

# ТРАДИЦІЇ ТА ІННОВАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНИ

**ПАСЛАВСЬКА Наталія Тарасівна** - кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного та фінансового права Львівського національного університету імені Івана Франка (м. Львів, Україна)

**ORCID iD: 0000-0002-1450-9970**

**УДК: 342.565.4.018.05/.07(430-074:44+430.131.1)''1945/...''(091)**

**DOI 10.32782/NP.2023.3.11**

У статті розглянуто структуру адміністративно-правового захисту в ФРН, особливості провадження, права на пред'явлення позову, масштаби рішень та місце адміністративного судочинства Німеччини в європейському правовому полі. Особливу увагу приділено питанням змін, які відбулися в німецькому адміністративному судочинстві, яке, порівняно з іншими європейськими країнами, пізніше випрацювало власну судову систему. Цим процесам передував період диктатури націонал-соціалізму. У другій половині ХХ століття було створено комплексний адміністративно-правовий захист, домінанту якого формує адміністративне судочинство. В Основному законі ФРН закріплено конституційні гарантії правового захисту, які сприяли розширенню повноважень судів щодо контролю, зокрема завдяки дуже обмеженому застосуванню прерогатив прийняття рішень адміністрацією. Починаючи з 1980-их рр. спостерігається зворотна тенденція, яка зумовлена потребами в прискоренні прийняття рішень.

Окремо висвітлено зміни в адміністративному судочинстві, які торкнулися юрисдикції судів першої інстанції, становища суддів, представника суспільних інтересів, провадження (видів позовів, тимчасового правового захисту, процедури подання протесту, закритого судового засідання), права на подання позову та масштабів рішень адміністративного судочинства Німеччини.

**Ключові слова:** адміністративне судочинство, ФРН, історія адміністративної юсти-

ції Німеччини, адміністративно-правовий захист, Кодекс адміністративного судочинства, дискреція.

## Постановка проблеми

У порівнянні з Англією, Францією та Іспанією Німеччина пізніше випрацювала власну судову систему. Після диктатури націонал-соціалізму в другій половині ХХ століття було створено комплексний адміністративно-правовий захист, ядро якого становить адміністративне судочинство. Конституційні гарантії правового захисту в п. 4 ст. 19 Основного закону ФРН започаткували тривалу тенденцію максимального розширення повноважень судів щодо контролю, наприклад, через надзвичайно обмежене застосування прерогатив прийняття рішень адміністрацією. Проте з 1980-х рр. під приводом необхідності прискорення прийняття рішень набрала сили протилежна течія, що викликала в колах німецьких правників застереження про гіпертрофію правового захисту Німеччини. Конфлікт інтересів між завданням побудувати судовий адміністративний контроль і завданням не завдати шкоди системі управління та завершити процеси у визначені терміни позначається на багатьох окремих проявах розвитку німецької адміністративної юстиції. Простежити ці процеси в одній із провідних країн Європи і перейняти позитивний досвід важливо для українського адміністративного судочинства, яке ще перебуває в процесі активного становлення.

### **Аналіз останніх досліджень і публікацій**

Розвитку адміністративного судочинства Німеччини рідко приділялась увага в українській правничій науці. Варто згадати дослідження В. М. Бевзенка, М. М. Заїки, І. Б. Коліушка, А. Т. Комзюка, Р. С. Мельника, М. І. Смоковича, які зосереджені радше на сучасному стані німецького адміністративного судочинства. Німецькі правники, такі як Е. Шмідт-Ассман, Н. Ахтерберг, Р. Гайст, У. ф. Дассель, К.-П. Зоммерман, М. Штолльайс, М. Нідобітек, В. Єллінек, К.-Г. Фабер, В. Шварц, Г. Г. Бамбергер, Г. Мюллер, О. Бер, Р. Гайст, У. ф. Дассель, К.-П. Зоммерман, Б. Шаффарцік, Т. Грос суттєву увагу приділили власне його становленню і розвитку.

**Мета статті** – розглянути структуру адміністративно-правового захисту у ФРН, особливості проваджень, права на пред'явлення позову, масштаби рішень та місце адміністративного судочинства Німеччини в європейському правовому полі.

### **Виклад основного матеріалу**

Організаційна структура німецького адміністративно-правового захисту залишилася практично незмінною із повоєнного часу. Розподіл завдань правового захисту між різними юрисдикціями ніколи не підлягав сумніву. У рамках адміністративного судочинства деякі повноваження судів першої інстанції було перенесено на середній, а то й вищий рівень. Становище таких професійних суддів як почесних суддів, що характеризується сильним впливом виконавчої влади, ніколи не було докорінно змінено. Натомість своє значення втратила інституція представників суспільних інтересів.

Важливою традицією німецького права є організаційна відокремленість правового захисту від державної влади. Багато судових та позасудових правозахисних організацій, які поступово виникали до 1933 р., продовжили свою діяльність після 1945 р. Одночасно було досягнуто повної рівноправності адміністративного судочинства із

загальним судочинством [1, с. 142], що законодавчо закріплено в ст. 92 Основного Закону ФРН. Із п. 4 ст. 19 Основного Закону ФРН випливає, що судовий порядок розгляду справи проти органів державної влади має бути гарантовано незалежними судами [2, с. 232]. Однак розподіл публічно-правового судочинства на три інстанції залишився. Хоча його час до часу й піддавали критиці. Первинно фіскально вмотивовані зусилля об'єднання адміністративного та соціального судочинства або також фінансового судочинства і досі не досягли прогресу.

