

# **Южнокавказский Юридический Журнал**

N 02/2011

Правовая защита против  
решений административных органов

## **South Caucasus Law Journal**

Vol. 02/2011

Legal Protection against  
the Decisions of Administrative Bodies

**Руководитель редакционной коллегии**  
Норберт Бернсдорфф

**Head of the Editorial Board**  
Norbert Bernsdorff

**Ассистент руководителя редакционной коллегии**  
Лия Шатберашвили

**Assistant of the Head of the Editorial Board**  
Lia Shatberashvili

**Редакционная коллегия**

Ваффедин Ибаев  
Гундуз Каримов  
Анар Багиров  
Карен Сардарян  
Ара Кубанян  
Ана Варданян  
Иракли Бурдули  
Паата Турава  
Натиа Цкепладзе  
Елена Филеева

**Members of the Editorial board**

Vaffadin Ibaev  
Gunduz Karimov  
Anar Bagirov  
Karen Sardaryan  
Ara Kubanyan  
Ana Vardanyan  
Irakli Burduli  
Paata Turava  
Natia Tskepladze  
Elena Fileeva

**Переводчики русского текста**

Тина Чохели, Лаша Каландадзе

**Корректор русского текста**

Лия Шатберашвили

**Translators of Russian text**

Tina Chokeli, Lascha Kalandadze

**Proof-reader of Russian text**

Lia Shatberashvili

**Переводчик английского текста**

Кети Вачадзе

**Корректор английского текста**

Брин Филип Рикардс

**Translator of English text**

Kate Vachadze

**Proof-reader of English text**

Bryn Philip Rickards

Журнал публикуется при содействии Немецкого Общества Международного Сотрудничества (GIZ). Взгляды, выводы и комментарии, приведенные в статьях не должны быть поняты как мнение Немецкого Общества Международного Сотрудничества (GIZ).

The Journal is published with support of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). Findings, conclusions and comments made in the journal do not reflect the opinion of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)

- © Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), 2011
- © Авторы статей, 2011
- © Снимок на обложке: Jacques Descloitres, MODIS Land Rapid Response Team

- © Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), 2011
- © Authors, 2011
- © Picture on the cover: Jacques Descloitres, MODIS Land Rapid Response Team

Электронная версия данного журнала доступна на сайте: [www.giz.de/law-caucasus](http://www.giz.de/law-caucasus)

The online version of the journal is available on the website: [www.giz.de/law-caucasus](http://www.giz.de/law-caucasus)

Эл. почта: [lawjournal\\_caucasus@giz.de](mailto:lawjournal_caucasus@giz.de)

Email: [lawjournal\\_caucasus@giz.de](mailto:lawjournal_caucasus@giz.de)

**ISBN 978-9941-9181-4-8**

**giz**



commissioned by  
Federal Ministry  
for Economic Cooperation  
and Development

## Содержание

## Content

От редактора 5

### Статьи

- В. Погосян, Г. Товмасын, Г. Мурадян  
*Основные положения закона Республики Армения  
„Об основах административной деятельности и  
административном производстве“* 7
- Экатеринэ Кардава  
*Иск о признании* 18
- Фархад Мехдиев  
*Административная дискреция и  
ее регулирование в законодательстве  
республик Южного Кавказа* 22
- Гор Оганесян  
*Отражение конституционного принципа защиты  
доверия в административном праве Республики  
Армения* 29
- Мубариз Хусейнов  
*Анализ схожих и отличительных черт  
гражданского и административного  
судопроизводства* 34
- Рафик Ханданян  
*Способы решения административно-  
правовых споров* 39
- Доктор Норберт Бернсдорфф  
*Правовая защита в свете решений  
административных органов – устное слушание  
и защита принципа неразглашения тайны в  
административном производстве, обязанность  
обоснования административно-правовых актов* 46
- Ульрих Хагенлох  
*Судейская независимость и судейское  
дисциплинарное право в Грузии и Германии –  
правовая защита судьи от действий  
вышестоящего по службе* 56
- Алийев Наби Маис оглу  
*Создание административной юстиции как  
средства правовой защиты в Азербайджане* 72
- Паата Турава  
*Процессуально-правовое значение  
разделения правовых форм деятельности  
административного органа* 78
- Арам Орбелян  
*Принципы административного судопроизводства  
Республики Армения: принцип ex officio  
выяснения фактических обстоятельств дела* 84

