

ТЕОРЕТИКО-ФІЛОСОФСЬКІ ТА ІСТОРИКО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ ФОРМУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА У НІМЕЧЧИНІ

Аналізується розвиток адміністративного судочинства в Європі та Німеччині. Визначено дві інтелектуально-історичні провідні позиції щодо суперечок про «верховенство права» між Дайсі та Аншиотцем перед Першою світовою війною та між Гаєком і Фуко після Другої світової війни. По-перше, конфлікт між «верховенством права» в сенсі балансу між вимогами громадськості та індивідуума в адміністративних спорах (Аншиотц) та ідеєю «верховенства закону», яка вбачає в повністю незалежній від держави судовій владі єдину гарантію реального правового захисту індивіда від претензій держави та адміністрації (Дайсі). По-друге, суперечки навколо політичної концепції свободи, в якій «верховенство права» розглядається, з одного боку, насамперед як юридично забезпечена формальна система правил для вільних від держави економічних дій (Гаєк), і в якій, з іншого боку, саме таке розуміння верховенства права, що описується як «неоліберальне», критично інтерпретується як спроба закласти підвалини нового «правового капіталізму» з метою запобігти (нібито чи насправді) соціально справедливому вирівнюванню відмінностей у доходах і багатстві (Фуко).

Ключові слова: адміністративне судочинство, Німеччина, адміністративна юстиція, адміністративний суд, публічна адміністрація, історія адміністративної юстиції.

Natalya Paslavska. Theoretical-philosophical and historical-legal prerequisites of the formation of the administrative judiciary in Germany

The article is devoted to the development of administrative proceedings in Europe and Germany. Two leading intellectual-historical positions can be identified regarding the “rule of law” controversy, between Dicey and Anschutz before the First World War and between Hayek and Foucault after the Second World War. First, the conflict between the “rule of law” in the sense of the balance between the demands of the public and the individual in administrative

disputes (Anschütz) and the idea of the “rule of law”, which sees in a judicial power completely independent of the state the only guarantee of real legal protection of the individual against the claims of the state and administration (Dicey). Secondly, the controversy surrounding the political concept of freedom, in which the “rule of law” is considered, on the one hand, primarily as a legally secured formal system of rules for economic actions free from the state (Hayek), and in which, on the other hand, precisely this understanding the rule of law, described as “neoliberal”, is critically interpreted as an attempt to lay the foundations of a new “legal capitalism” in order to prevent (allegedly or in fact) a socially just equalization of differences in income and wealth (Foucault).

Key words: *administrative justice, Germany, administrative justice, administrative court, public administration, history of administrative justice.*

Як багато інших правових і політичних інституцій, сучасне адміністративне судочинство має тривалу передісторію, яку можна зафіксувати не лише з погляду історії політичних установ або у вузькому юридичному розумінні, а й на рівні інтелектуальної історії. У цьому сенсі розвиток установ адміністративного права з другої половини XIX століття виявляється підготовленим і супроводжуваним дискусією з історії ідей і науки, яку можна розглядати як паралельний процес до становлення сучасної конституційної держави західного зразка. Адже вона охоплює проблему, яка, по суті, є центральною для сучасного політичного буття: питання про обсяг і насамперед межі державної влади щодо прав окремого громадянина, а отже, і питання про інституційні передумови та гарантії політичної свободи у правовій і конституційній державі.

Такі філософсько-історичні передумови частково висвітлювали у своїх дослідженнях українські правники В. Бевзенко, Ю. Дмитров, В. Кампо, І. Коліушко, А. Т. Комзюк, В. Кравчук, Р. Куйбіда, Р. Мельник, М. І. Смокович, В. Стефанюк, Г. Ткач, Ю. Шемшученко, а також німецькі вчені 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. І. Бамбергер, Г. Мюллер, О. Бер, Р. Гайст, У. ф. Дассель, К.-П. Зоммерман, Б. Шаффарцік, Т. Грос та ін. Водночас згадана проблематика ще не отримала комплексного висвітлення у фаховій літературі. Тому варто простежити розвиток проблеми забезпечення інституційної свободи в сучасній державі в дискурсі видатних мислителів і науковців у найсуттєвіших обрисах, з урахуванням загального розвитку модерної полі-

тичної думки в рамках західного культурного простору. В цьому полягає мета пропонованої статті.

Діалектика новітнього державно-політичного буття європейських країн із моменту виникнення сучасних державно-управлінських структур на початку ранньомодерного періоду курсує між двома полюсами двох центральних цілей: безпеки і свободи. Досвід постійного насильства, беззаконня та незахищеності після конфесійних громадянських війн XVI-XVII століть спонукав ранньомодерних мислителів того часу Жана Бодена та Томаса Гоббса сформулювати безпеку людського існування у політичній сфері як центральний політико-правовий постулат [1, s. 243], що гарантується світським, а отже, конфесійно нейтральним та політично максимально сильним суспільством. Це було основою легітимності державної влади в епоху після 1500 року, яка таким чином могла бути обґрунтована в сучасному розумінні – принаймні з погляду філософії та теорії держави – передусім функціонально, а не в традиційному історичному чи релігійному плані.

Після того, як захист підданих було гарантовано державними установами у можливому на той час обсязі, постало питання про межі втручання держави в приватне життя особи не тільки у військовій та судовій сферах, а й у рамках звичної державно-адміністративної діяльності. Якщо взяти до уваги, що головне призначення держави – гарантування захисту і безпеки, то чи може взагалі обмеження державної влади як такої бути ефективним? І якщо так, то наскільки далеко має зайти це обмеження, в яких рамках і яким чином воно повинно і може бути юридично закріплене або інституціоналізоване без загрози для головної мети держави? Над цими питаннями інтенсивно замислювалися з кінця XVII століття, і ці роздуми кількох поколінь філософів, теоретиків держави та права належать до інтелектуально-історичних передумов сучасного адміністративного судочинства.

