиям. Он также отметил, что новые правовые изменения в области административного права зарубежных государств являются часто выражением процессов социально-экономических перемен, с которыми сталкивается или вскоре может столкнуться само национальное государство. Продуманный сравнительный анализ может помочь подготовить здесь вполне оправданные правовые реформы.

6. Административно-правовая компаративистика в первой половине 20-го века: проект отдельных авторов

44. Также и в период преобладания государственно-правового позитивизма - никогда не носившего, в любом случае, абсолютного характера - традиционный интерес к сравнительному исследованию иностранных административно-правовых систем, однако, полностью не угас.¹⁷⁹ В условиях, когда государственно-правовой позитивизм как научная система с начала прошлого века становится все менее и менее убедительным, складывается потребность в научных альтернативах, и это с особой силой проявляется как раз в «повторном открытии» или ренессансе сравнительного правоведения.¹⁸⁰ Так например, *Йозеф Редлих (Josef Redlich)* подчеркивал в 1903-ем году, что «даже для учения о позитивном германском государственном праве чисто юридико-догматическое формирование государственно-правовых категорий не является вполне достаточным», и ставил вопрос о том, «не должно ли тщательное исследование историко-политического характера государственных правовых институтов в целях юридической разработки правового материала дополняться также изучением зарубежных государственно-правовых концепций и принципов, воспринятых германской практикой из-

¹⁷⁹ См. например *Erk Volkmar Heyen*, *Ausländisches Verwaltungsrecht im „Archiv für Öffentliches Recht“ und in der „Revue du droit public“ vor dem Ersten Weltkrieg*, *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte* 2 (1990), с. 213 сл.; *Wieser/Kante* (сноска 136), с. 263 и сл., а также 273 и сл.; к вопросу об интенсивности научного взаимодействия между Германией и Францией в довоенный период см.: *Beaud/Heyen* (Hg.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?*, 1999 (что касается вопросов административного права, см. в частности статьи *Жерара Марку (Gérard Marcou)* и *Эрка Фолькмара Хайена (Erk Volkmar Heyen)*).

¹⁸⁰ О положении в Германии в развитие идей *Юлиуса Гачека (Julius Hatschek)* см. *Fulco Lanchester*, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 et il 1918*, 1985, с. 97 и сл.; то же самое в Италии см. *он же*, *Il metodo nel diritto costituzionale comparato: Luigi Rossi e i suoi successori*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 63 (1993), с. 959, 965 и сл.

вне, как в области развития политических идей, так и на уровне формирования позитивного права»¹⁸¹. Применение сравнительных методов становилось теперь, тем не менее, все больше и больше занятием отдельных специалистов-страноведов.

45. В области административно-правовой компаративистики новые направления в тот период показали, прежде всего, исследования британского административного права. *Юлиус Гачек* и *Отто Кёлльройтер* уже не могли более довольствоваться оказавшейся весьма действенной легендой, предложенной *Дайси*; аналогичным образом, в Италии *Федерико Каммео* (*Federico Cammeo*) обратился к молодым системам административного права в Великобритании и США.¹⁸² *Гачек* исследовал британское административное право в рамках своего более широкого анализа английского государственного права и расположил в сравнительном плане немецкое административное право где-то посередине между британским и французским правом.¹⁸³ В контексте своих

¹⁸¹ *Josef Redlich*, Zur Theorie und Kritik der Englischen Lokalverwaltung, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 30 (1903), с. 559, 684; см. с. 684 и далее, где раздается также критика в адрес «Общей теории государства» *Георга Еллинека* (*Georg Jellinek*) и разработанных им категорий, которые предстают не более, чем «чрезмерно генерализированными обобщениями отдельных феноменов германского позитивного права и лежащих в его основании представлений о государстве», умозрительный характер которых «не могут скрыть также и предпринятые с переменным успехом попытки, приписать отдельные конкретные феномены английского, французского или американского государственного права предложенным им формулам».

¹⁸² *Federico Cammeo*, Il Diritto Amministrativo degli Stati Uniti d'America, Giurisprudenza Italiana 47 (1895), Teil 4, с. 82 и сл. Автор, *Федерико Каммео*, недвусмысленно высказался к тому же и в отношении проблем метода и при этом считал международную гармонизацию права вполне перспективной также в административном праве: *Federico Cammeo*, Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni 17 (1919), с. 285 и сл. Более подробно о нем см. *Mario P. Chiti*, Federico Cammeo comparatista, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 22 (1993), с. 531 и сл., здесь подчеркивается, что *Каммео* исследовал формирующееся американское и британское административное право, не находясь при этом под воздействием идей *Дайси*.

