

СОВРЕМЕННЫЕ ВЫЗОВЫ, СТОЯЩИЕ ПЕРЕД АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИЕЙ ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ¹

© 2018 г. Р. Перлинжейру

*Юридический факультет Федерального университета Флуминенсе Нитерой,
штат Рио-де-Жанейро, Бразилия;
Университет Эитасиу ди Са, Рио-де-Жанейро, Бразилия;
Федеральный региональный суд 2-го региона, Рио-де-Жанейро, Бразилия*

E-mail: ricardoperlingeiro@id.uff.br

Поступила в редакцию 11.09.2017 г.

Данное исследование представляет собой критический сравнительный анализ систем административной юстиции в 18 странах Латинской Америки, подписавших Американскую конвенцию о правах человека (Аргентина, Боливия, Бразилия, Венесуэла, Гватемала, Гондурас, Доминиканская Республика, Колумбия, Коста-Рика, Мексика, Никарагуа, Панама, Парагвай, Перу, Сальвадор, Уругвай, Чили и Эквадор). В статье делается вывод, что слишком большое число дел в латиноамериканских судах, серьезно усложняющее работу системы административной юстиции, объясняется следующим: у вышеперечисленных стран — бывших испанских и португальских колоний — правовая культура является континентально-европейской, основанной на романо-германском праве. Но при этом в этих странах действует не совсем корректно внедренная единая судебная система (т.е. суды общей юрисдикции), характерная для административного права стран англосаксонского (общего) права. Такая ситуация, по мнению автора, может быть исправлена путем усиления государственных административных органов в отношении как их функций по рассмотрению споров, так и чисто исполнительных функций, путем наделения их компетенцией действовать независимо и беспристрастно, основываясь на принципе законности, понимаемом как верховенство основных прав, аналогично тому, как он понимается в доктрине "диффузного контроля конвенциональности", принятой Межамериканским судом по правам человека (контроль соблюдения Американской конвенции о правах человека на национальном уровне).

Ключевые слова: административная юстиция, надлежащая правовая процедура, Латинская Америка, отправление правосудия, суд, справедливое разбирательство.

DOI: 10.31857/S013207690000798-9

1. ВВЕДЕНИЕ

Число исков, подаваемых в суды Латинской Америки, не просто большое, оно экстраординарно. Сторонний наблюдатель был бы удивлен высокой продуктивностью наших судов. Например, в Бразилии только в 2014 г. каждый судья вынес в среднем 1500 решений².

¹ Адаптация текста доклада "Реформа административной юстиции в Латинской Америке", прочитанного на Международной конференции "Административная юстиция: сравнительный и российский кон-

тексты" (Тюмень, 29-30 сентября 2016 г.), прошедшей в рамках II Сибирских правовых чтений, посвященных развитию административного судопроизводства в России. Я хочу выразить благодарность за проведение правового анализа Алесандро Арруда, Бернарду Рейсу, Кармен Сильвии Арруда и Флавии Мартинс Афонсо, аспирантам юридического факультета Федерального университета Флуминенсе, а также Гразиеле де Каро и Анне Габриеле Коста, студентам выпускного курса того же факультета, и Жулиане Перлинжейру из Федерального университета Рио-де-Жанейро.

В сфере административного правосудия судьям приходится рассматривать крайне схожие, однообразные жалобы, что сводит их функции к роли делопроизводителя, механического исполнителя³. При этом не выполняется собственно судебная миссия рассмотрения и разрешения споров и защиты прав⁴.

Эта статья была первоначально опубликована в 2016 г. на английском языке в журнале BRICS Law Journal (см.: *Perlingeiro R. Contemporary Challenges in Latin American Administrative Justice* [Современные вызовы, стоящие перед административной юстицией Латинской Америки] // BRICS Law Journal [Юридический журнал БРИКС]. 2016. № 3(2). P. 21–56. URL: <http://ssrn.com/abstract=2836912>), после чего в 2017 г. на португальском языке в журнале *Revista de Investigações Constitucionais* (см.: *Perlingeiro R. De saíios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina* // *Revista de Investigações Constitucionais* [Журнал конституционных исследований]. 2017. № 4(1). P. 167–205. URL: <http://ssrn.com/abstract=2919991>) и на испанском языке (см.: *Perlingeiro R. De saíios contemporâneos de la justicia administrativa en América Latina* / A.G. Garcia, S.L. Ayllón (org.). *Perspectivas comparadas de la justicia administrativa* [Сравнительные перспективы административной юстиции]. 1st ed. Cidade do México, 2017. P. 131–170. URL: <http://ssrn.com/abstract=2919990>).

Перевод: Андрищенко Е.С., канд. юрид. наук, магистр права (НИУ ВШЭ, Riga Graduate School of Law).

² См.: *Justiça em números: ano base 2013* [Правосудие в цифрах: данные за 2013 г.] / Conselho Nacional de Justiça [Национальный совет юстиции]. Brasília, 2014. P. 39. URL: http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. См. также: *Justiça em números: ano base 2014* [Правосудие в цифрах: данные за 2014 г.] / Conselho Nacional de Justiça [Национальный совет юстиции]. Brasília, 2015. P. 25–58. URL: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Об избыточном судебном контроле в Чили см.: Постановление Верховного суда Чили (*Corte Suprema Do Chile*) от 24 октября 2014 г. № 176. URL: http://decs.pjud.cl/librosDigitales/Acta176_2014/176-2014.pdf

³ См.: *Wanderlei J.R. Juiz-Gestor: um novo paradigma* [Судья-делопроизводитель: новая парадигма] // *Revista On Line Do Instituto Brasileiro De Administração Do Sistema Judiciário* [Онлайн-журнал Института административной судебной системы Бразилии]. IBRAJUS, 2011. URL: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>; *Neto A.S. Conflitos de massagestão dos processos judiciais* [Коллективные споры и делопроизводство в судебном процессе] / V.C.A. Moraes (ed.). *As Demandas Repetitivas E Os Grandes Litigantes* [Повторяющиеся иски и крупные истцы]. Brasília, 2016. P. 220 – 232; *Gubert J.M., Bordasch R.W.S. Processamento e Gestão das Ações de Massa* [Процесс и делопроизводство коллективных исков] / V.C.A. Moraes (ed.). *Ibid.* P. 201–219.

⁴ См.: *Streck L.L. Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!* [Судья – не делопроизводитель, не администратор! Он должен судить! И делать это хорошо!] // *Revista Consultor Jurídico* [Журнал судебного юриста]. 2013. 8 авг. URL: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-08/senso-incomum-juiz-nao-gestor-nem-gerente-juiz-julgar-bem>

Это происходит потому, что большинство дел являются искусственными, не связанными с реальным отказом административных органов гражданину, но скорее со структурной невозможностью этих органов примирить принцип законности (связанный с верховенством основных прав) с административным принципом иерархической субординации⁵. Более того, в большинстве случаев в суд обращаются сами административные органы, которые просят суд о принудительном исполнении решений против физических лиц, что является внешним признаком сложившегося и у граждан, и у публичной власти мнения, что административные органы не в состоянии исполнить свои собственные решения. Это вопиющим образом противоречит принципу самоисполнимости (*auto executoredade*), который означает, что административные решения могут приводиться в исполнение самим правительством без вмешательства суда⁶.

Хотя в латиноамериканском законодательстве и судебной практике достигнут значительный прогресс в плане процессуальных гарантий справедливого судебного разбирательства, попытки остановить нарастающий поток повторяющихся исков, называемых сейчас “искусственными исками” (*demandas artificiais*), не увенчались успехом по ряду причин, начиная с отсутствия специализированных судов и процессуального законодательства, чувствительного к публично-правовой природе административных споров, и заканчивая тем фактом, что у административных органов нет нужной независимости и экспертных технических знаний, чтобы выполнять свою институциональную роль⁷. По

⁵ См. разд. 3 настоящей статьи и далее.

⁶ См.: *Perlingeiro R. A execução forçada de pretense specuniária e a coação administrativa de fazer, suportar ou omitir-se* [Принудительное исполнение денежных требований и административных требований о действии, помощи или бездействии] // *Revista De Direito Administrativo Contemporâneo* [Журнал современного административного права]. 2015. № 21. P. 133–141. URL: <http://ssrn.com/abstract=2445029>

⁷ Выражение “повторяющиеся иски” (*demandas repetitivas*) было использовано судьей Vânia в проекте Национального совета юстиции Бразилии под названием “Исследование повторяющихся исков” и в ст. 976 Гражданско-процессуального кодекса Бразилии (*Código de Processo Civil*), Закон от 16 марта 2015 г. № 13.105, которая озаглавлена “Одновременное рассмотрение повторяющихся исков” (*Incidente de resolução de demandas repetitivas*).

выражению Фалкану, “судебный пузырь увеличивается, а доверие к судам уменьшается”⁸.

В обозначенной ситуации, чтобы найти пути к улучшению системы административной юстиции в Латинской Америке, необходимо проанализировать текущее состояние развития права на судебную защиту в административных делах и соответствующие судебные структуры, не упуская из виду как исполнительные функции административных органов власти, так и функции по разрешению споров. В этих целях в данной статье проводится критический сравнительный анализ систем административной юстиции стран Латинской Америки, ранее бывших иберийскими колониями и подписавших американскую Конвенцию о правах человека: Аргентины, Боливии, Бразилии, Венесуэлы, Гватемалы, Гондураса, Доминиканской Республики, Колумбии, Коста-Рики, Мексики, Никарагуа, Панамы, Парагвая, Перу, Сальвадора, Уругвая, Чили и Эквадора. Анализ проведен на основе следующих источников: прецедентное право Межамериканского суда по правам человека (далее – МАСПЧ) и национальных судов, национальные административно-процессуальные законы и законодательство об административной юстиции, Модельный иберо-американский кодекс судебного и внесудебного административного процесса, разработанный Иbero-американским институтом процессуального права (*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*)⁹, Евро-американский модельный кодекс административного судопроизводства, разработанный Федеральным университетом Флуминенсе (Бразилия, Нитерой, штат Рио-де-Жанейро) и немецким Университетом административных наук г. Шпайер (Германия)¹⁰, а

⁸ *Falcão J. Abolha judicial* [Судебная библия] // *Revista Conjuntura Econômica* [Журнал экономической конъюнктуры]. Vol. 60. 2006. № 4. P. 45. URL: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/view/27168/26037>

⁹ См.: *Grinover A.P., Perlingeiro R. et al. Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial y Extrajudicial – para Iberoamérica* [Модельный иберо-американский кодекс судебного и внесудебного административного процесса] / *Seminário Demandas Repetitivas Na Justiça Federal* [Семинар по повторяющимся искам в федеральном судопроизводстве]. 1ed. Vol. 29. Brasília, 2014. P. 107–120. URL: <http://ssrn.com/abstract=2250852>

¹⁰ См.: *Perlingeiro R., Sommermann K.-P. Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions* [Евро-американский модельный кодекс административного судопроизводства: английская, французская, немецкая,

также Кодекс административного судопроизводства РФ, поскольку данная статья изначально была написана для Международной конференции “II Сибирские правовые чтения”, посвященной развитию административного судопроизводства в России¹¹.

В связи с терминологическими различиями между национальными системами административного права в этом месте необходимо пояснить значение и контекст некоторых выражений, используемых в данной работе: *первичные административные функции* – это задачи по исполнению законодательства, которые обычно реализуют публичные административные органы власти; *вторичные административные функции* – это рассмотрение и разрешение административных споров (также называются *функциями по разрешению административных споров*); *административная юстиция* (рассмотрение административных споров или административное судопроизводство) – это установленный государством механизм по вынесению определенных и исполнимых решений по административным спорам¹²; *судебный административный процесс* – судопроизводство (справедливое судебное разбирательство), направленное на рассмотрение и разрешение административных споров (на испанском и итальянском языках он называется, соответственно, *proceso administrativo* и *processo amministrativo*); *внесудебный административный процесс* (справедливое слушание) – слушание спора квазисудебными административными органами (административными судьями в США, административными трибуналами, квазинезависимыми органами контроля административных решений); *административной процедурой* в настоящей работе называется внесудебная административная процедура, в которой из-за отсутствия независимости административных органов не обеспечиваются процессуальные гарантии (т.е. не со-

итальянская, португальская и испанская версии]. Niterói, July 2014. URL: ssrn.com/abstract=2441582

¹¹ См.: II Сибирские правовые чтения (Тюмень, 29-30 сентября 2016 г.). URL: <http://siberiaforum.utmn.ru/eng/>

¹² *Projeto Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa – PPGJA/UFF* [Академический проект программы послевузовского образования по административной юстиции] / *Núcleo de Ciências do Poder Judiciário da Universidade Federal Fluminense* [Исследовательский центр судебной власти Федерального университета Флуминенсе]. – Niterói, 2008. URL: www.nupej.uff.br/masters-degree

блюдается принцип *due process of law*). “Административная процедура” переводится на испанский и итальянский как *procedimiento administrativo* и *procedimento amministrativo* соответственно¹³. Для удобства читателей национальные законы, регулирующие судебный административный процесс (судопроизводство), обозначаются для единообразия как *Законы об административной юстиции*, а законы об административной процедуре – как *Законы об административной процедуре*.

2. ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВОЕ СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО

Содержание права на эффективную судебную защиту, основное содержание принципа верховенства права в Латинской Америке, определено в п. 1 ст. 8 и ст. 25 американской Конвенции о правах человека.

Статья 8. Право на справедливый суд

1. Каждый человек имеет право на разбирательство его дела с надлежащими гарантиями и в разумный срок компетентным, независимым и беспристрастным судом, заранее учрежденным по закону, на основании любого обвинения уголовного характера, выдвинутого против него, или для установления его прав и обязанностей гражданского, трудового, налогового или любого иного характера.

Статья 25. Право на судебную защиту

1. Каждый имеет право на простое и быстрое обращение или любое другое эффективное обращение в компетентный суд или трибунал для защиты от действий, которые нарушают его основные права, признанные конституцией или законодательством соответствующего государства или настоящей Конвенцией, *даже если это нарушение могло быть совершено лицами, действовавшими в порядке выполнения своих должностных обязанностей*.

2. Государства-участники обязуются:

¹³ См.: *Perlingeiro R. A Historical Perspective on Administrative Jurisdiction in Latin America: Continental European Traditions. US Influence* [Историческая перспектива административной юстиции в Латинской Америке: борьба континентально-правовой традиции и влияния США] // *British Journal of American Legal Studies* [Британский журнал американской юридических исследований]. 2016. № 5(1). P. 278–281. URL: <http://ssrn.com/abstract=2592418>.

