

Доктрина свободы усмотрения

Кристоф Грабенвартер*

**Кристоф Грабенвартер - профессор публичного права в Университете экономики г. Вена. Он является судьёй Конституционного Суда Австрии и Вице-Президентом Венецианской Комиссии "Демократия через право".*

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Мюллер Фертраг и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Christoph Grabenwarter, Ermessenslehren**, в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V: Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge, C.F. Mueller Verlag: Heidelberg (2014), 1018-1045.

Содержание:

I. Усмотрение как форма административного действия	2
1. Историческое развитие доктрины усмотрения	3
2. Конституционное право, конституционные принципы и усмотрение	6
3. Понятие усмотрения	9
4. Виды усмотрения	13
5. "Свободное усмотрение" и "связанные" административные решения	15
6. Усмотрение и неопределённые правовые понятия	19
7. Предоставление полномочия на применение усмотрения	21
II. Усмотрение в рамках административно-судебного контроля	23
1. Контроль усмотрения	23

2	Грабенвартер	
	2. Ошибочное применение усмотрения	26
	3. Административно-судебный контроль дискреционных решений	30
III.	Сравнительно-правовое заключение	37

I. Усмотрение как форма административного действия

Сравнительно-правовому исследованию вопросов усмотрения в праве необходимо предпослать, что в каждом правопорядке имеется определенная “специфическая область” управления,¹ которая не должна быть доступна в полном объеме субстанциальному контролю судами. Эта специфическая область, которая в нижеследующем изложении обозначается как “усмотрение”, признаётся необходимой для обеспечения наличия у органов власти определенной свободы действий, чтобы иметь возможность адекватно реагировать на непредвиденные и тем самым не урегулированные во всех деталях в законе ситуации.² Различия в оформлении усмотрения как своего рода промежуточного состояния между законотворчеством, применением норм и судебной деятельностью³ основываются, прежде всего, на специфике национальных традиций. Тем не менее, в основе всех правопорядков лежат схожие идейно-исторические и конституционно-политические линии развития в направлении формирования современного правового государства, элементом которого выступает судебный контроль органов административного управления.⁴

Законодатель имеет возможность решать, предоставит ли он путем принятия соответствующих правовых предписаний административным

¹ *Stefan Oeter*, Die Kontrolldichte hinsichtlich unbestimmter Begriffe und des Ermessens, в: Frowein (Hg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, с. 266.

² См. например, также *Wolfgang Kahl* в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V, § 74 пункт 128 и далее; *Stanisław Biernat* в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V, § 80; *Tobias Jaag*, в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V, § 83 пункт 13; *Lena Marcussen*, в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V, § 82 пункт 29 и сл.; *Pavlos-Michael Efstratiou*, в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V, § 76; *René Chapus*, Droit administratif général, Bd. I, ¹⁵2001, пункт 1248.

³ *René A. Rhinow*, Landesbericht Schweiz, в: Bullinger (Hg.), Verwaltungsermessens im modernen Staat, 1986, с. 53.

⁴ *Oeter* (сноска 1), с. 266.

органам определенную свободу усмотрения, которая затем подлежит судебному контролю только относительно соблюдения границ этой свободы.⁵ Разумеется, не только предоставление административным органам этой свободы представляет собой хождение по краю пропасти, но также и связанное с этим создание системы контроля этих органов. Так например, с одной стороны, конституционный принцип правового государства требует, чтобы широкая свобода усмотрения и оценки политических органов компенсировалась надлежащим и достаточным судебным контролем. С другой стороны, конституционный принцип демократии требует, чтобы политические решения также и фактически принимались политически ответственными органами, обладающими для этого необходимой компетенцией.⁶

Нижеследующее сравнительно-правовое исследование сосредотачивается в основном на изучении практики Германии, Австрии и Франции с привлечением к рассмотрению практики в других европейских правовых порядках. Наряду с рассмотрением вопросов, связанных с усмотрением как административным действием, предстоит более подробно исследовать также вопросы административно-судебного контроля использования усмотрения. Концентрация внимания на названных странах представляется целесообразной, поскольку как развитие правовой практики, так и научная дискуссия в этих странах оказали воздействие на многие другие европейские государства.

1. Историческое развитие доктрины усмотрения

Во Франции административное усмотрение издавна играет важную роль, поскольку первичное состояние французской административной системы подразумевало практически неограниченную свободу усмотрения.⁷ В соответствии с идеей *общей воли* (*volonté générale*) в смысле учения Руссо Французская революция должна была бы создать систему органов управления, которые бы были целиком и полностью подчинены и связаны законом. Однако, в действительности, с одной стороны, не были приняты

⁵ Heinz-Peter Rill, Ermessensprüfung/Beurteilungsspielraum/Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, в: Ress (Hg.), Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1990, с. 125.

⁶ Аналогично в отношении усмотрения в Европейском Союзе см. Albert Bleckmann, Ermessensfehlerlehre, 1997, с. 217 (тогда ещё в отношении Европейского Сообщества).

⁷ Volker Schlette, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, с. 96.

специальные административно-правовые регулирования, которые бы устанавливали специфически чёткое подчинение органов административного управления законам, а с другой стороны, не был установлен и судебный контроль над исполнительной властью.⁸ И только в течение 19-ого столетия были установлены отдельные более детальные регулирования для определенных областей административного управления. Был образован *Государственный Совет (Conseil d'État)*, который усилил контроль над органами управления, прежде всего, посредством того, что он, параллельно к редким и отрывочным законодательным положениям, развивал “административное право”, которое затем становилось масштабом контроля.⁹ Эти ограничения, тем не менее, не препятствовали тому, что органы управления продолжали придерживаться принципа широкой автономии своих действий, поскольку важные права в законодательном процессе были переданы от парламента к исполнительной власти,¹⁰ и административно-судебный контроль административных органов признавал за ними, тем не менее, широкую свободу действий.¹¹

Подобное положение приводило к тому, что во Франции судебный контроль административного усмотрения сначала был скорее исключением, чем правилом. До конца 19-ого века многие формы проявления дискреционного усмотрения административных органов были вообще выведены из-под судебного контроля.¹² Естественно, не имелось ясных предписаний относительно того, когда именно речь должна вестись об акте реализации усмотрения, который пользовался бы полным судебным иммунитетом, а когда акт реализации усмотрения должен быть доступен, всё же, для судебного контроля.¹³ Также и сама судебная практика не отличалась при этом особой последовательностью.¹⁴ Наконец, во второй половине 19-ого века произошёл постепенный отход от, по крайней мере, формального контроля реализации усмотрения к более широкому контролю. Контроль стал осуществляться в том числе и с точки зрения материальной правомерности в рамках рассмотрения случаев злоупотребления властью (*détournement de pouvoir*) и позже также с точки зрения наличия нарушения права (*violation de la loi*).

⁸ Yves Gaudemet, Pouvoir discrétionnaire de l'administration moderne, в: Bullinger (Hg.) (сноска 3), с. 115, 119; Schlette (сноска 7), с. 96.

⁹ Schlette (сноска 7), с. 96.

¹⁰ Volker Schlette, Die Konzeption des Gesetzes im französischen Verfassungsrecht, JöR n.F. 33 (1984), с. 285.

¹¹ Schlette (сноска 7), с. 97.

¹² Schlette (сноска 7), с. 173.

¹³ Schlette (сноска 7), с. 174.

¹⁴ Reinhard Hoffmann, Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in Frankreich, 1967, с. 58.

Также и в настоящее время акты органов управления, основанные на реализации предоставленного им усмотрения, все ещё представляют собой во Франции наиболее типичное правило.¹⁵ Хотя и можно наблюдать последовательное развитие от практически не урегулированной законом деятельности административных органов к управлению, частично подчинённому закону, административным органам предоставляются, тем не менее, значительные дискреционные полномочия.¹⁶ Нечто иное происходит с административно-судебным контролем органов управления, поскольку в этом отношении можно констатировать тенденцию в направлении установления более сильных ограничений свободы действий органов управления, что проявляется, в частности, в контроле на наличие *явных ошибок (erreur manifeste)* и в практике т.н. *юриспруденции баланса (jurisprudence du bilan)*.¹⁷ Тем не менее, идея автономии управления, свободного от жесткой связанности законом и сегодня играет большую роль.¹⁸ Этим обуславливается тенденция в практике контроля *Государственным Советом* признавать за органами управления определённые неотъемлемые дискреционные полномочия (*Ermessensbefugnisse*).¹⁹

В *Германии* уже на ранней стадии развернулась достаточно интенсивное обсуждение доктрины усмотрения. Так, в первые два десятилетия после окончания Второй мировой войны преобладало представление, практически полностью отрицавшее усмотрение, поскольку считалось, что в правовом государстве основания деятельности органов управления должны быть максимально точно определены в законе и их деятельность должна быть под полным контролем судов.²⁰ Усмотрение регулировалось и регулируется на уровне обычного законодательства.

В *Австрии* подобное развитие характеризовалось тем, что область усмотрения в период монархии рассматривалась вплоть до 1918-го года как особая ключевая область управления и не подлежала вследствие этого судебному контролю Высшим Административным судом.²¹ Так например, в §3 lit. e Закона от 22.10.1875, которым соответственно был учреждён

¹⁵ Schlette (сноска 7), с. 99 с дальнейшими ссылками.

¹⁶ См. *Pascale Gonod*, в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaem*, Band V, § 75 пункт III 1 а аа с. 33; *Gaudemet* (сноска 8), с. 115; *Schlette* (сноска 7), с. 99.

¹⁷ *Schlette* (сноска 7), с. 99.

¹⁸ См. *Gonod* (сноска 16), пункт III 1 а аа с. 33.

¹⁹ *Schlette* (сноска 7), с. 356.

²⁰ *Walter Schmidt*, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, 1982, с. 46 и сл.; *Martin Bullinger*, *Verwaltungsermessen im modernen Staat. Landesbericht Bundesrepublik Deutschland*, в: *Bullinger* (Hg.) (сноска 3), с. 131.

²¹ *Bernhard Raschauer*, *Ermessen als abwägungsgebundene Rechtsanwendung*, FS für Günther Winkler, 1997, с. 882.

австрийский Высший Административный суд, из компетенции Высшего Административного суда исключались те дела, “в которых административные органы правомочны действовать по собственному свободному усмотрению”.²² В развитие этого закона возникла австрийская доктрина усмотрения, которая после вступления в силу Конституции - Федерального Конституционного Закона 1920-го года привела к возникновению определённых противоречий относительно теоретико-правового и догматически-правового формирования понятий. В этом Конституционном Законе административно-судебный контроль усмотрения был закреплён непосредственно на конституционном уровне и реализация усмотрения, в той мере, в которой она осуществляется в соответствии с законом, со всей определенностью признавалась допустимой.²³

2. Конституционное право, конституционные принципы и усмотрение

Отличия в административном управлении в различных правопорядках проявляются не только в том значении, которое институт усмотрения имеет в соответствующем государстве, но и в соответствующей конституционной основе или регулировании института усмотрения.

В *Германии* конституционные требования к законодателю вытекают из оговорок о необходимости установления регулирования в законе (*Vorbehalt des Gesetzes*), оговорки об ограничении основных прав исключительно на основании закона, а также из других требований к установлению нормативного регулирования, которые предусмотрены в отраслевом законодательстве.²⁴ В позитивном административном праве возможность усмотрения ясно предусмотрена в целом ряде норм,²⁵ и в принципе признаётся, что административное усмотрение носит достаточно динамический и ответственный характер, чтобы в многочисленных случаях, которые не может предусмотреть и урегулировать законодатель,

²² RGBl. 1876/36; *Christoph Grabenwarter*, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1997, с. 311; *Hermann Roesler*, *Der österreichische Verwaltungsgerichtshof*, 1877, с. 284, 301 и далее.

²³ В настоящее время это ст. 130 абз. 2 ФКЗ.

²⁴ См. *Kahl* (сноска 2), пункт 133; *Michael Gerhardt*, в: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 114 пункт 14 (по состоянию на май 1997-го года).

