

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО, АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

УДК 342.924

ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ К АДМИНИСТРАТИВНЫМ АКТАМ В ГЕРМАНИИ Additional Provisions to Administrative Acts in Germany

ПУДЕЛЬКА Йорг – судья (Берлин, Германия)
Pudelka Joerg – Judge (Berlin, Germany)
joerg.pudelka@giz.de



Аннотация. В практике органов исполнительной власти Германии зачастую издаются не только административные акты, содержащие одно (основное) положение регулирующего характера, например какое-либо разрешение, но и дополнительные положения к административным актам. В статье рассматриваются виды дополнительных положений, изучаются вопросы предпосылки их издания и процессуальные проблемы их оспаривания.

In the practice of executive authorities in Germany are often issued not only administrative acts containing one (basic) position of a regulatory nature, such as permission of anything, but also additional provisions to administrative acts. The article discusses the types of additional provisions, studies the conditions of their publication and procedural problems of their challenge.

Ключевые слова: административный акт, дополнительное положение, условие, усмотрение, оспоримость, правовые последствия.

Administrative act, additional provision, condition, discretion, challengeability, legal consequences.

DOI: 10.19073/2306-1340-2016-1-78-84

В практике органов исполнительной власти Германии нередко издаются не только административные акты, содержащие одно (основное) положение регулирующего характера, например, какое-либо разрешение, но и документы, содержащие дополнительные положения, например, условие, что разрешение на открытие заведения общепита будет выдано только тогда, когда будут

обустроены еще пять дополнительных туалетов для гостей.

Такого рода распоряжения органа исполнительной власти так и называются – дополнительные положения и делятся на настоящие и ненастоящие.

Настоящие дополнительные положения регулируются ч. 2 § 36 Закона об админист-

ративном производстве от 25 мая 1976 г. (Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG; далее – Закон). Согласно данной статье существуют положения, устанавливающие:

- срок;
- условия;
- оговорку о возможности отзыва;
- предписание;
- оговорку о возможности наложения или изменения предписания.

Наряду с этим, существуют и другие дополнительные положения, в которых орган исполнительной власти сам изменяет основное положение. Такие документы зачастую обозначаются как ненастоящие дополнительные положения; они не существуют, собственно, сами по себе и всегда касаются содержания основных положений. Это вскрывается главным образом в процессуальном отношении, если речь идет о перепроверке такого рода ненастоящих дополнительных положений.

Как правило, административный акт, на издание которого у гражданина существует право требования, то есть издание которого не находится в усмотрении органа исполнительной власти, может содержать дополнительное положение только в том случае, если такое дополнительное положение допускается законом или если его целью является обеспечение выполнения предусмотренных в законе предпосылок издания административного акта (ч. 1 § 36 Закона).

Приведем пример. Если заявитель выполнил все условия для разрешения на открытие заведения общепита, то разрешение должно быть ему выдано. Орган исполнительной власти не имеет тут никакого пространства для усмотрения.

Однако если выполнены почти все требования и не хватает лишь немногого, например достаточного количества туалетов (в Германии законом предписано, сколько именно туалетов должно быть исходя из площади помещений, предназначенных для пребывания гостей), тогда орган исполнительной власти может выдать разрешение с соответствующим отлагательным условием (п. 2 ч. 2 § 36 Закона): при условии обустройства недостающих санузлов.

Это удобно и для органа исполнительной власти, и для гражданина. Первому не придется вновь заниматься этим делом спустя какое-то время (что повышает эффективность деятельности органов исполнительной власти), второй

получает желанное разрешение, которое, правда, становится «действительным» только тогда, когда будут устранены недочеты, то есть когда будут выполнены установленные законом предпосылки для выдачи разрешения. Зато – после обустройства санузлов – гражданину не надо вновь обращаться в орган исполнительной власти. Если же он не откроет необходимое количество туалетов, разрешение не станет действительным. Таким образом, удовлетворяются и частные, и публичные интересы.

Теперь разберем подробнее существующие в германском законодательстве настоящие дополнительные положения.