Джон Лок, найвидатніший ранньоліберальний європейський мислитель останніх десятиліть XVII століття, зокрема під враженням політичної кризи у своїй країні між Реставрацією і «Славною революцією» (1660–1689), вловив суть проблеми, коли вказав у «Двох трактатах про правління» (1690) на можливість зловживання владою навіть з боку легітимного уряду і розробив відповідне вирішення проблеми: саме через слабкість людської натури, яка

схильна до досягнення повної влади. Надто спокусливою є ситуація, коли повноваження видавати закони збігаються з повноваженнями забезпечувати їхнє виконання. Тому в «добре впорядкованих спільнотах» право законодавчої влади передається зборам уповноважених осіб, які, з одного боку, самі підпадають під дію створених ними законів, як і всі інші громадяни, але, з іншого боку, не можуть брати участі у виконанні законів [2, s. 190].

Суворе розмежування законодавчої та виконавчої влади на інституційно-правовому рівні, яке було вперше чітко постульоване – саме з метою протидії певним недолікам людської природи – вже розв’язує центральну базову проблему сучасного державного існування: захист підданих і громадян від можливих негативних наслідків людського прагнення до влади, яке є частиною людини і яке може мати ефект за певних умов навіть у юридично впорядкованих державах. Урок, який Лок виніс із цього вже наприкінці XVII століття, він узагальнив у постулаті про створення правового інституційного бар’єра, який повинен виключати можливість такого зловживання владою. Це чітко визначило проблему: навіть законні дії держави можуть у певних випадках втручатися в основні фундаментальні права людини та громадянина, особливо ті, що стосуються їхньої власності – і від цього необхідно було знайти інституційні гарантії [там само, с. 179].

Якими б суперечливими не були ідеї Лока в контексті їхньої появи наприкінці XVII століття, вони стали частиною основного фонду політичної думки в англосаксонській культурній сфері в наступному, XVIII столітті. Наприклад, близько 1740 року Девід Юм чітко вказав на те, що кожна дія уряду повинна строго відповідати чинним законам, прийнятим законодавчим органом. Наприклад, людський вчинок може вважатися злочином лише в тому випадку, якщо він був прямо визнаний таким чинним законом: якщо хтось постає перед судом, то його судді – як і він сам – повинні вважати себе підданими і у власних інтересах пильно стежити за можливими зловживаннями й насильницькими заходами з боку керівних міністрів [3, s. 96]. Тут чи не вперше в історії політичної думки проблема правового захисту підданих від зазіхань з боку влади – а отже, в переносному значенні й з боку державного управління – сконденсовано експлікована в тому сенсі, що незалежній і сильній судовій владі приписується

завдання завжди пам'ятати про захист кожного індивіда від свавілля з боку держави.

Вільям Блекстоун, якого зазвичай називають батьком англійської юридичної науки, підбив підсумок дебатів про захист свободи та обмеження або інституційне стримування державної влади (також під впливом ідей Монтеस्क'є) і сформулював його з вирішальним, майже канонічним значенням для подальшого розвитку англосаксонської правової сфери у другій половині XVIII століття. Блекстоун виводить права народу Англії з трьох фундаментальних правових принципів: 1) право на особисту недоторканність, 2) право на особисту свободу, 3) право на приватну власність. Останнє право він слідом за Локом характеризує як центральний елемент вільного існування людини та громадянина. Це право полягає, за Блекстоуном, «у вільному користуванні, володінні та розпорядженні всіма своїми надбаннями, без будь-якого контролю або зменшення, окрім як за законами країни». Дійсно, англійське право «надзвичайно пильно стежить за встановленням і захистом цього права», і з цієї причини правовий захист приватної власності вважається настільки важливим, що жодне найменше обмеження цього принципу не може бути допущене, навіть заради загального блага суспільства. Будь-яке втручання держави в приватну власність, наприклад, через зобов'язання сплачувати податки й збори, є легітимним лише в тому випадку, якщо сам громадянин попередньо дав згоду на такий захід – або особисто, або через обраних ним представників у парламенті. Таким чином, проблема правового захисту окремого громадянина від заходів уряду вже тут розглядається Блекстоуном, навіть якщо він усе ще припускає, що це питання має бути належним чином врегульоване в рамках політичного порядку, заснованого на поділі влади, обмеженого системою «стримувань і противаг» і незалежною судовою владою [4, s. 134, 135, 149].

Якщо поглянути на розвиток політичної та правової думки в континентальній Європі, то Монтеस्क'є, безумовно, є найефективнішим мислителем, який не тільки точно визначив проблему обмеження державної влади, а й спробував вирішити її в рамках нової політичної концепції – поділу влади. Як Лок до нього, Монтеस्क'є посилався на загальний людський досвід, що навіть у політично помірковано організованих спільнотах справжня свобода громадян

далеко не завжди була присутня. Вона може бути там лише тоді, коли владою не зловживають, бо, зазвичай, кожен, хто має владу, йде до встановлених для цього меж [5, s. 395].

Звідси Монтеस्क'є зробив висновок: для того, щоб запобігти зловживанню владою в державі, необхідно, щоб влада встановлювала межі повноважень за допомогою певного «порядку речей». Цей «порядок речей», про який говорить Монтеस्क'є, полягає у відокремленні законодавчої влади від виконавчої. Тільки так можна забезпечити свободу громадянина. Ця свобода полягає в тому «душевному спокої», який може виникнути лише завдяки довірі до державних установ, що гарантують безпеку кожній людині [5, s. 397].

У німецькомовному культурному просторі саме Іммануїл Кант наприкінці XVIII століття звернув увагу на проблему інституційного забезпечення прав окремого громадянина. У своєму есеї «Про приказку» [Über den Gemeinspruch] він зосередив увагу на проблемі інституційного забезпечення прав окремого громадянина, виходячи з його визначення громадянської держави як правової держави, що складається з трьох основних принципів: по-перше, «свободи кожного члена суспільства, як людини», по-друге, «рівності всіх між собою, як підданих», по-третє, «незалежності кожного члена спільноти, як громадянина». Основне право останнього полягало насамперед у участі у законотворчості в рамках представницької політичної системи [6, s. 274].