Editorial 5

### Articles

- V. Poghosyan, Dr. G. Tovmasyan, G. Muradyan  
*Basic Provisions of the Law of Armenia “On the  
Fundamentals of Administrative Activities and  
Administrative Proceedings”* 128
- Ekaterine Kardava  
*The Claim on Recognition* 137
- Farhad Mehdiyev  
*Administrative Discretion and its  
Regulation in the Legislation of South  
Caucasian Republics* 141
- Gor Hovhannisyan  
*Analysis of How the Principle of Protecting Confidence  
in the Legal System is Reflected in the Administrative  
Law of the Republic of Armenia* 147
- Mubariz Huseynov  
*Comparative Analysis of the  
Features of Civil and Administrative  
Procedures* 152
- Rafik Khandanyan  
*Methods for Resolving Administrative  
Disputes* 156
- Dr. Norbert Bernsdorff  
*Legal Protection in the Light of Administrative  
Bodies’ Decisions – Oral Hearing and  
Non-Disclosure Protection in Administrative  
Proceedings and the Mandatory Substantiation of  
Administrative Acts* 162
- Ulrich Hagenloch  
*Judicial Independence and Judicial  
Disciplinary Law in Georgia and Germany:  
Legal Protection of the Judge from the  
Action of Superiors* 170
- Aliyev N. Mayis  
*The Establishment of Administrative Justice as a  
Means of Legal Remedy in Azerbaijan* 184
- Dr. Paata Turava  
*The Procedural and Legal Importance of Differentiating  
Between the Different Legal Forms of an Administrative  
Body’s Activities* 189
- Aram Orbelyan  
*Principles from the Administrative Judicial  
Proceedings of the Republic of Armenia: Using the  
Ex Officio Principle to Determine the Facts of a Case* 194

## Обзор судебной практики

- Тинатин Цхведиани  
*Толкование права собственности в практике Конституционного суда Грузии* 92
- Мери Джапаридзе  
*Подсудность административному суду при обжаловании некоторых административных актов* 99
- Доктор Норберт Бернсдорфф  
*Отчет о судебной практике Европейского Суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб против Азербайджана, Армении и Грузии за 2010 г.* 102

## Комментарии к судебным решениям

- Нино Кадагидзе  
*Особенности решения вопросов, возникающих в грузинском административном судопроизводстве в процессе рассмотрения споров, вытекающих из отношений трудового права* 107
- Елена Филеева  
*Европейский суд по правам человека: Дело Хаиндрава против Грузии* 111
- Нана Мчедлидзе  
*Европейский суд по правам человека: Дело Хаиндрава против Грузии* 114
- Нана Мчедлидзе  
*Европейский суд по правам человека: Дело Саномы Уиттеверс против Нидерландов* 120

## Сообщения

- Саломе Церетели-Стивенс  
*Южный Кавказ на пути к верховенству закона: обзор* 124

## Новости из региона

231

## Рецензия

- Лия Шатберашвили  
*Георгий Джугели: «Защита Капитала в Корпорации»* 234

## Case Law Review

- Tinatin Tskhvediani  
*Interpretation of the Right to Property In the Practice of the Constitutional Court of Georgia* 200
- Mery Dshaparidze  
*Appeals against Administrative Acts and the Jurisdiction of the Administrative Court* 206
- Dr. Norbert Bernsdorff  
*Report on the Court Practice of the European Court of Human Rights Regarding Individual Complaints against Azerbaijan, Armenia and Georgia in 2010* 209

## Comments on court decisions

- Nino Kadagidze  
*The Specifics of Resolving Issues that Occur During the Review of Disputes over Labour Relations: Examples from Georgian Administrative Proceedings* 214
- Elena Fileeva  
*European Court of Human Rights: Khaindrava and Dzamashvili vs. Georgia (#18183/05)* 217
- Nana Mchedlidze  
*European Court of Human Rights: Case Khaindrava v. Georgia* 220
- Nana Mchedlidze  
*European Court of Human Rights: Case Uitgevers B.V. v. the Netherlands* 225

## Reports

- Salome Tsereteli-Stephens  
*The South Caucasus on the Path to the Rule of Law: an Overview* 228

## News from the Region

231

## Book review

- Lia Shatberashvili  
*George Jugeli "Capital Protection in the Corporation"* 234

## От редактора

Общество международного сотрудничества Германии (GIZ) объединяет с 1-го января 2011 г. компетенции и опыт DED – Службы развития Германии, GTZ – Общества Технического сотрудничества Германии и InWent – Международного Центра повышения квалификации и развития, прилагая еще больше совместных усилий для осуществления проектов Федерального правительства Германии в области сотрудничества в рамках международного развития.