а) гарантировать, чтобы права любого лица, требующего данной правовой защиты, устанавливались компетентным органом власти, указанным правовой системой государства;

б) расширять возможности применения средств судебной защиты; и

с) гарантировать, чтобы компетентные органы власти обеспечивали реализацию установленных средств правовой защиты.

(курсив автора)

Право на эффективную судебную защиту в административно-правовых делах, гармонизированное Межамериканской системой прав человека и закрепленное в законодательстве и прецедентном праве большинства стран Латинской Америки, имеет три аспекта, рассматриваемых ниже¹⁴.

2.1. Объем полномочий суда

2.1.1. Полнота контроля административных решений

Судебная защита должна быть полной. Контроль процессуальной и материальной законности должен включать в случае необходимости проверку того, были ли соблюдены государственным органом пределы дискреционных полномочий.

В отношении проверки вопросов факта и вопросов права МАСПЧ постановил, что судебный контроль является достаточным, когда судебный орган исследует все утверждения и аргументы по поводу административного решения, представленные на его рассмотрение. И наоборот, настоящий Суд приходит к выводу, что судебного контроля не было, если судебный орган был лишен воз-

¹⁴ Три аспекта права на справедливое судебное разбирательство в административной юстиции были сформулированы К.-П. Соммерманном и Р. Перлижейру по завершении проекта создания Евро-американского модельного кодекса административного судопроизводства (см.: *Perlingeiro R., Sommermann K.-P. Op. cit. P. 2, 3*). Для сравнения: эти три аспекта также можно найти в статье о праве на обращение в суд Кодекса административного судопроизводства РФ от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ (п. 1 ст. 4: “Каждому заинтересованному лицу гарантируется право на обращение в суд за защитой нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов, в том числе в случае, если, по мнению этого лица, созданы препятствия к осуществлению его прав, свобод и реализации законных интересов либо на него незаконно возложена какая-либо обязанность...”).

возможности выразить свое мнение по основному вопросу спора, как в случаях, когда судебный орган полагает, что он связан выводами, сделанными административным органом по вопросам факта или вопросам права, которые были решающими для рассмотрения дела¹⁵.

Евро-американский модельный кодекс административного судопроизводства содержит следующие статьи, посвященные полноте судебного контроля административных решений, в том числе контроля осуществления дискреционных административных полномочий и актов, требующих оценки множественных интересов¹⁶.

Статья 3. Объем контроля за законностью административных актов

(1) Суд контролирует законность действий и бездействий административного органа. Предметом контроля законности являются как ошибки компетенции, процедуры и формы (формальная, или внешняя, законность), так и ошибки содержания (материальная, или внутренняя, законность). При контроле содержания исследуются как юридические основания индивидуального акта или постановления, так и фактические основания для юридической квалификации фактов. Суд также проверяет, не было ли со стороны административного органа злоупотребления властью.

(2) Даже если административный орган применил правовые концепции, не имеющие четкого определения, суд рассматривает, были ли они правильно истолкованы и применены.

Статья 4. Контроль дискреционных полномочий

(1) В случае, если административный орган осуществил свои дискреционные полномочия, суд должен проверить, в частности:

а) не превысил ли орган своим административным действием или бездействием пределы дискреционных полномочий;

б) действовал ли административный орган в соответствии с целью, установленной нормой, наделившей его указанными полномочиями;

с) не были ли нарушены основные права и принципы, такие как равноправие, соразмерность, запрет произвольных действий, добросовестность и защита законных ожиданий.

(2) Ненадлежащее неиспользование дискреционных полномочий также является предметом контроля.

Статья 5. Контроль актов, требующих оценки множественных интересов

[...] Суд обязан проверить, соответствует ли действие или правовой акт закону и, особенно, обоснованны ли они и не допустил ли административный орган ошибку в оценке рисков для охраняемой законом собственности, прав и интересов. Ошибки оценки включают в себя отсутствие оценки или неправильную оценку, непринятие во внимание соответствующих интересов и собственности, придание чрезмерного значения определенным правам собственности или интересам (ненадлежащая оценка собственности и интересов), а также непропорциональность частей общей оценки.

Аналогичное мнение было высказано Верховным судом правосудия Коста-Рики: административные функции, соответствующие конституционным критериям (ст. 33 и 49 Политической Конституции), должны быть объектом *полного и универсального* контроля законности, без пробелов и исключений, особенно в случае публичных организаций, учрежденных и созданных для удовлетворения потребностей граждан и юридических лиц — организаций, оказывающих публичные услуги (*курсив автора*)¹⁷.

¹⁵ См.: п. 204 решения Межамериканского суда по правам человека по делу *Barbani Duarte et al. v. Uruguay* от 13 октября 2011 г. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_ing.pdf

¹⁶ См.: *Perlingeiro R., Sommermann K.-P.* Op. cit. P. 7, 8; см. также: ст. 25 Модельного иберо-американского кодекса судебного и внесудебного административного процесса (*Grinover A.P., Perlingeiro R. et al.* Op. cit. P. 117).

¹⁷ См.: Постановление Конституционной палаты Верховного суда Коста-Рики (*Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*) от 15 марта 2006 г., Exp: 04-011636-0007-CO, Res. 03669-2006 (см.: *Jinesta E.* Principio general de la justicia bidad plenariay universal de la conducta administrativa [Общий принцип полного и универсального судебного контроля административных действий] / A. Brewer-Carías, L. Parejo Afonso, L. R. Rodríguez (eds.). La Protección De Los Derechos Frente Al Poder De La Administración. In honor of Professor Eduardo García de Enterría [Защита прав против административных органов. В честь профессора Эдуардо Гарсия де Энтеррия]. Bogota: Editoriales Temis, tirant lo Blanch y jurídica venezolana, 2014. P. 607–634. По совпадению в соответствии со ст. 15 Генерального закона Коста-Рики

Аналогичным образом, по мнению Федерального верховного суда Бразилии, “принцип разделения властей не нарушается судебным контролем, в ходе которого административное решение объявляется незаконным или неправильным по результатам проверки правильности установления фактов и применимого права; при подобной проверке суд также имеет право оценивать пропорциональность и разумность решения”¹⁸, и “эти суды могут применять тест на пропорциональность не только к целям и средствам административного решения, но также к соотношению административного решения и оснований его принятия (изложенных в мотивировочной части решения)”¹⁹.

Таким образом, весь спектр полномочий административных органов (включая дискреционные полномочия и свободу усмотрения)²⁰ является предметом судебного контроля с позиции соблюдения основных прав и свобод и принципа пропорциональности²¹. Это означает, что утверждение “судья не должен вмешиваться в свободу усмотрения исполнительной власти”²² в действительности относится толь-

ко к очень особым ситуациям, таким как контроль административных решений, содержащих технические вопросы, лежащие вне сферы права, и в которых судья не компетентен или не более компетентен, чем административные органы, чтобы рассматривать содержание таких решений (как в них реализованы дискреционные полномочия и свобода усмотрения)²³.

2.1.2. Судебный контроль правительственных актов

В принципе правительственные акты также должны быть объектом судебного контроля, но в некоторых странах это все еще спорно.

О. Майер упорно не признавал категорию правительственных актов (*actes du government*); согласно ему государственные акты могут быть законодательными, судебными или административными, но никак не правительственными — это просто служило бы оправ-

²³ О прецедентах Федерального административного суда Германии см.: *Blanke H.-J.* La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Margenes de discrecionalidad y de apreciación [Функция административной процедуры в исполнении, соблюдении и использовании норм административного права: пределы дискреции свободы усмотрения] / P. Aberastury, H.-J. Blanke (ed.). Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa [Современные тенденции административных процедур в Латинской Америке и Европе]. Buenos Aires, 2011. P. 41. URL: http://www.kas.de/wf/doc/kas_34506-1522-4-30.pdf?130-528220040

По мнению Ф. де С. Силва, степень, до которой судам должно быть позволено вмешиваться в действия административных органов, зависит от того, насколько оспариваемое решение “заслуживает доверия” (см.: *Silva F.S.* Discricionariedade técnica e direito à saúde: confiança como limite para o controle judicial [Технические пределы свободы усмотрения и медицинское право: доверие как лимитирующий фактор судебного контроля]: дис. д-ра соц. и юрид. наук. Universidade Federal Fluminense, 2014).

О том, в чем суды полагаются на административные органы при “технической дискреции” (*discricionariedade de técnica* — административное решение, основанное на заключении эксперта, может быть оспорено только с помощью заключения другого эксперта) (см.: *Jordão E.* Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle [Комплексный судебный контроль публичных административных органов: зарубежный опыт адаптации интенсивности контроля]. São Paulo, 2016).

от 28 апреля 1978 г. № 6.227 о публичной администрации (*Ley General de la Administración Pública de Costa Rica*), судья “осуществляет контроль законности нормативных аспектов дискреционных административных решений и соблюдения пределов дискреции”. О контроле по существу административных решений см.: ст. 51 Федерального закона Мексики от 4 октября 2005 г. об административной юстиции (*Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*).

¹⁸ Определение Федерального верховного суда Бразилии (*Supremo Tribunal Federal*) от 12 марта 2013 г. № 800.892 по апелляции на промежуточный судебный акт (*Agravo de Instrumento*).

¹⁹ Определение Федерального верховного суда Бразилии (*Supremo Tribunal Federal*) от 30 ноября 2004 г. № 24.699 по жалобе о защите права, четко установленного законом и нарушаемого государственной властью (*Recursoem Mandado de Segurança*).

²⁰ О различиях между дискреционными полномочиями, свободой усмотрения и нечеткими правовыми определениями см.: *Maurer H.* Derecho Administrativo Alemán [Немецкое административное право]. México, 2012. P. 21–52. URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3143-derecho-administrativo-aleman>

²¹ См.: Nobre Júnior E.P. Direito Administrativo Contemporâneo [Современное административное право]. Brazil, 2016. P. 21.

²² См.: п. “а” ст. 6 Закона Эквадора от 18 марта 1968 г. № 35 об административной юстиции (*Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*) лишает суд права контролировать осуществление административными органами дискреционных полномочий.

данием государственного иммунитета²⁴. Как пишет Э. Хинеста, должна быть правовая норма, что любой акт, исходящий от органов Правительства, включая органы высшего ранга, изданный в рамках правовой системы, может быть пересмотрен административным судом, поскольку административные суды ответственны за надзор за законностью, и установление сферы судебного иммунитета не может быть оправдано никакой причиной²⁵.

Противоположный подход был закреплен во множестве латиноамериканских законов. В частности, п. “с” ст. 6 Закона Эквадора об административной юстиции определяет категорию “политические акты Правительства” (*atos políticos do governo*) и изымает ее из предмета судебного контроля²⁶; п/п. “а” п. II ст. 3 Закона Боливии об административной процедуре устанавливает, что “акты Правительства, основанные на полномочии свободно назначать на должность и увольнять из органов власти”, не регулируются указанным Законом об административной процедуре²⁷; согласно п. “b” ст. 4 Закона Гондураса об административной юстиции у административных судов нет полномочий рассматривать вопросы, касающиеся “действий, связанных с отношениями между ветвями власти Гондураса или международными отношениями, защитой национальной территории, управлением или командованием вооруженными силами”²⁸. Ана-

логичные положения содержатся в п. “а” ст. 4 Закона Сальвадора об административной юстиции²⁹; п/п. 1 и 2 ст. 21 Закона Гватемалы об административной юстиции³⁰; п. 1 ст. 1 Закона Никарагуа об административной юстиции³¹.

2.2. Допустимые жалобы

Судебная защита должна распространяться на все виды действий публичной власти. Судебный контроль должен относиться не только к действиям или решениям власти, затрагивающим права граждан, но и к небрежности или виновному бездействию. Другими словами, процессуальное право должно гарантировать, что граждане могут обратиться в суд с иском не только против неблагоприятных решений или иных принятых мер, которые ухудшают их положение, но также в случае, когда административные органы не отвечают на запрос или не предоставляют блага, на которые заявитель, как он полагает, имеет право. Суд должен иметь как право принимать решения по соответствующим обязанностям административных органов, так и полномочия по обеспечению исполнения этих решений, чтобы гарантировать, что эти решения будут претворены в жизнь³².

По мнению Межамериканского суда по правам человека, решая вопрос о необходимости введения процедур вынесения административными судами приказов о совершении действий или воздержании от действий, законодатели должны применять следующие критерии: при оценке эффективности средств правовой защиты, использованных в национальных административных судах, Суд должен оценить, внесли ли решения, принятые этими судами, реальный вклад в прекращение ситуации, нарушающей права; в гарантирование того, что наносящие вред действия не будут продолжаться, и в обеспечение свободно-

²⁴ См.: Mayer O. Derecho administrativo alemán [Немецкое административное право]. Т. 1. Buenos Aires, 1982. P. 3–5. Перевод с французского оригинала: Heredia H.H. et al. Le droit administratif allemand. Paris, 1904. О предмете спора в конфликте между “правительственными актами” (*acte du gouvernement*) и одновременной деятельностью административной юстиции см.: Fernández Torres J.R. La pugna entre la Administración y los tribunales ordinarios como rasgo sobresaliente del primer constitucionalismo español [Конфликт между административными органами и судами общей юрисдикции как выпуклая черта первого испанского конституционализма] / J.R. Fernández Torres. Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa: 1845–1998 [Юридическая история административной юстиции: 1845–1998]. Madrid, 2007. P. 31–79.

²⁵ См.: Jinesta. Op. cit. P. 607–634.

²⁶ См.: Закон Эквадора от 18 марта 1968 г. № 35 об административной юстиции (*Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa do Equador*).

²⁷ См.: Закон Боливии от 23 апреля 2002 г. № 2341 об административной процедуре (*Ley de Procedimiento Administrativo de Bolivia*).

²⁸ См.: Закон Гондураса от 31 декабря 1987 г. № 189 об административной юстиции (*Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Honduras*).

²⁹ См.: Закон Сальвадора об административной юстиции (*Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de El Salvador*) // Декрет от 14 ноября 1978 г. № 81.

³⁰ См.: Закон Гватемалы об административной юстиции (*Ley de lo Contencioso-Administrativo de Guatemala*) // Декрет от 17 декабря 1996 г. № 119.

³¹ См.: Закон Никарагуа от 18 мая 2000 г. № 350 об административной юстиции (*Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Nicaragua*).

³² О необходимости обеспечения принудительного исполнения решений против административных органов см.: п. 109 решения Межамериканского суда по правам человека по делу *Maldonado Ordoñez v. Guatemala* от 3 мая 2016 г. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf

го и полного осуществления прав, защищаемых Конвенцией³³.