Більша проблема полягає в тому, що система судів із трудових спорів і передусім загальне судочинство пропонують правовий адміністративний захист у певних сферах, хоча це не належить до їхніх прямих обов'язків. Юрисдикція системи судів із трудових спорів поширюється на всі спори, що стосуються працевлаштованих у державних службах, які не перебувають у чиновницьких чи прирівняних до них службових відносинах. До цього належить також оцінка державно-правових питань, серед яких, наприклад, дотримання критеріїв п. 2 ст. 33 Основного Закону ФРН [3, с. 1262].

Виникають питання і щодо історичного баласту державно-правової компетентності судів загальної юрисдикції. Конституційні повноваження щодо компенсації за експропріацію законодавчо закріплено у реч. 4 п. 3 ст. 14 Основного Закону ФРН та щодо матеріальної відповідальності державних органів – у реч. 3 ст. 34 Основного Закону ФРН. В обох випадках ще у 1949 р. не було фактичних підстав не перенести правовий захист другої інстанції до наближених за предметом розгляду адміністративних судів. Компромісом може бути створення земельних палат згідно з §§ 217 і далі Будівельного кодексу (Baugesetzbuch) для розгляду компенсаційних спорів, пов'язаних із законодавством про планування забудови, до яких відповідно до реч. 1 п. 1 § 220 Будівельного кодексу входять двоє присяжних та суддя адміністративного суду. Однак рішення останньої інстанції про апеляції згідно з § 230 Будівельного кодексу при-

ймає Федеральний верховний суд Німеччини у своєму звичному складі [4, с. 1079].

Судовий порядок розгляду справ, пов'язаних із правилами ведення конкурентної боротьби, доволі не послідовний. Цивільні суди здійснюють оскарження рішень органів управління картелями (реч. 1 п. 4 § 63 і § 91 закону «Проти обмеження конкуренції» (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)), що пояснюється тісними зв'язками з приватно-правовими вимогами картельного права. Підставою для паралельного спеціального скерування справ про державні закупівлі до вищих земельних судів згідно з п. 3 § 116 закону «Проти обмеження конкуренції» вказано їхню особливу спорідненість із конкурентним правом [5, с/ 50]. Навіть якщо кваліфікувати рішення органу влади про присудження контракту як приватно-правове, то все одно посередницькі Палати з питань державних закупівель згідно з §§ 102 і 104 закону «Проти обмеження конкуренції» є державними органами, які ухвалюють відповідно до адміністративних актів. На відміну від цього, для пов'язаних із конкуренцією регуляторних рішень Федерального мережевого агентства, за винятком енергетичного сектора (п. 4 § 75 Енергетичного законодавства (Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung)), доступна адміністративно-правова процедура.

Доволі заплутана ситуація й у сфері судочинства з трудових спорів. Суди з трудових спорів різних вільних професій частково підпадають під юрисдикцію адміністративного судочинства, частково – під юрисдикцію загального судочинства, тоді як адвокатські суди пов'язані з судами загальної юрисдикції лише через апеляційну інстанцію Федерального верховного суду Німеччини. Тут також немає жодних фактичних причин, які б суперечили їхньому загальному підпорядкуванню адміністративним судам.

Судові рішення у сфері безпеки, наприклад, перегляд рішень про тримання під вартою чи інші інтрузивні заходи, такі як прослуховування телефонних розмов, зазвичай приймають суди загальної юрисдикції. Це пояснюється тісними зв'язками

із кримінально-процесуальними заходами, рішення щодо яких приймає слідчий суддя. Але проблематичним є те, що при цьому потрібно першочергово з'ясувати первинні публічно-правові питання. Так, перевірка передбачених законодавством умов утримання під вартою в очікуванні депортації на практиці виявилася хронічно недостатньою [6, с. 286]. Загальне перенесення таких рішень до адміністративних судів спричинить для них певні організаційні труднощі.

Традиційно до компетенції судів загальної юрисдикції згідно з п. 1 § 23 Закону про введення в дію закону «Про судоустрій» (Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz) відносять також судові адміністративні акти, оскільки «суди загальної юрисдикції краще підготовані до прийняття рішень про законність адміністративних заходів у сферах цивільного права, цивільного процесу, добровільної юрисдикції та застосування кримінального права». Тісний зв'язок із питаннями кримінального права мають і рішення кримінально-виконавчих палат згідно з §§ 108 і далі закону «Про виконання покарання» (Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung). Зрештою, варто зазначити, що формально судові рішення в справах про адміністративні правопорушення слугують також для забезпечення захисту від адміністрації, оскільки повідомлення про штраф виносять державні органи (§ 31 закону «Про адміністративні правопорушення» (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)). Також тут наголошується на тісному зв'язку з кримінальним правом, який процесуально відображений, наприклад, у можливості переходу від штрафу до кримінального провадження згідно з § 81 закону «Про адміністративні правопорушення».