Программа GIZ «Консультации судебно-правовых реформ на Южном Кавказе», возникшая в 2010 г. в качестве продолжения «Навказской инициативы» Федерального правительства Германии, имеет региональные и транснациональные сети. В первую очередь, речь идет о содействии обмену опытом между странами Южного Кавказа, а также о распространении успехов и новаций.

Настоящее издание является вторым изданием Южнокавказского юридического журнала, инициированным региональной программой GIZ. Данный журнал вышел впервые в свет в 2010 году и был воспринят крайне положительно и в самом регионе, и за его пределами. Второе издание публикуется в 2011 году, что дает обоснованный повод надеяться, что ежегодное периодическое издание будет обеспечено и в будущем. Редакционная коллегия будет для этого принимать все необходимые меры.

И второе издание отображает идею, стоящую в основе юридического журнала, содействовать юридическому диалогу между представителями юридических профессий и обмену региональными и транснациональными знаниями и опытом. Нам удалось привлечь статьи высокого профессионального уровня, что содействовало повышению качества журнала. Среди авторов представлены почти все юридические профессии, что обеспечивает разнообразие мнений. Академические вопросы рассматриваются преподавателями вузов, практические вопросы - практикующими адвокатами и судьями.

Лейтмотивом второго издания Южнокавказского журнала является «Правовая защита против решений административных органов». После первого издания, которое было посвящено конституционно-правовой теме «защиты собственности», тут предлагается открытая общая дискуссия на тему, как гражданин может добиться защиты собственных прав против публичного

## Editorial

On 1 January 2011, the Society for International Cooperation of Germany (GIZ) was formed to bring together under one organizational umbrella the efforts of the Service for the Development of Germany (DED), the Society for Technical Cooperation of Germany (GTZ) and the International Centre for retraining and development (InWent). The goal of this merger was to foster more collaborative efforts in the development and implementation of the Federal Government of Germany's international cooperation projects.

The GIZ programme 'Advisory Services for Legal and Judicial Reform in the South Caucasus', established in 2010, has both regional and trans-national networks. In the first place, it is dedicated to facilitating an exchange of experience among the countries of the South Caucasus and the dissemination of successes, innovations and best practices.

One outcome of the regional programme's initiative is the present publication – the second South Caucasus Legal Journal. The first, published in 2010, was well received in the region and beyond. Thus, a second issue was soon underway, and its 2011 publication date provides reasonable hope that the Journal will become an annual periodical. The Editorial Committee will endeavour to ensure that this is the case.

The second edition reflects the idea behind the legal journal – to facilitate dialogue between representatives of legal professions and an exchange of regional and international knowledge and experience. For this issue, the Editorial Committee has succeeded in securing articles with high intellectual calibre. Moreover, this issue's authorship represents most legal professions, providing a broad approach and diverse opinion. Issues of academic interest are explored by university lecturers and professors, while practical matters are discussed by lawyers and judges.

The leitmotif of the second edition of the South Caucasus Law Journal is 'Legal Protection against the Decisions of Administrative Bodies'. After the first article on constitutional law and issues relating to property protection, a broad and informative discussion follows on the topic of how citizens can protect their personal rights when public administration infringes them. This includes an exploration of the minimum standards of administrative proceedings, including administration of justice in a lawful and constitutional state, the legitimacy of actions taken by the adminis-

управления. Предметом обсуждений являются, в первую очередь, минимальные стандарты административного производства, в том числе, судопроизводства в правовом и конституционном государстве, легитимация действий системы управления, функции административного производства и административного судопроизводства и соответствующих правовых регуляций, именуемых в Германии «конкретизированными конституционными правами». Почти все статьи касаются спорных вопросов и вопросов толкования новых процессуальных кодексов, имеющих в Грузии, Армении и Азербайджане весьма краткую историю. Примечательно, что данное обсуждение сравнимо с дискуссией, имеющей место в Германии с середины 70-ых годов в связи со вступлением в силу Административно-процессуального кодекса ФРГ.