В решении 2001 г. МАСПЧ постановил, что, “чтобы вердикт по апелляции об отмене решения был эффективным, он должен не только аннулировать решение, но и устанавливать после этого права в соответствии с законодательством или в случае необходимости признавать их”³⁴.

В отношении средств обеспечения исполнения судебного решения Евро-американский модельный кодекс административного судопроизводства устанавливает следующее³⁵:

Статья 58. Меры принудительного исполнения

Для обеспечения полного исполнения судебного решения или постановления суд может в любое время по требованию любой из сторон назначить соответствующие меры принудительного исполнения и при необходимости установить срок обеспечения. В частности, суд может:

а) наложить судебный штраф, принуждающий к исполнению³⁶;

б) наложить арест на средства административного органа, если они не являются необходимыми для исполнения его публичных обязанностей и если их отчуждение не будет противоречить общественным интересам³⁷;

с) постановить, чтобы действия, не исполненные административным органом, были

исполнены третьим лицом за счет указанного органа.

В соответствии с рекомендацией Евро-американского модельного кодекса административного судопроизводства в латиноамериканские законы начинают включать положения о судебном аресте средств публичных органов с оговоркой, что такие меры принудительного исполнения не должны нарушать общественные интересы³⁸.

Однако в отношении этой оговорки есть проблемы. Национальное законодательство стран Латинской Америки пока не в состоянии разграничить общественные интересы и интересы административных органов; более того, оно не различает тонкости эффекта от принятия решения в пользу общественных интересов на стадии удовлетворения требований о принятии мер *предварительной* защиты и на стадии вынесения *окончательного* решения по делу. Это различие объясняется в следующем разделе настоящей статьи.

2.3. Меры предварительной защиты

Третье измерение эффективности судебной защиты касается своевременности защиты. От судебной защиты, которая происходит слишком поздно, мало пользы. Поэтому процессуальное право должно обеспечивать возможность в срочных случаях легко и быстро получить меры предварительной защиты, такие как приказ о воздержании административного органа от действий, мешающих заявителю, или решение о признании права, когда оно нужно безотлагательно. Суд должен иметь право приказывать административному органу совершить определенное действия или воздержаться от совершения действия. Нужна возможность применения мер предварительной защиты в любом случае, когда нарушение прав граждан может влечь непоправимые последствия.

³³ См.: п. 201 решения Межамериканского суда по правам человека по делу *Barbani Duarte et al. v. Uruguay* от 13 октября 2011 г. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_ing.pdf. Аналогичный подход можно найти в ст. 4 и 5 Закона Перу от 22 ноября 2001 г. № 27.584 об административной юстиции (*Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo*), ст. 9 Органического закона Венесуэлы от 16 июня 2010 г. № 39.447 об административной юстиции (*Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*), ст. 14 Закона Никарагуа от 18 мая 2000 г. № 350 об административной юстиции (*Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Nicaragua*).

³⁴ Пункт 211 решения Межамериканского суда по правам человека по делу *Barbani Duarte et al. v. Uruguay* от 13 октября 2011 г. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_ing.pdf

³⁵ См.: *Perlingeiro R., Sommermann K.-P.* Op. cit. P. 23, 24.

³⁶ О штрафах за неисполнение Определения суда о применении мер предварительной защиты (*astreints*) см.: п. 2 ст. 88 и п. 3 ст. 122 КАС РФ.

³⁷ См.: ст. 11 Модельного иберо-американского кодекса судебного и внесудебного административного процесса (*Grinover, Perlingeiro e tal.* Op. cit. P. 117).

³⁸ См.: ст. 170 Кодекса административной юстиции Коста-Рики (*Código Procesal Contencioso-Administrativo*) – Закон от 28 апреля 2006 г. № 8.508. Об общественном интересе (услугах, жизненно необходимых обществу) как основании приостановления судебного решения см.: п. “а” ст. 41 Закона Сальвадора об административной юстиции (*Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de El Salvador*) // Декрет от 14 ноября 1978 г. № 81; см. также: п. 2 ст. 110 Органического закона от 16 июня 201 г. № 39.447 об административной юстиции Венесуэлы (*Ley Organica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa da Venezuela*).

Евро-американский модельный кодекс административного судопроизводства устанавливает следующее³⁹:

Статья 45. Защита в не терпящих отлагательства случаях

(1) Суд может принять срочные меры предварительной защиты. Суд должен принять все возможные меры, необходимые для защиты или реализации правовой позиции, и все меры, необходимые для обеспечения эффективности судебной защиты.

(2) Процедура предоставления мер предварительной защиты должна основываться на принципах приоритета и неотложности, она должна запускаться в каждом случае, когда есть серьезные сомнения в законности оспариваемых административных действий (*fumusboniuris*) и принятие мер защиты не терпит отлагательств (*periculum in mora*), и при этом должен соблюдаться баланс публичных и частных интересов.

Отдельные страны, такие как Аргентина⁴⁰, Бразилия⁴¹, Венесуэла⁴², Гватемала⁴³, Колумбия⁴⁴ и Мексика⁴⁵, ввели такой технический прием, как общие меры предварительной защиты⁴⁶: в этих странах отсутствуют специально предусмотр-

енные процедуры для каждого типа требований, и судьям предоставлена большая свобода усмотрения. Нормы законодательства в данной области, которые ограничивают полномочия судьи по предоставлению мер предварительной защиты (или запрещая их предоставления, или требуя их обязательного предоставления, должны толковаться судьями и административными органами “телеологически”, как ориентировочные, потому что меры предварительной защиты должны быть одновременно оценены с точки зрения принципов надлежащей правовой процедуры (в частности, доступа к правосудию, права на защиту)⁴⁷. Необходимость как условие принятия мер предварительной защиты должна заключаться не только в *periculum in mora* (опасности в промедлении), но и в *пропорциональности* между запрашиваемой мерой и природой самого иска: защитной или обеспечивающей реализацию правовой позиции⁴⁸.

Одной из особенностей мер предварительной защиты в административном праве является то, что демонстрации *periculum in mora* (опасности в промедлении) и *fumusboniuris* (вероятности успеха при рассмотрении по существу) недостаточно: фундаментально важно также взвесить конфликтующие интересы, причем не только непосредственных сторон спора, но и жизненно важные интересы общества по получению государственных услуг. Для принятия мер такое взвешивание, основанное на пропорциональности в узком смысле (*stricto sensu*), должно показать, что превалирующий общественный интерес со-

³⁹ См.: *Perlingeiro R., Sommermann K.-P.* Op. cit. P. 19; см. также: ст. 58-60 Модельного иберо-американского кодекса судебного и внесудебного административного процесса (*Grinover, Perlingeiro et al.* Op. cit. P. 117).

⁴⁰ См.: ст. 232 Гражданско-процессуального и коммерческого процессуального национального кодекса Аргентины (*Codigo Procesal Civily Comercial de La Nacion*) – Закон от 18 августа 1981 г. № 17.454.

⁴¹ См.: ст. 300-310 Гражданско-процессуального кодекса Бразилии (*Codigo de Processo Civil*) – Закон от 16 марта 2015 г. № 13.105.

⁴² См.: ст. 69, 103-106 Органического закона об административной юстиции Венесуэлы (*Ley Organica de la Jurisdiccion Contencioso Administrativa da Venezuela*).

⁴³ См.: ст. 18 Закона Гватемалы об административной юстиции (*Ley de lo Contencioso-Administrativo de Guatemala*) // Декрет от 17 декабря 1996 г.

⁴⁴ См.: ст. 230 Закона Колумбии от 18 января 2011 г. № 1437 об административной процедуре и административной юстиции (*Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo*).

⁴⁵ См.: ст. 24 Федерального закона Мексики от 1 декабря 2005 г. об административной юстиции (*Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo do Mexico*).

⁴⁶ См.: *Chiti M.P.* Latute lacautelare [Предварительная защита] / Cassese S. (coord.). Corso Di Diritto Amministrativo [Курс административного права]. п. 7. 2ded. Milano, 2013. P. 170–174.

⁴⁷ О неконституционности законов, запрещающих применение мер предварительной защиты против административных органов см.: *Bedaque J.R. dos S.* Tutela cautelaretutela anticipada: tutelassumáriae de urgência [Предварительная защита и реализация правовой позиции: срочные меры без полного слушания]. Sro Paulo, 1998. P. 84.

⁴⁸ Хотя Кодекс административного судопроизводства РФ говорит о чисто защитных мерах в п. 2 ст. 85 (“Суд может приостановить полностью или в части действие оспариваемого решения, запретить совершать определенные действия, принять иные меры предварительной защиты по административному иску в случаях, предусмотренных частью 1 настоящей статьи, если настоящим Кодексом не предусмотрен запрет на принятие мер предварительной защиты по определенным категориям административных дел”), п. 4 ст. 85 требует соотносимости основного иска и мер предварительной защиты (“Меры предварительной защиты по административному иску должны быть соотносимы с заявленным требованием и соразмерны ему”), поэтому меры, указанные в п. 2 ст. 85, нужно толковать как не только защитные, но и обеспечивающие реализацию правовой позиции в будущем, если иск будет удовлетворен.

стоит в удовлетворении требований заявителя, т.е. нужно продемонстрировать, что для общества будет более вредным отказать в ходатайстве, чем удовлетворить его, говоря словами п. 3 ст. 213 Закона Колумбии об административной процедуре и об административной юстиции⁴⁹.

Например, в случае ходатайства о принятии такой меры предварительной защиты, как приказ административным органам выдать дорогие лекарственные средства, если бюджет или оказание иных жизненно важных государственных услуг серьезно пострадают в результате, может быть, лучше, если фундаментальное право истца на здоровье и судебную защиту будет временно принесено в жертву фундаментальным правам общества на получение не менее важных услуг. В принятии меры предварительной защиты не может быть отказано только потому, что ответчик заявляет, что она ущемит общественные интересы, например на здравоохранение или образование; напротив, в каждом конкретном случае необходимо определить, какой общественный интерес должен взять вверх: общественный интерес по предоставлению меры предварительной защиты или общественный интерес по защите иных фундаментальных ценностей, за обеспечение которых власть ответственна?

Таким образом, в последнее время признано, что законы, которые в общем случае запрещают применение мер предварительной защиты⁵⁰, и законы, ограничивающие их применение по соображениям общественного интереса (могут использоваться синонимичные выражения: общественное благо, здоровье общества и т.п.), должны толковаться с неко-

торыми оговорками⁵¹. Наконец, нужно заметить, что, даже если судья отказывает в ходатайстве о применении мер предварительной защиты на основании приоритета общественного интереса, сам иск может быть удовлетворен: истец, чьи интересы принесены в жертву приоритетному общественному интересу, может, тем не менее, иметь право на денежную компенсацию этой жертвы⁵². Однако такая денежная компенсация невозможна в качестве временной меры.

2.4. Рост обращений в суды

Несмотря на значимость права на эффективную судебную защиту, в реальности суды в Латинской Америке столкнулись с большой проблемой: неконтролируемый рост передачи административных споров на рассмотрение судов, усугубляемый тысячами уже ожидающих рассмотрения исков, поданных гражданами против публичной власти, и наоборот. По-видимому, эта тенденция вызвана потерей доверия к административным органам в глазах широкой общественности неспособностью судов рассмотреть аномально большое число исков.

В Бразилии число исков продолжает расти несмотря на рост продуктивности работы судей, каждый из которых вынес в 2013 г. в среднем 1564 решений⁵³. В соответствии с Отчетом Национального совета юстиции (*Conselho Nacional de Justiça – CNJ*) за 2014 г. (последним на данный момент), число дел, ожидающих рассмотрения в судах, достигло 100 млн (28.9 млн новых дел до-

⁵¹ В бразильском праве ст. 15 Закона об индивидуальных и коллективных жалобах о нарушении права государственными органами устанавливает, что индивидуальным интересам нельзя отдать приоритет, если это нанесет серьезный ущерб общественному порядку, здоровью, безопасности и экономике. Проводя ту же линию, ст. 22 Кодекса административной юстиции Коста-Рики устанавливает требование, что меры предварительной защиты должны соотноситься с бюджетом, выделенным административным органам.

⁵² О денежной компенсации индивидуального ущерба, вызванного неисполнением решения, см.: постановление Конституционного суда Республики Колумбия от 9 октября 1992 г. № Т-554/92. URL: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-554-92.htm>; см. также упоминавшийся выше п. 2 ст. 110 Органического закона об административной юстиции Венесуэлы.

⁵³ См.: *Justiza em nmeros: ano base 2013* [Правосудие в цифрах: данные за 2013 г.] / Conselho Nacional de Justiça [Национальный совет юстиции]. Brasilia, 2014. P. 39. URL: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf

⁴⁹ См.: п. 3 ст. 231 Закона Колумбии об административной процедуре и административной юстиции устанавливает, среди прочего, такие требования для применения мер предварительной защиты: “Заявитель должен представить документы, информацию, аргументы и обоснования, которые позволяют заключить, взвешивая соответствующие интересы, что общественные интересы сильнее пострадают от непредоставления мер предварительной защиты, чем от предоставления”. Для большей информации о взвешивании общественных и частных интересов при предоставлении мер предварительной защиты см: ст. 104 Органического закона об административной юстиции Венесуэлы.

⁵⁰ См.: ст. 7 Закона Бразилии от 7 августа 2009 г. № 12.016 об индивидуальных и коллективных жалобах о нарушении права государственными органами (*Leisobreo Mandado de Seguranca individual e coletivo*).

бавилось к очереди из 70.8 млн дел)⁵⁴. В соответствии с исследованием Национального совета юстиции сотни наиболее часто судящихся лиц (51.5% всех судебных дел в Бразилии) были с участием административных органов, из которых чаще всего встречались федеральные органы (38.5%), затем органы штатов (7.8%) и муниципальные органы (5.2%). Это означает, что в сумме административные органы трех уровней являются сторонами в большем количестве ожидающих рассмотрения исков, чем остальные 80 из 100 наиболее активных судящихся, вместе взятых, включая весь банковский и телефонный секторы⁵⁵. Первое место в списке 100 наиболее часто судящихся занимает Бразильский национальный институт социального обеспечения (INSS), участвующий в 22.33% всех дел⁵⁶.