Проте, за Кантом, навіть у суспільстві з розділеними повноваженнями завжди існує принаймні ймовірність того, що уряд зазіхне на права індивіда. Кожен «підданий, який не чинить опору», повинен мати можливість «припускати, що його володар не бажає йому зла». А оскільки «кожна людина має свої невід'ємні права ... про які вона сама уповноважена судити, а несправедливість, яка, на її думку, її спіткає, згідно з цим припущенням, трапляється лише від помилки або незнання певних наслідків законів верховної влади»: громадянин повинен мати право, за сприяння самого суверена, оприлюднити свою думку про те, що для нього є несправедливістю щодо спільноти в діях суверена. У цьому сенсі «свобода пера», щоправда, лише в «межах поваги й любові до конституції, за якою живеш», є для Канта «єдиним палладієм прав народу», а отже, і прав індивіда проти (на його думку, невинуватих) дій

держави, які зачіпають саму людину та її права, що були нею набуті. Очевидно, Кант визнає звернення громадянина до громадськості єдиною на той час можливістю вимагати принаймні перегляду певних дій держави [6, s. 304].

Карл Готліб Суарес, один із творців наприкінці XVIII століття «Загального земельного права для пруських держав» [Allgemeines Landrechts für die preußischen Staaten] і викладач права тодішнього пруського кронпринца, був першим державним службовцем того часу, який прямо звернувся до проблеми обмеження прав держави стосовно громадянина у своїх лекціях з політології [7]. Метою політично побудованого буржуазного суспільства, заявляв він у 1791–1792 рр., може бути лише «виправлення дефектів і недосконалостей природного стану та обмеження свободи індивідів тією мірою, якою це необхідно для забезпечення свободи всіх від збурень і утисків задля сприяння їхньому щастю». Однак, як тільки закон «містить зайві обмеження природної свободи, йому бракує внутрішньої підстави для легітимності»; тому він має бути відхилений. Суарес визнавав конкретний захист громадянина від невинуватих зазіхань державної влади на його права в універсально гарантованому правовому порядку, який розроблений за раціональними принципами та пов'язує не тільки керованих, а й правителів непорушними правилами [7, s. 65, 231]. Хоч Суарес в подальшому не уточнював, наскільки далеко має зайти цей захист у деталях, проте він чітко усвідомлював проблему.

Молодий Вільгельм фон Гумбольдт аргументував набагато чіткіше у своїй відомій праці «Ідеї щодо спроби визначення меж ефективності держави» [Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen] (1793), яка була опублікована посмертно у 1851 році [8, s. 97]. «Я вважаю, що громадяни у безпеці, – пише Гумбольдт, – якщо їм не загрожує іноземне втручання у здійснення гарантованих їм прав, незалежно від того, чи стосуються ці права їхньої особи, чи їхньої власності. Безпека, а отже... впевненість у соціальній свободі». За словами Гумбольдта, ця безпека «не порушується всіма тими діями, які перешкоджають людині здійснювати будь-яку діяльність своїх сил або користуватися своєю власністю, а лише тими, які роблять це незаконно» [8, s. 179]. Як бачимо, Гумбольдт також дуже точно визначив проблему, але він не зміг піти на крок далі й хоча б натякнути на можли-

вість запитати, яким чином і якими (правовими) засобами громадянин може захистити себе від того, що він сприймає як незаконне втручання з боку держави.

Якщо підсумувати ідейно-історичний розвиток питання про легітимні межі державної влади та захисту громадянина від її неправомірного застосування, то головним результатом – щодо німецькомовної культурно-правової сфери – варто назвати ідею конституційної держави, яка формується з початку XIX століття і яку слід розуміти як спадкоємицю «правової держави», колись влучно описаної як «трансформації свавілля чиновників в уряд, що керується законами» [9, s. 214]. Виконавча ж влада вже пов'язана у своїх діях відповідним чинним законодавством, але ще не визнала, а тим більше не розв'язала проблему надійного закріплення самих меж державної влади, пов'язаної законами перед своїми підданими та громадянами. Бо уряд та адміністрація, що керуються верховенством права у справжньому розумінні цього терміна, дотримуються чотирьох фундаментальних базових принципів: 1) поділ та взаємне обмеження державної влади, 2) суворі відповідність юрисдикції та адміністрування закону, 3) гарантія та захист основних прав у цілому та 4) гарантія правового захисту окремих громадян та їхніх індивідуальних прав від втручань державної влади, які є принаймні сумнівними з формально-юридичного погляду.

Мабуть, це був простий збіг обставин, що консервативний романтик Адам Мюллер одним із перших використав концепцію верховенства права у своїх лекціях 1809 року про «Елементи державності» [10, s. 200]. Хоча він і не використовував її в тому сенсі, в якому вона стала предметом дебатів XIX століття. Навпаки, в умовах тогочасних політичних потрясінь він пропагував доволі гармонійний варіант взаємовідносин між державною владою та правами особистості: «Хіба справедливість, – запитував він, – полягає лише в тому, щоб зберегти кожній людині жменьку жалюгідного майна, щоб присудити їй за рішенням те, що їй належить? Як консерватор, Мюллер змінює перспективу і вбачає проблему не в небезпеці можливого незаконного втручання держави у майнові права індивідів, а у відсутності довіри до цілого і загального, уособленого відповідною панівною владою, яка в кінцевому підсумку має стояти над індивідом, підданим, громадянином, саме коли йдеться про

підтримку справжньої свободи. Однак ідея правового захисту, який громадянин має право вимагати в певних випадках навіть від держави, залишалася актуальною в політичній думці навіть після 1815 року. З німецької культурної сфери тут слід згадати лише Алексіса де Токвіля, який у своєму вичерпному описі та аналізі північно-американської демократії (опублікованому в 1835–1840 рр.) вказав на важливість незалежної судової влади, сила якої, на його думку, в усі часи була здатна найрішучішим чином захистити безпеку особистості. Однак це було особливо актуально під час «демократичних століть», коли інтереси та права громадян опинялися під загрозою в міру того, як суспільство ставало більш зрівняльним, особливо якщо значення і повноваження судів не зростали тією ж мірою [11, s. 331]. Тут Токвіль, очевидно, під враженням інформації, яку він зібрав у Сполучених Штатах, чітко зайняв позицію на користь англосаксонського принципу «верховенства права» [Rule of Law] і на користь тези про те, що правова безпека окремого громадянина, включно в конкретному спорі з урядом і адміністрацією власної країни, встановлюється насамперед незалежними цивільними судами.