¹⁸³ *Julius Hatschek*, Englisch Staatsrecht, Bd. 2: Die Verwaltung, 1906, с. 658 и сл.: «Где-то посередине между французской системой административного права и английской административной практикой находится германское право. Также и мы обеспечили, насколько возможно, герметичный барьер для защиты органов управления от судов (обычной - прим. автора) юрисдикции и в результате этого также и собственно административное право. Но наш герметичный барьер не удался так совершенно, как у французов» (с. 659, выделено там). В своей оценке *Гачек*, хотя и следовал в значительной степени все еще *Дайси*, однако, уже подчеркнул в отличие от него

сравнительно-правовых исследований британской системы *Гачек* в довольно инновационном ключе высказался также и относительно задач и методов сравнительного правоведения в области публичного права. Для него речь шла о том, чтобы посредством применения сравнительного метода выделить различные типы государственно-правовых форм и функций, а также выяснить общие структурные закономерности, что должно было позволить квалифицировать соответствующую позитивно-правовую систему. Сравнительное правоведение должно было выявить парадигматические взаимосвязи.¹⁸⁴ *Кёллерройттер* опубликовал в 1912-ом году свое сравнительно-правовое исследование на тему «Административное право и административная судебная практика в современной Англии»¹⁸⁵, которое с британской точки зрения и по сей день считается первой книгой по английскому административному праву¹⁸⁶. Он уже довольно четко представлял себе изменение британского административного права, произошедшее в период перехода к модели интервенционистского государства, что *Дайси* еще продолжал в

самостоятельное значение той практики органов управления, которую он характеризовал как «административную рутину» и которая нашла уже признание в судебной практике (с. 649).

¹⁸⁴ *Julius Hatschek*, Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht, JöR 3 (1909), с. 1, 37 и сл., особенно с. 59 и сл.; *он же*, Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, Bd. 1, 1909, с. 13 и сл.; *он же*, Englisches Staatsrecht, Bd. 1: Die Verfassung, 1905, с. 27 и далее и с. 33 и сл.; *он же*, Artikel: Gneist, ADB 49 (1904), с. 403, 408 и далее и с. 411 и далее. О понимании *Гачеком* значения сравнительного правоведения в области публичного права см.: *Andreas Sattler*, Julius Hatschek (1872-1926). Staatsrecht am Anfang der Weimarer Republik, в: Loos (Hg.), Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, с. 365, 369 и сл.; *Lanchester* (сноска 180), с. 97 и сл.; *Ottobert L. Brintzinger*, Julius Hatschek, NDB 8 (1969), с. 57 и далее, где *Гачек* даже предстает в качестве «подлинного основателя современной компаративистики в области публичного права», поскольку он - в отличие от своего предшественника *фон Гнейста* - сумел «понять иностранное (в данном случае, прежде всего, английское) право в его специфических правовых понятиях и социальных взаимосвязях» (с. 57).

¹⁸⁵ *Otto Koellreutter*, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England. Eine rechtsvergleichende Studie, 1912; см. также, *он же*, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Geisteswissenschaften 1913/14, с. 800 и сл.; *он же*, Staat und Richterrecht in England und Deutschland, Der Rechtsgang 2 (1916), с. 241 и сл. Уже в своей диссертации *Кёллерройттер* исследовал английское право: Richter und Master. Ein Beitrag zur Würdigung des englischen Zivilprozesses, 1908. Сравнительное исследование права, в основу которого *Кёллерройттер* положил опыт Англии, к сожалению не было изучено более глубоко; краткие указания можно встретить у *Jörg Schmidt*, Otto Koellreutter 1883-1972, 1995, с. 3 и 5.

¹⁸⁶ *Bell* (сноска 28), с. 1260 сноска 1: «It is interesting to note that the first book on English administrative law was written by a German [*scil.*: с указанием на исследование *Кёллерройттера*]. In many ways, the English distinctive definition of the subject has come out of intense comparison with other jurisdictions.».