Суды Коста-Рики столкнулись с самым большим ростом административных исков со времени принятия их Кодекса административной юстиции⁵⁷: число дел, ожидающих рассмотрения, выросло с 1195 в 2008 г. до 14 182 в 2015 г.⁵⁸

В Мексике коллегиальные окружные суды (*tribunals colegiados de circuito*), единоличные окружные суды (*tribunal unitario de circuito*) и районные суды (*juzgados de distrito*) получили 283 843 новых административных иска в 2013 г. и 302 500 — в 2014 г.⁵⁹

⁵⁴ См.: *Cardoso M.* Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça [В Бразилии число дел, ожидающих рассмотрения, достигло отметки 100 млн] // *Revista Consultor Jurídico* [Журнал судебного юриста]. 2015. 15 сент. URL: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>; см. также: *Justiça em números: ano base 2014* [Правосудие в цифрах: данные за 2014 г.] / Conselho Nacional de Justiça [Национальный совет юстиции]. Brasília, 2015.

⁵⁵ См.: *100 maiores litigantes* [100 наиболее часто судящихся лиц] / Conselho Nacional de Justiça [Национальный совет юстиции]. Brasília, 2011. URL: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf

⁵⁶ См.: там же.

⁵⁷ См.: Кодекс административной юстиции Коста-Рики (*Código Procesal Contencioso-Administrativo*) // Закон-декрет от 28 апреля 2006 г. № 8.508 (вступил в силу 1 января 2008 г.).

⁵⁸ См.: *Statistics 2015* [Статистика за 2015 г.] // Poder Judicial da República de Costa Rica [Судебная власть Республики Коста-Рика]. 2016. URL: <http://www.poderjudicial.go.cr>

⁵⁹ См.: *Estadística Nacional — Anual 2014* [Национальная статистика за 2014 г.] / Dirección General De Estadísticas Judicial De Los Estados Unidos Mexicanos [Главная дирекция су-

В Аргентине в 2014 г. 44 220 новых исков были поданы в дополнение к 220 174 ожидающим рассмотрения (для сравнения: в 2006 г. 60 307 новых исков были поданы в дополнение к 118 018 ожидающим рассмотрения)⁶⁰.

В Парагвае в 2015 г. 853 административных иска были поданы в Счетную палату (*Tribunal de Cuentas*), а в 2012 г. — только 583⁶¹.

В Сальвадоре Верховный суд правосудия (*Corte Suprema de Justicia*) столкнулся с 2291 административным иском в 2015 г.; для сравнения: в 2011 г. дел, ожидающим рассмотрения, было всего 1692⁶².

В Панаме 383 новых административных иска были поданы в Верховный суд (*Suprema Corte Judicial*) в 1990 г.; это число возросло до 963 в 2010 г.⁶³

В Никарагуа 14 исков были поданы в Палату по административному праву Верховного суда (*Saladelo Contencioso Administrativo da Corte Supremade Justicia*) в 2006 г., а в 2014 г. — уже 213 исков, 161 иск был подан в 2015 г.⁶⁴

дебной статистики Мексиканских Соединенных Штатов]. México, 2014. URL: <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/estadisticas/-estadisticaanual2014.asp>

⁶⁰ См.: *Indicadores 2014* [Индикаторы за 2014 г.] / Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires [Федеральный совет по судам и верховным судебным трибуналам аргентинских провинций и автономного города Буэнос-Айреса]. Buenos Aires, 2014. URL: <http://www.jufejus.org.ar/index.php/2013-04-29-21-18-54/-estadisticas/publicaciones/indicadores-provinciales/243-indicadores-2014>

⁶¹ См.: *Dirección de Estadísticas Judicial* [Управление судебной статистики] / Corte Suprema De Justicia Del Paraguay [Верховный суд Парагвая]. Asunción, 2016. URL: <http://www.pj.gov.py/contenido/162-direccion-de-estadisticas/162>

⁶² См.: *Estadística Institucionales* [Институциональная статистика] / Corte Suprema De Justicia De La República De El Salvador [Верховный суд Республики Сальвадор]. San Salvador, 2016. URL: <http://www.transparencia.oj.gob.sv/portal/transparencia.php?opcion=13>

⁶³ См.: *Estadísticas Judiciales* [Судебная статистика] / Órgano Judicial De La República De Panamá [Судебная власть Республики Панама]. Ancón, 2011. URL: <http://www.organojudicial.gob.pa/estadisticas-judiciales>

⁶⁴ См.: *Estadística 2015* [Статистика за 2015 г.] / Corte Suprema De Justicia De La República De Nicaragua. Saladelo Contencioso Administrativo [Верховный Суд Республики Никарагуа. Палата по административным спорам]. Managua, 2015. URL: <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/scontencioso/pdf/es-tadisticas2015.pdf>

В Уругвае, Гондурасе и Боливии ситуация лучше, там статистика показывает стабильную ситуацию.

В Уругвае статистика Суда административных споров (*Tribunal do Contencioso Administrativo*) показывает, что число ожидающих рассмотрения дел даже уменьшилось: с 985 в 1991 г. до всего лишь 791 дела в 2015 г.⁶⁵

В Гондурасе в 2006 г. 221 новый иск был подан в апелляционные суды (*Cortes de Apelaciones*), 840 — в административные суды первой инстанции (*Juzgados de Letras Contencioso Administrativo*) и 27 — в Административный налоговый суд первой инстанции (*Juzgados de Letras Fiscal Administrativo*); в 2015 г. в эти суды были поданы, соответственно, 380, 449 и 37 новых исков⁶⁶.

В Боливии в 2012 г. 4619 исков ожидали рассмотрения в Верховном суде правосудия (*Tribunal Supremo de Justicia*), 3972 — в ведомственных судах (*Tribunales Departamentales de Justicia*), 176 — в Аграрно-природном суде (*Tribunal Agroambiental*) и 9004 — в Административном суде по налогам и принудительным налоговым сборам (*Juzgados Administrativo Coactivo Fiscal Tributario*). В 2014 г. 1151 дело находилось на рассмотрении Верховного суда правосудия (*Tribunal Supremo de Justicia*), 5446 — на рассмотрении ведомственных судов, 434 — в Аграрно-природном суде и 9929 дел — в Административном суде по налогам и принудительным налоговым сборам⁶⁷.

⁶⁵ См.: Estadísticas [Статистика] / Tribunal De Lo Contencioso Administrativo De La Republica De Uruguay [Административный трибунал Республики Уругвай]. S.l., 2016. URL: <http://www.tca.gub.uy/statisticss.php>

⁶⁶ См.: Unidad de Estadística [Статистический отдел] / Centro Electrynico De Documentación E Información Judicial De Honduras [Центр электронной документации и информации Гондураса]. Honduras, 2015. URL: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Paginas/UnidadEstadistica.aspx>

⁶⁷ Anuário Estadístico Judicial 2012 [Судебный статистический ежегодник за 2012 г.] / Consejo De Magistratura De Bolivia [Судебный совет Боливии]. Bolivia, 2012. URL: <http://magistratura.organojudicial.gob.bo/index.php/institucion/2013-05-07-16-03-21/finish/19-anuarios-estadisticos/2546-anuario-estadistico-2012> и Anuário Estadístico Judicial 2014 [Судебный статистический ежегодник за 2014 г.] / Consejo De Magistratura De Bolivia [Судебный совет Боливии]. Bolivia, 2014. URL: <http://magistratura.organojudicial.gob.bo/index.php/institucion/2013-05-07-16-03-21/finish/19-anuarios-estadisticos/2792-anuario-estadistico-2014>; <http://magistratura.organojudicial.gob.bo/index.php/institucion/2013-05-07-16-03-21/finish/19-anuarios-estadisticos/2546-anuario-estadistico-2012>

3. ВЫЗОВЫ, СТОЯЩИЕ ПЕРЕД СУДЕБНОЙ СИСТЕМОЙ

3.1. Исторические причины кризиса идентичности судебной системы

На практике рост обращений в суды связан с тем, как организована система рассмотрения и разрешения административных споров в Латинской Америке: континентально-европейские правовые традиции, унаследованные бывшими иберийскими колониями, вступают в конфликт с конституционной моделью США, которая повлияла на Латинскую Америку в ходе движений за независимость в начале XIX в., когда из нее стали изгонять иберийские колониальные власти⁶⁸.

Обычно в странах общего права (в частности, в США, Великобритании и Австралии) нет специализированных административных судов, а вместо них — узкоспециализированные квазисудебные органы в рамках самих административных органов. Поскольку эти органы обычно обладают высоким уровнем экспертных знаний, суды обычно полагаются на их решения по вопросам факта и осуществляют только “закрытый пересмотр” (*closed judicial review*), сводящийся к вопросам права и процедуры⁶⁹. Такая *благосклонность судов* компенсируется наличием механизмов разрешения споров внутри организационной структуры самих административных органов, которые наделены квазисудебными полномочиями и достаточной независимостью, чтобы обеспечить гражданам гарантии соблюдения надлежащей правовой процедуры и справедливого разбирательства дела⁷⁰.

⁶⁸ См.: *Perlingeiro R. A Historical Perspective on Administrative Jurisdiction in Latin America: Continental European Tradition vs. US Influence* [Историческая перспектива административной юстиции в Латинской Америке: борьба континентально-правовой традиции и влияние США] // *British Journal of American Legal Studies* [Британский журнал американских юридических исследований]. 2016. № 5(1). P. 278–281. URL: <http://ssrn.com/abstract=2592418>

⁶⁹ См.: *Asimow M. Five Models of Administrative Adjudication* [Пять моделей рассмотрения административных споров] // *American Journal of Comparative Law*. 2015. № 63. P. 3–32. URL: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502210

⁷⁰ См.: *Cane P. Administrative Law* [Административное право]. 5th ed. New York, 2011. P. 96. См. также: *Strauss P.L. An introduction to administrative justice in United States* [Введение в административную юстицию в США]. Durham, 1989.

В большинстве континентально-европейских правовых систем (входящих в романо-германскую правовую семью), наоборот, в судах есть подразделения как общей юрисдикции, так и административно-правовой юрисдикции, у которых, как правило, есть широкие полномочия для проверки фактических оснований административных решений, т.е. для “открытого пересмотра” (*open judicial review*). Такие широкие контрольные полномочия должны служить противовесом к традиционному отсутствию внутренних механизмов разрешения споров в самих административных органах⁷¹.

Таким образом, латиноамериканские системы рассмотрения и разрешения административных споров переживают кризис идентичности, поскольку их процессуальные законы и их толкование безуспешно пытаются совместить свойства моделей и Европы, и США.

Большинство латиноамериканских стран установили у себя *единую судебную систему*, т.е. систему без специализированных судов для рассмотрения административных споров. Из 18 рассматриваемых стран 13 имеют в целом единую судебную систему: Аргентина⁷², Боливия⁷³, Бразилия⁷⁴, Венесуэла⁷⁵, Гондурас⁷⁶, Коста-Рика⁷⁷, Никарагуа⁷⁸, Панама⁷⁹,

Парагвай⁸⁰, Перу⁸¹, Сальвадор⁸², Чили⁸³ и Эквадор⁸⁴. Единственными примерами стран с дуалистической судебной системой, т.е. разделением судов на суды общей юрисдикции и специализированные административные суды трех уровней (первой инстанции, апелляционные и Верховный суд), являются Доминиканская Республика⁸⁵, Колумбия⁸⁶ и Гватемала⁸⁷. Уругвай⁸⁸ — единственная страна с внесудебным административным трибуналом.

Мексика составляет отдельный класс, поскольку ее Конституция устанавливает единую судебную систему и в то же время разрешает законодателю создавать административные трибуналы, не входящие в судебную

República de Nicaragua 1987 г. (см.: Antecedentes y Creación de la Sala de lo Contencioso Administrativo [Предыстория и история создания Палаты по административным спорам] // Corte Suprema De Justicia De Republica De Nicaragua [Верховный суд Республики Никарагуа]. 2016. URL: <http://www.poderjudicial.gob.ni/sconten2012/default.asp>).

⁷⁹ См.: ст. 206 Конституции Панамы (*Constitución Política of the Republic of Panamá*) 1972 г., с изм. от 2004 г.

⁸⁰ См.: ст. 248 Конституции Парагвая (*Constitución Nacional of the Republic of Paraguay*) 1992 г. О парагвайской “системе судебного процесса” (*sistema judicialista*), в которой судебная власть имеет компетенцию рассматривать административные споры, см.: Chase Plate L.E. La justicia constitucional y la justicia administrativa [Конституционное правосудие и административная юстиция] / V. Hernández-Mendible. Derecho administrativo ibero americano [Иберо-Американское административное право]. V. 2. Caracas, 2007. P. 1212.

⁸¹ См.: Huapaya Tapia R.A. Tratado del proceso contencioso administrativo [Курс административного процесса]. Lima, 2006. P. 335.

⁸² См.: п. 31 ст. 131 Конституции Сальвадора (*Constitución of the Republic of El Salvador*) 1983 г.

⁸³ См.: Vergara Blanco A. Panorama general del derecho administrativo Chileno [Общий обзор административного права Чили] / I.S. González-Varas. El derecho administrativo ibero americano [Иберо-Американское административное право]. Granada, 2005.

⁸⁴ См.: п. 3 ст. 188 ист. 173 Конституции Эквадора (*Constitución Política del Ecuador*) 2008 г.

⁸⁵ См.: ст. 164, 165 Политической конституции Доминиканской Республики (*Constitución Política de la República Dominicana*) 2010 г.

⁸⁶ См.: ст. 231 Политической конституции Колумбии (*Constitucion Política de Colombia*) 1991 г.

⁸⁷ См.: Конституции Гватемалы 1945 г. (ст. 164) 1956 г. (ст. 193, 194), 1965 г. (ст. 255) и 1985 г. (ст. 221).

⁸⁸ См.: ст. 307-321 Конституции Республики Уругвай (*Constituciyn of the Republic of Uruguay*) 1967 г.

⁷¹ О европейских моделях административной юстиции см.: Fromont M. Droit administratif des États européens [Административное право европейских стран] Paris, 2006. P. 120 et seq. См. также: Ziller J. Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze [Сравнение администраций: политико-административная система двенадцати европейских стран]. Paris, 1993. В Российской Федерации принята модель единого суда, как видно из п. 1 ст. 1 и ст. 17 Кодекса административного судопроизводства РФ.

⁷² См.: Mairal H.A. Control judicial de la Administración Pública [Судебный надзор за публичными административными органами]. V. 1. Buenos Aires, 1984. P. 124–126.

⁷³ См.: ст. 179 Конституции Боливии (*Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*) 2008 г.

⁷⁴ См.: Конституция Бразилии (*Constituição da República Federativa do Brasil*) 1988 г.

⁷⁵ См.: Brewer-Carrias A.R. Instituciones políticas y constitucionales [Политические и конституционные институты]. V. 7. La justicia contencioso administrative [Административная юстиция]. Caracas, 1997. P. 21 et seq.