Звичайна юрисдикція адміністративних судів першої інстанції згідно із § 45 Кодексу адміністративного судочинства (Verwaltungsgerichtsordnung) [7] протягом десятиліть, що минули із часу його прийняття, обмежена все більшою кількістю винятків. Окрім ведення контролю за до-

триманням норм згідно з § 47 Кодексу, вищі адміністративні суди у 1960 р. мали лише одну спеціальну юрисдикцію згідно з § 48 Кодексу про заборону об'єднань. Тоді ж до п. 1 § 48 Кодексу було внесено 10 подальших поправок, які стосуються всіх дозволів на експлуатацію та розробку планів у галузі інфраструктури.

У своїй початковій редакції 1960-го р. § 50 Кодексу передбачав лише 4 юрисдикції першої та останньої інстанції Федерального адміністративного суду Німеччини. Окрім публічно-правових спорів неконституційного характеру між федерацією та землями або між різними землями, до них належали лише заборона об'єднань на вимогу федерального уряду, дипломатичні та консульські питання при іноземних представництвах, а також службово-правові процедури у Федеральній розвідувальній службі Німеччини. Хоча відтоді юрисдикція щодо дипломатичних та консульських питань втратила свою чинність, з'явилися суттєві нові повноваження у вигляді наказів про депортацію згідно із § 58а закону «Про перебування іноземних громадян», рішення стосовно депутатів Бундестагу та, зокрема, спорів щодо великої кількості процедур погодження планування, які призвели до збільшення навантаження на суд [8, с. 499].

Подальші юрисдикції судів першої інстанції були сформовані спеціальним законодавством. Проте навіть суд висловив власні сумніви щодо конституційної життєздатності спеціальної юрисдикції, пов'язаної з інфраструктурою [9, с. 87, 93]. Хоч передача об'ємних проваджень на рівень вищих адміністративних судів видається неproblemатичною, їхня передача Федеральному адміністративному суду Німеччини, поза конституційною сумнівністю, функціонально неадекватна, адже Вищий федеральний суд Німеччини розглядає зазвичай лише апеляції і, таким чином, у кращому випадку лише опосередковано займається фактичними питаннями (пор. п. 2 § 137 Кодексу адміністративного судочинства). Окрім цього, відпадають будь-які оскарження, що допускається конституцією, але водночас унеможлиблює внутріш-

ній контроль правильності прийняття рішень.

Інституціоналізація адміністративного судочинства як незалежної, рівноправної гілки судочинства, на суддів якої згідно зі ст. 97 Основного закону ФРН у повному обсязі поширюється гарантія незалежності, стала значним успіхом реорганізації судової системи Німеччини після 1945 р. Незалежність адміністративного судочинства підкреслено також у § 1 Кодексу адміністративного судочинства. Тим не менше, у рамках управління судами, особливо при призначенні суддів, виконавча влада зберігає за собою далекосяжні права впливу, що є рідкісним явищем порівнянні з міжнародним правовим полем. Особливо проблематичним є підпорядкування судової адміністрації Міністерству внутрішніх справ, тобто верхівці загального управління, чого Баварія дотримується і досі [10, с. 527]. Пропозиції створення інституційно незалежної судової адміністрації, яка існує у багатьох країнах Європи, досі не мають у Німеччині достатньої підтримки для їхньої реалізації.

Характерним є також склад палат адміністративних судів, до якого входять почесні судді, інституцію яких було відновлено одразу після війни, наприклад у §§ 11 і далі закону «Про адміністративне судочинство», прийнятого у 1946-1947 рр. на території американської окупаційної зони Німеччини, а також у §§ 18 і далі Постанови №165 Військового уряду Британської окупаційної зони Німеччини (Постанова 165 (VO 165)). Приблизно половина федеральних земель скористалася закріпленою в реч. 1 п. 3 § 9 Кодексу адміністративного судочинства можливістю дозволити почесним суддям брати участь у роботі сенатів вищих адміністративних судів. Проте після впровадження принципу одноособового розгляду справ, які не становлять особливих фактичних чи правових труднощів і не мають фундаментального значення (§ 6 п. 1), їхня фактична участь була суттєво обмежена.

Фундаментальна критика їхнього права на існування, що розгортається знову і знову, досі не є переконливою для німецько-

го законодавця. Викладена демократична традиція участі громадян в адміністративному судочинстві до сьогодні не втратила свого значення. Навіть якщо почесні судді не зможуть контролювати всі аспекти правової системи, їхня рівноправна участь у роботі палат залишиться важливим засобом контролю достовірності рішень.<sup>30</sup> Непрофесійні судді можуть надавати специфічні експертні оцінки в різноманітних спеціалізованих палатах, наприклад у дисциплінарному судочинстві.

Певне змішання ролей усе ще спостерігається у функції *представника публічних інтересів*. Ця інституція, що як постійна установа існувала спершу лише в Баварії, була передбачена вже в § 18 закону «Про адміністративне судочинство», § 10 Постанови 165 та § 8 закону «Про Федеральний адміністративний суд Німеччини». Відповідно до південнонімецької традиції, представнику публічних інтересів згідно з п. 2 § 47 і п. 1 § 90 закону «Про адміністративне судочинство» може бути доручено представляти інтереси установи-відповідача, що до сьогодні є прописаним у реч. 2 п. 1 § 36 Кодексу адміністративного судочинства як можливість для федеральних земель. Проте лише Баварія послуговується цим.