Установление срока.

В соответствии с п. 1 ч. 2 § 36 Закона речь идет о положении, согласно которому определяется начало, конец или же некий период времени действия какой-либо льготы или какого-либо обременения.

Например, разрешение на осуществление предпринимательской деятельности выдается на период времени с 1 января 2015 г. по 31 декабря 2017 г. Или – разрешение на пребывание в стране иностранца (та же виза).

Для дополнительного положения в виде установления срока не имеет значения, является ли – в момент издания административного акта – некий период времени, о котором говорится, четко определенным в календарном отношении. Достаточно того, что эта определенность наступит позже. Вместе с тем наступление определенности должно быть предсказуемым. Если же имеются сомнения, то в этом случае речь будет идти не об установлении срока, а об установлении условия.

Вот яркий пример: разрешение на открытие торговой точки на ежегодной весенней ярмарке. Возможно, что в момент выдачи такого разрешения сроки еще не являются четко определенными в календарном отношении, то есть не известны пока точные даты прохождения ярмарки. Тем не менее не подлежит сомнению то, что ярмарка каждый год проходит весной и будет проходить весной, то есть речь все равно идет об установлении срока, даже если точные дни работы рынка будут определены позже [3, § 36, Rn. 15].

Установление условия.

В соответствии с п. 2 ч. 2 § 36 Закона речь идет о положении, согласно которому наступление (ненаступление) льготы или обременения

зависит от наступления (ненаступления) некоего будущего события.

Тут необходимо различать два возможных варианта: отлагательное условие и отменительное условие. В отличие от установления срока, в случае установления условия наступления (отлагательного условия) или условия окончания (отменительного условия) – регулятивного положения, преследуемого данным административным актом, – речь идет о событии, еще совершенно не определенном в момент издания административного акта.

К примеру, иностранцу выдается разрешение на пребывание в Германии только на период времени его работы у определенного работодателя (скажем, поваром ресторана какой-либо экзотической кухни). С момента окончания трудового контракта наступает отменительное условие, и тем самым автоматически заканчивается действие разрешения на пребывание¹.

Или – заявителю выдается разрешение на строительство с тем условием, что до начала строительных работ и связанной с ними вырубке какого-то числа деревьев на строительной площадке он обязан посадить соответствующее количество деревьев на другом участке земли. Только после того, как деревья будут посажены на другом участке, будет выполнено отлагательное условие и заявитель может воспользоваться разрешением на строительство².

Оговорка о возможности отзыва.

Оговорка о возможности отзыва дает органу исполнительной власти полномочие при наличии определенных обстоятельств, предусмотренных самим административным актом или законодательством, или же согласно общим принципам, действующим в отношении надлежащего осуществления усмотрения, отозвать административный акт, к которому приложена соответствующая оговорка; отозвать полностью или частично – согласно п. 1 ч. 2 § 49 Закона или иным нормам права – и таким образом прекратить его действие в будущем [3, § 36, Rn. 23].

В таком случае дополнительное положение, содержащее возможность отзыва, является новым административным актом, который может быть оспорен отдельно.

Однако новый административный акт может не только отменить прежний акт, но и дополнить его обременительными условиями, то есть другими дополнительными положениями. Это особый вариант оговорки о возможности отзыва – так называемая оговорка о возможности поправок.

Если в момент издания административного акта существуют сомнения относительно того, в каком размере, например, должен быть предоставлен определенный платеж, то орган исполнительной власти может обозначить его с оговоркой о возможности внесения изменений позже.

Поправка возможна также и с обратным действием, в результате чего прежний административный акт (по крайней мере частично) может быть отменен.

Установление предписания.

В соответствии с п. 4 ч. 2 § 36 Закона предписание – это положение, которым предписывается совершение или несвершение определенных действий или же претерпевание определенных условий.