⁷⁶ См.: Конституция Гондураса (*Constitución del Estado de Honduras*) 1982 г.

⁷⁷ См.: Конституция Коста-Рики (*Constitución Política of the Republic of Costa Rica*) 1949 г.

⁷⁸ См.: ст. 163 Закона о частичном изменении Конституции Республики Никарагуа (*Constitución Política de la*

систему⁸⁹, чьи решения можно обжаловать только с помощью института *recursodeamparo* (жалоба на нарушение конституционных прав, которую можно подать при отсутствии специальных институтов защиты нарушенных прав)⁹⁰. В этом плане мексиканские административные трибуналы схожи с Судом Уругвая по Административным спорам (*Tribunal do Contencioso Administrativo*)⁹¹.

В модели, характерной для стран правовой семьи общего права⁹², соблюдение административными органами надлежащей правовой процедуры является *необходимым условием* для законной силы любого административного решения, ограничивающего индивидуальные права. Такое требование содержится в конституциях Бразилии⁹³, Венесуэлы⁹⁴, Доминиканской Рес-

публики⁹⁵, Колумбии⁹⁶, Никарагуа⁹⁷, Эквадора⁹⁸, а также в законах Аргентины⁹⁹, Боливии¹⁰⁰, Перу¹⁰¹ и Уругвая¹⁰².

По утверждению Верховного суда Аргентины, “конституционные гарантии надлежащей правовой процедуры и права на справедливое судебное разбирательство должны соблюдаться без исключения во всех процессах, включая административные процедуры дисциплинарного характера, вне зависимости от того, предшествовала ли им фаза предварительного расследования, — таким образом, чтобы обвиняемое лицо имело возможность быть выслушанным и доказать факты, которые, по его мнению, доказывают его невиновность”¹⁰³.

Однако процессуальные гарантии во внесудебных процессах обеспечиваются плохо, поскольку реальная ситуация в административных органах власти Латинской Америки не позволяет создать специализированные и независимые (или условно независимые) органы

⁸⁹ См.: п. XXIX ст. 73, ст. 94, п. V ст. 116 и основание 5 (*Base Quinta*) ст. 122 Политической конституции Соединенных Штатов Мексики (*Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos*) 1917 г. О природе Федерального административного налогового суда см. *Margáin Manautou E. Delo contencioso administrativo: de anulaci6n de legitimidad* [Об административных спорах: аннулирование или нелегитимность]. Mexico, 2009. P. 2 etseq.

⁹⁰ См.: п. IV и п/п. “b” п. V ст. 107 122 Политической конституции Соединенных Штатов Мексики (*Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos*) 1917 г. О судебном надзоре за публичными административными органами в целом см.: *Fernández Ruiz J. Panorama general del derecho administrativo mexicano* [Общий обзор мексиканского административного права] / I.S. González-Varas. *El derecho administrativo ibero americano* [Иберо-Американское административное право]. Granada, 2005. P. 462, 463.

⁹¹ См. о природе административных трибуналов, автономных от судебной системы в Мексике и Уругвае: *Perlingeiro. A Historical Perspective...* [Историческая перспектива...]. P. 269.

⁹² См. поправки V и XIV к Конституции США. О Великой хартии вольностей как источнике принципа надлежащей правовой процедуры см.: *McKechnie W.S. Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction* [Великая хартия вольностей: комментарии к Великой хартии Короля Иоанна, с историческим предисловием]. Glasgow, 1914. P. 377. О реализации принципа надлежащей правовой процедуры в административном праве США см. прецеденты: *Murray's Lesseev. Hoboken Land&Improvement Co.*, 59 U.S. 272 (решение Верховного суда США от 19 февраля 1856 г.). URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272/case.html>; *Goldbergv. Kelly*, 397 U.S. 254 (решение Верховного суда США от 23 марта 1970 г.). URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/254/case.htm>. См. также: Закон об административной процедуре от 11 июня 1946 г. (*Administrative Procedure Act*). US Code: Title 5, Subchapter II.

⁹³ См.: п. LIV и LV ст. 5 Конституции Бразилии (*Constituicao da Republica Federativa do Brasil*) 1988 г.

⁹⁴ См.: ст. 49 Конституции Венесуэлы (*Constituci6n de la Republica Bolivariana de Venezuela*) 1999 г.

⁹⁵ См.: ст. 69 Конституции Доминиканской Республики (*Constituicao da Republica Dominicana*).

⁹⁶ См.: ст. 29 Конституции Колумбии (*Constituci6n Politica de Colombia*) 1991 г.

⁹⁷ См.: ст. 34 Конституции Никарагуа.

⁹⁸ См.: ст. 23.27 и 76 Конституции Эквадора.

⁹⁹ См.: п. “f” ст. 1 Закона Аргентины от 3 апреля 1972 г. № 19.549 об административной процедуре (*Ley de Procedimiento Administrativo*).

¹⁰⁰ См.: п. “c” ст. 4 Закона Боливии от 23 апреля 2002 г. № 2341 об административной процедуре (*Ley Procedimiento Administrativo de Bolivia de Procedimiento Administrativo*).

¹⁰¹ См.: п. 1.2 ст. IV Базового закона Перу от 21 марта 2001 г. № 27.444 об административной процедуре (*Ley del Procedimiento Administrativo General*).

¹⁰² См.: ст. 5 Базового закона Уругвая об административных исках и регулировании внесудебной процедуры в центральной администрации (*Normas generales de actuaci6n administrativa y regulaci6n del procedimiento en la Administraci6n Central*) // Декрет от 27 сентября 1991 г. № 500.

¹⁰³ Постановление Национального верховного суда Аргентины (*Corte Suprema de Justicia de la Nacion Argentina*) от 2 июля 1996 г. S. 1492.95. Национальные судьи уголовных и федеральных коррекционных судов (*Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal s/ avocaci6n*). P. 1160. URL: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-jueces-nacionales-criminal-correccional-federal-capital-federal-avocacion-fa96000197-1996-07-02/123456789-791-0006-9ots-eupmocsollaf>

разрешения административных споров, такие как в странах общего права¹⁰⁴.

Название п. 11 ст. 3 Закона Доминиканской Республики об административной процедуре прямо указывает на *независимость*:

11. Принцип беспристрастности и независимости. Государственные служащие публичного административного органа власти должны воздерживаться от любых необоснованных действий или привилегированного отношения вне зависимости от их причин, и должны быть объективными в своем служении общественным интересам; государственным служащим запрещено участвовать в любых делах, в которых они сами, их друзья или родственники имеют какой-либо интерес или если возможен конфликт интересов¹⁰⁵.

Однако, как можно заметить, данный пункт вводит в заблуждение, поскольку несмотря на использованное в названии слово «*независимость*», речь в нем идет о *беспристрастности*.

Немногочисленные примеры латиноамериканских *квазисудебных органов* относятся к сфере доступа к публичной информации, базирующейся на Модельном межамериканском законе о доступе к публичной информации¹⁰⁶. Подобные квазисудебные органы можно найти в Гондурасе¹⁰⁷, Мексике¹⁰⁸, Сальвадоре¹⁰⁹ и Чили¹¹⁰.

¹⁰⁴ См. о том, как Конституционная ассамблея Бразилии 1987 г. Выступила против создания административных органов власти с функциями рассмотрения споров: *Guerra S. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sequiscentenário modelo norte-americano?* [Улучшение регулирования деятельности государственных органов в Бразилии: какие уроки можно вынести из шестивековой североамериканской модели?] / S. Guerra (Ed.). *Teoria do Estado regulador* [Теория государства как регулятора]. Curitiba, 2015. P. 89–92.

¹⁰⁵ См.: ст. 3.11 Закона Доминиканской Республики от 3 апреля 2013 г. № 107-13 об административной процедуре (*Ley del Procedimiento Administrativo*).

¹⁰⁶ См.: Организация американских государств. Модельный межамериканский закон о доступе к публичной информации (*Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação Pública*) 2010 г. AG/RES. 2607 (XL-0/10). URL: http://www.oas.org/dil/AG-RES_2607-2010_eng.pdf

¹⁰⁷ См.: ст. 8-11 Закона Гондураса о доступе к публичной информации (*Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública*) // Закон-декрет от 30 декабря 2006 г. № 170.

Таким образом, в Латинской Америке административные споры обычно рассматриваются судами общей юрисдикции, которые не имеют специализированных подразделений для этой цели.

3.2. Два полюса: суд, полагающийся на административные органы, и открытый судебный пересмотр

Установление судебной системы с судами общей юрисдикции в странах преимущественно континентально-европейской правовой культуры не могло не привести Латинскую Америку к следующей ситуации.

С одной стороны, у латиноамериканских судей судов общей юрисдикции есть искушение действовать подобно судам США и устраняться от пересмотра вопросов факта, лежащих в основе оспариваемых административных решений, проверяя только возможные нарушения принципа законности, прежде всего соблюдение процессуальных гарантий¹¹¹. Подобная тенденция полагаться на административные органы заставляет жителей Латинской Америки чувствовать себя незащищенными перед лицом государства, поскольку у административных органов отсутствует иммунитет, который позволил бы им выполнять свои функции независимо, без страха подвергнуться репрессиям со стороны других органов.

С другой стороны, широкие полномочия по пересмотру административных решений, имеющиеся у латиноамериканских судов в соответствии с континентально-европейской моделью, могут парадоксальным образом приводить к уменьшению эффективности судебной защиты. В отсутствие специализированных административных судов судьи со

¹⁰⁸ См.: п. III, IV ст. 8, ст. 30, 37-42 Закона Мексики о доступе к информации (*Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México*).

¹⁰⁹ См.: ст. 51-60 Закона Сальвадора о доступе к публичной информации (*Ley de Acceso a la Información Pública*) // Декрет от 2 декабря 2010 г. № 534.

¹¹⁰ См.: ст. 31-44 Закона Чили о доступе к публичной информации (*Ley sobre Acceso a la Información Pública*) // Закон от 20 августа 2008 г. № 20.285.

¹¹¹ См.: Решение Верховного суда США по делу *Chevron U.S.A., INC, v. Natural Resources Defense Council, Inc.* от 25 июня 1984 г. // 467 U.S. 837. URL: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>. О вопросах, исключенных из судебного пересмотра, в различных судебных системах см.: *Jordão*. Op. cit.

слишком широкими полномочиями могут разрешать дела, в которых участвуют административные органы, точно так же, как если бы это был спор частных лиц, не уделяя должного внимания общественным интересам. Другими словами, они склонны применять принципы частного права и гражданского процесса к административно-правовым спорам¹¹². Это особенно верно для Бразилии, в которой до сих пор нет единого кодекса административного судопроизводства. В результате иски, затрагивающие вопросы общественного значения, т.е. публичные вопросы, рассматриваются в разрозненной, несистематизированной манере и вследствие этого только множатся¹¹³.

Примером вопроса, в котором судьи осуществляют излишне широкие полномочия в отношении административных органов и применяют частноправовой подход к типичным публично-правовым отношениям, является исполнение судебного решения о конфискации публичного имущества в пользу истца без учета вызываемых этим рисков ущемления публичных интересов¹¹⁴. Другим примером является реше-

ние суда о принудительном заключении договора государственной закупки по результатам конкурса с истцом без рассмотрения кандидатур других участников конкурса или заинтересованных сторон¹¹⁵.

Соглашения о примирении сторон (мировые соглашения) представляют собой пример обоих вышеописанных последствий отсутствия специализированных административных судов. Примером чрезмерного судебного вмешательства будет то, что судьи иногда настроены враждебно к любым формам альтернативного урегулирования споров (третейскому суду, медиации, соглашению сторон) с участием административных органов; позволяя себе широкую интерпретацию *неотчуждаемых прав*, они склонны путать публичный интерес с интересом публичного административного органа, несмотря на то что в некоторых секторах административного управления такие соглашения сторон уже успешно продвигаются. Примером того, как судьи чрезмерно полагаются на административные органы, является то, что судьи иногда поддерживают соглашения о примирении сторон, не

¹¹² Дайси выступал за “возможность обращаться с иском к государственному служащему в суды общей юрисдикции в соответствии с принципами частного права, что соответствовало бы принципу верховенства права”. В настоящее время это реализуется в системах общего права путем права на справедливое слушание дела в административной фазе (см.: *Cane*. Op. cit. P. 44) и на практике не реализовано в Латинской Америке.

¹¹³ О несоответствии принципов гражданского процесса рассмотрению административно-правовых и росте повторяющихся исков в результате см.: *Clementino M.B.* As de mandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimental lizaçãoda isonomia [Повторяющиеся публично-правовые иски и принцип процессуальных гарантий равенства перед законом] / V.C.A. Moraes (ed.) As Demandas Repetitivas E Os Grandes Litigantes [Повторяющиеся иски и крупные истцы]. Brasília, 2016. P. 32–52. См. также: *Alves C.M.S.P.* Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade? [Бразильская система прецедентов: нереализовавшееся обещание уменьшить поток дел] / V.C.A. Moraes (ed.). As Demandas Repetitivas E Os Grandes Litigantes [Повторяющиеся иски и крупные истцы]. Brasília, 2016. P. 124–138. Верховный суд Чили посоветовал Министерству юстиции подготовить законопроект о создании специализированных судов по административным спорам в рамках судебной системы и о подготовке единого специализированного процессуального кодекса для борьбы с правовой неопределенностью и чрезмерным обращением в суды (см.: Постановление Верховного суда Чили (*Corte Suprema Do Chile*) от 24 октября 2014 г. № 176. URL: http://decs.pjud.cl/librosDigitales/Acta176_2014/176-2014.pdf

¹¹⁴ См.: *Souza G.* Justiça determinano voarrestonascontas do governodo Riode Janeiro [Суд снова наложил арест на счета правительства Рио-де-Жанейро] // *Revista Consultor Jurídico* [Журнал

судебного юриста]. 2016. 9 мая. URL: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-09/justica-determinar-arresto-contas-governo-rj>. См. также: El Nacional Web. *Fapuv denunciou incumprimento del gobierno al no responder exigencias universitarias en 48 horas* [Федерация ассоциаций университетских профессоров Венесуэлы заявила, что правительство нарушило свое обязательство ответить на требования университетов в течение 48 часов] // El Nacional Web. Caracas, 2016. URL: http://www.el-nacional.com/sociedad/Fapuv-universidad-universitaria_0_859114400.html. В Италии суду общей (гражданской) юрисдикции иногда разрешается выдавать ордер на принудительное исполнение (в том числе ордер на уплату определенной суммы денег) в отношении публичных административных органов в частноправовых спорах, но только в рамках процедуры “*guidiziodiotemperanza*”, которая применяется только если в стадии исполнения затрагиваются публично-правовые вопросы (см.: *Clarich M.* L’esecuzione [Обеспечение исполнения] / A. Sandulli (ed). *Corso De Diritto Amministrativo: Diritto Processuale Amministrativo* [Курс административного права: Административное процессуальное право]. №. 7. Milano, 2013. P. 302, 303).