²⁵ § 40 Закона об административных процедурах (ЗОАП), § 71 абз. 5 Закона о борьбе с ограничениями конкуренции *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), § 114 *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO).

можно было приходиться к приемлемым результатам.²⁶ Разумеется, материальная основа и контрольный масштаб, применимые к административному процессу, не могут даже по закону передаваться на усмотрение административных органов.²⁷ Таким образом, осуществление дискретных полномочий никогда не бывает абсолютно свободным.²⁸

В *австрийском* праве понятие усмотрения является не только термином обычного законодательства, но и – благодаря упоминанию в ст. 130 абз. 2 Конституции – также понятием конституционного права.²⁹ Это регулирование имеет в Австрии прямые последствия для требуемого по Конституции допустимого административно-судебного контроля,³⁰ в то время как в Германии норма § 114 Положения об административных судах (ПАС) в этом отношении выполняет лишь функцию ориентира.³¹

Во *Франции* институт усмотрения с конституционно-правовой точки зрения не играет особой роли.³² Это проявляется не в последнюю очередь в том, что в том числе и ввиду отсутствия широкого конституционного каталога основных прав, публичным свободам (*libertés publiques*) ни в судебной практике, ни в доктрине вопросам осуществления усмотрения не уделяется слишком большого внимания.³³ Причина такого положения лежит в исторически сложившемся понимании административного управления как автономного института и в том, что в соответствии с представлением, исходящим из принципа *общей воли* (*volonté générale*), значение конституционных норм ограничено.³⁴ Возможность принятия дискреционных решений, т.е. решений, принимаемых на основе свободного усмотрения (*Ermessensentscheidungen*), ограничивается преимущественно не на конституционном, а на законодательном уровне в рамках принципа законности (*principe de légalité*).³⁵ Хотя, в свою очередь, конституция и основные права в течение последних лет приобретают всё большее значение для определения сферы и пределов усмотрения, и, по

²⁶ Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, *Verwaltungsrecht*, Bd. I, 12007, § 31 пункт 38 с дальнейшими ссылками.

²⁷ Wolff/Bachof/Stober/Kluth (сноска 26), § 31 пункт 38.

²⁸ Gerhardt (сноска 24), пункт 14.

²⁹ См. Michael Holoubek, в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band V, § 79 пункт 16.

³⁰ Grabenwarter (сноска 22), с. 318; Adamovich/Funk/Holzinger (Hg.), *Österreichisches Staatsrecht*, Bd. 2: Staatliche Organisation, 1998, пункт 38.027.

³¹ Grabenwarter (сноска 22), с. 318.

³² См. Schlette (сноска 7), с. 101.

³³ Schlette (сноска 7), с. 105.

³⁴ Schlette (сноска 7), с. 359.

³⁵ Schlette (сноска 7), с. 359.

меньшей мере, в рамках общих принципов права (*principes généraux du droit*) они оказывают влияние на административно-судебный контроль.³⁶

В отличие от Австрии, где осуществление усмотрения ограничено принципом законности, во Франции признаётся, что хотя принцип законности доминирует над административным правом, законность, однако, определяется не только изданным парламентом законом, но и общими правовыми нормами.³⁷ Таким образом, критерии законности детерминируются, в конечном счёте, из совокупности всех неписаных и писанных правовых предписаний.³⁸ Усмотрение функционирует в качестве границы принципа законности.³⁹ Законность (*légalité*) охватывает, таким образом, все те требования к правомерной деятельности органов управления, которые содержатся в правовых основаниях решения.⁴⁰ Этому противостоит свобода усмотрения, в пределах которой на органы управления не возлагаются никакие специфические для их деятельности ограничения. Тем не менее, в большинстве правовых предписаний присутствуют, как правило, оба эти элемента.

Тем не менее, подчинение нормам закона в соответствии с французским принципом законности (*principe de légalité*) не может отождествляться с принципом подчинения закону (*Bindung an das Gesetz*) согласно немецкой концепции, выводимой из принципов правовой государственности. Примечательное различие состоит в том, что французский принцип обязывает органы управления исключительно к соблюдению существующих законов, а не в более охватывающем плане к тому, что для любого действия органов управления требуется законодательная основа в смысле наличия соответствующего регулирования, установленного законом.⁴¹ Ограничение органов управления при принятии ими конкретных решений (более ранними) распоряжениями, постановлениями и административными директивами или же принципами, сложившимися до этого в деятельности органов управления, не играет особенно большой роли на практике. Более существенное значение имеет, тем не менее, т. н. судебское право (*Richterrecht*).⁴² Общие принципы права (*principes généraux du droit*), хотя в правовой иерархии они стоят и ниже законов, служат в качестве детерминант деятельности органов управления.⁴³ Их

³⁶ См. более подробно по вопросу о значении общих принципов права в административно-судебном контроле во Франции Grabenwarter (сноска 22), с. 138.

³⁷ André de Laubadère/Jean-Claude Venezia/Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Bd. I, 91984, с. 257; Bullinger (сноска 20), с. 21 с дальнейшими ссылками.

³⁸ См. Gonod (сноска 16), пункт III 1 а аа S. 33.

³⁹ De Laubadère/Venezia/Gaudemet (сноска 37), с. 284.

⁴⁰ Grabenwarter (сноска 22), с. 133.

⁴¹ Schlette (сноска 7), с. 148 и далее.

⁴² См. Gonod (сноска 16), пункт II 2 b с. 29.

⁴³ Grabenwarter (сноска 22), с. 182.

преимущество видится в том, что они, как правило, относительно равномерно пронизывают всё административное право.⁴⁴ В качестве общего принципа права здесь следует особенно подчеркнуть принцип равенства. Кроме того, ограничение усмотрения административных органов, выработанное судебским правом, состоит в часто предпринимаемом взвешивании между важностью цели, которая преследуется административным актом, и негативными последствиями, которые этот акт имеет для заинтересованных лиц или для общественных интересов.⁴⁵ Подобная взвешивающая правовая оценка часто встречается, например, при административных актах в области полицейского права и права собраний или в области дисциплинарного права для государственных служащих.⁴⁶ Такая оценка выполняет функцию замены несуществующих в законодательстве масштабов.⁴⁷ Поскольку подлежащие контролю административные решения нередко затрагивают основные права, то этот процесс взвешивающей оценки, в сущности, соответствует проверке их соответствия требованию адекватности в рамках принципа пропорциональности.⁴⁸

3. Понятие усмотрения

В различных европейских правопорядках и соответствующей научной литературе понятие усмотрения употребляется по-разному.

Во французском правопорядке понятие усмотрения представляет собой исключительно научный термин.⁴⁹ Уже на довольно раннем этапе усмотрение как *дискреционная власть* (*pouvoir discrétionnaire*) признавалось всегда тогда, когда орган власти обладал свободой действия, не будучи заранее связанным определённым образом действия, предписанным ему правовыми нормами.⁵⁰ Такое понимание до сих пор находит своё применение во французской доктрине.⁵¹ В качестве правовых норм, ограничивающих деятельность органов управления, во французской правовой теории признаются не только писанные предписания

⁴⁴ Grabenwarter (сноска 22), с. 182.

⁴⁵ Grabenwarter (сноска 22), с. 183.

⁴⁶ Grabenwarter (сноска 22), с. 183.

⁴⁷ Grabenwarter (сноска 22), с. 183.

⁴⁸ Grabenwarter (сноска 22), с. 183.

⁴⁹ Grabenwarter (сноска 22), с. 318.

⁵⁰ J. Michoud, Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, RGA 1914, Bd. III, 5, с. 193.

⁵¹ Schlette (сноска 7), с. 110 с дальнейшими ссылками.

законодательства, но и неписанные судебно-правовые нормы.⁵² Причем некоторые авторы частично идут настолько далеко, что обозначают *дискреционную власть* как свободу действий управления при отсутствии судебного контроля,⁵³ что только подчеркивает значение судебного-правового контроля на практике.

Специфика французского подхода к пониманию института усмотрения заключается в том, что усмотрение относится не к административному решению в целом, а к отдельным элементам административного акта.⁵⁴ При этом различие проводится между двумя формальными и тремя материальными элементами. Формальными элементами являются при этом компетенция и формальные требования в широком смысле слова, а материальными элементами – *объект, мотивы и цель*. Под *объектом* понимается материальное содержание решения. *Мотивы* предшествуют решению во временном отношении и представляют собой предпосылки решения. Наконец, *назначение* рассматривается как та цель, которую преследовал соответствующий административный орган принятым им решением.⁵⁵ Именно в рамках трёх названных последними элементов может применяться корреспондирующее им усмотрение. Формальные элементы не играют при этом никакой роли.⁵⁶ Центральный момент применения административного усмотрения состоит в установлении связи между правовым следствием и обстоятельствами дела, это привязка обстоятельств дела как *фактических мотивов (motifs de fait)* к определенному содержанию решения (объекту).⁵⁷ Усмотрение при принятии решений имеет место либо там, где на основе определенных фактических обстоятельств должна оцениваться целесообразность мероприятия, либо там, где обстоятельства дела должны оцениваться как основа для выбора правовых последствий.⁵⁸

В заключение можно сделать вывод, что институт дискреционных полномочий во Франции должен рассматриваться как свобода действия,

⁵² См. *Gonod* (сноска 16), пункт III 1 a aa с.33; *Michel Dubisson*, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, 1958, с. 55; *Charles Eisenmann*, Cours de Droit administratif, Bd. II, 1982, с. 303 ; *Jean-Claude Venezia*, Le Pouvoir discrétionnaire, 1959, с. 97; *Chapus* (сноска 2), пункт 1249.

⁵³ См. например, *Michel Fromont*, Le Pouvoir discrétionnaire et le juge administratif français, FS für Hermann Jahrreiß, 1974, с. 70; *Bernard Pacteau*, Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, 1977, с. 203; *Schlette* (сноска 7), с. 113 с дальнейшими ссылками.

⁵⁴ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 130.

⁵⁵ *De Laubadère/Venezia/Gaudemet* (сноска 37), с. 433; *Grabenwarter* (сноска 22), с. 131.

⁵⁶ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 131.

⁵⁷ *Venezia* (сноска 52), с. 20, 45; *de Laubadère/Venezia/Gaudemet* (сноска 37), с. 519; *Grabenwarter* (сноска 22), с. 131.

⁵⁸ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 132.

относительно независимая от регулирования, установленного законодательством и судебным правом.⁵⁹ Свобода усмотрения может возникать там, где существует хотя бы минимальная неопределенность *правовых оснований* (*condition légale*) и в отношении них осуществляется лишь ограниченный судебный контроль.⁶⁰

В *германской* теории административного права дискуссия концентрировалась сначала на понятии усмотрения и, в частности, на различии между усмотрением и неопределенными правовыми понятиями. Теория “ошибочного применения усмотрения” (*Ermessensfehlerlehre*)⁶¹ в противоположность этому стояла несколько на заднем плане. Усмотрение в самом широком смысле определялось как пространство свободы органов государственного управления, когда действия государственного органа не предопределялись законом и не подлежали полному контролю со стороны судов. По этой причине усмотрение характеризовалось двойной независимостью от законодательной власти и от судебной власти.⁶²

Для возникновения возможности применить усмотрение необходимым условием является освобождение от действия принципа связанности законом, которое является результатом отсутствия соответствующих предписаний в подлежащем применению праве.⁶³ В этом случае законодатель хотя и устанавливает определённый фактический состав, оставляет, однако, на усмотрении административного органа, чтобы тот сам установил соответствующие правовые последствия.⁶⁴ Поэтому усмотрение имеет место лишь только тогда, когда уже выполнены предусмотренные законом предпосылки фактического состава,⁶⁵ из-за чего усмотрение рассматривается как волевое применение усмотрения при выборе варианта возможного действия.⁶⁶ Усмотрение позиционируется, прежде всего, как элемент, связанный с урегулированными в законе правовыми последствиями.⁶⁷ Ограниченный судебный контроль рассматривается в этом отношении как определяющий признак понятия дискреционного решения, то есть решения, принимаемого по усмотрению административного органа.⁶⁸

⁵⁹ См. *Gonod* (сноска 16), пункт III 1 а аа с.33; *Schlette* (сноска 7), с. 121.