Питання про те, як найкраще забезпечити захист особи від адміністративного втручання, обговорювалося із дедалі більшою інтенсивністю, особливо в німецькій юриспруденції, з початку XIX століття. Тут критично зважено – і далеко не завжди схвально – обговорювалося питання про можливість спеціальної «адміністративної юстиції». Також точилися дебати щодо становища судів, зокрема чи можлива взагалі справді незалежна від державної і виконавчої влади судова влада, до певної міри як незалежна «третя влада». Без сумніву, найважливіші політичні події того часу – кінець Священної Римської імперії німецької нації (1806), панування Наполеона над Німеччиною і подальше відновлення Німецької конфедерації (1815), включно з пов'язаними з цим реставраційними тенденціями, залишили важливий слід у цій науковій дискусії.

Ще до розпаду Німецької імперії один із останніх імперських юристів, Ніколаус Таддаус Гоннер, підсумував правову ситуацію кінця XIX століття у своєму «Посібнику із загального німецького процесу». Він вказував, що, з одного боку можливість судового захисту індивідуальних прав від адміністративних втручань

існувала лише в тому випадку, якщо рішення суверенітету землі оскаржувалися в одному з імперських судів (Імперський камерний суд, Імперський апеляційний суд), оскільки «суверенітет землі, як підпорядкованої вищій імперській владі, повинен визнавати імперську судову владу над нею, внаслідок чого суверенні права також можуть бути об'єктом судової влади» [11, s. 31]. Проте це не стосувалося тих випадків, «коли хтось хотів подати позов за порушення прав, яких, на його думку, зазнала імперська влада», оскільки остання не визнавала «жодного судді над собою, від якого можна було б вимагати захисту від порушення прав». Однак він також підкреслював, що далеко не «кожне порушення прав... може бути об'єктом здійснення судової влади в державі», тому що якась об'єктивна «несправедливість» ще не є предметом судової влади, «де регент порушує конституцію, якщо з підданим не поводяться відповідно до закону, йому завдається несправедливості, але судова влада в державі не може мати ефекту, тому що уряд не може підпорядковувати себе судам в країні» [11, s. 22]. Позаяк судовий суверенітет повинен розглядатися безпосередньо як частина державної влади, «ніякі позови проти верховної влади... за загальним державним правом» не можуть вважатися «об'єктами судової влади в державі», оскільки «там, де державна влада не визнає вищого над собою, вона не підлягає ніякому судді» [11, s. 31].

Як один із перших німецьких теоретиків верховенства права, молодий Карл Теодор Велькер у своїй праці «Останні підстави права, держави й покарання» [Die letzten Gründen von Recht, Staat und Strafe] 1813 року йде далі Гюннера, навіть якщо судовий контроль над урядом і адміністративними діями ще не є проблемою в його міркуваннях. Тим не менше, він ставить конституційну якість суспільства в залежність від ствердної відповіді на питання, чи мають його громадяни захист прав від свавілля правителя. Цей захист, звичайно, можна описати лише як своєрідне право на обмежену самопомогу, надання якої залежить від милості правителя або носія влади. Це не право на скаргу, а, з одного боку, лише право на скаргу та подання, з іншого ж, свобода громадської думки, тобто право вільно критикувати окремі заходи політики та управління, що вже вимагав Кант у цьому контексті, і, по-третє, право на зречення держави, як називає його Велькер, тобто, право на свободу від держави – на виїзд за межі держави, тобто право на

еміграцію. Велькер визнає твердий правовий порядок, заснований на правових нормах і законах, які можуть бути схвалені як центральний елемент конституційної держави [12, s. 101].

Через чотири роки Йоганн Людвіг Клюбер пішов набагато далі у першому виданні свого «Публічного права Німецької Конфедерації та Федеральних земель» [Oeffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten], яке незабаром стало класичною працею. Він розрізняє урядові справи і справи юстиції. Якщо перші не є предметом судового обговорення та вирішення, то другі мають саме таку якість, а саме: коли йдеться про порушення законних приватних прав громадянина держави. У цьому сенсі в певних випадках справа поліції може також стати судовою справою, що розглядається судом, наприклад, «через скаргу на неправильне застосування поліцейського законодавства або перевищення службових повноважень» [13, s. 470]. Однак в окремих випадках тлумачення термінів, а саме точне розмежування державних і поліцейських справ від судових справ, ймовірно, не було надто вільним. Тому зрештою ті, хто мав політико-правову монополію на визначення, вирішували питання про ступінь правової визначеності в суспільстві.

Юрист Георг Фрайгерр фон Вайлер, член Вищого суду Великого герцогства Баден в Мангаймі, в 1826 році, представив юридичному світу дослідження, яке вже в назві відобразило проблему: «Про адміністрацію і правосуддя та про межу між ними». У дискусії з Гоннером і Клюбером Вайлер стверджував, що уникнув обох згубних шляхів – можливості деспотизму адміністрації і деспотизму суддів, коли відніс питання правового захисту виключно до приватного права, яке встановлює певні правові наслідки лише між окремими суб'єктами права, але в жодному разі не між окремими суб'єктами права і державою. На думку Вайлера, оскільки держава рухається у сфері приватного права в рамках певних правових транзакцій зі своїми суб'єктами, вона ставить себе під юридичну дію приватного права, тобто «держава підпадає під дію права, тому що вона підпорядковує себе йому своєю дією, як і кожен інший правовий суб'єкт [14, s. 32]. Звичайно, жоден суддя, якщо він не стоїть над найвищою державною владою, не може судити державну владу як таку, але, на думку Вайлера, це стосується лише сфери публічного права. Однак у виключно приватно-правових