Створенню цієї інституції передувала думка, що влада не може бути на одному рівні з громадянином, що одразу після Другої світової війни було розкритиковано як прояв атакізму. Поза сумнівом однак, що представництво владних установ несумісне із фактичною функцією представника публічних інтересів. Незважаючи на обов'язковість призначення представника публічних інтересів на рівні Федерації, що прописано в § 35 Кодексу, лише три федеральні землі здійснили це, виникає питання, наскільки ця інституція відповідає вимогам часу.

Процесуальне право у сфері видів позовів та тимчасового правового захисту характеризується неабиякою сталістю. Значення ж процедури оскарження як процесуальної передумови навпаки було значно недооцінено. Лише через Федеральний конституційний суд Німеччини було покращено правовий захист проти відмови надання

матеріалів справи. Відносно новим є також правове регулювання медіації.

Згоди щодо впровадження необмеженої загальної клавзули для адміністративного судочинства, яка до 1933 р. була лише у деяких федеральних землях, було досягнуто після закінчення війни. Ще на самому початку було підкреслено значення загальної клавзули, щоб адміністративні суди могли ефективно забезпечувати дотримання основних прав.

Було збережено відмінність між різними видами позовів залежно від цілі позову. У реч. 1 п. 1 § 22 закону «Про адміністративне судочинство» і п. 1 § 22 Постанови 165 передбачено юрисдикцію «оскарження адміністративних актів» та «інших публічно-правових спорів», тобто коли йдеться про відмінний від адміністративного акту предмет [11]. До позовів про оскарження згідно з п. 2 § 35 закону «Про адміністративне судочинство» належать також позови щодо примушення до виконання зобов'язань та позови щодо бездіяльності, якщо використовувати сучасну термінологію. Інші спори були визначені в реч. 1 п. 1 § 22 і § 85 закону «Про адміністративне судочинство» як спори між сторонами та характеризувалися рівним статусом правових суб'єктів. У п. 1 § 88 закону «Про адміністративне судочинство» окреслено вимоги щодо дії, бездіяльності та визнання наявності правових відношень. Окрім того, позов про невизнання правових відношень було раніше визнано також у § 24 п. 1 закону «Про адміністративне судочинство», § 52 Постанови 165 і § 16 закону «Про Федеральний адміністративний суд Німеччини».

Контроль за дотриманням норм в указах чи інших правових положеннях із нижчою юридичною силою, ніж закон, було передбачено в § 25 закону «Про адміністративне судочинство», крім британської окупаційної зони. Компроміс було досягнуто в § 47 Кодексу адміністративного судочинства, згідно з яким їхнє застосування поза підзаконними актами про зонування залежить від правового рішення конкретної федеральної землі. Прогалина, яка суперечить основним ідеям загальної клавзули щодо підзаконних актів, перекривається можли-

вістю інцидентального контролю. Необхідний правовий захист щодо не обов'язкових до виконання норм забезпечено шляхом застосування подання позов про невизнання правових відношень.

У порівнянні з країнами Європи особливістю німецької системи є те, що подання заперечення чи оскарження зацікавленою стороною не дає без зволікань реалізувати адміністративний акт, адже в більшості земель для цього необхідна заява суду [12, с. 415, 430]. Цей ефект автоматичного призупинення оскаржувального позову, який бере свій початок ще з реч. 1 § 44 Закону Пруссії «Про організацію загальної державної адміністрації» від 26 червня 1880 р., зараз зафіксований у реч. 1 п. 1 § 51 закону «Про адміністративне судочинство», реч. 1 п. 1 § 51 Постанови 165 і реч. 1 п. 1 § 29 закону «Про Федеральний адміністративний суд Німеччини». Його включення до п. 1 § 80 с адміністративного судочинства було обґрунтовано тим, що в іншому випадку правовий захист був би надто недосконалим. Те, що дотримання суспільних інтересів та інтересів третіх осіб у пріоритеті лише в особливих випадках, що впливає з № 4 п. 2 §§ 80 і п. 3 п. 2, не є цілком очевидним. Європейський суд уже мав змогу зазначити, що ефект призупинення ні в якому разі не повинен призводити до підризу зобов'язань перед європейським правом. Усе ж Федеральний конституційний суд Німеччини роз'яснив, що сам по собі п. 4 ст. 19 Основного закону ФРН не вимагає ефекту призупинення засобів правового захисту [13, с. 268, 284]. Можливості застосування тимчасового судового розпорядження було б цілком достатньо для ефективного судового захисту.

Проте тимчасовий захист не є таким повним, як того можна було б очікувати з огляду на вимоги п. 4 ст. 19 Основного закону ФРН. У процедурі надання притулку передбачені не лише надзвичайно короткі терміни, як у п. 4 § 18а або п. 3 § 36 закону «Про притулок». Водночас навіть було зроблено скандальний виняток стосовно певних розпоряджень про депортацію у п. 2 § 34 закону «Про надання притулку», який не підтримують адміністративні суди та

який розкритикував Комітет ООН з прав людини [14].