⁶⁰ *Schlette* (сноска 7), с. 121.

⁶¹ См. *Kahl* (сноска 2), пункт 133.

⁶² *Bullinger* (сноска 20), с. 131.

⁶³ *Martin Bullinger*, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ 1984, с. 1001 с дальнейшими ссылками.

⁶⁴ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (сноска 26), § 31 пункт 36.

⁶⁵ BVerwGE 72, 38, 53.

⁶⁶ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (сноска 26), § 31 пункт 36.

⁶⁷ См. *Kahl* (сноска 2), пункт 132.

⁶⁸ *Bullinger* (сноска 20), с. 1001.

Начало *австрийской* полемики вокруг института усмотрения было положено введением административной юрисдикции в 1875-ом году.⁶⁹ Сначала сомнению было подвергнуто противопоставление между судебной практикой как формой применения правовых предписаний и управлением как формой деятельности, которая не связана правом.⁷⁰ В рамках нового подхода свободное усмотрение, с одной стороны, и связанность правом, с другой, уже не представляли как качественно противоположные категории, поскольку усмотрение трактовалось не как субъективное самоусмотрение, а рассматривалось только как отсутствие связанности точными законодательными правилами.⁷¹ По этой причине признавалось, что также и свободное усмотрение представляет собой усмотрение, которое связано правом и осуществляется в надлежащем порядке и форме и которое отличается исключительно особой сложностью фактических предпосылок.

Впоследствии стали особо подчеркиваться обязывающее действие и сила закона.⁷² В частности, признавалось, что любое определенное или неопределенное понятие это есть правовое понятие и поэтому подлежит интерпретации и применению административными судьями.⁷³ Считалось, в частности, что это было бы равнозначно отказу суда от выполнения возложенных на него обязанностей, если бы наличие неопределенного правового понятия приводило бы к признанию того, что применение права всецело находилось на усмотрении органов управления.⁷⁴ Закономерен в рамках данного подхода и вывод о том, что лишь там, где орган государственной власти действительно имел возможность выбрать между несколькими равнозначными в правовом отношении альтернативами, следует говорить об усмотрении.⁷⁵

К началу 20-го столетия постепенно начала более преобладать дифференциация между усмотрением и неопределенными правовыми понятиями. Утверждалось, что неопределенные правовые понятия должны были быть отделены от сферы усмотрения, свободного от контроля, и что остающаяся сфера усмотрения не подлежит административно-судебному контролю.⁷⁶ В отношении усмотрения предлагалось дополнительно

⁶⁹ См. более подробно к вопросу о развитии понятия усмотрения в Австрии *Grabenwarter* (сноска 22), с. 311.

⁷⁰ К более ранней дискуссии вокруг института усмотрения см. *Edmund Bernatzik*, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, с. 46; *Grabenwarter* (сноска 22), с. 311.

⁷¹ *Bernatzik* (сноска 70), с. 39.

⁷² *Herbert Hofer-Zeni*, *Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Kontrolle*, 1981, с. 21.

⁷³ *Friedrich Tezner*, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, 1888, с. 121.

⁷⁴ *Hofer-Zeni* (сноска 72), с. 20.

⁷⁵ *Tezner* (сноска 73), с. 20.

⁷⁶ *Rudolf von Laun*, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910, с. 62.

дифференцировать между свободным и т.н. “связанным” усмотрением. Свободное усмотрение трактовалось как полномочие органа управления по собственному должному убеждению самостоятельно определять, что должно быть следующей непосредственной целью его действия.⁷⁷ В противоположность этому, “связанное” усмотрение имеется там, где закон требует от государственного органа действовать в соответствии с “соображениями целесообразности”.⁷⁸

Теоретический взгляд на усмотрения сформировался под значительным влиянием *Адольфа Меркля (Adolf Merkl)*, к которому обращается превалирующее в настоящее время представление, в соответствии с которым с теоретико-правовой точки зрения не существует никакого принципиального различия между неопределенными понятиями в законе и усмотрением.⁷⁹ Меркль рассматривал усмотрение как свободу действий, которой в рамках иерархической организации правопорядка обладает орган власти при издании правового акта на основании вышестоящего права.⁸⁰

Как австрийское, так и германское административное право в вопросах, касающихся административного усмотрения, обнаруживают относительно аналогичный догматический подход. С одной стороны, проводится различие между свободным и связанным усмотрением, а также между неопределенными правовыми понятиями и полномочием применять усмотрение, с другой.⁸¹ Также и в Швейцарии эти два линии дифференциации лежат в основе понятия усмотрения.⁸²

4. Виды усмотрения

Во многих европейских правопорядках превалирует представление, что свобода действий, которая характеризует административное усмотрение, может пониматься как свобода выбора, которую имеет орган управления.⁸³ Более конкретно речь идёт о свободе выбора в том смысле, что орган

⁷⁷ *Von Laun* (сноска 76), с. 62; *Grabenwarter* (сноска 22), с. 315.

⁷⁸ *Von Laun* (сноска 76), с. 47; *Grabenwarter* (сноска 22), с. 315.

⁷⁹ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 318 с дальнейшими ссылками.

⁸⁰ *Adolf J. Merkl*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, с. 152.

⁸¹ *Christina Fraenkel-Haerberle*, *Unbestimmte Rechtsbegriffe, technisches Ermessen und gerichtliche Nachprüfbarkeit*, DÖV 2005, с. 808; *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth* (сноска 22), § 31 пункт 48 и сл.

⁸² См. *Blaise Knapp*, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 1992, пункт 158.

⁸³ *Chapus* (сноска 2), пункт 1248; в отношении Швейцарии см. *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, пункт 427 и далее.

власти может выбирать либо между действием и бездействием (свобода действия или свобода решения), либо между двумя или несколькими равнозначными альтернативами действия (свобода выбора).⁸⁴ Под свободой действия понимаются при этом, прежде всего, те случаи, в которых орган власти “может”, но, однако, не “должен” прибегнуть к определённом образу действий. Свобода действия представляет собой область применения усмотрения в узком смысле. При этом законодатель предоставляет административному органу право своим актом, не связанным полностью положениями закона, самостоятельно решать вопрос о правовых последствиях и о том, будут ли им приняты, хотя и допустимые, но не обязательно требуемые законом меры или он воздержится от них.⁸⁵ По сравнению со свободой действия, свобода выбора обнаруживает более широкое понимание понятия усмотрения, поскольку органу власти предоставляются в распоряжение альтернативные возможности действия, которые в равной степени являются законными.

В *германской* правовой теории преобладает мнение, рассматривающее право усмотрения как волютивную свободу действий или свободу выбора образа действия. Ей противопоставляется четко ограниченный круг неопределённых правовых понятий закона, которые описываются также как когнитивное право оценки.⁸⁶ Другие точки зрения просто проводят дифференциацию между усмотрением на уровне оценки фактических обстоятельств, с одной стороны, и на уровне правовых последствий, с другой. Естественно, разграничение между свободой действия и свободой принятия решения также имеет значение.⁸⁷ Кроме того, предпринимаются также попытки дополнительно квалифицировать усмотрение в зависимости от предметно-содержательных критериев, от вида принимаемых мер или от целей применения усмотрения.⁸⁸ Здесь следует назвать, прежде всего, *свободу усмотрения при планировании (Planungsermessen)*, которая также и в других правопорядках приобретает особое значение. В случае такого усмотрения с помощью взвешивающей правовой оценки должен быть достигнут баланс между различными законодательными целями, которые должны быть сведены в единую программу действий.⁸⁹ В принципе *усмотрение при планировании* не отличается по своей структуре и качеству от общего усмотрения, хотя,

⁸⁴ См. например. *Biernat* (сноска 2).

⁸⁵ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (сноска 26), § 31 пункт 45.

⁸⁶ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 255; *Otto Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, с. 97; *он же*, Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, с. 642.

⁸⁷ См. более подробно по данному вопросу *Grabenwarter* (сноска 22), с. 255.

⁸⁸ Более подробно по данному вопросу см. *Grabenwarter* (сноска 22), с. 255.

⁸⁹ См. *Kahl* (сноска 2), пункт 133; *Grabenwarter* (сноска 22), с. 256.

разумеется, следует дифференцировать в количественном отношении, в точности законодательных ориентиров и в предсказуемости последствий взвешивающей правовой оценки.⁹⁰

5. “Свободное усмотрение” и “связанные” административные решения

Дифференциация, нередко встречаемая в теории усмотрения различных стран, заключается в противопоставлении административного усмотрения, с одной стороны, и т.н. “связанных решений”, с другой стороны.⁹¹ При этом усмотрение характеризуется как такая форма административной деятельности, при которой действие органа управления не предопределено во всех подробностях правовыми предписаниями. Однако следует признать, что также и “связанные решения” никогда не могут быть прописаны в законе до такой степени, чтобы полностью удовлетворить запросы правоприменителя и правовых субъектов, которым адресуются акты административных органов.

Орган управления также и тогда, когда законодательные предписания предоставляют ему право усмотрения, должен предпринять толкование релевантных правовых норм и соотнести (субсумировать) конкретный установленный им фактический состав с соответствующей юридической диспозицией.⁹² Таким образом, как при осуществлении усмотрения, так и на уровне принятия “связанных решений”, интеллектуальный процесс, осуществляемый правоприменителем, является в принципе идентичным.

Австрийский Высший Административный суд усматривает особенность в применении усмотрения, прежде всего в том, что при наличии неполного или нуждающегося в дополнениях закона правоприменитель должен больше внимания уделять систематическим и телеологическим соображениям, чтобы устанавливать “смысл закона”, который служит правовой основой для его акта.⁹³ Такой подход основан на положениях ст. 130 абз. 2 Конституции Австрии, которая устанавливает, что противоправность не признается в случаях, когда законодательство

⁹⁰ Grabenwarter (сноска 22), с. 257 с дальнейшими ссылками.

⁹¹ См. например *Gonod* (сноска 16), пункт III 1 а аа с.33; *Kahl* (сноска 2), пункт 132; *Daria de Pretis*, в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band V, § 78 пункт 80.

⁹² *Christoph Grabenwarter*, *Ermessen und verwaltungsgerichtliche Kontrolle*, в: Holoubek/Lang (Hg.), *Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen*, 1999, с. 327.

⁹³ *Grabenwarter* (сноска 92), с. 327.

воздерживается от обязательного регулирования действия органа управления и предоставляет органу право самому определять своё действие при условии, что это свободное усмотрение орган применил в смысле предписаний закона.

Эта связанность смыслом закона ведет в соответствии с мнением, преобладающим в правовой теории, к преодолению различия между “связанным” решением и решением по усмотрению, хотя обе данные формы административного действия вполне могут отличаться в степени их связанности текстом закона.⁹⁴ Вместе с тем, большинство правовых положений в Австрии, которые предусматривают право на применение усмотрения, характеризуются и другими конкретными, “связанными” элементами юридического состава, которые делают действительно “свободное” усмотрение по собственному выбору административного едва ли возможным.⁹⁵ Также признаётся, что дискреционные решения предполагают осуществляемый в смысле закона процесс взвешивающей правовой оценки, что может иметь место, впрочем, и в случае “связанных” решений.⁹⁶

Во французской правовой системе аналогичным образом проводится различие между дискреционными полномочиями (*pouvoir discrétionnaire*) и зависимыми полномочиями (*compétence liée*).⁹⁷ Зависимое полномочие предполагает, по общему правилу, полную *детерминированность* правового предписания,⁹⁸ а именно, с одной стороны, в результате того, что закон при наличии точно установленных предпосылок предусматривает определенное решение административного органа – и только такое решение – и, с другой стороны, в результате того, что судебный контроль осуществляется при этом “в полном объёме”.⁹⁹ Вместе с тем, во Франции правовая фигура “связанных” решений получила распространение в гораздо меньшей степени, чем в Германии. Но даже решения, которые на первый взгляд однозначно предстают как “связанные”, при более близком рассмотрении обнаруживают неясные формулировки или же недостаточно чёткое определение правовых последствий.¹⁰⁰ В современный период преобладающим стало мнение, утверждающее, что не может существовать

⁹⁴ *Raschauer* (сноска 21), с. 887; *Kurt Ringhofer*, *Strukturprobleme des Rechtes*, 1966, с. 35.