значительной степени игнорировать. Также как *Гачек* он приписывал системе германского административного права «промежуточное положение между английской и французской системой».¹⁸⁷ При этом он пришел к весьма осторожному, но очень современно звучащему выводу об определенной конвергенции: «Если мы теперь спросим о результате этого фундаментально разного развития в Англии и Германии, то мы придем к выводу, что две страны в том, что касается формы и применения административного права, на самом деле существенно сблизились друг с другом. Если мы можем в происходящем в последние годы развитии в области административного права в Англии увидеть сильную тенденцию к «континентализации», то причину этого следует, по всей вероятности, видеть в общности задач, которые сегодня примерно в том же виде и в том же объеме стоят перед современными цивилизованными государствами в области управления и которые повсюду с необходимостью привели к расширению сферы деятельности государства. Поэтому понятно, что, хотя и разными путями, но определенное единообразие средств для решения этих задач сформировалось».¹⁸⁸

46. Как до Первой мировой войны, так и в последующий период, вплоть до начала Второй мировой войны¹⁸⁹, административно-правовая компаративистика оставалась преимущественно уделом исследований отдельных ученых, которые - при всем высоком научном качестве их усилий - уже не оказывали сильного влияния или лишь в незначительной мере воздействовали на административное право, становившееся все более и более национальным. Административное право в это время воспринималось, в первую очередь, как инструмент и способ выражения процесса развития национальной государственности, тем более, что именно национальное законодательство теперь все чаще и в этой области представало в качестве центрального источника права.¹⁹⁰ Противостояние между национальными государствами в ходе двух мировых войн усилило это замыкание национальных теорий административного права на самих себя и их взаимную самоизоляцию.

¹⁸⁷ *Koellreutter* (сноска 185), с. 182 и сл.: *Das Verhältnis von Justiz und Verwaltung im modernen England im Vergleich zu der kontinentalen Entwicklung in Frankreich und Deutschland* (Zitat: с. 217); к вопросу о критике *Дайси* см. ebd., с. 207 и далее.

¹⁸⁸ *Koellreutter* (сноска 185), с. 224.

¹⁸⁹ Наглядный пример во Франции *Roger Bonnard*, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, 1934, Nachdruck 2006 (сравнительный анализ административного судопроизводства); см. *он же*, *De la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux États-Unis et en Allemagne*, 1914 (сравнительный анализ института ответственности государства).

¹⁹⁰ По данному вопросу *Roberto Scarciglia*, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, 2006, с. 115 и далее.

7. Административно-правовая компаративистика в период после 1945-го года

47. Также и непосредственно после 1945-го года эта ситуация сначала принципиально не изменилась. Национальные доктрины административного права оставались сильно интровертированными, т.е. сосредоточенными на самих себя, а сравнительное правоведение в области административного права - в определенной степени маргинализированным и играющим только второстепенную роль.¹⁹¹ Причины для этого были самыми различными. Во Франции в определенной степени проявлялась тенденция к самоуспокоению из-за ее традиционной роли в качестве экспортера собственного административного права. Сравнение с системами административного права, воспринимавшимися здесь как менее развитые, выполняло, в лучшем случае, функцию особого выделения глобального влияния французского административного права.¹⁹² В Германии, напротив, основная тенденция на протяжении многих десятилетий состояла в том, чтобы заново построить систему административного права, которая по сравнению с другими европейскими системами уникальным образом основывалась на конституционном праве нового Основного Закона. При подобном подходе сравнительный анализ других систем административного права мог иметь лишь подчиненное, второстепенное значение.¹⁹³ В целом, еще широко было распространено убеждение, что сравнительное правоведение в области административного права, ввиду практического отсутствия сопоставимых институтов и принципов, или даже ввиду отсутствия самой соответствующей области права в других государствах, не приносит особого результата.¹⁹⁴

¹⁹¹ Показательны в данном отношении – более чем сдержанные – Сообщения о состоянии административно-правовой компаративистики в отдельных европейских государствах (Германии, Бельгии, Греции, Венгрии, Италии, Великобритании, Швейцарии, Франции) на Парижской конференции по сравнительному правоведению в области административного права в апреле 1989-го года: *Le Droit Administratif Comparé. Journée d'étude organisée par le Centre français de droit comparé, Paris, 26 avril 1989: Revue internationale de droit comparé* 1989, с. 849 и сл.