Процедура подання протесту як обов'язковий попередній етап для подання адміністративного позову до суду вищої інстанції має довгу традицію [15, с. 23]. Цей засіб правового захисту, який у післявоєнний час називали також «протестом», слугує для розвантаження адміністративних судів. Окрім цього, на думку більшості, він виконує також функції правового захисту та самоконтролю. Проте з моменту набуття чинності 6-ї поправки до Кодексу адміністративного судочинства у 1966 р. деякі з федеральних земель на хвилі дискусії про прискорення більшою чи меншою мірою припинили процедуру подання протесту. Існують різноманітні дослідження про наслідки цього на практиці, але вони не дають однозначних результатів [16, с. 467, 479]. Варто зазначити, що органи влади шукають альтернативні рішення, щоб уможливити виправлення помилок до початку адміністративного процесу [там само, с. 484].

Досі не вирішеною проблемою залишається робота з актами, які вимагають секретності. Згідно з реч. 2 п. 2 § 65 закону «Про адміністративне судочинство» і реч. 2 п. 2 § 70 Постанови 165 матеріали справи не можуть бути взяті до уваги, якщо було відмовлено у їхньому ознайомленні, а їхній зміст не було представлено на судовому засіданні. Уже тоді справедливо вимагалось, щоб у вільній державі рішення про відмову в ознайомленні з матеріалами справи приймав суд, а не орган державної влади. Тим не менше, спершу реч. 2 п. 1 § 99 Кодексу уможлилював відмову в наданні матеріалів справи без будь-якої можливості контролю. Лише після втручання Федерального конституційного суду Німеччини, визнаючи необхідність можливості ефективного правового захисту [17, с. 106], у п. 2 § 99 Кодексу було законодавчо закріплено закриті судові засідання, метою якого став пошук балансу між ефективним правовим захистом та збереженням державної таємниці. Проблематичним є окреслення провадження як проміжного, яке здійснюють окремі сенати вищих адміністративних

судів, оскільки це може призвести до непотрібного відокремлення від фактичного провадження.

Важливим нововведенням, яке поступово набуває визнання у сфері адміністративного судочинства, є медіація. Значним джерелом поштовху для його розвитку було перейняття американського досвіду. Проте, як і раніше існують упередження, які впливають із застарілого погляду суверенної держави на те, що між нею та громадянином не може бути ніяких перемовин. Інституція мирного врегулювання показує, що функція судді навіть у справах адміністративного права не обмежується вирішенням спорів. Ба більше, саме від обставин конкретної справи залежить, чи конфлікт підходить для медіації, чи ні. Спершу окремі адміністративні судді були задіяні як судові посередники на добровільних засадах. Лише з прийняттям закону «Про медіацію» (Mediationsgesetz) від 21 липня 2012 р. було створено законодавче регулювання. Тепер також і в адміністративних провадженнях справа може бути передана на розгляд судді-медіатора із прямим посиланням на-п.5 § 278 Цивільно-процесуального кодексу (Zivilprozessordnung) у § 173 Кодексу адміністративного судочинства. Тут ідеться про окремого суддю, який не має права приймати рішення, але може використовувати всі методи вирішення конфліктів, у тому числі й медіацію. Рішення про передання провадження приймає суд, який виносить вирок на власний розсуд [18, с. 2465, 2469]. При цьому суд може продовжити пропонувати позасудове вирішення конфлікту згідно з § 173 Кодексу адміністративного судочинства у поєднанні з § 278а Цивільно-процесуального кодексу і призупинити провадження на час його проведення.

Як наслідок, існують щонайменше чотири різні способи подання позову до суду. Зрозуміло, що суд, як і раніше, має можливість винести вирок без зайвих зволікань. Окрім цього, суд, що виносить вирок, може сам сприяти мирному врегулюванню спору між сторонами. Він може передати провадження на розгляд судді-посередника або остаточно призупинити розгляд провадження, уможливлючи позасудове врегу-

лювання конфлікту. Потрібен певний час, щоб побачити, як ці правові норми будуть сприйняті на практиці, але немає жодного сумніву в їхньому потенціалі щодо зміни системи.

Відкриття доступу до контролю з боку адміністративного судочинства є предметом постійних суперечок. Тоді як суб'єктно-правові обмеження права на пред'явлення позову в цілому не викликають суперечок, то про застосування теорії захисних норм ведуть детальні дискусії. Позови державних структур залишаються винятком, а межі позовів об'єднань були розширені, особливо завдяки імпульсам європейського права.