спорах між адміністрацією та громадянином всі аспекти державного права та міркування виключаються, оскільки позиція та гідність держави тут вилучені з будь-якого втручання з боку судової гілки влади. Якщо розглянути ці факти з протилежного погляду, то можна стверджувати наступне. Якщо, з іншого боку, держава володіє або діє на підставі приватного права, то вона сама перебуває під впливом приватного права, а отже, і під рішенням судді з цивільних справ. Це впливає з принципу, що приватні права, якщо ними не можна розпоряджатися в односторонньому порядку, а отже, не деспотично, мають бути загальнообов'язковими для всіх, хто здійснює в державі такі дії, що регулюються приватним правом. У зв'язку з цим, як впливає з наведених міркувань, судовий захист громадянина у випадку адміністративних спорів, які слід розуміти як приватноправові, має бути можливим, принаймні, якщо ми все ще не перебуваємо (або вже знову не перебуваємо) в «деспотичній» державі [14, s. 15].

Дискусія про форми та обсяг системи адміністративної юстиції мала не лише науковий, а й актуальний політичний вимір, який за часів суворої книжкової цензури у Німеччині мав стриманий характер. На ці дебати вплинуло піднесення дедалі впевненішої у собі ліберальної буржуазії, яка також почала чіткіше артикулювати свої політичні та економічні інтереси. Адже в багатьох випадках кращий захист адміністративного права міг означати й ефективніший захист від втручання держави в права власності.

Не лише внутрішньоправовий, а й передовсім політичний вимір питання про обсяг і межі основних прав і свобод особистості стосовно можливого втручання держави дістав відображення у подальших дебатах німецьких консервативних і ліберальних правознавців з початку другої половини XIX століття, особливо після революції 1848–1849 рр. На особливу увагу тут знову заслуговують думки двох типових «політичних професорів» того часу, які не лише активно працювали в університеті, а й були депутатами різних державних парламентів, відтак подолавши розрив між академічною наукою та політикою у власній особі – Фрідріх Юліус Шталь та Роберт фон Моль. Обидва змогли набагато вільніше висловлюватися після скасування суворої цензури, що існувала в Німеччині до 1848 року, ніж їхні колеги за часів Реставрації та Доберезневого періоду.

Серед консерваторів Шталь був одним із перших, хто не лише відкрито підхопив ідею верховенства права, а й розглянув її у контексті питання про необхідне обмеження державної влади. Вже маючи на увазі свободу совісті, він заявив у лекції, прочитаній в Берліні в 1850–1851 рр., що «скрізь повинна бути встановлена межа, до якої влада держави закликає» [15, s. 103]. Від цих тверджень було недалеко до відомого визначення верховенства права, яке можна знайти в основній праці Штала «Філософія права»: держава повинна «точно визначити та непорушно закріпити шляхи та межі своєї ефективності, а також вільної сфери своїх громадян у спосіб закону і не повинна реалізовувати моральні ідеї з боку держави... далі, ніж це належить до сфери права, тобто лише до необхідних меж» [16, s. 137]. На основі цього нового визначення конституційної держави, можливо, саме тому, що воно виходило з консервативної доктрини держави (яка домінувала протягом кількох років після 1850 року), стало можливим відновити дебати про захист прав громадянина від адміністративного втручання.

Із ліберального боку вже в 1830-х роках вперше порушив питання правового захисту від адміністративних актів Роберт фон Моль – один із провідних правознавців свого часу. Моль підкреслював, що «адміністрація конституційної держави» може діяти тільки й виключно в рамках усіх наявних законів, а також спеціальних офіційних інструкцій, і що, з іншого боку, кожен «підданий», якому було завдано шкоди «невиправданим втручанням або неправильно бездіяльністю адміністрації... має право вимагати компенсації» [17, s. 246].

У німецькій політичній і правовій думці другої половини ХІХ століття існувало чітке усвідомлення важливості цього питання, яке, мабуть, найбільш чітко було сформульовано й отримало відповідь у трактаті, опублікованому в 1864 році ліберальним кассельським юристом Отто Бером під лаконічною назвою «Верховенство права». Виступаючи проти Штала, Бер наполегливо підкреслював, що «право має бути не питанням милості для князя, а інтелектуальною силою, що стоїть над усім державним організмом», що тому «навіть у сфері публічного права незалежне та автономне здійснення правосуддя має бути визнане як вимога справедливості» [18, s. 77]. Це також стосувалося адміністративних спорів. Адже якщо рішення адміністративних органів щодо публічних прав не можна

вважати судовими рішеннями і якщо водночас не хочеться «дुरुвати таке судове рішення звичайним судам», то, зрештою, «залишається тільки одне, якщо ми хочемо, щоб правосуддя у сфері публічного права здійснювалося інакше: створити суди публічного права» [18, s. 70].

Після інституціоналізації адміністративної юстиції у німецьких землях із часів заснування Німецького Рейху дебати змістилися з колишньої нормативно-політичної в описово-аналітичну площину. Це можна побачити, наприклад, у заувагах Георга Еллінека, який у своїй «Загальній теорії держави» [Allgemeine Staatslehre] аналізує сучасну державу в рамках її трьох центральних матеріальних функцій і розглядає її на перетині законодавства, юстиції та управління [19, s. 606]. Він доходить висновку про дедалі більшу диференціацію державних та адміністративних функцій і водночас зростаючу юридизацію, яка у сфері адміністративних конфліктів постає як суперечка між адміністрацією та юстицією.

Ріхард Тома поєднав описові та нормативні міркування у своїх роздумах 1909 року про зв'язок між «ідеєю верховенства права та адміністративною юриспруденцією». Він закликав, серед іншого, до подальшого «розширення адміністративного законодавства також у сенсі точного розмежування між верховенством і свободою... також на службі непорушного захисту цього розмежування», оскільки це саме «цілі розвитку, який ми спеціально називаємо верховенством права і в якому ми все ще перебуваємо сьогодні» [20, s. 12].