¹⁹² *Fabrice Melleray*, Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français, в: *он же*, (сноска 12), с. 13, 18 и сл.

¹⁹³ *Christoph Schönberger*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, в: *Stolleis (Hg.), Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, 2006, с. 53 и сл.

¹⁹⁴ По данному вопросу см. *Chiti* (сноска 165), с. 212.

48. Тем не менее, реальное развитие практики после Второй мировой войны - расширение сферы деятельности интервенционистского государства, постановка перед государственными органами управления схожих практических задач, и, не в последнюю очередь, постепенное появление европейских и международных административных структур - ставило перед необходимостью усиления использования сравнительного метода.¹⁹⁵ Это проявилось прежде всего в области более эмпирически ориентированной *теории и науки управления*. Так например, в США сравнение методов управления и культур администрирования в рамках «Сравнительного Государственного Управления» стало одним наиболее естественных методологических инструментов.¹⁹⁶ В теории административного права новое начало было заложено с пятидесятих годов, в частности, французским ученым-административистом *Жаном Риверо* (1910-2001) (*Jean Rivéro*), который стал истинным пионером административно-правовой компаративистики в послевоенный период. В своем фундаментальном курсе лекций в Париже¹⁹⁷ и в ряде эссе, по-прежнему остающихся своеобразным эталоном,¹⁹⁸ он тщательно проанализировал основополагающие методологические и предметные проблемы административно-правовой компаративистики, а также одним из первых обратил внимание на ее значение для начавшегося процесса европейской интеграции.¹⁹⁹ Одновременно рос интерес к более интенсивному сравнительному изучению административной юстиции.²⁰⁰ Административное судопроизводство располагало к сравнительно-правовому анализу больше, чем комплексное административно-

¹⁹⁵ *Rivero* (сноска 75), с. 15; см. также *Neidhardt* (сноска 12), с. 25.

¹⁹⁶ Обзорно по данному вопросу см. *Roman Schnur*, *Über Vergleichende Verwaltungswissenschaft*, *VerwArch* 52 (1961), с. 1 и сл. К ведущейся в настоящее время дискуссии *Werner Jann*, *Verwaltungskulturen im internationalen Vergleich. Ein Überblick über den Stand der Forschung*, *Die Verwaltung* 2000, с. 325 и сл.; *Jacques Ziller*, *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, 1993.

¹⁹⁷ *Jean Rivero*, *Cours de Droit Administratif Comparé*, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Rivero, *Les Cours de Droit*, *Diplôme d'Études Supérieures de Droit Public*, 1956/1957 (конспект лекции, авторизованный к печати).

¹⁹⁸ *Rivero* (сноска 134); *он же* (сноска 49); *он же* (сноска 149); *он же* (сноска 40); *он же* (сноска 17); *он же* (сноска 41).

¹⁹⁹ *Jean Rivero*, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la C.E.C.A.*, *Annuaire Français de Droit International* 4 (1958), с. 295 и сл.

²⁰⁰ См., в частности, *Mosler* (Hg.), *Gerichtsschutz gegen die Exekutive = Judicial Protection against the Executive = La protection juridictionnelle contre l'exécutif*, 3 Bde., 1969-1971. См. также основополагающее исследование этой проблематики, написанное в период между двумя мировыми войнами, *Roger Bonnard* (сноска 189).

организационное право, а также материальное административное право, малодоступное в результате его некодифицированности.²⁰¹

49. С более осознанным пониманием значения европейской интеграции для административного права на исходе семидесятых годов начался ренессанс административно-правовой компаративистики, продолжающийся до сегодняшнего дня.²⁰² И снова *Риверо* дал важный импульс этому со своей статьей «К новому общеевропейскому праву: новые перспективы в области административного права», которая стала одним из первых проектов такого рода в Европейском Университетском Институте во Флоренции. Все возрастающее и все более воспринимаемое в научном плане видоизменение национальных систем административного права, происходящее под воздействием европейского права, повышает интерес к применению сравнительного метода.²⁰³ С 1990-х годов сюда добавляется, кроме того, опыт и практика усиливающейся *глобализации*. Именно во французском административном праве, которое в течение длительного времени имело гегемониальное значение в континентальной Европе, особенно сильно ощущается заключающийся в этом вызов национальным административным традициям.²⁰⁴ Между тем, также и далеко за пределами европейской интеграции ставится вопрос относительно того, в какой степени национальные правопорядки выступают в качестве факторов, способствующих или тормозящих в глобальной конкуренции национальных экономик. Так, например, в настоящее время в рамках Всемирного Банка предпринимаются попытки, используя экономические конструкции и количественные сравнительные методы, развить критерии для оценки эффективности правовых систем.²⁰⁵

²⁰¹ *Chiti* (сноска 165), с. 213 и далее.