Уже в перших законодавчих актах після Другої світової війни, таких як §§ 23 і 35 закону «Про адміністративне судочинство» або реч. 1 п. 1 § 23 Постанови 165, була прописана вимога до позивача наголошувати на порушенні суб'єктивного права, щоб гарантувати, що загальна клавзула не відкриє необмеженого права на оскарження. Значним нововведенням стало визнання права на безпомилкове виконання дискреційних повноважень. Після тривалих дискусій посилення на порушення права було закріплено також у п. 2 § 42 Кодексу адміністративного судочинства, що врешті утвердило південнонімецьку традицію адміністративно-правового захисту. Спершу були великі неоднозначності щодо розмежування права на пред'явлення позову як передумови для допустимості та порушення права як частини суті справи. Досі адміністративні суди демонструють певну гнучкість у визначенні цих критеріїв. Для проблемних випадків залучення третьої сторони було розроблено доктрину захисних норм, яка, незважаючи на численні суперечності, виявилася достатньо адаптивною, щоб враховувати тенденції експансивного впливу європейського права. Суд ЄС завжди наголошував, що повинна бути можливість пред'являти позови щодо зобов'язань, які випливають із директив, особливо якщо вони стосуються захисту здоров'я. І справді, вимога урахування в будівельному праві стала універсальною аргументаційною зброєю. Проте, як і раніше судова практи-

ка має сильні обмеження, коли йдеться про виведення права на пред'явлення позову із процесуальних положень, оскільки це вимагає від позивача доведення можливо-го впливу процесуальної помилки на його матеріально-правове становище. У будь-якому випадку, це обмеження щодо оцінки впливу на навколишнє середовище неприйнятне з погляду права ЄС (див. п. 1 § 4 закону «Про захист навколишнього середовища» (Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG))

Позови державних структур не підпадають під сферу захисту п. 4 ст. 19 Основного закону ФРН, оскільки вони не ґрунтуються на основоположних правах. Проте вони завжди визнавалися на підставі спеціальних законодавчих положень [19, с. 107]. Найчастіше їх застосовують для захисту повноважень самоврядування від втручання держави. У випадку громад право на пред'явлення позову в адміністративних судах є необхідною складовою гарантії самоврядування. Без хоча б потенційного порушення матеріального права, тобто без посилання на процесуальну помилку, право на пред'явлення позову громадою не буде визнано, навіть згідно з § 4 закону «Про захист навколишнього середовища».

Адвокаційні позови, які подає не сама постраждала сторона, і тому вони підпадають під виняток, передбачений п. 2 § 42 Кодексу адміністративного судочинства, мають давню традицію. Наприклад, було визначено, що представник інтересів компенсаційного фонду також може подати позов на користь позивача у рамках адміністративного провадження. Колишній Федеральний уповноважений у справах надання притулку відповідно до свого мандату міг би також подати позов на користь прохача притулку, якому відмовили, але на практиці цього ніколи не відбувалось. Тож фактичне нововведення при запровадженні позовів об'єднань, реалізоване в 1970-х рр. у природоохоронному праві, полягає не у відході від принципу позову про порушення, а в здійсненні функції об'єктивного правового захисту не державним органом, а приватним зацікавленим об'єднанням.

Правова система уповноважує об'єднання фізичних осіб відстоювати певні суспільні інтереси з метою зменшення асиметрії у сфері застосування права. Це доповнення до концепції суб'єктивного правового контролю Кодексу адміністративного судочинства було тим часом закріплено для сфери охорони навколишнього середовища в міжнародному праві Організацією конвенцією, а в процесі її впровадження – у європейському праві [20]. Саме тому не дивно, що захисні акцесорні обмеження засобів правового захисту навколишнього середовища, які обґрунтовано правовими догматичними міркуваннями, за якими приховані економічні інтереси природокористувачів, не було підтримано в Європейському суді [21, с. 757]. Це свідчить, що суперечки щодо сфери дії екологічно-правових позовів об'єднань досі не дійшли до кінця. Уже була пропозиція задокументувати рівний статус позовів об'єднань шляхом прийняття відповідного положення до Кодексу адміністративного судочинства.

Розрізнення дискреції та свободи власних суджень не є новим явищем. Ще в одному із перших коментарів повоєнного часу можна знайти лаконічний вислів: тлумачення закону ніколи не є здійсненням вільного розсуду. Федеральний адміністративний суд Німеччини дотримується цього твердження. Також Федеральний конституційний суд Німеччини раніше вже наголошував, що при тлумаченні поняття закону суддя повинен знайти «правильне рішення» [22, с. 129, 154]. Проте цей постулат виявився нереалістичним, тож згодом було визнано певну свободу власних суджень. Але її обґрунтування та сфера дії досі є приводом для суперечок. У Кодексі адміністративного судочинства дискреційне регулювання обмежено лише § 114.

У § 114 Кодексу адміністративного судочинства чітко прописано, що адміністративні суди можуть лише частково контролювати виконання дискреційних повноважень державними органами. Суд має право лише перевірити відсутність помилок у дискреційному рішенні, але не може замінити його власним. У разі позовів про зобов'язання зазвичай це призводить до



прийняття вироку згідно з реч. 2 п. 5 § 113 Кодексу адміністративного судочинства. Досі теоретично-правове обґрунтування розрізнення законності і доцільності, яке лежить в основі реч. 1 п. 1 § 68 Кодексу, викликає багато суперечок [23, с. 41, 111]. Проте ці сумніви фактично не вплинули на практику. Однак навіть обмежений дискреційний контроль призвів до внесення змін до законодавства. Попередню судову практику, у якій при відсутності необхідного обґрунтування використовували дискреційну помилку, похитнув дозвіл надання обґрунтування згодом, запровадженим у № 2-п. 1 § 45 закону «Про адміністративні провадження», а згодом із 1997 р. прямим правовим процесуальним дозволом додавати дискреційні судження навіть в адміністративному судочинстві (реч. 2 § 114 Кодексу адміністративного судочинства).