В случае предписаний речь идет о самостоятельном регулятивном положении, стоящем в одном ряду с регулятивным положением основного административного акта. Хотя предписание, как правило, ссылается на него, по содержанию оно, однако, независимо от него в том плане, что основной административный акт может существовать и без регулятивного положения предписания. Если же это не так, то речь идет не о настоящем предписании, а о чем-то другом, о замене (лат. «aliud»). Зачастую в таких случаях это так называемое определение содержания.

Разберем это на примере. Заявитель подал заявление на получение разрешения на строительство дома с остроконечной крышей и получил разрешение, но – разрешение, содержащее предписание построить дом с плоской крышей. Это – не предписание в смысле п. 4 ч. 2 § 36 Закона. Ведь предписание о плоской крыше – это не самостоятельное положение, оно, наоборот, лишь регулирует содержание основного административного акта (разрешения на строительство вообще). Предписание о плоской крыше невозможно взять и мысленно исключить, чтобы

¹ Разъяснения см.: *Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz hat seinen Sitz in Koblenz* // DÖV. 1966, 209.

² Заметим, что здесь возможен и более гибкий подход. Если орган исполнительной власти настаивает на посадке деревьев, но вместе с тем не желает ставить начало строительства в зависимость от процесса их посадки, возможно издание оговаривающего этот момент предписания (т. н. рассмотрение обстоятельств конкретного случая).

при этом основной административный акт не потерял свой смысл.

Заявитель подал заявление на получение разрешения на строительство дома именно с острой крышей, но получил в ответ «замену», «aliud», нечто совершенно иное, так называемое модифицированное предписание.

Кстати, это непрошенное, так скажем, разрешение на строительство дома с плоской крышей формально противоправно, так как отсутствует соответствующее заявление на такое строительство. Однако эта формальная ошибка может быть исправлена, если заявитель использует разрешение на строительство дома с плоской крышей и тем самым конклюдентно как бы подаст заявление задним числом.

При разграничении предписания от определения содержания нужно задавать вопрос: содержит ли документ самостоятельное регулятивное положение, выходящее за пределы регулятивного положения основного административного акта, имеет ли самостоятельное регулятивное содержание, которое при необходимости может быть реализовано также и путем принудительного исполнения.

Положим, заявитель получил желанное разрешение на строительство супермаркета, однако оно связано с предписанием создать достаточно мест для стоянки легковых автомобилей. Это – самостоятельное, отделимое от разрешения на строительство супермаркета регулятивное положение, то есть настоящее предписание. И это предписание может быть принудительно приведено в исполнение: орган исполнительной власти может – за счет застройщика – создать парковочные места в случае невыполнения тем своей обязанности. Такое предписание (о парковочных местах), еще раз подчеркнем, совершенно никак не затрагивает ни существование, ни действительность разрешения на строительство супермаркета.

Иногда возникают проблемы с разграничением предписания и условия. В случае с парковкой можно было бы подумать и так: орган исполнительной власти хотел сделать создание парковочных мест условием строительства супермаркета.

Здесь стоит обратиться к классической формуле известного правоведа и государственного деятеля Пруссии Фридриха Карла фон Савиньи (Friedrich Carl von Savigny). В своем произведении «Система сегодняшнего римского права»

(«System des heutigen römischen Rechts») он еще в 1840 году отмечал: «Условие приостанавливает, но не принуждает; предписание принуждает, но не приостанавливает» [4, S. 231].

При этом фон Савиньи проводит разграничение по содержанию.

Если орган исполнительной власти желает добиться приведения в исполнение чего-либо самого по себе, отдельно, не затрагивающего действительность базового административного акта, то принимается предписание.

Если орган исполнительной власти желает добиться такого сочетания, при котором основным положением можно будет воспользоваться лишь после того, как будет выполнено дополнительное, тогда речь идет об условии.

В примере с супермаркетом нужно говорить именно о предписании в смысле п. 4 ч. 2 § 36 Закона, поскольку орган исполнительной власти не требует, чтобы сначала были созданы парковочные места – места для несуществующего еще супермаркета. Напротив, подразумевается, что парковочные места будут строиться вместе с супермаркетом и, если их не окажется или если их будет недостаточно, орган исполнительной власти сможет обеспечить выполнение обязанности создания парковочных мест позже – путем принудительного исполнения.