¹¹⁵ См.: *Candidato consegue na Justiça anulação dos quesitos de duas questões da prova de concurso para advogado da União* [Кандидат выиграл судебное дело об исключении двух вопросов из конкурсного экзамена на статус федерального адвоката] // CERS On line Course [Онлайн-курс CERS]. 12 января 2016 г. URL: <http://blog.cers.com.br/candidato-consegue-na-justica-anulacao-dos-quesitos-de-duas-questoes-da-prova-do-concurso-para-advogado-da-uniao>

соответствующие принципам административного права, таким как законность и равенство перед лицом права, и таким образом поддерживают искаженные толкования закона и непоследовательное поведение, которые компрометируют саму идею эффективной судебной защиты.

3.3. Для доверия нужны специализированные суды

В судебной системе, которая предоставляет судам широкие полномочия по контролю над административной властью, публичные административные органы могут потерять доверие к решениям судов. В результате эти органы могут сопротивляться исполнению судебных решений в пользу индивидуального истца по делам, затрагивающим вопросы общественного интереса, не только в отношении этого истца, но и всех лиц в схожих обстоятельствах (исполнение *erga omnes*).

Административные органы склонны сопротивляться судебным мерам, если они считают, что судьи применяют их в результате отсутствия технических знаний¹¹⁶.

Недоверие административных органов к судебной власти также вызывается тем, что действующие процессуальные законы отклоняются от принципа равноправия сторон: например, для административных органов установлены более выгодные процессуальные сроки; решение суда первой инстанции против административного органа вступает в силу только после его утверждения апелляционным судом¹¹⁷.

¹¹⁶ См.: *Catanho L. Gastocomações judiciais na Saúde cresce 400% em 5 anos: Despesa saltou de R\$ 3,7 mi, em 2010, para R\$ 18,7 mi em 2015, na região de Ribeirão Preto; Estado acusa custo 'desnecessário'* [Издержки здравоохранения на судебные споры выросли на 400% за 5 лет: расходы взлетели с 3,7 млн реалов в 2010 г. до 18,7 млн реалов в 2015 г. в регионе Рибейран-Прету; государство называет эти издержки "необоснованными"] // *A Cida de On – Ribeirão Preto* [Город на связи – Рибейран-Прету]. 2016. 5 мая. URL: <https://www.acidadeon.com/ribeiraopreto/cotidiano/cidades/NOT,2,2,1169336,Gasto+com+acoes+judiciais+na+Saude+cresce+400+em+5+anos.aspx>. См. также: *Governado RJ descumpe ordem de pagar salários a aposentados* [Правительство Рио-де-Жанейро не подчиняется ордеру о выплате зарплаты пенсионерам] // *O Globo-G1 Rio*. 2016. Apr. 20. URL: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/-justica-manda-conferir-se-tj-pagou-aposentados-e-pensionistas.html>

¹¹⁷ См.: *Roque A.V. et al. O novo CPC e a desconfiança nos juizes* [Новый Гражданский процессуальный кодекс и

3.4. Являются ли в действительности повторяющиеся иски индивидуальными?

Кодекс административного судопроизводства РФ создал специальную прогрессивную систему коллективных административных исков и установил правила подведомственности и подсудности, учитывающие характер и источник оспариваемого административного решения (ст. 17, 19-21); коллективные иски, подаваемые прокурором, государственными органами или организациями в защиту прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц или публичных интересов (ст. 39, 40)¹¹⁸; и коллективные иски, подаваемые индивидуальными истцами, но в защиту индивидуальных интересов определенной группы лиц (ст. 42). В последнем случае законодатель руководствовался соображениями необходимости равного подхода ко всем членам группы (п/п. 4 п. 1 ст. 42)¹¹⁹, поскольку основанием иска является административный акт, затрагивающий многочисленные группы лиц (п/п. 3 п. 1 ст. 42)¹²⁰.

Подобные соображения побудили законодателей Латинской Америки двигаться в аналогичном направлении: установить процедуры, обеспечивающие единообразный подход к повторяющимся индивидуальным админи-

недоверие к судьям] // *Jota*. 2015. 15 июня. URL: <http://jota.info/o-novo-cpc-e-a-desconfianca-nos-juizes>.

Бразильский Гражданский процессуальный кодекс устанавливает следующие процессуальные прерогативы (привилегии) административных органов власти: особые, удлиненные процессуальные сроки (ст. 183), судебное решение против них исполнимо только при условии подтверждения апелляционным судом (ст. 496).

¹¹⁸ См.: п. 1 ст. 39: "Прокурор вправе обратиться в суд с административным иском заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц или интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, а также в других случаях, предусмотренных федеральными законами"; п. 1 ст. 40: "В случаях, предусмотренных федеральными конституционными законами, настоящим Кодексом и другими федеральными законами, государственные органы, должностные лица, Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации, уполномоченный по правам человека в субъекте Российской Федерации могут обратиться в суд в защиту прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц, публичных интересов".

¹¹⁹ См.: п/п. 4 п. 1 ст. 42: "Основанием для такого обращения является... использование всеми членами группы одинакового способа защиты своих прав".

¹²⁰ См.: п/п. 3 п. 1 ст. 42: "Основанием для такого обращения является... наличие общего административного ответчика (административных ответчиков)".

стративным искам (затрагивающим одинаковые проблемы), такие как *procesounificado*¹²¹ (объединение схожих исковых требований) в Коста-Рике; объединенная подсудность индивидуальных исков, основанных на вопросах общественного интереса (отмена административных решений общего характера), судебные решения по которым имеют универсальный эффект (*erga omnes*) в Никарагуа¹²²; институт *incidente de demandas repetitivas* (одновременное рассмотрение повторяющихся требований, имеющее преюдиционный эффект) в Бразилии¹²³. Аналогичные положения могут быть найдены в ст. 44 Евро-американского модельного кодекса административного судопроизводства¹²⁴ и ст. 57 Модельного иберо-американского кодекса судебного и внесудебного административного процесса¹²⁵.

Одной из основных причин повторяющихся административных исков является то, что отдельные лица подают иски по вопросам общего интереса. Судебная власть не должна использоваться для того, чтобы обойти принцип равного отношения ко всем заявителям со стороны административного органа¹²⁶. Если решение, касающееся вопроса общего интереса, относится только к индивидуальному истцу, естественно, что оно будет побуждать других граждан в схожих фактических обстоятельствах подавать аналогичные судебные иски.

Однако в административных делах пренебрежение принципом пропорциональности иногда приводит суды к нарушению административно-

правового принципа равного обращения¹²⁷, поскольку судьи свободны разрешать дела различным образом и истцы имеют право искать лучшие процессуальные способы для поддержания своих требований и аргументов. В случае если судья, наделенный таким конституционным правом, принял решение по индивидуальной жалобе, основанной на вопросе общего интереса, будет иметь место нарушение принципа “уполномоченного судьи” (*juiz natural*, дословно: “органический судья” – право на рассмотрение дела судом, уполномоченным по закону, т.е. с соблюдением правил юрисдикции), если потом или одновременно другой суд примет решение по тому же вопросу, даже в отношении других истцов.

В этом отношении диффузный контроль конституциональности или законности (в отличие от фокусного контроля) не означает, что правовая система должна допускать противоречивые друг другу судебные решения. На самом деле диффузный контроль наделяет компетенцией всех судей, но, как только на одного из них упал жребий по рассмотрению этого дела, он становится *уполномоченным судьей* по этому делу, даже если тот же спор повторяется в других процессах:

[...] Процессуальные законы должны предотвращать ситуацию, когда различные судебные органы имеют компетенцию рассматривать одно и то же дело, если только такая коллизия не может быть предотвращена в соответствии с принципом контролируемой множественности процессов (*lisalibipendens*). Территориальная и предметная юрисдикция судебных органов должна учитывать общий или индивидуальный характер оспариваемых актов, равно как и широту их предмета регулирования [...] Если оказывается, что различные истцы имеют идентичные требования с тем же предметом и основанием иска, право на рассмотрение дела, производство по которому было открыто вторым, должно быть передано судебному органу,

¹²¹ См.: ст. 48 Кодекса административной юстиции Коста-Рики – Закон от 28 апреля 2006 г. № 8.508.

¹²² См.: ст. 36 и § 1 ст. 95 Закона Никарагуа от 18 мая 2000 г. № 350 об административной юстиции.

¹²³ См. ст. 976-987 Гражданского процессуального кодекса Бразилии (Закон от 16.03.2015 г. № 13.105).

¹²⁴ См.: *Perlingeiro, Sommermann*. Op. cit. P. 19.

¹²⁵ См.: *Grinover, Perlingeiroetal*. Op. cit. P. 117.

¹²⁶ См.: *Moraes V.C.A.* Aigualda de – formale material – das demandas repetitivas sobre direitos sociais [Процессуальное и материальное равенство [The procedural and substantive quality of repetitive claims for social rights]: дис. ... д-ра наук / Universidade Federal Fluminense. Niteroi, 2016; см. также: *Moraes V.C.A.* Demandas repetitivas sobre direitos sociais apropostado Código Modelo Euro-Americano para a realização da igualdade [Повторяющиеся иски о защите социальных прав и предложения Евро-американского модельного кодекса административного судопроизводства о реализации принципа равенства] / V.C.A. Moraes (ed.). As Demandas Repetitivas E Os Grandes Litigantes [Повторяющиеся иски и крупные истцы]. Brasília, 2016. P. 53–70.

¹²⁷ См.: *Perlingeiro R.* O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde [Принцип равенства перед законом в индивидуальной и коллективной судебной защите и другие механизмы разрешения споров с Единой системой здравоохранения (SUS) и частными провайдерами планов медицинского страхования] // *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* [Журнал Генеральной прокуратуры муниципалитета Белу-Оризонте]. 2012. № 5 (10). P. 217–227. URL: <http://ssrn.com/abstract=2241142>

рассматривавшему дело, производство по которому было открыто первым. Данное правило применимо и к случаям, когда различные истцы оспаривают напрямую один и тот же административный акт или решение общего характера, абстрактное или конкретное, или оспаривают, также напрямую требование совершить некие действия или воздержаться от совершения действий, опираясь на интересы множества или неопределенного круга лиц. [...] Для решения вопроса о законности или незаконности административного акта общего характера, или его толкования, или любого другого действия административного органа, которое может повлиять на большое число споров, суд, рассматривающий дело, должен направить преюдициальный запрос компетентному судебному органу, который непосредственно решает вопрос об отмене административного акта; изначальный судебный процесс должен быть приостановлен на разумный срок до вынесения решения по преюдициальному запросу. Это решение обязательно *erga omnes* (не только для сторон данного дела, но и для третьих лиц. — Прим. перев.) [...] ¹²⁸ (курсив мой. — Авт.).

Кроме того, не следует слишком полагаться на коллективные иски как альтернативу повторяющимся индивидуальным искам в административном судопроизводстве. Коллективные иски, типичные для частного права и имеющие корни в общем праве ¹²⁹, недостаточно чувствительны к вопросам административного права (особенно в том, что касается присоединения к иску и выхода из него). Например, принцип *res judicatae eundemventum litis* (обязательность решения суда для всех объединенных исков), закрепленный в ст. 33 Модельного иберо-американского кодекса коллективных исков ¹³⁰, не позволяет учесть часто возник-

кающих в административных делах конфликтов (не всегда видимых) между различными интересами, которые в соответствии с принципом пропорциональности должны быть разрешены в пользу преобладающего общественного интереса.

На самом деле коллективные иски и не нужны в административной юстиции, поскольку индивидуальные иски, основанные на административных актах общего действия, будучи удовлетворенными, налагают на административные органы долг, в частности морального характера, распространить эффект судебного решения, улучшающий положение истца, на всех лиц, находящихся в той же фактической ситуации ¹³¹. Однако, поскольку в нормах о юрисдикции (компетенции) есть дефекты, позволяющие более чем одному судье принимать по одному и тому же материально-правовому вопросу решение по существу, вполне объяснимо, почему административные органы сопротивляются долгу распространить решение суда на третьих лиц: они надеются, что в другом процессе будет вынесено противоположное решение, более выгодное для них.

4. ВЫЗОВЫ, СТОЯЩИЕ ПЕРЕД АДМИНИСТРАТИВНЫМИ ОРГАНАМИ

4.1. Первичные административные функции

В Латинской Америке принцип административной законности все еще путают с принципом строгой законности ¹³². На практи-

коллективных исков для Иберо-Америки]. Sao Paulo, 2004. P. 7, 20. URL: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=11_16&shop_detail=241.

¹³¹ См.: *Perlingeiro R.* O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde [Принцип равенства перед законом в индивидуальной и коллективной судебной защите и другие механизмы разрешения споров с Единой системой здравоохранения (SUS) и частными провайдерами планов медицинского страхования] // *Revista da Procuradoria-Geraldo Município de Belo Horizonte* [Журнал Генеральной прокуратуры муниципалитета Белу-Оризонте]. 2012. № 5 (10). P. 217–227.

¹³² Пункт “а” ст. 9 Закона Аргентины об административной процедуре содержит лишь положения о принципе административной законности с точки зрения права в широком смысле (включая конституционное право и международные договоры). Аналогичные положения содержатся в законах Коста-Рики (ст. 6 Базового закона о публичной администрации — *Ley General de la Administración Pública de Costa Rica*), Перу (п/п. 1, 2 п. 2 ст. V Закона об административной процедуре — *Leiperuana de Procedimento Administrativo Geral*) и Доминиканской Республики (ст. 3.1 Закона об административной процедуре — *Ley de Procedimiento Administrativo da Republica Dominicana*).

¹²⁸ См.: *Perlingeiro R. et al.* Principes fondamentaux etrègles général esdela juridiction administrative [Базовые принципы и общие нормы административной юстиции] // *Revista De Processo* [Журнал процесса]. 2008. № 33. P. 253–263. URL: <http://ssrn.com/abstract=2252882>. О преюдициальном запросе см. п. 1 ст. 20 Евро-американского модельного кодекса административного судопроизводства (см.: *Perlingeiro, Sommermann.* Op. cit. P. 12).