⁹⁵ *Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 32009, пункт 581.

⁹⁶ *Raschauer* (сноска 95), пункт 581; *он же* (сноска 21), с. 892.

⁹⁷ См. *Gonod* (сноска 16), пункт III 1 а аа с. 33; *Chapus* (сноска 2), пункт 1251; *Johannes Koch*, *Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den verwaltungsinternen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen des Bürgers gegenüber der Verwaltung*, 1998, с. 58.

⁹⁸ *Schlette* (сноска 7), с. 122.

⁹⁹ *Schlette* (сноска 7), с. 122.

¹⁰⁰ *Schlette* (сноска 7), с. 124.

ни полной связанности, ни совершенно свободного усмотрения без какой-либо связанности правом, и что в конкретных административных актах усмотрение и связанность, скорее, параллельно присутствуют наряду друг с другом.¹⁰¹

Немецкой судебной практике и доктрине известно, наряду с фигурами “связанного решения” и “дискреционного решения”, также понятие “интенционального усмотрения” (*intendiertes Ermessen*).¹⁰² Оно имеет место тогда, когда направленность применения усмотрения и желаемый результат уже имплицитно предопределены соответствующим правовым предписанием и отклонение от этого может допускаться только в виде исключения. Если административный орган в этом случае стремится следовать желаемому результату, то для этого не нужно ни специфической свободной правовой оценки путём взвешивания, ни специфического обоснования.¹⁰³

Несмотря на разграничение между связанными и свободными решениями административных органов, и решения, принимаемые на основе усмотрения, также не являются в германском праве, естественно, абсолютно “свободными”. Так например, в конкретном случае применение усмотрения может определяться административными инструкциями, публичными заявлениями о намерениях и собственной ведомственной практикой, например, чтобы обеспечить соблюдение гарантии “права на равное обращение”.¹⁰⁴ Связанность правом базируется при этом уже на первом прецеденте и все более чётко оформляется с развивающейся практикой правоприменения.¹⁰⁵ Административные инструкции, устанавливаемые вышестоящими органами управления для нижестоящих инстанций и регулирующие порядок применения последними дискреционных полномочий, могут рассматриваться как реализация “общего права усмотрения”. Под этим подразумевается, что право усмотрения предоставлено не только отдельной административной инстанцией, а “административным органам в целом”, причем также и они остаются связанными целевыми установками законодательства.¹⁰⁶ Отличие от индивидуального усмотрения состоит здесь в том, что общее

¹⁰¹ Grabenwarter (сноска 22), с. 130.

¹⁰² См. Kahl (сноска 2), пункт 128; BVerwGE 72, 1, 6; 105, 55, 57 и сл., положительный комментарий см. Jürgen Schwabe, DVBl. 1988, с. 147; BayVGh NVwZ 2001, с. 931; Wolff/Bachof/Stober/Kluth (сноска 26), § 31 пункт 42.

¹⁰³ Противоположное мнение см. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 172009, § 7 пункт 12.

¹⁰⁴ Wolf cf/Bachof/Stober/Kluth (сноска 26), § 31 пункт 51.

¹⁰⁵ Wolff/Bachof/Stober/Kluth (сноска 26), § 31 пункт 52.

¹⁰⁶ Maurer (сноска 103), § 7 пункт 14.

усмотрение должно ориентироваться не на отдельный частный случай, а на типовые ситуации.¹⁰⁷

Но даже, если в некоторых правовых системах и используется понятие свободного усмотрения, то тем не менее ясно, что в правовом государстве не может существовать свободного усмотрения в смысле допустимости самоуправства и произвола. Органы государственного управления всегда должно принимать решения с ориентацией на всеобщее благо и в соответствии с целевыми установками соответствующего закона, а также при соблюдении прав и законных интересов заинтересованных правовых субъектов.¹⁰⁸ Здесь следует упомянуть также *принцип диспозитивности* (*Opportunitätsprinzip*; в российской правовой терминологии данный принцип нередко переводится как *принцип целесообразности* – **прим. Дайджеста**), который релевантен особенно в области полицейского права. Однако, усмотрение и целесообразность не могут отождествляться друг с другом.¹⁰⁹

Во французском административном праве понятию “целесообразность” (“*opportunité*”) принадлежит ключевая роль.¹¹⁰ Его следует отличать от правомерности и от усмотрения. *Целесообразность* означает не свободу выбора органа управления при осуществлении административных действий, а необходимость адекватного соотношения между фактическими и правовыми предпосылками и содержанием административного акта. Иными словами, это привязка решения к конкретным обстоятельствам частного случая.¹¹¹ Подобная обязанность может действовать, в зависимости от обстоятельств, в отношении не подлежащих контролю административных решений, основанных на усмотрении органа управления. Вместе с тем, она может также предусматриваться законом или предписываться судебским правом.¹¹² Судебная практика Государственного Совета (*Conseil d'État*) рассматривает *целесообразность* преимущественно как своего рода антипод к контролируемой законности, хотя судебная практика конца 20-го века показывает, что понятие

¹⁰⁷ Maurer (сноска 103), § 7 пункт 14.

¹⁰⁸ Günter Püttner, Ermessen und Ermessensausübung. Gedanken zur Weiterentwicklung der Ermessenslehre, ZÖR 2008, с. 349; в отношении Германии см. Wolff/Bachof/Stober/Kluth (сноска 26), § 31 пункт 49; в отношении Швейцарии см. Knapp (сноска 82), пункт 160 и далее.

¹⁰⁹ См. Püttner (сноска 108), с. 349.

¹¹⁰ Pacteau (сноска 49), с. 212; Christian Rumpf, Das „détournement de pouvoir“ im „recours pour excès de pouvoir“, JöR n.F. 38 (1989), с. 248.

¹¹¹ Grabenwarter (сноска 22), с. 134; Michel Fromont, La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France, в: Mosler (Hg.), Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Bd. I, 1969, с. 258.

¹¹² Grabenwarter (сноска 22), с. 134; Fromont (сноска 111), с. 258.

“целесообразность” используется теперь частично также в указанном выше смысле¹¹³ и что контроль целесообразности также имеет место.¹¹⁴

6. Усмотрение и неопределённые правовые понятия

Соотношение между понятием усмотрения и неопределёнными правовыми является уже длительное время, особенно в *германоязычных* странах, предметом дискуссии.¹¹⁵ Германская теория проводит различие между усмотрением, которое применяется на уровне определения правовых последствий, и “неопределёнными понятиями законодательства”, которые составляют элемент определения юридического состава, описанного в законе.¹¹⁶ Неопределённые термины закона - это те понятия, которые с точки зрения их содержательного смысла и объема определены лишь в самом общем и неопределённом виде¹¹⁷ и тем самым не устанавливают для судов достаточно определённый правовой масштаб.¹¹⁸ Различие между усмотрением и неопределёнными понятиями закона видится, в том числе и в том, что усмотрение делает возможным, как правило, несколько “равноценных решений”, а неопределённое понятие закона, напротив, только одно правильное решение.¹¹⁹ Если бы неопределённое понятие закона могло в принципе также вести к нескольким решениям, то следует полагать, что только одно решение должно рассматриваться как соответствующее воле законодателя.¹²⁰

Дифференциация между усмотрением и неопределёнными понятиями закона в германской судебной практике и теории служит, в том числе, также разграничению сфер компетенции административных судов и административных органов. Так, результирующая из принципа усмотрения свобода выбора решения административных органов подлежит судебному контролю лишь в узких рамках, в то время как контроль неопределённых понятий закона полностью входит в компетенцию административных судов.¹²¹

¹¹³ CE, 28.2.1986, *Ngako Jeuga*, Rec. Cons. d'Ét., с. 49; CE, 14.12.1988, *S.A. Gilbert Marine*, RFDA 1989, с. 162.

¹¹⁴ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 134 с дальнейшими ссылками.

¹¹⁵ См. *Kahl* (сноска 2), пункт 161.

¹¹⁶ См. например *Maurer* (сноска 103), § 7 пункт 26.

¹¹⁷ *Raschauer* (сноска 95), пункт 595 f.

¹¹⁸ *Bleckmann* (сноска 6), с. 9.

¹¹⁹ *Bleckmann* (сноска 6), с. 15.

¹²⁰ *Bleckmann* (сноска 6), с. 15.

¹²¹ *Bleckmann* (сноска 6), с. 18.

Отдельной категорией на стыке между усмотрением и неопределенным понятием закона являются так называемые условные предписания (*Koppelungsvorschriften*). В этом случае в рамках фактического состава правового регулирования имеется неопределенное понятие закона, а в рамках определения правовых последствий – право на усмотрение.¹²²

В *Италии* разграничение на свободное усмотрение на уровне правовых последствий и неопределенные правовые понятия на уровне фактического состава известно не в такой степени, как в Германии. Скорее итальянское административное право проводит различие между “чистым” и “техническим” усмотрением.¹²³

В *Швейцарии* дифференциация между свободным усмотрением и неопределенными правовыми понятиями имеет большое значение для правовой защиты, предоставляемой административными судами.¹²⁴ В принципе в компетенцию административных судов входит только контроль вопросов права, что приводит к тому, что проверка уместности и соразмерности применения усмотрения возможна только в очень ограниченном объеме. Напротив, толкование неопределенных правовых понятий доступно контролю административными судами. В целях разграничения этих двух понятий Высший Федеральный суд раньше использовал теорию “единственно правильного решения”. В соответствии с данной доктриной для интерпретации неопределенного правового понятия имеется только одно правильное решение, тогда как при применении усмотрения у административного органа имеется в распоряжении несколько возможных решений.¹²⁵ Определённое направление в теории ориентируется на германскую доктрину и разделяет ту точку зрения, что усмотрение всегда следует применять на уровне определения правовых последствий, а неопределенные правовые понятия встречаются на уровне определения фактических составов.¹²⁶ Сегодня преобладающее в теории направление исходит, однако, из того, что усмотрение зависит от того, оставил ли законодатель право на конкретизацию соответствующего правового регулирования в

¹²² Maurer (сноска 103), § 7 пункт 48.

¹²³ См. de Pretis (сноска 91), пункт 84; Fraenkel-Haeberle (сноска 81).

¹²⁴ См. Jaag (сноска 2), пункт 147; Häfelin/Müller/Uhlmann (сноска 83), пункт 446а.

¹²⁵ BGE 95 I 33, 40; Häfelin/Müller/Uhlmann (сноска 83), пункт 449.

¹²⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann (сноска 83), пункт 451 со ссылкой на Thomas Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 21980, с. 124 f.; Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Bd. I, 1986, с. 405; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Regina Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, с. 142, 146.

исключительной компетенции административного органа или же он стремился установить последующий судебный контроль.¹²⁷

В течение последних 50-ти лет в *Австрии* постепенно утвердилась идея дифференциации между усмотрением и неопределенными правовыми понятиями,¹²⁸ хотя, с другой стороны, сложилось и представление, что с теоретико-правовой точки зрения не существует никакого принципиального структурного различия между неопределенными правовыми понятиями и усмотрением.¹²⁹

Различение между усмотрением и неопределенными правовыми понятиями признаётся также и в *Польше*.¹³⁰ При этом предполагается, что неопределенные правовые понятия встречаются там, где административный орган устанавливает фактические обстоятельства и проверяет применимость определенных правовых норм. Осуществление усмотрения происходит только на следующей ступени, а именно при применении соответствующих правовых приложений. Поскольку часто на практике трудно разграничить две эти области, то усмотрение и неопределенные правовые понятия нередко обозначаются сводным понятием “свобода принятия решения” административных органов.¹³¹

Также и в *Португалии* утвердилось общее понятие “свобода принятия решения”.¹³² С одной стороны, эта свобода принятия решения охватывает усмотрение как возможность выбора между различными формами действий и, с другой стороны, свободу оценки, которая включает в себя, прежде всего, возможность конкретизации неопределенных правовых понятий и возможность оценки фактов.¹³³

7. Предоставление полномочия на применение усмотрения

В вопросах административного усмотрения *французское* право характеризуется тем, что в отношении степени *неопределенности*,

¹²⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann (сноска 83), пункт 453.