Оговорка о возможности наложения или изменения предписания.

Оговорка о возможности наложения или изменения предписания дает органу исполнительной власти в соответствии с п. 5 ч. 2 § 36 Закона возможность после издания основного административного акта еще принять, изменить или дополнить предписание. Тем самым появляется, в частности, и возможность ужесточения предписаний после издания административного акта.

Предпосылкой для оговорки о предписаниях является то, что, положим, какие-то фактические обстоятельства в момент издания административного акта не могут быть окончательно выяснены, но орган исполнительной власти не хочет отказывать в удовлетворении заявления. Тогда он оставляет за собой возможность наложения предписаний позже.

Однако отметим, что здесь возникает риск злоупотребления со стороны исполнительного органа: соблазн скомпенсировать «полной свободой действий в будущем» недочеты при выяснении фактических обстоятельств дела или при юридической оценке [3, § 36, Rn. 38].

Теперь обратимся к вопросу о *допустимости дополнительных положений*.

Наличие у органа исполнительной власти возможности издать административный акт с дополнительным положением зависит прежде всего от того, принадлежит ли право издания основного административного акта к усмотрению органа исполнительной власти или же существует право требования издания данного акта.

Согласно ч. 1 § 36 Закона административный акт, на издание которого существует право требования, может быть издан с дополнительным положением только в том случае, если это допускается специальной нормой или если это должно обеспечить выполнение предусмотренных законом предпосылок издания административного акта.

И это понятно: если гражданин имеет право требовать издания, а орган исполнительной власти не имеет права усмотрения касательно издания акта, то последний не вправе ограничивать право гражданина – пусть и не прямо, а вот таким окольным путем, – издавая административный акт с обременительным дополнительным положением.

Если выполнены еще не все условия, необходимые для издания административного акта, однако орган исполнительной власти может предвидеть, что они будут вскоре выполнены, то, руководствуясь принципом соразмерности, орган исполнительной власти не откажет в издании акта, который он и без того будет обязан издать в ближайшем будущем, однако издаст его с дополнительным положением, обеспечивающим соблюдение всех предпосылок, предусмотренных законом.

Если административный акт издается по усмотрению органа исполнительной власти, то, если орган исполнительной власти увидит в этом необходимость, акт может быть дополнен дополнительным положением (ч. 2 § 36 Закона). И это также логично. Если органу исполнительной власти по своему усмотрению необходимо решать, издавать или не издавать административный акт, учитывая при этом все обстоятельства конкретного случая, то может существовать несколько возможных вариантов: отказ в издании административного акта, издание административного акта согласно заявлению или – своего рода золотая середина – издание административного акта, но с (ограничивающим) дополнительным положением.

Усмотрение органа исполнительной власти, конечно, не является полностью свободным [1], здесь соблюдаются прописанные законом пределы усмотрения (§ 40 Закона).

В случае, когда основным административный акт издается по усмотрению органа исполнительной власти, для издания дополнительного положения ч. 2 § 36 Закона вполне достаточно. Далее, уже из самой формулировки ч. 2 § 36 Закона следует, что и ч. 1 § 36 является (дополнительно) применимой в случае дискреционных административных актов.

Наконец рассмотрим проблему *оспаривания в суде различных дополнительных положений*.

Если вопрос о том, идет ли речь о дополнительном положении к какому-либо дискреционному административному акту или о дополнительном положении к какому-либо административному акту с правом требования, имеет значение, скорее, для проблемы необходимости применения уполномочивающей нормы закона, то вопрос дифференциации отдельных дополнительных положений имеет важное процессуальное значение. От вида дополнительного положения зависит возможность и способ его оспаривания.

В отношении обременительных административных актов уместным видом иска является иск об оспаривании акта. Посредством его у истца – как правило, после прохождения процедуры досудебного обжалования – есть возможность добиться полной или частичной отмены административного акта судом.