У німецькомовному світі близько 1900 року прихильники та критики адміністративної юстиції вже не сперечалися, а зосередилися на її функціях, обсязі та сфері дії, а також на її значенні для подальшого розвитку сучасної правової держави. Однак положення континентального адміністративного права – тобто не лише німецького адміністративного права, а й французького *droit administratif* – було піддано критиці англосаксонськими вченими-юристами, такими, як провідний британський юрист-конституціоналіст Альберт Венн Дайсі. У главі XII «Верховенство права порівняно з адміністративним правом» пізніших видань свого «Вступу до вивчення конституційного права» намагався довести перевагу британської традиції верховенства права над континентальною концепцією права, даючи зрозуміти, що головна відмін-

ність між ними полягає у правовому захисті не підданих чи громадян, а державних службовців [21, s. 328]. На його думку, перебільшений обов'язок держави захищати своїх державних службовців (тобто і тих, хто діє неправильно) є основним недоліком континентального адміністративного права. Для нього центральна проблема адміністративного права полягає в його надмірній близькості до держави. Саме в тому, що британський державний службовець має відповідати за свої помилки не перед спеціальним адміністративним судом, а перед судом загальної юрисдикції, Дайсі вбачає вирішальний свободозахисний елемент загального права. «Наше жорстке верховенство права має величезні і беззаперечні переваги», – робить він висновок зі своїх порівняльно-правових спостережень і додає: «Таким чином, індивідуальна свобода в Англії ретельніше захищена від утисків з боку уряду, ніж у будь-якій іншій європейській країні» [21, s. 394].

Стислий виклад німецького адміністративного права, опублікований Герхардом Аншютцем незадовго до Першої світової війни, сприймається майже як пряма відповідь на критичні тези Дайсі [22, s. 372]. Аншютц коротко і точно визначає адміністрацію як чинну державну владу, за допомогою якої державна адміністрація виконує свою власну волю, а не волю законодавчої влади. Звичайно, всі адміністративні дії завжди повинні бути обмеженими законом, а це означає, що адміністрація має лише ті повноваження втручатися у свободу і власність приватних осіб стосовно суб'єктів, які їй надані законом. Тому адміністрація може, якщо вона хоче обмежити свободу третіх осіб для досягнення своїх цілей, скористатися їхньою працею, їхнім майном, їхньою терпимістю тільки *intra legem* (в рамках закону). Таким чином, Герхард Аншютц визначає правовий захист через адміністративну юстицію в сучасній німецькій конституційній державі як юридично врегульоване посередництво між індивідуальними та спільними інтересами, тобто як збалансування вимог і прав окремого громадянина, з одного боку, та держави – з іншого. Адміністративна юстиція визначається ним як діяльність адміністрації з вирішення спорів, що здійснюється спеціальними адміністративними органами, які не належать до системи судової влади, але створені на зразок звичайних судів (адміністративні суди) в порядку, аналогічному до порядку звичайних судів (провадження в адміністративних спорах). Тож німецька система прямо не перед-

бачає підпорядкування адміністрації судовому контролю судової влади, а скоріше створення подібних до судових засобів правового захисту в рамках самої адміністративної організації, що забезпечує стійкий компроміс, а саме у створенні «засобів, які значною мірою враховують індивідуальний інтерес не перевищувати адміністративні повноваження, не завдаючи при цьому шкоди загальному інтересу у виконанні адміністративних обов'язків». Саме в цьому він вбачає «суть та ідею адміністративної юстиції» [22, s. 383].

Аншютц відкидає вимогу британського «верховенства права» та його вимогу щодо юрисдикції загальних судів, тобто судової влади для всіх юридично значущих адміністративних спорів (хоча і без прямого посилання на критику Дайсі), наводячи три основні аргументи: по-перше, слід побоюватися, що судді, які здебільшого займаються питаннями приватного права та кримінального права, не в змозі повністю опанувати дуже особливу і складну сферу адміністративного права та адміністративної практики; по-друге, не завжди можна припустити, що судді володіють необхідним для адміністративного судочинства досвідом; по-третє, правовий контроль над адміністрацією з боку судової влади паралізував би незалежність адміністрації, яка необхідна їй для ефективного виконання своїх завдань [22, s. 391].

У 1928 році, після потрясінь Першої світової війни, Карл Шмітт загострив увагу на протистоянні між державними та індивідуальними інтересами у своїй «Конституційній теорії»: «Згідно з сучасним поглядом», стверджує він, – достатньо, щоб спеціальні суди з незалежними суддями були організовані як адміністративні суди для сфери адміністративного права, що приймають рішення в рамках судових процедур». Такий підхід відповідає більш-менш «досконалим ідеалам буржуазної конституційної держави», найвищим проявом якого є «загальна судова формалізація всього державного життя». Шмітт заперечує, що така процедура можлива лише в рамках дії фіксованих загальних норм. Якщо ж таких стандартів не існує (наприклад, через особливу складність певних адміністративних спорів), то в кращому випадку йдеться про «процедуру медіації», практичний успіх якої залежатиме від авторитету та наданих повноважень медіатора. Тоді, однак, це вже не справжнє посередництво, а більш-менш дешеве політичне рішення, оскільки суддя як такий ніколи не може мати жодної влади або повноважень, незалежних

від чинності закону. «Обмеження будь-якої судової формальності» пояснюється лише тим, що держава є не просто «судовою організацією» і не є «нейтральним арбітром або примирителем», а тим, «що вона приймає політичне рішення» [23, s. 133].

Після Другої світової війни зовсім по-іншому сформулював проблему Герберт Крюгер у «Загальній теорії держави» [Allgemeine Staatslehre]. Відійшовши від традиції, започаткованої Гнейстом у Німеччині, він визнає дійсний сенс адміністративної юстиції не в «збереженні об'єктивного права для адміністрації», а в «захисті суб'єктивних прав від адміністрації» [24, s. 337]. Однак межі адміністративної юстиції повинні бути встановлені саме стосовно певних конкретних політичних ситуацій, хоча б тому, що сучасна держава не повинна «рецидивувати середньовічну правову державу». В цьому Крюгер вбачає головне завдання сучасної конституційної юстиції, завдання якої також полягає в тому, щоб «принаймні в надзвичайному випадку виступати за формування права проти набутих прав», щоб, наприклад, знову ж таки з політичною метою, «допомогти вищим поглядам досягти мети, але при цьому уникати «оголошення законів недійсними, які є абсолютно необхідними для подолання катастрофи» [24, s. 116]. Шмітт і Крюгер аргументують у ситуації після світової війни, програної їхніми країнами, відкрито політично, а історичний оптимізм Томи чи Аншютца для них ані зрозумілі, ані прийнятні.