Федеральний адміністративний суд Німеччини протягом тривалого часу неохоче визнавав свободу власних суджень для оцінки фактичної сторони норми. Ще кілька років тому можна було поділити відповідну судову практику на три групи. Перша група стосується суджень щодо особистої кваліфікації, з одного боку, у рамках професійної педагогічної перевірки у школах, вищих навчальних закладах або подібних ситуаціях, а з іншого – у рамках атестації згідно із законодавством про державну службу. В обох сферах вагання суду обґрунтовані тим, що йдеться про надзвичайно особисті акти оцінки знань, які суд не може зафіксувати згодом. Друга група охоплює рішення незалежних адміністративних колегіальних комітетів, до яких належать представники різних інтересів. У цьому випадку відмова від практики судового контролю виправдана особливим процесом прийняття рішень шляхом спільного обговорення питання представниками різних інтересів. До третьої групи належать лише прогнози та ризиковані адміністративні рішення у сфері економічного та екологічного впливу дозволів економічного та екологічного права, щодо яких не можна висловити однозначні наукові твердження. До цієї категорії справедливо відносять також уточнювальні правові положення, які

не можуть бути повністю перевірені судами, за допомогою яких конкретизують вимоги правового захисту навколишнього середовища, наприклад, шляхом встановлення гранично допустимих концентрацій шкідливих речовин. Проте в останні роки було визнано певні нові форми прояву, які майже не сумісні із традиційними критеріями. Після того, як питання охорони природи почали відігравати все важливішу роль у провадженнях щодо інфраструктурних проєктів, ініційованих позовами об'єднань, Федеральний адміністративний суд Німеччини, здається, втратив бажання заглиблюватися надалі в це питання, відмовившись від контролю рішень у сфері охорони природи. Проте помилки у власних судженнях, наприклад, недостатнє врахування економічних поглядів, продовжують перевіряти. Непряме визнання цієї судової практики можна знайти у п. 2 § 4а закону «Про захист навколишнього середовища» (Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG), оскільки охорона природи відіграє велику роль у рамках позовів об'єднань. Хоча свобода власних суджень Федерального мережевого агентства Німеччини, яку часто помилково називають «регуляторною дискрецією», чітко унормована лише у реч. 2 п. 2 § 10 закону «Про телекомунікації» (Telekommunikationsgesetz), вона також визнана вищими судовими інстанціями для проваджень щодо визначення ринку згідно з § 11 закону «Про телекомунікації». Федеральний адміністративний суд Німеччини чітко аргументує свою позицію шляхом визначення меж функцій судової практики через комплексність та динамічність питання. Це відповідає позиції Європейського суду, який напряду заявив, що надмірно вузьке законодавче регулювання суперечить європейському праву, оскільки це недопустимо обмежує сферу для розгляду питань регуляторного органу. Найновіший варіант – визнання «сфери адміністративного спрощення» при визначенні водоохоронних зон [24, с. 33, 34]. Цим також було визначено фактичні межі функцій судового контролю, але вони несумісні з доктриною

єдино правильного рішення. Федеральний конституційний суд Німеччини також ще не окреслив чітких меж. Із п. 4 ст. 19 Основного закону ФРН випливає, що суди повинні повною мірою перевіряти адміністративні акти з правової та фактичної точок зору. Проте вже 35 років усе вказує на те, що свободу власних суджень можна запровадити на нормативному рівні. Нещодавно Перший сенат Федерального конституційного суду Німеччини надав законодавцю більш-менш повну свободу власних суджень, причому без необхідності чітких законодавчих положень, достатньо лише можливості тлумачення. Проте відкритим залишилося питання доцільності визнання аргументації з межами функцій судової практики навіть за відсутності законних підстав [25, с. 339].

На відміну від деяких країн-сусідів, таких як Нідерланди, Швеція чи Швейцарія, вплив ст. 6 Європейської Конвенції з прав людини (ЄКПЛ) та вимоги європейського права не призвели до необхідності адаптації адміністративного судочинства Німеччини. Генеральна клавуза вже давно гарантує всебічний доступ до судового адміністративно-правового захисту. Незважаючи на інтенсивні дискусії, ні суб'єктивно-правовий характер доступу до контролю, ні відносно обмежений підхід до свободи власних суджень ніколи особливо не викликали питань. Такі нововведення, як позови об'єднань чи медіація, було підсилено союзними вимогами, але запроваджено їх було автономними національними рішеннями.

### **Висновки**

Загалом адміністративне судочинство Німеччини добре впоралося із викликами європейської правової системи. Проте залишаються певні особливості, які виділяються з-поміж інших європейських країн та в найближчому майбутньому навряд чи стануть предметом гармонізації. Одним із найяскравіших прикладів цього є особливо сильний розподіл адміністративно-правового захисту між різними гілками судової влади, який уможливорює спеціалізацію суддів, але не є надто зрозумілим для громадян. Варто зазначити й сильний вплив

виконавчої влади на кадрові рішення в судах. Зрештою, навряд чи можна знайти паралелі в тимчасовому захисті, чітко вираженому через автоматичне призупинення. Майбутнє покаже, чи у цих сферах буде впроваджено зміни, чи ці традиції, які в принципі не знижують ефективність адміністративно-правового захисту, будуть збережені. Тож адміністративне судочинство Німеччини впевнено бере участь у розвитку європейського правового поля і слугує для наслідування, зокрема в Україні.