В первой части журнала помещены статьи, посвященные теме второго издания, во второй же части представлены – так же, как это было в первом издании – анализ обзора судебной практики и замечания к судебным решениям. Информационные сообщения и рецензии на книгу завершают второе издание Южнокавказского юридического журнала.

Когда еще второе издание находилось на стадии окончательной редакции, началась работа по сбору статей для третьего издания. Следующее, третье издание должно выйти в свет к середине 2012 года и, согласно решению заседания редакционной коллегии от 17 марта 2011 г., должно быть посвящено теме «Правовой статус субъектов предпринимательских отношений».

Др. Норберт Бернсдорфф  
*Судья Федерального Социального суда,  
Кассель, ФРГ*

Цено Райхенбехер  
*Руководитель программы GIZ „Консультирование реформ права и юстиции на Южном Кавказе“*

tration system, the function of administrative proceedings and administrative judicial proceedings and the rights connected with them (Germany's so-called 'specified constitutional rights'). Almost all articles discuss the vexed issue of how to interpret procedural laws, which have a very short history in Georgia, Armenia and Azerbaijan. In many ways, the given discussion can be compared to the debates in Germany that started in the mid-1970s in relation to the enactment of Germany's Administrative Procedures Code.

Thus, the first part of the journal contains articles on this main theme. The second part, as in the previous issue, focuses on judicial practice and provides analysis and comment on judicial decisions. Finally, a report and a book review complete the second issue of the South Caucasus Law Journal.

While this second edition was being finalized, the process of inviting articles for the third edition commenced. Thus, the third edition will be published in mid-2012 and, according to the decision of the Editorial Committee's meeting of 17 March 2011, will be dedicated to the topic of "The Legal Status of Commercial Enterprises".

Dr. Norbert Bernsdorff  
*Judge of the Federal Court on  
Social Issues in Kassel, Germany*

Zeno Reichenbecher  
*Head of the GIZ Program "Advice on Legal and Judicial  
Reforms in the South Caucasus"*

## Основные положения закона Республики Армения „Об основах административной деятельности и административном производстве“

Г. Товмасян, к. ю. н., Г. Мурадян, LL.M. (Гейдельберг), В. Погосян, М.А. (Бонн)<sup>1</sup>

*Принятие фундаментального закона “Об основах административной деятельности и административном производстве” ознаменовало собой демонстративный разрыв с советской доктриной и все еще существующими постсоветскими традициями и реалиями административного права, которые в двух словах можно было охарактеризовать как право неограниченного административного принуждения. Пронизанный лучшими достижениями и новациями европейской правовой мысли новый, по сути революционный, закон, гармонируя с принципами современного правового государства, должен стать системообразующим фактором для взаимоотношений человека с исполнительной властью. Данная статья имеет целью осветить предысторию закона, его структуру и сферу действия, закрепленные в нем основополагающие принципы общего административного права, а также такое первостепенное явление, каким является “административный акт”.*

### I. Кодификация общего административного права

#### 1. Место и роль Закона в правовой системе

В течение новейшего исторического периода независимой Армении были приняты сотни законов (круг их инициаторов и авторов был не менее представительным), которые призваны были регулировать все сферы постоянно меняющихся общественных отношений.

Однако, в ряду принятых законов есть и такие, которые в практической плоскости предопределяют

и символизируют переход от прошлого к будущему, переход к новому качеству мышления, к новому типу отношений между человеком и государством.

К числу таких законов можно со всей определенностью причислить Избирательный кодекс РА, закон о Конституционном суде, в свое время действовавший закон о Президенте РА и т.д. Несколько забегаая вперед, отметим, что закон Республики Армения „Об основах административной деятельности и административном производстве“<sup>2</sup> займет свое место в ряду именно таких законов, определяющих переход от все еще господствующего у нас советского подхода к антропоцентричному гражданскому обществу. Это обуславливается важностью регулируемых Законом общественных отношений, содержанием регулирования и выбранными решениями.