²⁰² *Jean Rivero*, Vers un droit commun européen: Nouvelles perspectives en droit administratif, в: Cappelletti (Hg.), *New Perspectives for a Common Law of Europe. Nouvelles Perspectives d'un droit commun de l'Europe*, 1978, с. 389 и сл.

²⁰³ *Schwarze* (Hg.), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, 1982; *он же*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, ¹1988, ²2005. В последнее время в Германии число монографий по административно-правовой компаративистике заметно возросло, см. например: *Ralf Brinktrine*, *Verwaltungsermessen in Deutschland und England*, 1998; *Clemens Ladenburger*, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht*, 1999; *Lepsius* (сноска 70); *Gernot Sydow/Stephan Neidhardt*, *Verwaltungsinterner Rechtsschutz*, 2007; *Neidhardt* (сноска 12).

²⁰⁴ *Jean-Bernard Auby*, *La globalisation, le droit et l'État*, 2003; *Melleray* (сноска 88), с. 1228 и далее; см. также *Rouvillois* (Hg.), *Le modèle juridique français: un obstacle au développement économique?*, 2005 (реакция французских авторов на доклад «Ведение бизнеса» (*Doing Business*) Всемирного Банка в 2004-ом году).

²⁰⁵ К методологическим проблемам сравнительно-количественной оценки, ориентированной на масштаб экономической эффективности, см. *Holger Spamann*, *Quantitative Methods for Comparative Law?*, *American Journal of Comparative Law* 2009

Глобализация, кроме того, также заставляет больше внимания обращать на во многом гибридный характер отдельных национальных систем административного права,²⁰⁶ которые меньше, чем когда-либо, могут рассматриваться как полностью изолированные друг от друга регулирующие системы.

V. Сравнение в административном праве: по ту сторону методологического национализма и эйфории от конвергенции

50. Усиление значения сравнительного анализа систем административного права как в европейском правовом пространстве, так и за его пределами порывает с методологическим национализмом, который с конца 19-го века слишком часто препятствовал развитию административно-правовой компаративистики. В результате этого научная компаративистика в области административного права сегодня оказывается под угрозой утратить свою критическую самодостаточность. Для практики европейских институтов естественным и совершенно легитимным является поход к занятию сравнительным правоведением, который заключается в том, чтобы разработать в законодательстве или судебной практике определенные общие правила и тем самым выдвинуть на передний план не столько индивидуальную специфику правовых систем государств-членов, сколько то общее, что их объединяет.²⁰⁷ Этот подход, которому способствует постоянная сравнительно-правовая атмосфера или своего

(готовится к выпуску в свет); см. по данному вопросу также *Rouillois* (сноска 205); общая информация о предпосылках см. *Theobald* (сноска 92).

²⁰⁶ *Marie-Claire Ponthoreau*, „L'argument de droit comparé“ et les processus d'hybridation des droits. Les réformes en droit administratif français, в: Melleray (сноска 12), с. 23 и сл. *Esin Öricü*, Public Law in Mixed Legal Systems and Public Law as a „Mixed System“, *Electronic Journal of Comparative Law*, Bd. 5.2 (Mai 2001), можно скачать по адресу: <http://www.ejcl.org/52/art52-2.html>.

²⁰⁷ См. например, уже раньше в отношении Европейского объединения угля и стали (*Montanunion*) *Maurice Lagrange*, L'ordre juridique de la C.E.C.A. vu à travers la jurisprudence de sa Cour de Justice, *Revue de droit public et de science politique* 74 (1958), с. 841, 851 и далее, а также с. 856 и сл.; из обширной литературы можно назвать: *Hans-Wolfram Daig*, *Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, FS für Konrad Zweigert, 1981, с. 395 и сл.; *Meinhard Hilf*, *The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities*, в: Armand de Mestral u.a. (Hg.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, 1986, с. 549 и сл.; более новое детальное исследование *Koen Lenaerts*, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, *Revue trimestrielle de droit européen* 37 (2001), с. 487 и сл.