Совершенно бесспорно это касается также предписаний и оговорок о возможности наложения или изменения предписания (пп. 4, 5 ч. 2 § 36 Закона) [2, Рн. 589; 3, § 36, Рн. 60]. Уже сама формулировка ч. 2 § 36 Закона указывает на то, что эти дополнительные положения могут быть предметом самостоятельного оспаривания, поскольку административный акт может сочетаться с предписанием или оговоркой предписания. А ведь сочетаться друг с другом могут только такие элементы, которые изначально являются самостоятельными, отделенными от других. Представляется логичным, что они могут быть вновь разъединены посредством иска.

Предписание хоть и содержит регулятивное положение, которое ссылается на положение основного административного акта или сильно связано с ним, но регулятивное положение это именно самостоятельное. Настоящее предписа-

ние отвечает всем признакам административного акта, установленным в § 35 Закона. Поэтому предписание может быть оспорено самостоятельно.

Таким образом, истец может предъявлять иск об оспаривании только предписания или оговорки о возможности наложения или изменения предписания. В случае успеха суд отменит предписание (или оговорку о предписании), а у истца останется основной административный акт без дополнительного положения.

Отдельное оспаривание всех других вариаций дополнительных положений вызывает бурные споры среди теоретиков и практиков.

Классическое учение исходит из того, что все иные дополнительные положения не могут быть предметом самостоятельного оспаривания. То есть истец, если он не согласен с дополнительным положением, должен предъявить иск о принуждении к выполнению обязательства в виде издания основного административного акта без дополнительного положения. Иск об оспаривании одного лишь дополнительного положения подан быть не может [3, § 36, Rn. 61].

Современная позиция, к которой присоединился также и Федеральный административный суд³, напротив, заключается в том, что все настоящие дополнительные положения, перечисленные в ч. 2 § 36 Закона, могут быть предметом самостоятельного оспаривания.

Аргументы таковы. Во-первых, этим достигается ясность и единообразие: в отношении всех дополнительных положений существует единая правовая защита. Во-вторых, вопрос отделмости основного административного акта от дополнительного положения является, собственно, не процессуальным, а материально-правовым вопросом. Следовательно, этот вопрос необходимо выяснять не с помощью процессуального права (устанавливая вид иска), а с помощью материального права – в части обоснованности иска. Таким образом, иск об оспаривании в отношении всех видов настоящих дополнительных положений является уместным, причем в области обоснованности иска выяснению подлежит то, может ли основной административный акт правомерно существовать без дополнительного положения. Если да – иск является обоснованным. В противном случае в удовлетворении иска необходимо отказать.

Вспомним пример с разрешением на открытие предприятия общественного питания. Оно выдается с условием, что сначала необходимо оборудовать предписанное в нормативном акте о предприятиях общественного питания необходимое количество туалетов. Истец согласно новому учению может предъявить иск об оспаривании данного условия. Однако устанавливая обоснованность иска, суд проверит, может ли основной административный акт (разрешение для предприятия общепита) правомерно существовать без этого условия. Если это не так (как в нашем случае), то иск об оспаривании не будет удовлетворен, даже если условие само по себе является неправомерным и нарушает права истца.

То есть нет никакой разницы, какое из настоящих дополнительных положений, предусмотренных ч. 2 § 36 Закона, истец собирается оспаривать. Важен сам иск об оспаривании, его обоснованность.

Для установления таковой необходимо проверить следующее:

- 1) наличие уполномочивающей нормы закона для обременения (здесь подразумевается только обременение, заложенное в дополнительном положении);
- 2) формальную правомерность дополнительного положения;
- 3) материальную правомерность дополнительного положения (учитывает ли дополнительное положение все предпосылки издания административного акта уполномочивающей на то нормы права);
- 4) отделимость (здесь проверяется, может ли основной административный акт правомерно существовать и без дополнительного положения);
- 5) факт нарушения прав истца.

Если все перечисленное наличествует, иск является обоснованным. Если хотя бы один пункт не является истинным, то в удовлетворении иска необходимо отказать.