Контроверсійну думку щодо функції верховенства права та адміністративної юстиції, тобто зв'язку між політикою, правовою системою та економікою, висловив економіст Фрідріх Август Гаєк у книзі «Шлях до кріпацтва», опублікованій у 1945 році: Будь-який тип (тоталітарної) планової економіки характеризується «зростаючою сваволею і незахищеністю права та відправлення правосуддя», які «за цих обставин вимушені стати простим інструментом політики». Найбільш виразною і послідовною контрмоделлю цьому є «верховенство права», яке Гаєк (десятиліттями викладав і працював у Великій Британії та США) розуміє цілком у сенсі англосаксонського принципу «верховенства закону»: «Верховенство права в сенсі верховенства формальної правової норми, яка не знає правових привілеїв для певних осіб, обраних урядом, забезпечує лише ту рівність перед законом, яка є протилежністю свавілля». Але це зовсім не означає, «що кожній людині надаються абсолют-

но однакові можливості», адже зараз, продовжує Гаєк, «незаперечним є той факт, що принцип верховенства права породжує економічну нерівність» [25, s. 108].

Саме це є відправною точкою для аналізу та критики повоєнної неоліберальної економіко-політичної підходу (у формуванні якого Гаєк відіграв вирішальну роль), розробленого філософом Мішелем Фуко у його лекціях з «Історії державності», прочитаних у Колеж де Франс у 1978–1979 рр. Згідно з поглядами та визначеннями Фуко сучасна конституційна держава – це держава, «в якій існує правова система, тобто закони, а також юрисдикційні інстанції, які арбітрують відносини між приватними особами, з одного боку, та державною владою, з іншого. Це просто проблема адміністративних судів», тоді як англосаксонська версія верховенства права, своєю чергою, забезпечує захист громадянина через можливість звернення до звичайних судових інстанцій. Саме на цих особливих положеннях верховенства права ґрунтуються спроби лібералів після 1945 року – згідно з центральною тезою Фуко – фундаментально «оновити капіталізм», що як такий має полягати насамперед «у впровадженні загальних принципів верховенства права в господарське законодавство» [26, s. 121]. За Гаєком, якого тут інтерпретує Фуко, це «верховенство права», що розуміється в сенсі суто «формального економічного законодавства», є не чим іншим, як простою «протилежністю плану», оскільки воно лише встановлює певні правила, яких повинні дотримуватися всі громадяни, всі учасники економічного життя. Однак ця «концепція верховенства права в економічному порядку» має своєю передумовою, що «держава повинна бути сліпою до економічних процесів». Іншими словами, як для держави, так і для приватних осіб економіка має бути не більше і не менше, ніж «грою: набором регульованих видів діяльності... для якої, однак, правила не є рішеннями, прийнятими кимось за інших» [26, s. 243]. Це означає, згідно з квінтесенцією критичних роздумів Фуко, що впливають із тез Гаєка: «Економіка – це гра, а інститут права, який формує рамки економіки, слід сприймати як правила гри. Верховенство права і верховенство закону визначають дії уряду як органу, що встановлює правила економічної гри, єдиними... реальними гравцями якої мають бути фізичні особи або, скажімо, підприємства». У цьому сенсі неолібералізм, який таким чином сприймає і приймає ідею

верховенства права, встановлює «економічно-інституційний, економічно-судовий капіталізм» [26, s. 243]. Наприкінці 1970-х років Фуко залишив своїм слухачам право робити висновки (також політичні) з цих вільно висловлених роздумів.

Можна визначити дві інтелектуально-історичні провідні позиції щодо суперечок про «верховенство права» між Дайсі та Аншютцем перед Першою світовою війною та між Гаєком і Фуко після Другої світової війни. По-перше, конфлікт між «верховенством права» в сенсі балансу між вимогами громадськості та індивідуума в адміністративних спорах (Аншютц) та ідеєю «верховенства закону», яка вбачає в повністю незалежній від держави судовій владі єдину гарантію реального правового захисту індивіда від претензій держави та адміністрації (Дайсі). По-друге, суперечки навколо політичної концепції свободи, в якій «верховенство права» розглядається, з одного боку, насамперед як юридично забезпечена формальна система правил для вільних від держави економічних дій (Гаєк), і в якій, з іншого боку, саме таке розуміння верховенства права, що описується як «неоліберальне», критично інтерпретується як спроба закласти підвалини нового «правового капіталізму» з метою запобігти (нібито чи насправді) соціально справедливому вирівнюванню відмінностей у доходах і багатстві (Фуко).

Однак стрижневий момент обох суперечок можна знайти у відповідному розумінні держави опонентами, що зачіпає центральний аспект сучасного верховенства права в цілому. Чи означає надмірна державність, тобто надмірний вплив держави на юридичні рішення, особливо у сфері адміністративних спорів, потенційну загрозу законним інтересам кожної людини? Або, з іншого боку, чи не призводить порядок, який характеризується занадто малим впливом держави на певні правові процедури, до ущемлення законних інтересів «широкої громадськості»? Як співвіднести і юридично захистити «загальні», «державні» та «індивідуальні» інтереси? Чи є обмеження свободи економічної діяльності загрозою політичній свободі? Чи не призведе це до тоталітаризму? Чи «легітимні» втручання в хід економічного процесу, а отже, зрештою, і в систему власності, створюють «справедливі» економічні умови і таким чином уможливають рівний доступ усіх громадян до переваг реальної політичної свободи? Ці питання набувають особливої актуальності у сучасній Українській державі, яка не

лише реформує свою судову, зокрема адміністративну систему, а й мусить це провадити в умовах воєнного стану внаслідок збройної агресії Росії проти України. Тож актуальна історична і політична ситуація знову потребує прийняття адекватних рішень.