### **Література**

1. Schneider H. Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung. *Deutsche Verwaltung*. 1949.- S. 142–145.
2. Bundesverfassungsgericht. Beschluss von 22.06.1960. E 11.
3. MeyerLadewig J. Aktualität einer Vereinheitlichung des Prozessrechts. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2007. S. 1262 f.
4. Groß Th. Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit zwischen Tradition und Innovation / Sommermann K. P., Schaffarzik B. (Hrsg.). *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*. Berlin: Springer, 2019. 2538 S.
5. Germelmann C. F. Die Vergabekammern im System des vergaberechtlichen Rechtsschutzes. *Die Öffentliche Verwaltung*. 2013. S. 50–60.
6. Habbe H. Bundesrepublik verfehlt europäische Vorgaben zur Abschiebungshaft. *Die Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2011. S. 286–292.
7. Verwaltungsgerichtsordnung. <https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/>.
8. Eckertz-Höfer M. Erneuter Reformbedarf beim Umweltrechtsbehelfsgesetz? *Deutsches Verwaltungsblatt*. 2013, S. 499–503.
9. Bundesverfassungsgericht. Urteil von 22.01.2004. E 120.
10. Wittreck F. *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*. Tübingen: Mohr, 2006. 883 S.
11. Werder O. v., Labs W., Ortman P. P. *Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten*. Oldenburg: Dieckmann, 1949. 279 S.

12. Groß Th. Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union. *Die Verwaltung*. 2000. №33. S. 415–434.

13. Bundesverfassungsgericht. Beschluss von 13.06.1979, E 51.

14. UN Human Rights Committee. Concluding observations on the sixth periodic report of Germany v. 12.11.2012. №. 11.

15. Sydow G., Neidhardt S. Verwaltungsinterner Rechtsschutz. BadenBaden: Nomos, 2007. 180 S.

16. Cancik P. Vom Widerspruch zum informalen Beschwerdemanagement. *Die Verwaltung*. 2010. № 43. S. 467–479.

17. Bundesverfassungsgericht. Beschluss von 27.10.1999, E 101.

18. Ahrens M. Mediationsgesetz und Güterichter. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2012.- S. 2465–2469.

19. Ule C. H. Verwaltungsprozessrecht. München: Beck, 1960. 229 S.

20. Groß Th. Rechtsschutz im Umweltrecht / Hansmann K., Sellner D. (Hrsg.). Grundzüge des Umweltrechts. Berlin: Schmidt, 2012. S. 1258.

21. Europäischer Gerichtshof. Urteil von 12.05.2011. Deutsches Verwaltungsblatt. 2011.

22. Bundesverfassungsgericht. Beschluss von 16.10.1957, E 7.

23. Elsner Th. Das Ermessen im Licht der Reinen Rechtslehre, Berlin: Dunker und Humblot, 2011. 318 S.

24. Bundesverfassungsgericht. Urteil von 02.08.2012.

25. Eichberger. M. Investitionszulagen – Klassifikation der Wirtschaftszweige – effektiver Rechtsschutz. Bäuerle M., Dann P., Wallrabenstein A. (Hrsg.). Festschrift für BrunOtto Bryde. Tübingen: Mohr, 2013. 778 S.

### SUMMARY

*The article examines the structure of administrative and legal protection in Germany, features of proceedings, the right to bring a lawsuit, the scope of decisions and the place of administrative justice in Germany in the European legal field. Special attention is paid to the changes that have taken place in the German administrative judiciary, which, compared to other European countries, later developed its own judicial system. These processes were preceded by the period of the dictatorship of National Socialism. In the second half of the 20th century, a complex administrative and legal defense was created, the dominant part of which is the administrative judiciary. The Basic Law of the Federal Republic of Germany enshrined constitutional guarantees of legal protection, which contributed to the expansion of the powers of the courts in terms of control, in particular due to the very limited application of decision-making prerogatives by the administration. Since the 1980s, a reverse trend has been observed, which is due to the need to speed up decision-making.*

*After the dictatorship of National Socialism in the second half of the 20th century, complex administrative and legal protection was created, the core of which is the administrative judiciary. Constitutional guarantees of legal protection initiated a long-term trend of maximum expansion of the powers of the courts in relation to control, for example, due to the extremely limited application of prerogatives of decision-making by the administration. The conflict of interests between the task of building judicial administrative control and the task of not harming the management system and completing processes within the specified time limits affects many individual manifestations of the development of German administrative justice. To trace these processes in one of the leading countries of Europe and to adopt positive experience is important for Ukrainian administrative justice, which is still in the process of active formation.*

*The changes in administrative proceedings, which affected the jurisdiction of courts of first instance, the position of judges, representatives of public interests, proceedings (types of lawsuits, temporary legal protection, protest procedures, closed court sessions), the right to file a lawsuit, and the scope of decisions of administrative courts in Germany are separately highlighted.*

*Keywords: administrative justice, Germany, history of German administrative justice, administrative legal protection, Code of Administrative Justice, discretion.*