¹²⁹ См.: *Redish M.H.* Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals [Коллективные иски и сложности демократии: переосмысление частных судебных споров и публичных целей] // *University of Chicago Legal Forum* [Юридический форум университета Чикаго]. 2003. Issue 1. Article 4. P. 71–139. URL: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1331&context=uclf>

¹³⁰ См.: *Grinover A.P., Watanabe K., Gidi A.* Código Modelo de Processos coletivos para Ibero-América [Модельный кодекс

ке административные органы не проверяют законность своих собственных решений с точки зрения их соответствия положениям Конституции и международным конвенциям по правам человека, и административные органы не могут защищать фундаментальные права человека, поскольку это требовало бы толкования права, выходящего за рамки буквального прочтения законов.

У этого есть две основные причины.

Прежде всего, поскольку в латиноамериканской правовой культуре публичные административные органы подчинены правительству, государственные служащие назначаются на ключевые должности в большей степени по политическим соображениям целесообразности, чем на основании их профессиональной квалификации. Во-вторых, государственные служащие все еще придерживаются преобладающей догмы, что они должны в большей степени подчиняться вышестоящим по иерархии, чем праву, и многие из них воздерживаются от обязанности защищать фундаментальные права человека, ставя под сомнение буквальное толкование закона, потому что за это их могут обвинить в превышении служебных полномочий (*desvio de conduta funcional*).

Как результат, административные органы не способны удовлетворить ходатайства о предоставлении публичных услуг, требующие реализации или толкования фундаментальных прав. Для удовлетворения таких требований необходимо обращаться к судебной власти, чтобы иметь хоть какие-то шансы на успех.

Предварительное обращение к административному органу как обязательное условие для подачи судебного иска¹³³ касается прав, реализация которых зависит от информации, которая есть только у заявителя, и у административных органов нет обязанности предоставить соответствующие услуги или блага, пока они не получили нужной для этого ин-

формации. Однако такое предварительное обращение не является необходимым условием для заявления о применении мер предварительной защиты¹³⁴, и оно может быть заменено подачей иска в суд напрямую в случаях, когда изначально очевидно, что административный орган отклонит ходатайство (например, потому что его удовлетворение потребовало бы такой интерпретации или применения права, которые противоречат правилам, установленным вышестоящим органом).

Чтобы административные органы были независимы в принятии решений и имели свободу действий, у них должны быть необходимые гарантии иммунитета, т.е. они должны быть свободны от иерархической субординации в плане дисциплинарных наказаний, карьерных перспектив (продвижения и поощрения) и системы найма на работу.

По утверждению МАСПЧ, для суда быть независимым означает быть «автономным в каждом аспекте рассмотрения и разрешения дела, иметь полномочия принимать решения по иску, поданному на его рассмотрение, без вмешательства других органов или государства — или любой внешней власти — это автономия, которая должна быть не только прописана в правовых актах, регулирующих судебную процедуру (т.е. в Конституции и производных законах), но и обеспечена в реальной ситуации, в которой действует судья»¹³⁵.

Это означает, что государственный служащий с полномочиями по принятию решений не должен руководствоваться при осуществлении своей деятельности никакими другими мотивами, кроме технической оценки дела. Однако это не означает, что сферы принятия решений не могут быть разграничены между различными административными органами в целях обеспечения согласованности административных действий.

4.2. Вторичные административные функции

Независимость важна и для осуществления вторичных административных функций

¹³³ См.: ст. 30 Закона Аргентины об административной процедуре. О различиях между предварительным обращением к административному органу (достаточно просто уведомить соответствующий орган о наличии своих требований) и процедурой предварительного административного обжалования (т.е. прохождения полной процедуры обжалования) см.: Надзорная жалоба (*Recurso Extraordinário*) в Федеральный верховный суд Бразилии (*Supremo Tribunal Federal*) от 3 сентября 2014 г. № 631.240/MG. URL: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>

¹³⁴ См.: ст. 33 Евро-американского модельного кодекса административного судопроизводства (см.: *Perlingeiro, Sommermann*. Op. cit. P. 15).

¹³⁵ Решение Межамериканского суда по правам человека по делу *Palamara Iribarnev. Chile* от 22 ноября 2005 г. URL: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_ing.pdf. Подпункт “с” п. 9 особого мнения судьи Сержио Гарсия Рамиреса (*Sergio Garcia Ramirez*).

(функций по рассмотрению и разрешению споров самим административным органом) и является необходимым условием беспристрастности. Отсутствие независимости создает серьезный риск отсутствия (в результате этого) объективности и беспристрастности и способствует широкому распространению недоверия ко внесудебному административному процессу среди граждан, как это в целом и происходит в Латинской Америке.

Такая ситуация побуждает индивидуальных заявителей пытаться счастья в суде, когда административные органы отказывают им в реализации их прав и когда и они полагают, что этот отказ ошибочен. Кроме того, сложившаяся ситуация оправдывает наличие процессуальных законов, по которым судебная власть приводит в исполнение административные решения, ограничивающие индивидуальные права, как в случае с принудительным судебным исполнением решений налоговых органов, что вопиющим образом противоречит принципу *самоисполнимости административных решений*, в соответствии с которым административные органы имеют право приводить в исполнение свои решения без судебного вмешательства¹³⁶.

Исторически сложилось, что концепция *самоисполнимости* всегда вызывала сопротивление в Бразилии. Например, налоговые органы лишены права изымать имущество лица, уклоняющегося от уплаты налогов, поскольку считается, что у этих органов нет соответствующих структур для принудительного исполнения¹³⁷. В

¹³⁶ См.: Законы, устанавливающие взыскание налогов через суд: ст. 653 Органического налогового кодекса Венесуэлы (*Código Orgánico Tributario da Venezuela*) // Декрет от 17 ноября 2014 г. № пе 1.434; Закон Бразилии от 22 сентября 1980 г. № 6.830 о взыскании налогов (*Ley brasileira de Execução Fiscal*). Для сравнения о возможности принудительного взыскания налогов самими административными органами см.: ст. 98-101 Закона Колумбии об административных процедурах, судебных и внесудебных (*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*); ст. 3 Закона Чили об административной процедуре; ст. 149 Закона Коста-Рики (*Ley General de la Administración Pública de Costa Rica*); п. 1 ст. 145 Федерального налогового кодекса Мексики (*Código Federal Fiscal do Mexico*); п. 1 ст. 69 Налогового кодекса Доминиканской Республики (*Código Tributario de la República Dominicana*) – Закон от 16 мая 1992 г. № 11.

¹³⁷ См.: Duarte F. A execução é uma questão de justiça? [Является ли исполнение решений вопросом суда?] // Revista Da Seção Judiciária Do Rio De Janeiro [Журнал юридической секции Рио-де-Жанейро]. 2005. № 13. P. 45–58. URL: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/145/157; Erdelyi M.F. Proposta de execução fiscal da Fazenda é

Аргентине Верховный суд отменил как неконституционный закон¹³⁸, позволявший налоговым коллекторам конфисковывать денежные средства и финансовые инструменты на банковском счету, мотивируя это тем, что он нарушает принцип разделения властей¹³⁹.

Можно также найти случаи, когда административные органы подавали в суд иски об отмене своих собственных решений, создающих благоприятные последствия для граждан, как, например, происходило в Боливии¹⁴⁰, Гондурасе¹⁴¹, Коста-Рике¹⁴², Парагвае¹⁴³ и

alvodecriticas [Предложение о принудительном исполнении Казначейством решений по налогам подвергается критике] // Revista consultor jurídico [Журнал судебного юриста]. 2007. 27 ноября. URL: http://www.conjur.com.br/2007-nov-27/proposta_execucao_fazenda_alvo_criticas; Vasconcellos M. Ministros do STJ sro contra execução fiscal sem juiz [Судьи Верховного суда против принудительного исполнения налоговых решений без участия судьи] // Там же. 2012. 8 июня. URL: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-08/ministros-stj-execucao-fiscal-administrativa-naufragar>; Branco J.D. Execução fiscal: possíveis soluções dentro da legislação vigente [Принудительное взыскание налогов: решения, возможные по действующему законодательству] / V.C.A. Moraes (ed.). As Demandas Repetitivas E Os Grandes Litigantes [Повторяющиеся иски и крупные истцы]. Brasília, 2016. P. 71–96.

¹³⁸ Ст. 92 и далее Налогового кодекса Аргентины (*Ley de Procedimiento Tributario*) 1978 г.

¹³⁹ См.: Решение Национального верховного суда Аргентины (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*) от 15 июня 2010 г. по спору Федеральной администрации государственных доходов с Intercorp S.R.L. о взыскании налогов. URL: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/getDocumentosExterno.html?idAnalisis=685925>

¹⁴⁰ Конституционный суд Боливии постановил следующее: “Действие административных актов, устанавливающих права, не может быть приостановлено административным органом” (см.: Постановление Многонационального Конституционного суда Боливии (*Tribunal Constitucional Plurinacional*) от 21 мая 2013 г. № 0584/2013. Exp: 02569-2013-06-AAC. URL: <http://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=13929>).

¹⁴¹ См.: ст. 15 Закона Гондураса об административной юстиции.

¹⁴² См.: п. 5 ст. 10 Кодекса административной юстиции Коста-Рики.

¹⁴³ Налоговый суд Парагвая подтвердил, что отменить административное решение, благоприятное для частного лица, можно только через судебный иск, мотивируя это тем, что спор о признании недействительным такого решения должен быть разрешен *беспристрастной третьей стороной* (см.: Решение Налогового суда Парагвая (*Tribunal de Cuentas de Paraguay*) от 18 апреля 2002 г. № 280. URL: <http://www.pj.gov.py/contenido/137-tribunal-de-cuentas/137>).

Сальвадоре¹⁴⁴. Такое положение несовместимо с административным полномочием на *autotutela* (самоуправление, включая полномочие административных органов самим объявить свое собственное решение или нормативный акт недействительными).

Кроме того, в Бразилии административные органы бессильны оказать дисциплинарное воздействие на своих собственных служащих. Чтобы привлечь коррумпированных или плохо выполняющих свои функции чиновников к гражданской или дисциплинарной ответственности, прокуратуре (*Ministério Público*) приходится обращаться в суд с заявлением о *improbidade administrativa* (ненадлежащем исполнении административных функций).

Другим проявлением неэффективности внесудебного административного процесса (слушаний) является то, что обращения граждан к административным органам не эффективны, и законодательство множества стран считает ведомственное обжалование административных решений дополнительной возможностью, но не необходимым условием для судебного обжалования¹⁴⁵. Даже те редкие законы, которые устанавливают это условие как обязательное для обращения в суд¹⁴⁶, оговаривают, что оно необязательно в случаях опасности промедления, и в этих случаях истец может требовать применения мер *судебной* предварительной защиты, даже если *внесудеб-*

ный административный процесс не завершен¹⁴⁷.

Наконец, необходимо отметить, что полномочия судов по “открытому контролю” решений, принятых в результате внесудебного административного процесса в действительности базируются на предположении, что эта стадия опциональна как для граждан, так и для административных органов, и может быть пропущена или заменена подачей судебного иска напрямую.

5. ДИФFUЗНЫЙ КОНТРОЛЬ КОНВЕНЦИОНАЛЬНОСТИ, ОСУЩЕСТВЛЯЕМЫЙ АДМИНИСТРАТИВНЫМИ ОРГАНАМИ

Принятая латиноамериканскими странами Доктрина *диффузного контроля конвенциональности* (контроля соблюдения Американской конвенции о правах человека на национальном уровне), созданная МАСПЧ, в настоящее время является ключом к реализации административными органами обязанности по защите фундаментальных прав человека, даже если для этого необходимо действовать вопреки неконституционным законам.

По мнению Мак-Грегора, «выражение “контроль конвенциональности” было впервые использовано судьей Гарсия Рамиресом в его особых мнениях по таким делам, как *Myrna Mack Changv. Guatemala* (опирающееся на прецедент, установленный в деле *Barrios Altosv. Peru*). Рамирес заявил, что “на международном уровне невозможно разделить государство на части, чтобы перед судом предстал только один или несколько его органов, невозможно назначить их представителями государства в процессе без того, чтобы это представительство не распространилось на все государство, невозможно исключить конвенциональную ответственность других органов, оставляя их действия за рамками “контроля конвенциональности”, который осуществляет международный суд”. Идея была развита в *Tibiv. Ecuador*: “Если конституционные суды проверяют *конституциональность*, Международный суд по правам человека решает вопрос о *конвенциональности* этих действий”. И наконец, в *Vargas Arecov. Paraguay* подчерки-

¹⁴⁴ См.: п. “b” ст. 7 и ст. 8 Закона Сальвадора об административной юстиции.

¹⁴⁵ См.: Решение (*Súmula*) Верховного суда Бразилии (*Superior Tribunal de Justiça*), имеющее силу обязательного № 89. См. также: ст. 32 Евро-американского модельного кодекса административного судопроизводства (см.: *Perlingeiro, Sommermann*. Op. cit. P. 15).

¹⁴⁶ Существуют примеры, когда предварительное обращение к административным органам является условием подачи иска в суд: в соответствии со ст. 70 Закона Боливии об административной процедуре предварительная попытка внесудебного разрешения административного спора является предварительным условием для обращения в суд с иском. Стоит также упомянуть п. 3 ст. 4 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, которая позволяет законодателю в отдельных случаях разрешать обращение в суд только при условии прохождения до конца процедуры внесудебного административного обжалования: “Если для определенной категории административных дел федеральным законом установлен обязательный досудебный порядок урегулирования административного или иного публично-го спора, обращение в суд возможно после соблюдения такого порядка”.

¹⁴⁷ См.: п. “a” ст. 23 и ст. 9 Закона Аргентины об административной процедуре. См. также: п. 3 ст. 23 Евро-американского модельного кодекса административного судопроизводства (см.: *Perlingeiro, Sommermann*. Op. cit. P. 15).

валось, что “контроль соблюдения” основывается на сопоставлении имеющихся фактов и положений Американской конвенции о правах человека. Позднее судья Кансаду Триндади также отозвался о “контроле конвенциональности” как о механизме реализации международного права в области прав человека на национальном уровне»¹⁴⁸.

Данная доктрина изначально адресовалась только *всем национальным судьям*¹⁴⁹, но позднее договорились, что в рамках сфер своей компетенции “все органы и структуры Государства — участника Конвенции несут обязанность осуществлять контроль конвенциональности”¹⁵⁰. По выражению МАСПЧ, “*конвенциональные обязательства Государства-участника связывают все ветви и органы Государства, что означает, что все ветви власти (исполнительная, законодательная, судебная и другие отрасли публичной власти) и другие публичные или государственные органы любого уровня, включая верховные суды, несут обязанность добросовестно подчиняться международному праву*”¹⁵¹.