¹²⁸ Более подробно о развитии дискуссии см. Grabenwarter (сноска 22), с. 311 и далее.; Raschauer (сноска 95), пункт 595 и далее.

¹²⁹ Grabenwarter (сноска 22), с. 318 с дальнейшими ссылками.

¹³⁰ См. Biernat (сноска 2).

¹³¹ См. Biernat (сноска 2).

¹³² См. Vasco Pereira da Silva/André Salgado de Matos, в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V, § 81.

¹³³ См. Pereira da Silva/Salgado de Matos (сноска 132).

правовых положений не предъявляются особо высокие требования.¹³⁴ В первую очередь, наличие возможности усмотрения признаётся тогда, когда для определенного фактического состава вообще не имеется никаких правовых предписаний, когда осуществление полномочия не связано какими-либо условиями, когда правовое предписание содержит формулировки типа “может” или “имеет право” и когда в распоряжении органа имеются несколько вариантов возможных действий.¹³⁵

Другой альтернативой является свобода усмотрения на уровне предпосылок или условий административного действия.¹³⁶ Наличие такой свободы признаётся уже тогда, когда законодатель при описании условий действий административного органа использует неопределенные понятия. Начиная со второй половины 20-го века, органы административного управления во Франции исходят из того, что регулирование, независимо от степени его неопределенности, предполагает свободу усмотрения в том случае, если правовое предписание не подвергается никакому или лишь неполному административно-судебному контролю.¹³⁷ Таким образом французская правовая система ориентируется на контроль средствами судейского права не только при вопросе о понятии усмотрения, но и при поиске источников усмотрения.

В *германской* правовой системе законодатель нередко со всей определённой использует понятие “усмотрение” или схожие термины, когда он предоставляет административному органу дискреционные полномочия.¹³⁸ Как в большинстве других стран, предоставление права на усмотрение также происходит по большей части путём формулировок “может”, “имеет право”, “правомочен” или путём предоставления альтернативных вариантов.¹³⁹ Тем не менее, подобные формулировки не ведут обязательно к предоставлению административного усмотрения, поскольку требование давать нормам толкование, соответствующее конституции, может обуславливать необходимость переинтерпретации диспозитивных положений в обязательное регулирование.¹⁴⁰

Также и в *Швейцарии* вопрос, предоставляет ли правовое предписание административному органу право на усмотрение или нет, это, скорее,

¹³⁴ Schlette (сноска 7), с. 115; по вопросу о предоставлении права на усмотрение см. Gonod (сноска 16), пункт III 1 а аа с. 33.

¹³⁵ Eisenmann (сноска 52), с. 306, 308, 668 и сл.

¹³⁶ Eisenmann (сноска 52), с. 310.

¹³⁷ Alain Bockel, Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration, AJDA 1978, с. 358; Lino Di Qual, La compétence liée, 1964, с. 81, 83, 87, 118, 123, 175.

¹³⁸ См. например § 2 абз. 2 Закона о порядке вручения документов, направляемых административными органами (Verwaltungszustellungsgesetz; VwZG).

¹³⁹ См. Kahl (сноска 2), пункт 132; Wolff/Bachof/Stober/Kluth (сноска 26), § 31 пункт 41.

¹⁴⁰ Wolff/Bachof/Stober/Kluth (сноска 26), § 31 пункт 45; BVerfGE 8, 77; 20, 160.

вопрос интерпретации. Такое толкование следует квалифицировать в качестве вопроса права, вследствие чего оно не находится на усмотрении органа управления, и административные суды могут осуществлять его проверку в полном объеме.¹⁴¹

II. Усмотрение в рамках административно-судебного контроля

1. Контроль усмотрения

Во Франции свобода усмотрения органов управления ограничена писаными нормами законодательства, судебским правом, но также и административными предписаниями.¹⁴² Рассмотрение французской теории ошибочного применения усмотрения вызывает определённые трудности вследствие того, что во французском праве отсутствует специальный общий термин для обозначения различных видов ошибок применения усмотрения.¹⁴³ Формулировка “злоупотребление властью” (“*excès de pouvoir*”) охватывает, например, все формы противоправности, а не только те, которые связаны с осуществлением усмотрения.¹⁴⁴

В Германии объем контроля усмотрения в отличие от контроля других форм реализации полномочий административных органов по принятию решений урегулирован нормами процессуального права.¹⁴⁵ Согласно § 40 Закона об административных процедурах (Verwaltungsverfahrensgesetz; VwVfG) административный орган, уполномоченный на осуществление усмотрения, должен действовать в соответствии с целью данного полномочия и соблюдать пределы усмотрения, установленные законом.¹⁴⁶ § 114 Закона об административных процедурах также регулирует усмотрение и предусматривает в частности, что суд должен проверять, не является ли административный акт или отклонение либо непринятие административного акта противоправными, поскольку не соблюдены установленные законом границы усмотрения или же усмотрение было применено способом, не соответствующим цели предоставленного

¹⁴¹ См. *Jaag* (сноска 2), пункт 147; BGE 125 II 29, 38.

¹⁴² *Grabenwarter* (сноска 22), с. 181.

¹⁴³ *Bleckmann* (сноска 6), с. 173.

¹⁴⁴ См. *Gonod* (сноска 16), пункт IV 2 b с. 51.

¹⁴⁵ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 253.

¹⁴⁶ См. *Kahl* (сноска 2), пункт 133.

полномочия. Если оба эти положения дают сначала относительно ясное представление о контроле усмотрения, то тем не менее следует прояснить два вопроса. Во-первых, предоставлено ли органу управления право на применение усмотрения, и если да, то на каких условиях? И во-вторых, что действительно должен контролировать суд в случае наличия у органа права применить усмотрение?¹⁴⁷

Формулировки “может” и “правомочен” являются, в лучшем случае, лишь ориентирами, указывающими на наличие правомочия применить усмотрение. Хотя т.н. “инструктивные предписания” (“*Soll*”-*Vorschrift*) предполагают, как правило, более жесткую связанность правоприменителя, и “диспозитивные предписания” (“*Kann*”-*Vorschrift*) по общему правилу означают правомочие на применение усмотрения, существуют, тем не менее, многочисленные исключения из этих принципов, в результате чего, основанная на них систематика была бы вряд ли убедительной. В этой связи следует также указать на теоретически скорее пограничный случай “сокращения усмотрения до нуля” (“*Ermessensreduzierung auf Null*”).¹⁴⁸ “Сокращение усмотрения до нуля” стало в Германии устойчивой составной частью доктрины¹⁴⁹ и судебной практики.¹⁵⁰ В соответствии с мнением, превалирующим в теории, такое сокращение усмотрения имеет место тогда, когда вопреки существующей у административного органа в принципе возможности выбора между несколькими, с правовой точки зрения равнодопустимыми формами поведения, возможность выбора сводится к одной единственной альтернативе.¹⁵¹ Вследствие этого спектр возможностей выбора решения сужается до нуля и решение по усмотрению превращается в связанный административный акт.¹⁵² В процессуальном отношении это имеет следствием, что суд в основу собственных выводов должен положить “только” это единственно правомерное решение и может отменить отклоняющееся от него административное решение.¹⁵³ Однако, эта точка зрения, которая отрицает предоставление права усмотрения, не является бесспорной. Так, против неё выдвигается возражение, что в зависимости от конкретных обстоятельств в случае предоставления права на усмотрение могут существовать несколько различных возможностей действия, но также и может возникнуть ситуация, что “лишь какое-то одно определённое решение будет чётко и

¹⁴⁷ Grabenwarter (сноска 2), с. 253.

¹⁴⁸ См. Kahl (сноска 2), пункт 123.

¹⁴⁹ Wolff/Bachof/Stober/Kluth (сноска 26), § 31 пункт 67; Maurer (сноска 103), § 7 пункт 24.

¹⁵⁰ См. BVerwGE 84, 322, 334 и сл.; 95, 15, 19; 95, 341, 347 и сл.

¹⁵¹ Maurer (сноска 103), § 7 пункт 24.

¹⁵² Udo Di Fabio, Die Ermessensreduzierung, VerwArch 86 (1995), с. 214.

¹⁵³ Püttner (сноска 108), с. 351.

ясно соответствовать закону.¹⁵⁴ С другой стороны, также утверждается, что ни административный орган, ни суд не имеют свободы выбора, которая может сводиться на “нет”, а с самого начала существует лишь одна единственная возможность правильного решения.¹⁵⁵

В *Австрии* вопрос о том, исходит ли норма ст. 130 абз. 2 конституции из теоретического понятия усмотрения, как оно сложилось в доктрине, или в ней заложено иное понимание данного термина, является предметом оживлённой дискуссии.¹⁵⁶ Сегодня преобладающее направление в теории придерживается того мнения, что лежащее в основе ст. 130 абз. 2 Конституции понятие усмотрения является более узким, чем теоретическое понятие. Таким образом, признаётся необходимость проведения различия между усмотрением и неопределёнными правовыми понятиями, но, тем не менее, с теоретико-правовой точки зрения признаётся структурная тождественность между усмотрением и неопределёнными понятиями.¹⁵⁷ Одно только наличие диспозитивной формулировки в правовой норме также и в Австрии не ведёт автоматически к предоставлению усмотрения, а служит лишь определённым ориентиром для признания усмотрения. Равным образом императивная формулировка может также вполне предполагать возможность усмотрения.¹⁵⁸

Для обоснования усмотрения особую важность имеет очевидность законодательного предоставления органу власти свободы оценки и действий.¹⁵⁹ В правовом регулировании, установленном законодателем, должно читаться его чёткое намерение предоставить исполнительному органу свободу усмотрения.¹⁶⁰ Это намерение и степень его действия в отношении конкретного фактического состава, должно устанавливаться путём толкования в отдельном случае, причем ни дословный текст, ни воля законодателя не являются единственной основой оценки регулирования.¹⁶¹

В *Швейцарии* первая кассационная инстанция призвана осуществлять проверку осуществления усмотрения.¹⁶² Ст. 49 Федерального Закона об административной процедуре устанавливает три основания для жалобы в

¹⁵⁴ Püttner (сноска 108), с. 350.

¹⁵⁵ Püttner (сноска 108), с. 351.

¹⁵⁶ Более подробно по данному вопросу см. Grabenwarter (сноска 22), с. 319 и далее.

¹⁵⁷ Grabenwarter (сноска 22), с. 322.

¹⁵⁸ Walter Antonioli/Friedrich Koja, Verwaltungsrecht, ³1996, с. 253; Günther Winkler, Entwicklungstendenzen in der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, JBl. 1957, с. 98; Peter Bernárd, Gebundenheit und Ermessen, FS für Walter Antonioli, 1979, с. 97.

¹⁵⁹ ¹ Более подробно по данному вопросу см. Grabenwarter (сноска 22), с. 323.

¹⁶⁰ Gerold Stoll, Ermessen im Steuerrecht. Gutachten, 4. ÖJT 1970, I/2, с. 31 и сл.; Grabenwarter (сноска 22), с. 323 с дальнейшими ссылками.

¹⁶¹ Stoll (сноска 160), с. 45 и сл.; Grabenwarter (сноска 22), с. 323.

¹⁶² См. Jaag (сноска 2), пункт 147.