рода «персонализированное сравнительное правоведение»²⁰⁸ в европейских институтах и национальных судах, в возрастающей степени становится теперь характерным и для научного сравнения в целом. Научно-правовые исследования теперь часто видят свою задачу, прежде всего в том, чтобы путем сравнительного анализа существующего сходства подготовить правовую унификацию или же поддержать разнообразные процессы сближения и конвергенции²⁰⁹. Сколь бы легитимной ни была эта научная поддержка практической задачи по гармонизации права, наука в результате этого с неизбежностью ограничивает себя сравнением, которое оказывается заведомо направленным на выведение общих правил в смысле более высокой объединяющей цели.²¹⁰ Тем более важно, чтобы сравнительное исследование административного права не растворилось в этой практической цели, но сохранило перспективу теоретического - критического и непредвзятого - наблюдения.²¹¹ Это тем более верно в силу того, что через европеизацию права многочисленные различия, существующие между национальными системами административного права, вообще снова попадают в поле зрения. По этой причине представляется неудивительным, что именно в процессе унификации выводы о конвергенции, как ни парадоксально, вновь усиленно ставятся под вопрос.²¹²

51. Научная административно-правовая компаративистика в европейском правовом пространстве сталкивается, тем самым, с большой

²⁰⁸ *Gottfried Zieger*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Eine Untersuchung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, JöR n. F. 22 (1973), с. 299, 354, принимая во внимание в том числе и личности членов судебного корпуса Европейского Суда, представляющих различные национальные правовые порядки.

²⁰⁹ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht (сноска 203).

²¹⁰ По данному вопросу см. *Ress* (сноска 95), с. 231 и далее.

²¹¹ К схожим противоречиям между представителями науки общего международного права и культурологически ориентированной компаративистикой см. *David Kennedy*, New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance, Utah Law Review 1997, с. 545 и сл.

²¹² См. По данному вопросу, например, *Ian Ward*, The Limits of Comparativism: Lessons from UK-EC Integration, MJ 2 (1995), с. 23 и сл.; *Knill/Becker* (сноска 112). Среди работ, посвященных весьма содержательной дискуссии о конвергенции или дивергенции европейских систем административного права см., в частности, *John Bell*, Convergences and Divergences in European Administrative Law, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario 1992, с. 3 и сл.; *Sabino Cassese*, Le problème de la convergence des droits administratifs. Vers un modèle administratif européen?, в: L'État de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, 1996, с. 47 и сл.; *Jürgen Schwarze*, Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten, DVBl. 1996, с. 881 и сл.; *Chris Himsworth*, Convergence and Divergence in Administrative Law, в: Beaumont u.a. (Hg.), Convergence and Divergence in European Public Law, 2002, с. 99 и сл.

проблемой. Она должна защитить себя равным образом как от методологического национализма, так и от банальной эйфории от конвергенции. Скорее напротив, ее актуальной задачей является поиск и выявление национальных административно-правовых традиций и культуры в дифференцированных историко-системных исследованиях. Она не должна при этом упускать из виду разнообразные процессы взаимообмена, которые всегда были характерны для административного права, и должна учитывать, что общие проблемы европейских государств в настоящее время и их связанность в рамках Европейского Союза находят свое отражение в сближении соответствующих структур и инструментов. Менее, чем когда-либо, сравнение может означать сегодня просто лишь простое сопоставление административно-правовых систем или отдельных институтов, которые рассматриваются как выражение однородного и закрытого национального правового пространства.²¹³ Однако, столь же мало следует упускать из виду, что новые процессы конвергенции и унификации часто не полностью сменяют более старые и глубокие пласты национальных систем административного права, но лишь наслаиваются, накладываются на них и образуют с ними новые комбинации. Административно-правовые системы государств-членов могут восприниматься сегодня только как гибридные, смешанные структуры, в которых различные по времени возникновения пласты не всегда гармонично сосуществуют друг с другом, а синхронность асинхронности является правилом. Именно в этой ситуации ни идеология схождения (конвергенции), ни, наоборот, диаметрально противоположная ей идеология различий (дивергенции), в конечном счете, не приводят к ожидаемому результату. Скорее наоборот, сложной, комплексной задачей для административно-правовой компаративистики будет и далее продолжать оставаться *одновременный* учет как схождения, так и различий между европейскими административными правопорядками.