Нужно подчеркнуть еще одно обстоятельство, доказывающее, что во всех случаях иск об оспаривании дополнительного положения является уместным: он всегда ведет к приостановлению действия дополнительного положения, согласно правилам § 80 Закона (за вычетом предусмотренных там исключений).

В случае так называемых ненастоящих дополнительных положений, то есть таких, которые

³ См., напр.: *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* (BVerwGE) 112, 221.

не входят в перечень ч. 2 § 36 Закона (ненастоящее, или модифицированное, предписание), действует правило: самостоятельный иск об оспаривании ненастоящего дополнительного положения является невозможным. У истца в таком случае остается только один вариант: предъявить иск о принуждении к выполнению обязательства органа исполнительной власти в виде издания желаемого административного акта.

Иначе быть не может, ведь ненастоящее предписание не имеет – в том числе и в процессуальном отношении – какой-либо части, отделимой от основного положения. Оно модифицирует само основное положение и тем самым является не дополнительным (новым) положением, а лишь составной частью основного положения. Поэтому средство оспаривания должно быть направлено на основное положение. Однако, учитывая то, что для истца редко когда имеет смысл оспаривать основное положение, в случае модифицированного предписания мы наблюдаем, как правило, предъявление иска о принуждении к выполнению обязательства в виде издания акта.

Обратимся вновь к примеру со строительством дома. Напомним: было выдано разрешение с «предписанием» построить плоскую крышу вместо остроконечной. Это ненастоящее, или модифицированное, предписание не является дополнительным положением в смысле ч. 2 § 36 Закона, поскольку у него нет самостоятельного регулятивного содержания. Оно ссылается на содержание основного положения, то есть существует лишь одно регулятивное положение, а именно – положение основного административного акта. Поэтому ненастоящее дополнительное положение не может быть оспорено изолированно.

Да тут, собственно, и нечего отдельно оспаривать! В противном случае после оспаривания «предписания о плоской крыше» заявитель имел бы разрешение на строительство дома вообще без крыши, поскольку ненастоящее предписание модифицировало содержание разрешения на строительство касательно крыши, а отнюдь не добавило вторую крышу к первой, которую теперь можно было бы удалить.

Следовательно, если орган исполнительной власти издает не административный акт (пусть с неким ограничительным дополнительным положением), о котором гражданин просил в своем заявлении, а «замену», «aliud», «нечто иное», тогда гражданину необходимо предъявлять иск о принуждении к выполнению обязательства в виде издания желаемого административного акта.

Итак, дополнительные положения являются важным и обязательным инструментом регулирования общественных отношений в сфере государственного управления Германии. Они предоставляют ее субъектам возможность гибко и соразмерно реагировать на разные ситуации. Однако в практике оспаривания гражданином в суде дополнительных положений есть определенные сложности; для их нивелирования нами предложен прагматичный подход: всегда возможно подать иск об оспаривании на отдельную часть административного акта (в случае настоящего дополнительного положения), но добиться успешного исхода дела можно только в том случае, если после отмены оспариваемой части административного акта с дополнительным положением оставшаяся часть административного акта может правомерно существовать сама по себе.

Библиографический список

1. Соловей, Ю. П. О совершенствовании законодательной основы судебного контроля за реализацией органами публичной администрации и их должностными лицами дискреционных полномочий / Ю. П. Соловей // Адм. право и процесс. – 2015. – № 2. – С. 46–51.
2. Ipsen, J. Allgemeines Verwaltungsrecht / J. Ipsen. – 8. Auf. – München : Franz Vahlen, 2012. – 377 S.
3. Kopp, F. Verwaltungsverfahrensgesetz : VwVfG. Kommentar / F. Kopp, U. Ramsauer. – München : C.H.BECK, 2015. – 1899 S.
4. Savigny, F. C. von. System des heutigen römischen Rechts / F. C. von Savigny. – Berlin : Bei Veit und Comp., 1840–1849. – Bd. 3. – 473 S.