рамках кассационного производства. Пункт “а” данной статьи предоставляет право обжаловать нарушения федерального права, включая превышение пределов усмотрения или злоупотребление свободой усмотрением, и ведет, таким образом, к контролю правомерности. В соответствии с пунктом “b” этой статьи может быть оспорено неправильное или неполное установление фактов, имеющих существенное юридическое значение, и тем самым инициирован контроль исследования обстоятельств дела. Наконец, пункт “с” данной статьи в определенных границах предоставляет право обратиться с жалобой на несоразмерность, что равнозначно фактическому контролю усмотрения. Последующие кассационные инстанции, как например Федеральный Суд и кантональные административные суды, в принципе неправомочны принимать решение по вопросам усмотрения (см. ст. 95 и следующие Закона о Федеральном Суде). Они должны ограничиваться тем, чтобы устанавливать правонарушения как, например превышение пределов усмотрения или злоупотребление свободой усмотрения либо неправильное установление обстоятельств дела.

2. Ошибочное применение усмотрения

В основе теории ошибочного применения усмотрения в *Германии* лежит норма § 114 Положения об административных судах (*Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*). Наиболее распространённая точка зрения дифференцирует между тремя видами ошибок в применении усмотрения: превышение пределов усмотрения, злоупотребление свободой усмотрения и неполное использование свободы усмотрения (недостижение нижнего порога усмотрения).¹⁶³ Такую дифференциацию можно встретить также в *Швейцарии*¹⁶⁴ и в *Австрии*¹⁶⁵.

Превышением пределов усмотрения обозначается ошибка в применении усмотрения, при которой орган власти выбирает правовое последствие, которое выходит за рамки дискреционной нормы (*Ermessensvorschrift*).¹⁶⁶ В случае *недостижения нижнего порога усмотрения* орган власти не применяет предоставленного ему усмотрения, например, из халатности или ввиду заблуждения.¹⁶⁷ *Злоупотребление свободой усмотрением* имеет место тогда, когда орган власти руководствуется не исключительно целью

¹⁶³ См. по данному вопросу также *Kahl* (сноска 2), пункт 129.

¹⁶⁴ См. *Jaag* (сноска 2), пункт 147.

¹⁶⁵ См. в отношении Швейцарии *Häfelin/Müller/Uhlmann* (сноска 83), пункт 460 и далее; в отношении Австрии *Grabenwarter* (сноска 22), с. 330 и далее.

¹⁶⁶ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (сноска 26), § 31 пункт 57.

¹⁶⁷ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (сноска 26), § 31 пункт 59.

нормы, устанавливающей право на усмотрение, например, когда он не принимает во внимание целеустановки закона или в недостаточной степени учитывает в своих заключениях точки зрения, которые имеют существенное значение для осуществления дискреционных полномочий.¹⁶⁸ Конституционные принципы и принципы государственного управления и, в частности, основные права также учитываются и включаются в масштаб надлежащего применения усмотрения.¹⁶⁹ В *Португалии* органы государственного управления при реализации свободы усмотрения еще более тесно связаны основными правами и конституционными принципами, чем это имеет место при «связанных» административных решениях.¹⁷⁰

Наряду с этим, предпринимаются также попытки и иной систематизации ошибок в применении усмотрения. Так например, в рамках категории злоупотреблений свободой усмотрения проводится дополнительная дифференциация между объективными и субъективными ошибками применения усмотрения.¹⁷¹ Объективные ошибки в применении усмотрения имеют место тогда, когда нарушаются общие принципы права и, в частности, основные права. Другие дефекты, как например, неверное применение усмотрения, а также его необоснованное или произвольное применение рассматриваются как субъективные ошибки. Согласно другой точке зрения, также различающей между объективными и субъективными ошибками усмотрения, проводимая здесь дифференциация больше ориентируется на французскую доктрину и на так называемый принцип «явного недостатка».¹⁷² Достойна упоминания, наконец, также точка зрения, которая (правда, лишь) в отношении ошибок усмотрения, подлежащих судебному контролю, предпринимает разграничение между ошибками в результате и ошибками в процедуре применения усмотрения.¹⁷³

Во *Франции* теория ошибочного применения усмотрения формируется очень многослойно. Дифференциации на ошибочное применение усмотрения в виде злоупотребления свободой усмотрения, превышения пределов усмотрения и недостижение нижнего порога усмотрения, как в немецкоязычных странах, не существует. Ошибочное применение усмотрения интегрировано, скорее, в комплексную систему объективной правозащиты и не может рассматриваться в отрыве от процедуры

¹⁶⁸ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (сноска 26), § 31 пункт 61.

¹⁶⁹ *Maurer* (сноска 103), § 7 пункт 23; *Grabenwarter* (сноска 22), с. 261.

¹⁷⁰ См. *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (сноска 132).

¹⁷¹ См. более подробное изложение по данному вопросу *Grabenwarter* (сноска 22), с. 261.

¹⁷² *Klaus Stern*, *Ermessen und unzulässige Ermessensausübung*, 1964, с. 32 и сл.

¹⁷³ См. Более подробно по данному вопросу *Grabenwarter* (сноска 22), с. 263; *Robert Alexy*, *Ermessensfehler*, JZ 1986, с. 707.

административно-судебного контроля.¹⁷⁴ Особую роль здесь играет правовая фигура жалобы на превышение полномочий (*recours pour excès de pouvoir*).¹⁷⁵ Это связано с тем, что применение этого средства правовой защиты трояким образом может вести к отмене административного акта. Во-первых, в результате проверки формальной законности (*légalité externe*) или недостатков процедуры (контроль положений, касающихся компетенции, формы и процедуры); во-вторых, - контроля злоупотребления полномочиями (*détournement de pouvoir*, злоупотребление свободой усмотрения) и, наконец, - в результате проверки нарушения закона (нарушение закона в узком смысле). Однако, злоупотребление свободой усмотрения (*détournement de pouvoir*) не является единственной причиной противоправного применения усмотрения. Другими формами противоправности актов усмотрения являются, например, *материальная неточность фактов* (*inexactitude matérielle des faits*), *контроль оснований* (*contrôle des motifs*) и *заблуждение о праве* (*erreur de droit*).¹⁷⁶ Сегодня решения, принятые в порядке применения усмотрения, которые раньше отменялись при проверке *Государственным Советом* ввиду превышения полномочий, признаются противоправными уже ввиду нарушений, подлежащих заявлению на более ранних стадиях проверки, как например, из-за *материальной неточности фактов, заблуждения в праве* или *очевидного заблуждения в оценке* (*erreur manifeste d'appréciation*).¹⁷⁷

Ошибка в применении усмотрения, выражающаяся в *материально неточном установлении фактов*, требует контроля того, соответствуют ли действительности факты, на которые опирается дискреционное решение.¹⁷⁸ Ошибочное применение усмотрения, состоящее в *заблуждении в праве*, основывается на юридической ошибке. Это значит, что орган управления сослался на определённую правовую норму, которую он, однако, ошибочно интерпретировал.¹⁷⁹ Хотя *заблуждение в праве* и обнаруживает большое сходство с *нарушением права* (*violation de droit*), тем не менее в случае *заблуждения в праве* контролю подлежит субъективная толкование правовой нормы органом управления, из-за чего этот институт стоит ближе к превышению пределов усмотрения в германской доктрине.¹⁸⁰ При *очевидном заблуждении в оценке* речь идет, прежде всего, о явно ошибочной оценке правового положения при толковании неопределенных

¹⁷⁴ См. по данному вопросу ниже.

¹⁷⁵ См. *Gonod* (сноска 16), пункт IV 2 b с. 51.

¹⁷⁶ *Bleckmann* (сноска 6), с. 172.

¹⁷⁷ *Bleckmann* (сноска 6), с. 173.

¹⁷⁸ *Bleckmann* (сноска 6), с. 179; *Jean-Marie Auby/Roland Drago*, *Traité de contentieux administratif*, Bd. II, ²1975, с. 386 и далее.

¹⁷⁹ *Bleckmann* (сноска 6), с. 179; *Chapus* (сноска 2), пункт 1233.

¹⁸⁰ *Bleckmann* (сноска 6), с. 179; *Auby/Drago* (сноска 178), с. 380 и далее.

понятий, которые не подлежат административно-судебному контролю в полном объеме.¹⁸¹

В *Швейцарии* среди различных видов ошибочного применения усмотрения проводится дифференциация между несоразмерностью решения, злоупотреблением свободой усмотрения, превышением пределов усмотрения и недостижением минимального порога усмотрения.¹⁸² При этом особое внимание уделяется, прежде всего, несоразмерности решений, которая имеет место в том случае, если решение хотя и было принято в пределах предоставленной свободы усмотрения, но не является целесообразным.¹⁸³ Это обстоятельство не ведет к нарушению права, а представляет собой вопрос оценки, что имеет значение для допустимости вынесения различными инстанциями решения о возможной несоразмерности.

В *австрийской* доктрине ошибочного применения усмотрения специфические виды противоправного применения усмотрения обозначаются разными понятиями, обусловленными преимущественно особенностями процесса принятия решения.¹⁸⁴ Уже перед вступлением в силу национальной конституции в доктрине проводилось различие между «внешними» и «внутренними» границами усмотрения.¹⁸⁵ Внешние границы усмотрения слагаются из компетенции, процедуры и материально-правовых предпосылок решения. Внутренние границы усмотрения в смысле превышения пределов усмотрения заключаются в том, что действующий административный орган преследует запрещенную цель.¹⁸⁶ После принятия конституции утвердилось также представление, что параллельно существуют два вида ошибочного применения усмотрения, а именно (преднамеренное) злоупотребление свободой усмотрения и (непреднамеренное) превышение пределов усмотрения.¹⁸⁷ Наконец, в ошибочном применении усмотрения стали дифференцироваться материальные и формальные ошибки. К материальным ошибкам относятся превышение пределов усмотрения, злоупотребление свободой усмотрения и неправильное использование усмотрения. Формальные ошибки вытекают из нарушений процессуального права при применении норм,

¹⁸¹ *Bleckmann* (сноска 6), с. 182; *Auby/Drago* (сноска 178), с. 392; *Chapus* (сноска 2), пункт 1255.

¹⁸² См. По данному вопросу *Jaag* (сноска 2), пункт 147; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (сноска 83), пункт 460 и далее.

¹⁸³ *Häfelin/Müller/Uhlmann* (сноска 83), пункт 460 и сл.

¹⁸⁴ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 342.

¹⁸⁵ Более подробно к вопросу о развитии понятия ошибочное применение усмотрения в Австрии см. *Grabenwarter* (сноска 22), с. 330.

¹⁸⁶ *Von Laun* (сноска 76), с. 188 и сл.

¹⁸⁷ *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf J. Merkl*, *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, 1922, с. 242.

предусматривающих возможность усмотрения, как например упушения при установлении обстоятельств дела.¹⁸⁸ Разумеется, также и при “связанных” решениях такие действия, как неучёт цели закона или отсутствие взвешивающей правовой оценки могут вызывать противоправность. Тем не менее, они представляют для решений по усмотрению *типичные* ошибки (в смысле материальных ошибок применения усмотрения). Также среди формальных ошибок в применении усмотрения можно выделить типичные процессуально-правовые ошибки, как например, недостаток в обосновании решения или недостаточное установление обстоятельств дела, хотя при этом здесь речь идет не только об упушениях, допущенных в рамках осуществления усмотрения.¹⁸⁹ Единообразный ответ даётся на вопрос относительно границ, превышение которых влечёт за собой правовое последствие в виде ошибочного применения усмотрения. Решающее значение здесь должно иметь решение в каждом конкретном случае.¹⁹⁰ Как общая детерминанта рассматривается само полномочие на применение усмотрения, смысл которого должно устанавливаться путём толкования. Если в рамках него смысл закона истолкован ошибочно, то имеет место ошибка в применении усмотрения.¹⁹¹ Смысл закона не представляет таким образом следующий масштаб для проверки дискреционного решения на наличие ошибки при применении усмотрения, а лишь показывает, как должны устанавливаться границы допустимого осуществления усмотрения.¹⁹²

3. Административно-судебный контроль дискреционных решений

Цель судебного контроля осуществления усмотрения в *Германии* заключается в том, чтобы проверить “превышены ли установленные законом пределы усмотрения и не применено ли усмотрение способом, не соответствующим цели усмотрения” (§ 114 предложение 1 Положения об административных судах).¹⁹³ Для контроля Федеральный Административный суд использует юридические категории, разработанные в рамках доктрины “ошибочного применения усмотрения”

¹⁸⁸ Peter Oberndorfer, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1983, с. 131 и сл.