52. Ввиду процессов европеизации и интернационализации перед административно-правовой компаративистикой встает также связанная с этим и новая задача, которая до сих пор едва ли обсуждалась адекватным образом. В дополнение к традиционному горизонтальному сравнению между различными национальными системами административного права в возрастающей степени возникает потребность в *вертикальном сравнении* между административным правом отдельных государств и административным правом, возникающим на европейском и

²¹³ По данному вопросу см. *Mario P. Chiti, Diritto amministrativo comparato*, в: Cassese (Hg.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Bd. 3, 2006, с. 1928, 1930 и далее, а также с. 1935.

международном уровнях.²¹⁴ В частности, появление «глобального административного права» в рамках процесса международно-правового сближения поднимает фундаментальный вопрос о том, может ли эта категория права вообще адекватно быть понята в категориях, которые были разработаны для (внутри)государственного административного права.²¹⁵ Многие основополагающие вопросы государственного административного права, как например, правовое оформление нормативных административных решений, требование их обоснованности и обеспечение демократического участия, наличие основы в демократически легитимированных правовых нормах, судебный контроль и т.д. ставятся в области административного права, возникающего на международном уровне, и по-новому, и по-другому. Представляется, что по проблемам вертикальной административно-правовой компаративистики в этой связи необходимы дискуссии подобные тем, которые велись в конце 19-го века на уровне горизонтального сравнительного правоведения по поводу существования и самобытности английского административного права. Тогда речь шла о том, чтобы освободить категории административного права от их фиксации на французской континентально-европейской государственности и административной юрисдикции и, таким образом, содействовать в целом более дифференцированному пониманию системы управления. Подобный путь лежит сегодня перед вертикальной сравнительной компаративистикой. Также и она должна будет прийти к новой диверсификации и классификации научно-правовых категорий в области управления, которые позволят освободить последнее от этикетских упрощений и охватить в рамках сравнительной типологии то специфическое в системе управления, что выходит за пределы отдельного государства.²¹⁶ При этом вертикальное сравнение наталкивается, однако, на

²¹⁴ Свообразие этой вертикальной административно-правовой компаративистики до сих пор остается практически неизученным; см., однако, *Zacher* (сноска 96); *Wiener* (сноска 96); см. также выше, пункт 27, к вертикальному трансферту в рамках «трансплантации права» (*Legal Transplants*).

²¹⁵ *Benedict Kingsbury/Nico Krisch/Richard B. Stewart*, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), 15 и сл.; *Richard B. Stewart*, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), с. 63 и сл.

²¹⁶ Впрочем, это может быть достигнуто лишь тогда, когда при этом учитываются особенности управления и административного права на федеральном уровне в федеративных государствах. Хорошим примером подобных работ является сравнительное исследование *Штайна (Stein)* и *Вининга (Vining)* об административно-правовой защите в Европейском Сообществе и в США: *Eric Stein/G. Joseph Vining*, *Citizen Access to Judicial Review of Administrative Action in a Federal and Transnational Context*, *American Journal of International Law* 70 (1976), с. 219 и сл., повторно опубликовано с дополнениями в: *Eric Stein*, *Thoughts from a Bridge. A Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism*, 2000, с. 161 и сл.

особые проблемы, поскольку системы административного права, сравниваемые здесь, иначе, чем это происходит при традиционной компаративистике между системами отдельных государств, не существуют независимо друг от друга, а с самого начала тесно переплетены между собой²¹⁷. Как и всегда при сравнении, также и здесь, банальные крайности «теории сходства», что управление на интернациональном уровне подобно внутригосударственному управлению, или же экстремальная позиция «теории дивергенции» утверждающая, что первое и второе не имеют ничего общего, в конечном счете, останутся малопродуктивными. На их место должна заступить по-новому сравнительная типология, которая принимает во внимание накопленный в последнее время опыт, показывающий, что административное право существует не только по ту сторону границ, но и по ту сторону государств.

²¹⁷ Подробно по данной теме см. *Zacher* (сноска 96), с. 385 и сл., 393 и сл., а также с. 404 и сл.