Конвенциональная обязанность, установленная МАСПЧ, имеет четыре характеристики: а) она осуществляется *ex officio* (как должностная обязанность); б) должна соответствовать *толкованию* соответствующих положений

¹⁴⁸ Mac-Gregor E.F. The Constitutionalization of International Law in Latin American Conventionality Control: The New Doctrine of The Inter-American Court of Human Rights [Конституционализация международного права посредством латиноамериканского контроля конвенциональности: новая доктрина Межамериканского суда по правам человека] // American Society of International Law — AJIL Unbound [Журнал Американского общества международного права — AJIL несброшюванный]. 2015 № 109. P. 93–99. URL: <http://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor,%20Conventionality%20Controlv3.pdf>

¹⁴⁹ См.: п. 33 особого мнения судьи Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot по делу *Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico* (решение Межамериканского суда по правам человека от 26 ноября 2010 г.). URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf

¹⁵⁰ Пункт 497 решения Межамериканского Суда по правам человека по делу доминиканских и гаитянских беженцев *personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana*, от 28 августа 2014 г. URL: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

¹⁵¹ Пункт 59 решения Межамериканского суда по правам человека (*sentencia de supervisión del cumplimiento*) по делу *Gelman v. Uruguay* от 20 марта 2013 г. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.doc

Конвенции, данному МАСПЧ, т.е. является предметом *обязательного соответствия толкованию Межамериканского суда*¹⁵²; в) осуществляется органами власти, которые реализуют этот контроль независимо от их иерархического положения, ранга, уровня или компетенции, установленных для них правом страны; г) реализуется административными органами и судьями, даже если у них нет полномочий по конституционному контролю, что не обязательно предполагает применение положений Конвенции или прецедентного права МАСПЧ вместо применения национального права; наоборот, прежде всего это означает попытки гармонизировать положения национального права с нормами Конвенции через “конвенциональное толкование” национального права¹⁵³.

МАСПЧ объясняет свою позицию следующим образом: с другой стороны, интенсивность “диффузного контроля конвенциональности” будет уменьшаться в системах, которые не разрешают диффузного контроля конституциональности и в которых, как следствие, не у всех судей есть правомочие не применять закон в конкретном деле. В таких случаях очевидно, что судьи, не имеющие такого правомочия, будут осуществлять “диффузный контроль конвенциональности” в меньшей степени, *подразумевая, что они не могут делать это* “в рамках соответствующих полномочий”. Это означает, что они не могут приостановить действие закона (поскольку не имеют на это права) и будут делать его “конвенциональное толкование”, т.е. “*толкование в соответствии*” не только с Конституцией страны, но и с Американской конвенцией по правам человека и с соответствующей судебной практикой. Такое толкование требует креативных усилий для обеспечения соответствия между национальными стандартами и конвенциональными параметрами и гарантирования таким образом эффективной реализации рассматриваемого права или свободы в

¹⁵² “Блок конвенциональности” (обязательное следование толкованиям Межамериканского суда по правам человека), рекомендуемый МАСПЧ, был бы несовместим с конституционными прецедентами отдельных европейских стран.

¹⁵³ См.: п. 33-35, 37, 42, 44, 59 особого мнения судьи Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot по делу *Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico* (решение Межамериканского суда по правам человека от 26 ноября 2010 г.). URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf

наиболее полном возможном объеме по принципу *pro homine* (толкование в пользу человека)¹⁵⁴ (курсив мой. — Авт.).

Однако в случаях абсолютной несовместимости национальных законов и Конвенции: если “конвенциональное толкование” невозможно, если у судьи нет полномочий не применять норму, он ограничен возможностью лишь указать на несоответствие нормы Конвенции или, если возможно, поставить вопрос о конвенциональности перед другими, компетентными судами в рамках той же национальной системы, которые смогут осуществить “контроль конвенциональности” в большей степени. Таким образом, контролирующие судебные органы смогут осуществить этот контроль и не применить норму или объявить ее недействительной как несоответствующую Конвенции¹⁵⁵.

Говоря о новой парадигме современного административного права, Эрнесто Хинеста отмечает, что “диффузный контроль конвенциональности”, осуществляемый административной юстицией, явным образом расширяет границы законности, которая должна соблюдаться при осуществлении административных действий, что приводит к пересмотру источников административного права путем включения в них “конвенционального блока” как эталона, что, возможно, приведет к созданию системы *общего* административного права (курсив мой. — Авт.)¹⁵⁶.

В Мексике доктрина “диффузного контроля конвенциональности”, как считается, стала источником поправки к Конституции 2011 г., которая переформулировала ст. 1 следующим образом: *все органы власти* должны в рамках сферы своих полномочий соблюдать ряд обязательств в отношении прав человека¹⁵⁷.

Более того, Национальный верховный суд Мексики постановил в соответствии с прецедентным правом МАСПЧ следующее: административные органы не уполномочены осу-

ществлять никакой вид конституционного контроля, ни фокусный, ни диффузный; это означает, что они не могут объявить закон недействующим и отказаться его исполнять, даже по соображениям восстановления прав человека, если это будет означать игнорирование законодательных процессуальных условий защиты, которые должны быть выполнены перед рассмотрением дела по существу. В любом случае правовые нормы должны толковаться наиболее благоприятным для человека образом, но не за счет игнорирования прав и обязанностей административных органов, которые они должны осуществлять в пределах сферы своих полномочий. Допустить обратное значило бы создать правовую неопределенность и нарушить другие права человека, такие как право на законность, надлежащую правовую процедуру и правовую определенность, гарантированные ст. 14 и 16 нашей Конституции¹⁵⁸.

Стоит заметить, что Иберо-Американский институт процессуального права в своем Модельном иберо-американском кодексе судебного и внесудебного административного процесса закрепил *доктрину “диффузного контроля конвенциональности”*, указав, что административные органы обязаны, столкнувшись с неконституционными или неконвенциональными законами, отправить преюдициальный запрос о конституционности компетентному суду или административному органу¹⁵⁹.

6. НЕКОТОРЫЕ ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ ПЕРСПЕКТИВЫ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Два соображения заслуживают внимания в ходе поиска организационной модели административной юстиции, адаптированной к особенностям действующей в Латинской Америке судебной системы: а) институциональные гарантии для административных органов в рамках соответствующих сфер ответственности и при исполнении основных

¹⁵⁴ См.: там же (п. 37).

¹⁵⁵ Там же (п. 39).

¹⁵⁶ См: *Jinesta E. Control de convencionalidad difusoejercidoporla jurisdicción constitucional [Диффузный контроль конвенциональности, осуществляемый в конституционном судопроизводстве] // Revista Peruana de Derecho Público [Перуанский журнал публичного права]. 2015. № 31(16). P. 47–57.*

¹⁵⁷ См.: ст. 1 Конституции Мексики (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*).

¹⁵⁸ См.: Жалоба на нарушение конституционных прав и требование пересмотра (*amparo directo en revisión*) в Национальный верховный суд Мексики (*Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*) от 13 августа 2014 г. № 1640/2014. URL: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/-DetalleGeneralV2.aspx?ID=2007573&Clase=DetalleTesisBL>

¹⁵⁹ См.: Отдельный пункт ст. 2 Модельного иберо-американского кодекса судебного и внесудебного административного процесса (см.: *Grinover, Perlingeiroetal.* Op. cit. P. 111).

исполнительных функций должны быть подчинены принципу верховенства права, т.е. верховенству фундаментальных прав; б) независимое разрешение административных споров должно обеспечиваться не только судебной властью, но и самими органами административной власти.

Согласно позиции Межамериканского суда по правам человека обязанность эффективной судебной защиты относится не только к судам, но и к административным органам власти на двух разных уровнях: а) в случае реализации самими административными органами функции разрешения административных споров, по которым их решение является окончательным (не подлежит последующему судебному контролю), административные органы должны быть компетентными, независимыми, беспристрастными, заранее созданными, а также соблюдать надлежащую правовую процедуру¹⁶⁰; б) в случае исключительно исполнительных функций органа публичной административной власти и эквивалентных им (таких как разрешение споров, подлежащее полному судебному контролю) органы власти должны соответствовать п. 1 ст. 8 Американской конвенции по правам человека *только в той мере, которой достаточно*, чтобы предотвратить принятие необоснованного административного решения¹⁶¹.

Это означает, что с точки зрения прав человека законодатель обладает достаточными полномочиями по определению стратегии,

¹⁶⁰ По мнению МАСПЧ, “национальное законодательство должно обеспечивать, чтобы чиновники, законодательно уполномоченные осуществлять функции рассмотрения споров, соответствовали требованиям беспристрастности и независимости, которые предъявляются ко всем публичным органам, которые своими решениями устанавливают индивидуальные права и обязанности отдельных лиц...” (см.: п. 108 решения Межамериканского суда по правам человека по делу *Vélez Loor v. Panama* от 23 ноября 2010 г.). URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_ing.doc. Более того, в деле *Barbani Duarte et al. v. Uruguay* МАСПЧ расценил уругвайский административный трибунал (*Tribunal do Contencioso Administrativo*) как государственный суд, несмотря на то что это – рассматривающий административные споры орган, не входящий в судебную ветвь государственной власти Уругвая.

¹⁶¹ См.: п. 118, 119 решения Межамериканского суда по правам человека по делу *Claude-Reyes et al. v. Chile* от 19 сентября 2006 г. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf. В этом деле решение национального суда было отменено МАСПЧ как бесосновательное и как пример произвольного решения (п. 120).

чтобы поручить функцию рассмотрения споров (отправления правосудия) органам административной власти, предъявляя им те же требования, которые применимы к судам, и сокращая сферу действия судов, соответственно. Кроме того, из прецедентов МАСПЧ можно заключить, что административные функции чисто исполнительной природы должны исполняться административными органами, которые обладают надлежащей степенью независимости и технической компетентностью, чтобы основывать свои решения не только на строгой букве закона, но и на анализе фундаментальных прав.

7. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ СООБРАЖЕНИЯ

После двух столетий, в течение которых судебная система состояла только из судов общей юрисдикции, инициирование дискуссии о специализации судов не выглядит лучшим из возможных решений. Будущее латиноамериканской административной юстиции зависит от процессуальных гарантий надлежащей правовой процедуры в административной сфере. Эти изменения призваны заполнить лакуну, образованную недостатком специализированных административных судов в судебных системах.

Более того, прецедентное право МАСПЧ, установившее “*диффузный контроль конвенциональности*”, осуществляемый национальными административными органами, было бы совместимо с созданием административной структуры, включающей учреждения, аналогичные *квазисудебным органам* или *административным трибуналам*, типичным для систем общего права, которые требовали бы независимости и беспристрастности, а также органов разрешения споров, обладающих достаточными юридическими знаниями для того, чтобы учитывать в своих решениях Конвенции по правам человека и Конституцию.

В этом контексте административные решения должны находиться в рамках правила, однозначно определяющих сферы полномочий административных органов на основе следующих критериев: (1) разграничения между а) *толкованием в соответствии с Конституцией и Американской конвенцией о правах человека* и б) *признанием неконституционности и неконвенциональности* (в результате действия или бездействия), (2) насколько

широка сфера действия обжалуемого административного акта или решения. Это должно предотвратить правовую неопределённость, создаваемую противоречивыми судебными решениями, и облегчить понимание того, что, как только суд постановляет изменить решение административного органа в пользу истца, позитивные последствия этого решения должны распространяться на всех лиц (даже не являющихся непосредственно участниками спора), находящихся в той же фактической ситуации.

Необходимая степень административной специализации в рамках судебной власти обратно пропорциональна возможностям органов административной власти выполнять свою роль надлежащим образом. Чем эффективнее органы административной власти защищают фундаментальные права, тем больше граждане доверяют этим органам. Чем сильнее суд полагается на административные органы, тем меньше необходимости для судебной власти специализироваться в административном праве. В любом случае обязательно следует изменить процессуальные правила подведомственности (подсудности) таким образом, чтобы предотвратить появление проти-

воречивых судебных решений по одному и тому же административному акту, обжалованному разными истцами.

Таким образом, несправедливо возлагать всю ответственность за чрезмерное обращение в суды и неэффективность системы административной юстиции на фокус внимания судебной системы и процессуальное законодательство. Напротив, Латинской Америке нужно принять реальность её системы судов общей юрисдикции, рассматривающих как частноправовые, так и административные дела, одновременно плавно уменьшая контрольные полномочия судов в ходе административной реформы, основанной на принципе “*диффузного контроля конвенциональности*”, установленном прецедентами Межамериканского суда по правам человека. Такая реформа обеспечила бы уважение фундаментальных прав со стороны административных органов при осуществлении ими исполнительных функций и функций по разрешению споров, вынуждая их действовать в качестве инструмента реализации публичных интересов, а не как вещь в себе или в качестве агентов защиты своих собственных временных политических и финансовых интересов.

MODERN CHALLENGES FACING THE ADMINISTRATIVE JUSTICE OF LATIN AMERICA

© 2018 R. Perlingeiro

*Faculty of law of the Federal University Fluminense Niteroi,
the state of Rio de Janeiro, Brazil;
University of Estacio de Sa, Rio de Janeiro, Brazil;
Federal regional court of the 2nd region in Rio de Janeiro, Brazil*

E-mail: ricardoperlingeiro@id.uff.br

Received: 11.09.2017

The study is a critical comparative analysis of the systems of administrative justice in 18 Latin American countries that have signed the American Convention on human rights (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, the Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay and Venezuela). The article concludes that too many Latin American cases in the courts, seriously complicating the work of the administrative justice system, is explained as follows: the above-mentioned countries are former Spanish and Portuguese colonies – legal culture is a continental European, is based on Romano-Germanic law. But at the same time in these countries there is not quite correctly implemented unified judicial system (i.e. courts of General jurisdiction), typical for the administrative law of the Anglo-Saxon (General) law countries. Such a situation, in the author's view, could

be remedied by strengthening the public administration with regard to both its dispute-review functions and its purely Executive functions, by conferring on them the competence to act independently and impartially, based on the principle of legality, understood as the primacy of fundamental rights, similar to that understood in the doctrine of "diffuse control of conventionality" adopted by the inter-American court of human rights (monitoring compliance with the American Convention on human rights at the national level).

Key words: administrative justice, due process of law, Latin America, administration of justice, court, fair trial.