¹⁸⁹ См. Robert Walter/Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlymayer, *Bundesverfassungsrecht*, 10/2007, пункт 1015.

¹⁹⁰ Grabenwarter (сноска 22), с. 330.

¹⁹¹ Grabenwarter (сноска 22), с. 330.

¹⁹² Grabenwarter (сноска 22), с. 330.

¹⁹³ См. Kahl (сноска 2), пункт 133.

(*Ermessensfehlerlehre*). Суд проводит различие между тремя следующими правовыми ситуациями:

- недостижением минимального порога усмотрения (это тот случай, когда орган власти не использует предоставленную ему свободу решения);
- превышением пределов усмотрения (это тот случай, если орган власти принимает регулирование, которое не предусмотрено законом); и, наконец,
- решениями, которые основываются либо на недостаточном обосновании (дефицит усмотрения), либо на ненадлежащем обосновании (неправильное применение усмотрения).¹⁹⁴

Административный суд в полном объеме проверяет дискреционные решения, оценивая при этом, существовало ли законное полномочие для решения, применил ли орган власти предоставленные ему полномочия и, если да, то было ли это реализовано в допущенном законом объеме. Одновременно административный суд устанавливает, были ли при этом учтены правовые нормы императивного характера, имеет ли место злоупотребление полномочиями и не допущены ли ошибки процессуального характера.¹⁹⁵ Важно подчеркнуть, что задачей суда является исключительно исследование решения административного органа на наличие правовых ошибок, что не подразумевает также полномочие судить о правильности административного решения.¹⁹⁶ Таким образом в рамках применения § 114 Положения об административных судах подлежит проверке лишь вопрос о том, были бы соблюдены упомянутые там специальные предпосылки, а не вопрос, было ли бы принятие других решений целесообразнее.¹⁹⁷ Судебный контроль должен в первую очередь основываться на взвешивающей правовой оценке (*Abwägungsvorgang*).¹⁹⁸

В Германии в рамках административного судопроизводства всеобъемлющему контролю подвергаются практически все предусмотренные законом признаки фактических составов, чему способствует также и контроль пропорциональности. Возможность переинтерпретации однозначно дискреционных решений в случае осуществления «связанного» управления еще более ужесточает контроль.¹⁹⁹

Основные права и общие принципы административного процесса рассматриваются в Германии как объективные пределы усмотрения.²⁰⁰

¹⁹⁴ Gerhardt (сноска 24), пункт 15.

¹⁹⁵ Gerhardt (сноска 24), пункт 4.

¹⁹⁶ Gerhardt (сноска 24), пункт 6.

¹⁹⁷ Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 162009, § 114 пункт 4 с дальнейшими ссылками; Grabenwarter (сноска 22), с. 254.

¹⁹⁸ Gerhardt (сноска 24), пункт 10.

¹⁹⁹ Schlette (сноска 7), с. 356.

²⁰⁰ См. Kahl (сноска 2), пункт 129; Maurer (сноска 103), § 7 пункт 23.

Нарушение основных прав или общих принципов управления ведет к дефектности дискреционного решения, принимаемого по усмотрению соответствующего органа. Среди основных прав одним из наиболее важных ограничений усмотрения является общий принцип равенства согласно ст. 3 абз. 1 Основного Закона ФРГ. Этот принцип считается нарушенным тогда, когда группа субъектов права получает неравное обращение по сравнению с другими субъектами права, хотя между обеими группами не существует никакого различия такого вида или такого значения, которые могли бы оправдывать подобное неравное обращение.²⁰¹

Насколько редки во французской доктрине принципиальные оценки в отношении усмотрения,²⁰² настолько разнообразно формируется картина относительно административно-судебного контроля усмотрения. Судейское право, ввиду скудных конституционных и законных ограничений усмотрения, становится наиболее важной составной частью *принципа законности*.²⁰³ Сегодня признаётся, что каждый акт усмотрения, который может оспариваться в рамках рассмотрения жалобы на превышение полномочий (*recours pour excès de pouvoir*), может также проверяться в полном объёме на предмет его формальной и материальной законности.²⁰⁴

Контроль действий органов управления французскими административными судами ориентируется на множество видов жалоб и правовых оснований для их оспаривания или отмены. В сравнительно-правовом аспекте особое значение имеет такая разновидность процедуры обжалования, как *иски об отмене неправомερных административных актов* (*contentieux de l'annulation*). Более конкретно речь идёт здесь о *жалобах на превышение полномочий*. Они выступают как средство объективной правовой защиты, которое может быть использовано любым субъектом, способным подтвердить наличие у него правового интереса. Доказывать наличие нарушения собственных субъективно-публичных прав, в отличие от этого, здесь не требуется. *Жалобы на превышение полномочий* могут тремя способами вести к отмене административного акта. Во-первых, - в результате установления несоответствия принципу формальной законности (*légalité externe*) или недостатков процедуры (контроль положений, касающихся компетенции, формы и процедуры). Во-вторых, - в результате злоупотребления властью (злоупотребление свободой усмотрения). И наконец – в результате нарушения закона (нарушение закона в узком смысле). Ранее контроль усмотрения анализировался исключительно в отношении злоупотребления властью

²⁰¹ BVerfGE 55, 72, 88.

²⁰² См. Koch (сноска 97), с. 172.

²⁰³ Schlette (сноска 7), с. 360.

²⁰⁴ См. Gonod (сноска 16), пункт IV 2 b с.51; Schlette (сноска 7), с. 174.

(*détournement de pouvoir*). Однако, после Второй мировой войны в практике органов административной юрисдикции во Франции были разработаны и ряд других форм противоправности, которые имеют большое значение для контроля усмотрения, как например, материальная неточность фактов (*inexactitude matérielle des faits*), контроль оснований (*contrôle des motifs*) и заблуждение о праве (*erreur de droit*).²⁰⁵

Сегодня судебный контроль дискреционных решений во Франции осуществляется без каких-либо пробелов.²⁰⁶ Государственный Совет проверяет не только формальную правомерность, но и наличие злоупотребления властью, которое состоит в ненадлежащем обосновании правовых мотивов, или же также правильность установления фактов. Оценка обстоятельств дела, как правило, также проверяется каким-либо способом, например, такими специфическими инструментами, как контроль юридической квалификации, юриспруденция баланса и судебная практика проверки пропорциональности.²⁰⁷

Правовая фигура превышения полномочий (*détournement de pouvoir*) играет роль при перепроверке заблуждения в отношении цели как в случае «связанных» административных актов, так и в случае дискреционных решений. При этом административный суд должен проводить сравнение между целью, действительно преследуемой административным органом, и той целью, которую административный орган стремился достичь в конкретном случае.²⁰⁸ Тем не менее, значение этой правовой фигуры с течением времени все больше снижалось. *Государственный Совет* теперь осуществляет также контроль ошибок в применении усмотрения, связанных с материальной неточностью установления фактических обстоятельств, заблуждением в праве или очевидного заблуждения в оценке. Причем подобный контроль осуществляется им до исследования наличия превышения полномочий. Таким образом дискреционные решения, которые раньше отменялись ввиду превышения полномочий, теперь объявляются неправомочными на основании нарушений, которые подлежат выявлению уже на более раннем этапе контроля.²⁰⁹

Но также и *основные права* и, в частности, *принцип равенства* играют роль во французской судебной практике, касающейся вопросов осуществления усмотрения. Нарушения прав человека находят соответствие в *заблуждении в праве*, санкционируемом Государственным

²⁰⁵ См. *Bleckmann* (сноска 6), с. 172.

²⁰⁶ По данному вопросу см. *Gonod* (сноска 16), пункт 2 а.

²⁰⁷ *Schlette* (сноска 7), с. 344; по вопросу о *détournement de pouvoir* см. *Chapus* (сноска 2), пункт 1242.

²⁰⁸ *Auby/Drago* (сноска 178), с. 405.

²⁰⁹ *Bleckmann* (сноска 6), с. 173.

Советом как нарушение *общих принципов (административного) права*.²¹⁰ Пропорциональность дискреционного решения учитывается различными способами, например, либо через проверку *очевидного несоответствия (erreur manifeste d'adéquation)*, либо в рамках юриспруденции баланса (*jurisprudence du bilan*).

При помощи правовых инструментов проверки *очевидного несоответствия (несоразмерности)* и *юриспруденции баланса* Государственный Совет в течение последних десятилетий восполнил ряд пробелов в процедуре контроля, которые существовали ранее.²¹¹ Контроль *очевидного несоответствия* характеризуется, прежде всего, тем, что применяемый здесь масштаб является по содержанию относительно неопределенным и что практическое применение этого инструмента в значительной степени ориентируется на особенности конкретного случая. Предметом проверки является вопрос о том, были ли административным органом допущены “грубые ошибки” при выяснении обстоятельств дела.²¹² Речь идет, прежде всего, о грубых ошибках в оценке правового положения при истолковании неопределенных понятий, которые не подлежат контролю административными судами в полном объеме.²¹³ Этот контроль может распространяться на любые действия, связанные с оценкой обстоятельств дела, и имеет значение в равной степени для всех сфер деятельности в области управления. Контроль *очевидного несоответствия* может осуществляться как относительно толкования и применения установленных законом условий действия (*erreur manifeste de qualification*; очевидная ошибка в квалификации), так и относительно выбора правового последствия (*erreur manifeste d'adéquation*).²¹⁴ В отличие от этого, так называемая юриспруденция баланса (*jurisprudence du bilan*) может применяться в отношении только лишь немногих, хотя и важных административных решений, как например при экспроприационных мероприятиях в преддверии реализации спланированных проектов или при мероприятиях, ограничивающих право собственности, которые проводятся в связи с территориальным планированием. При таком контроле речь идет о сравнительном сопоставлении преимуществ и недостатков мероприятия, то есть о своего рода проверке пропорциональности.²¹⁵ Как контроль *очевидного несоответствия*, так и *юриспруденция баланса* способствовали тому, что в настоящее время практически все административные оценки подвергаются контролю по существу и поэтому свободная

²¹⁰ Schlette (сноска 7), с. 352.

²¹¹ Более подробно об этих двух инструментах см. Grabenwarter (сноска 22), с. 148 и далее с многочисленными примерами из судебной практики.

²¹² Schlette (сноска 7), с. 362.

²¹³ Bleckmann (сноска 6), с. 182; Auby/Drago (сноска 178), с. 392.

²¹⁴ Schlette (сноска 7), с. 362.

²¹⁵ Schlette (сноска 7), с. 362.