1. Quaritsch H. Staat und Souveränität. Bd. 1. Frankfurt a.M.: Athenäum-Verlag, 1970. 586 s. 2. Locke J. Two Treatises of Government, 1690. Цит за вид. London: Dent, 1984. 403 p. 3. Hume D. Essays Moral, Political and Literary. Hrsg. v. T. H. Green, T.H. Grosse. London: Longmans, 1882. Bd. 1. 503 p. 4. Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. A Facsimile of the First Edition of 1765–1769. Bd. 1. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1979. 436 p. 5. Secondat Ch.L., Montesquieu. Œuvres complètes. Hrsg. v. R. Caillois. Bd. 2. Paris: Gallimard, 1951. 1809 p. 6. Kant I. Gesammelte Schriften. Bd. 8. Berlin: Reimer, 1968. 531 S. 7. Svarez C. G. Vorträge über Recht und Staat. Hrsg. v. H. Conrad, G. Kleinheyer. Köln: Verlag für Sozialwissenschaften, 1960. 672 s. 8. Humboldt W. v. Gesammelte Schriften. Bd. 1. Hrsg. v. A. Leitzmann. Berlin: Behr, 1903. 438 s. 9. Schmoller G. v. Preußische Verfassungs-, Verwaltungs- und Finanzgeschichte. Berlin: Tägliche Rundschau, 1921. 236 s. 10. Müller A. Die Elemente der Staatskunst. Bd. 1. Wien, 1922. 606 S. 11. Gönner N. Th. Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, Bd. 2. Erlangen: Palm, 1804. 552 s. 12. Welcker K. Th. Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. Gießen: Heyer, 1813. 590 s. 13. Klüber J. L. Oeffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten, Frankfurt a.M.: Andreä, 1845. S. 470. 14. Weiler von G. Ueber Verwaltung und Justiz und über die Gränzlinie zwischen beiden, Mannheim: Schwan, 1826. 70 s. 15. Stahl F. J. Die gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche. Berlin: Hertz, 1863. 393 s. 16. Stahl F. J. Die Philosophie des Rechts. Bd. 2/2. Heidelberg: Mohr, 1856. 590 s. 17. Mohl R. v. Encyclopädie der Staatswissenschaften. Tübingen: Laupp, 1872. 775 s. 18. Bähr O. Der Rechtsstaat. Kassel: Wigand, 1864. 194 s. 19. Jellinek G. Allgemeine Staatslehre. Berlin: Häring, 1914. 837 s. 20. Thoma R. Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft. In: Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte. Hrsg. v. H. Dreier. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. S. 1–28. 21. Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. London: Macmillan, 1822. 535 p. 22. Anschütz G. Justiz und Verwaltung. In: R. Stammeler (Hrsg.). Systematische Rechtswissenschaft. Leipzig: Teubner, 1913. S. 372–382. 23. Schmitt C. Verfassungslehre. München: Duncker, 1928. 404 s. 24. Krüger H. Allgemeine Staatslehre. Stuttgart: Kohlhammer, 1964. 1028 s. 25. Hayek F. A. Der Weg zur Knechtschaft. Erlenbach: Rentsch, 1945. 304 s. 26. Foucault M. Geschichte der Gouvernementalität. Bd. 2. Hrsg. v. M. Sennelart. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2004. 517 s.

Paslavska Natalya. Theoretical-philosophical and historical-legal prerequisites of the formation of the administrative judiciary in Germany

The article is devoted to the development of administrative proceedings in Europe and Germany. Two leading intellectual-historical positions can be

identified regarding the “rule of law” controversy, between Dicey and Anschutz before the First World War and between Hayek and Foucault after the Second World War. First, the conflict between the “rule of law” in the sense of the balance between the demands of the public and the individual in administrative disputes (Anschütz) and the idea of the “rule of law”, which sees in a judicial power completely independent of the state the only guarantee of real legal protection of the individual against the claims of the state and administration (Dicey). Secondly, the controversy surrounding the political concept of freedom, in which the “rule of law” is considered, on the one hand, primarily as a legally secured formal system of rules for economic actions free from the state (Hayek), and in which, on the other hand, precisely this understanding the rule of law, described as “neoliberal”, is critically interpreted as an attempt to lay the foundations of a new “legal capitalism” in order to prevent (allegedly or in fact) a socially just equalization of differences in income and wealth (Foucault).

Like many other legal and political institutions, modern administrative justice has a long history, which can be recorded not only from the point of view of the history of political institutions or in a narrow legal sense, but also at the level of intellectual history. In this sense, the development of administrative law institutions from the second half of the 19th century is prepared and accompanied by a discussion on the history of ideas and science, which can be considered as a parallel process to the formation of a modern constitutional state of the Western model. After all, it covers a problem that is essentially central to modern political existence: the question of the scope and, first of all, the limits of state power in relation to the rights of an individual citizen, and therefore, the question of institutional prerequisites and guarantees of political freedom in a legal and constitutional state. The dogma of the principle of separation of powers, which was formed during the French Revolution, asserted that “judging the administration is the same as administering”, so that the administration itself controls its actions and is not subject to the judiciary. This categorical and, from today’s perspective, little-understood division between jurisdiction and administration was supposed to strengthen the effectiveness of the administration.

After the protection of subjects was guaranteed by state institutions to the extent possible at that time, the question arose about the limits of the state’s intervention in the private life of a person, not only in the military and judicial spheres, but also within the framework of usual state-administrative activities. If we take into account that the main purpose of the state is to guarantee protection and security, then can the limitation of state power as such be effective at all? And if so, how far should this limitation go, within what framework and in what way it should and can be legally established or institutionalized without threatening the main goal of the state? These questions have been intensively pondered since the end of the 17th century, and these reflections of several generations of philosophers, theorists of the state and law belong to the intellectual and historical prerequisites of modern administrative justice

Key words: administrative justice, Germany, administrative justice, administrative court, public administration, history of administrative justice.