административная оценка обстоятельств дела не представляется более возможной.²¹⁶

Что касается квалификации ошибок в применении усмотрения, то австрийский Высший Административный Суд преимущественно придерживается превалярующей в доктрине точки зрения, признавая злоупотребление свободой усмотрения и превышение пределов усмотрения в качестве основных видов ошибочного применения усмотрения.²¹⁷ Что точно он понимает под этими понятиями, Высший Административный Суд, как правило, не объясняет. В его решениях, как правило, содержится только констатация, что определенное решение или акт представляет собой злоупотребление свободой усмотрения или превышение его допустимых пределов. Можно предположить, что Высший Административный Суд не предпринимает какой-то определенной классификации ошибок в применении усмотрения, а ограничивается просто установлением самой ошибки. В пользу этого также говорит то, что в практике Суда одни и те же формы действия административных органов, например, если в их основе лежат соображения, не носящие объективный характер, квалифицировались и в качестве злоупотребления свободой усмотрения,²¹⁸ и в качестве превышения его пределов.²¹⁹ Тот факт, что Высший Административный Суд только в общем виде фиксирует ошибку в применении усмотрения, не определяя конкретно в какой форме она допущена, не играет в результате решающей роли. В конечном счёте, с точки зрения целей контроля не имеет существенного значения, по какому из оснований усмотрение было осуществлено не в смысле закона.²²⁰ Контролируя дискреционные решения, Высший Административный Суд, тем не менее, должен в рамках своего контроля принимать во внимание излагаемые в обосновании административного решения мотивы и проверять, соответствовал ли учёт содержащихся в них точек зрения требованиям закона.²²¹

На практике Высший Административный Суд сначала проверяет законность применения органом управления предоставленного ему права на усмотрение. При этом он исследует, насколько логичны и обоснованы

²¹⁶ *Schlette* (сноска 7), с. 363; в качестве важного исключения называются решения о результатах экзаменов в школе, в вузе или другие административные акты, которые могут быть обжалованы в исковом порядке (*Prüfungsentscheidungen*).

²¹⁷ Например решения Высшего Административного Суда (VwGH) от 2.7.1987, 87/16/0052; от 26.6.1990, 89/14/0228; от 20.3.1991, 90/01/0236.

²¹⁸ Решение Высшего Административного Суда (VwGH) от 21.6.1978, 144/77; ZfVB 1979/1/60, 1979/1/111.

²¹⁹ Решения Высшего Административного Суда (VwGH) от 28.5.1986, 85/13/0174; от 20.6.1990, 89/13/0249; от 29.9.1993, 93/13/0163.

²²⁰ См. *Grabenwarter* (сноска 22), с. 340; *Bernárd* (сноска 158), с. 103.

²²¹ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 340.

соображения, которые привели к решению, были ли учтены те цели, для которых органу управления было предоставлено усмотрение, основывается ли правовая оценка на надлежащих предпосылках и ведет ли она к приемлемому результату.²²² Если ответы на все эти вопросы оказываются положительными, то констатируется, что орган власти применил усмотрение согласно закону. Дублирование Высшим Административным Судом процесса применения усмотрения не допускается. Суд, например, не может, давая лишь незначительно отклоняющуюся оценку отдельным целям, вследствие этого приходиться к иным выводам.

Административные суды в *Швейцарии* призваны осуществлять контроль в принципе исключительно в отношении вопросов права.²²³ Это значит, что они не могут проверять применение административными органами усмотрения только на предмет соразмерности. Напротив, ошибочное применение усмотрения, как например злоупотребление свободой усмотрения, превышение его допустимых пределов или недостижение минимального порога усмотрения следует квалифицировать в качестве нарушений права. Они, соответственно, подлежат административно-судебному контролю. На уровне внутриадминистративного контроля, т. е. контроля, осуществляемого административными инстанциями в порядке подчинения, административные инстанции не ограничены контролем исключительно вопросов права. Они могут подвергать административные решения проверке в том числе также и с точки зрения их соразмерности. Следует отметить, что такая форма контроля, тем не менее, осуществляется административными органами скорее с большой сдержанностью.²²⁴

В Швейцарии осуществление усмотрения в судебной практике ограничивается также принципом обеспечения равенства, принципом пропорциональности и запретом произвола.²²⁵ Принцип равноправия закреплён в Швейцарии в форме основного права в ст. 8 абз. 1 Федеральной Конституции. Общий принцип равноправия предполагает не только то, что в законодательстве допускается отклонение от принципа равенства, лишь в том случае, если объективные причины оправдывают такой подход. Он означает также, что это действует в области правоприменения, в рамках которого должны частично реализовываться дискреционные полномочия.²²⁶ Принцип пропорциональности как центральный принцип швейцарского административного права приобрёл в

²²² Более подробно о деятельности Высшего Административного Суда по контролю применения усмотрения см. *Grabenwarter* (сноска 22), с. 342; *он же*. (сноска 92), с. 328.

²²³ См. *Jaag* (сноска 2), пункт 147; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (сноска 83), пункт 473.

²²⁴ *Häfelin/Müller/Uhlmann* (сноска 83), пункт 474.

²²⁵ См. hierzu *Jaag* (сноска 2), пункт 13, 33.

²²⁶ *Häfelin/Müller/Uhlmann* (сноска 83), пункт 495.

судебной практике особенно важное значение. Меры, которые применяются для достижения цели, соответствующей общественному интересу, должны быть пригодны, необходимы и соразмерны.²²⁷ Также и запрет произвола имеет особое значение для осуществления усмотрения в Швейцарии, поскольку он запрещает явно противоправные действия органов власти и находит применение, прежде всего, тогда, когда для действий органов власти не существуют ясные указания в законе, как это имеет место в случае дискреционных полномочий.²²⁸

Система административно-судебного контроля в *Швеции* существенным образом отличается от рассмотренных выше систем, которые в различной степени можно причислить к “континентальной модели”.²²⁹ Для контроля применения усмотрения особенно релевантным является то обстоятельство, что суды, призванные осуществлять контроль, могут оценивать не только правомерность, но и целесообразность дискреционного решения.²³⁰ В соответствии с этим, шведские административные суды не могут собственными решениями подменять административные решения, которые, как представляется, не соответствуют критерию целесообразности.²³¹ Это ведет, в том числе к тому, что до сих пор ни доктрина, ни судебная практика не разработали четкое различие между законностью в смысле «связанных» решений и дискреционными решениями.²³²

III. Сравнительно-правовое заключение

Прежде всего, следует подчеркнуть, что объём и глубина судебного контроля органов управления ориентируются в меньшей степени на относительно различающиеся формулировки понятия усмотрения или

²²⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann (сноска 83), пункт 581.

²²⁸ См. *Jaag* (сноска 2), пункт 33; Häfelin/Müller/Uhlmann (сноска 83), пункт 524 и далее. В Венгрии суды, которые уполномочены контролировать индивидуальные административные акты, действуют аналогичным образом, поскольку они лишь осуществляют проверку того, являлось ли осуществление усмотрения, например, в смысле установленных в законе оснований для применения усмотрения или в смысле соответствия конституционным нормам, правомерным. При этом не осуществляется контроля целесообразности или профессиональной правильности решения (см. *Zoltán Szente*, в: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band V, § 85 пункт 95).

²²⁹ *Rainer Hofmann*, *Landesbericht Schweden*, в: Frowein (Hg.) (сноска 1), с. 105.

²³⁰ *Hofmann* (сноска 229), с. 106.

²³¹ *Hofmann* (сноска 229), с. 106.

²³² См. по данному вопросу *Marcusson* (сноска 2), пункт 51.

различия доктрин усмотрения, а скорее на конкретное оформление принципа разделения властей в отношениях между органами управления и судами в соответствующем государстве.²³³ Наряду с различиями в догматической классификации и в содержании масштабов, основные различия состоят, прежде всего, в практическом использовании этих масштабов.²³⁴

Более того, понятие усмотрения во Франции - по сравнению с этим понятием в Германии и Австрии - нужно понимать в более широком смысле: оно охватывает действия органов управления в целом. В германском и австрийском административном праве понятие усмотрения имеет, прежде всего, целью, как правовой термин в нормах, касающихся полномочий судов административной юрисдикции, ограничивать их компетенцию.²³⁵ Понятие усмотрения в Германии отличается, прежде всего, тем, что оно ограничивается предоставлением свободы действий на уровне выбора правовых последствий. В принципе также и в Австрии проводится различие между усмотрением и свободой оценки, которая действует в рамках толкования неопределенных правовых понятий. Тем не менее, дифференциация между неопределенными понятиями закона, с одной стороны, и дискреционными правовыми составами, с другой стороны, в Австрии не основывается на четком нормативно-структурном различии между уровнем, на котором устанавливаются фактические и правовые обстоятельства, и уровнем, на котором определяются правовые последствия. В Австрии до сих пор преобладает консенсус относительно принципиальной идентичности толкования и применения дискреционных понятий и неопределенных правовых терминов с теоретико-правовой точки зрения, хотя на уровне правовой догматики по ст. 130 абз. 2 Конституции этот консенсус более не существует.²³⁶ В Германии на обоих уровнях в значительно большей степени сохраняется дифференциация между понятием усмотрения и свободой оценки в отношении неопределенных правовых понятий. Для обеих правовых систем общим является то, что в судебной практике происходит все более сильное сближение контроля усмотрения и контроля толкования неопределенных правовых понятий.

В Германии и Австрии основные права играют основополагающую роль при контроле усмотрения. Особенно в Германии основные права и, в частности, принцип равноправия, принцип пропорциональности и прочие

²³³ Более по данному вопросу, а также сравнительно-правовое исследование доктрин усмотрения и контроля дискреционных решений см. *Grabenwarter* (сноска 22), с. 348.

²³⁴ См. более подробно по данному вопросу *Grabenwarter* (сноска 22), с. 352 и сл.

²³⁵ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 351.

²³⁶ Более подробно см. *Grabenwarter* (сноска 22), с. 351.

общие принципы права ведут не только к ограничению свободы усмотрения, а также и к тому, что в определённых случаях отрицается даже само предоставление полномочия на применение усмотрения.²³⁷ Привлечение конституционных масштабов при контроле усмотрения концентрируется на основных правах и, прежде всего, на принципе равенства. Независимо от этого, требование пропорциональности в последние десятилетия приобретает возрастающее значения для контроля усмотрения.²³⁸

В отличие от этого, во французском праве конституционное право и основные права и свободы не имеют сопоставимое влияние на контроль усмотрения. Тем не менее, в национальной системе действуют общие принципы права (*principes généraux du droit*) в качестве судебного-правового стандарта, которые включают в себя самые различные проявления принципа равноправия. Принцип пропорциональности становится элементом контроля в форме проверки соразмерности или требования достижения сбалансированной правовой оценки в определенных конкретных областях права.²³⁹

Библиография

- Robert Alexy*, Ermessensfehler, JZ 1986, S. 701.
Otto Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97.
ders., Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, S. 641.
Peter Bernárd, Gebundenheit und Ermessen, FS für Walter Antonioli, 1979, S. 97.
Albert Bleckmann, Ermessensfehlerlehre, 1997.
Alain Bockel, Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration, AJDA 1978, S. 355.
Martin Bullinger (Hg.), Verwaltungsermessen im modernen Staat, 1986.
ders., Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung. Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle, JZ 1984, S. 1001.
René Chapus, Droit administratif général, Bd. I, ¹⁵2001.
Christina Fraenkel-Haeberle, Unbestimmte Rechtsbegriffe, technisches Ermessen und gerichtliche Nachprüfbarkeit, DÖV 2005, S. 808.
Michel Fromont, Le Pouvoir discrétionnaire et le juge administratif français, FS für Hermann Jahrreiß, 1974, S. 67.

²³⁷ См. более подробно по данному вопросу *Grabenwarter* (сноска 22), с. 352.

²³⁸ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 352.

²³⁹ *Grabenwarter* (сноска 22), с. 352.

- Jochen Abr. Frowein* (Hg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993.
- Christoph Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997.
- Herbert Hofer-Zeni*, Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Kontrolle, 1981.
- Reinhard Hoffman*, Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in Frankreich, 1967.
- Johannes Koch*, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den verwaltungsinternen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen des Bürgers gegenüber der Verwaltung, 1998.
- Rudolf von Laun*, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.
- Bernard Pacteau*, Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, 1977.
- Günter Püttner*, Ermessen und Ermessensausübung. Gedanken zur Weiterentwicklung der Ermessenslehre, ZÖR 2008, S. 345.
- Bernhard Raschauer*, Ermessen als abwägungsgebundene Rechtsanwendung, FS für Günther Winkler, 1997, S. 881.
- Christian Rumpf*, Das „détournement de pouvoir“ im „recours pour excès de pouvoir“, JöR n.F. 38 (1989), S. 217.
- Volker Schlette*, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991.
- Klaus Stern*, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964.
- Friedrich Tezner*, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, 1888.