Отчужденность Армении от процесса развития науки и практики в сфере государственности и права служила препятствием для полноценного понимания нами роли и значения государства как организации, учрежденной с целью обеспечения достойной и благополучной жизни и безопасности человека. Общественное развитие в советской Армении не только не гармонировало с обоснованными наукой и подтвердившимися на практике теориями и решениями, но и шло в прямо противоположном направлении. Отрицая достижения в сфере государственоведения и имея целью создание государства нового советского типа, апологеты этого государства исказили сущность государства как такового. Им не дано было понять, что государство не является самоцелью, что граждане борются за свою государственность, формируют государственные органы и наделяют их должностных лиц полномочиями, чтобы посредством их обеспечить достойную, благополучную и безопасную жизнь.

После продолжительного времени проживания в обществе, в котором доминировала сама власть, где теория естественных прав считалась буржуазной роскошью, а правовое государство и правовой закон - выдумкой, где для приобретения и утраты власти решающим был не вотум народа, а дворцовые интриги, довольно сложно за короткий срок освободиться от всего этого.

Несмотря на то, что прошло уже около двадцати лет, как советские порядки канули в Лету, тем не менее та реальность, что от власть предержащих зависит реализация того или иного права личности и его действительность, оказалась на редкость живучей. И сегодня во многих случаях неважно, какие ты имеешь права, на-

<sup>1</sup> Г. Товмасян является министром юстиции Республики Армения, Г. Мурадян – первым заместителем министра юстиции Республики Армения, В. Погосян является руководителем программы Немецкого Общества международного сотрудничества (GIZ) „Консультирование реформ права и юстиции на Южном Кавказе“ в Армении.

<sup>2</sup> Впредь, если не указано иное - Закон.

много важнее, к какому чиновнику ты можешь за ними „обратиться“ или сколько ты готов за это „заплатить“. Подобные явления не только стали нашими неразлучными спутниками, но и получили новое развитие в изменившихся условиях и укоренились вновь.

Пожалуй, каждый из нас может рассказать немало историй о бюрократии. Все мы прекрасно знаем, что неконтролируемая бюрократия - одна из причин коррупции, а также является препятствием для экономического развития. Бюрократический аппарат все растет и растет. Чиновничья должность - это самое надежное и доходное место. Чиновник до тех пор будет „вставлять палку в колеса“, пока гражданин не поймет, что лучше заплатить...<sup>3</sup>

В предшествующее время в Армении не была по достоинству оценена также та простая истина, что должностные лица не могут быть источником власти, что чиновники всего лишь принадлежащие к народу медиаторы между неотчуждаемой от народа властью и этим народом, не более того. Следовательно, их полномочия не принадлежат им по рождению и не являются неотъемлемыми. Они предоставлены этим должностным лицам единственными носителями власти в демократическом обществе - гражданами - и могут в любой момент подвергнуться изменениям или же завершиться, если эти должностные лица недостаточно или ненадлежащим образом служат делу претворения в жизнь основных прав и свобод человека.

Конституция предоставляет государству, его органам и должностным лицам столько полномочий и лишь такие полномочия, которые необходимы прежде всего для обеспечения прав и свобод человека.

Однако долгое время действовал (да и теперь подчас действует) неписанный закон, что в отношениях человек-государство правым всегда оказывалось второе. Более того, при таком уровне бюрократии, когда все в государстве служило воле власть предержащих, в сфере отношений человек-государство то и дело возникали курьезные ситуации. Неслучайно тогда появилось крылатое русское выражение „докажи, что ты не верблюд“.

Для того, чтобы добиться осуществления своих самых элементарных прав, гражданин зачастую тратил годы, и это еще не самая худшая ситуация. Большей частью человек после долгих лет борьбы за свои права вынужден был смириться с мыслью, что бороться против государства бессмысленно.

В Армении десятки законодательных актов, регламентирующих деятельность административных органов во многих случаях противоречили друг другу и не являлись надлежащей гарантией защиты прав и свобод физических и юридических лиц.

Изучение опыта развитых правовых государств свидетельствует о том, что из подобных ситуаций возможен только один выход: принятие единого кодифицированного акта, регулирующего отношения между физическими или юридическими лицами с одной стороны, и административными органами с другой.

Кодификация административного права по сравнению с гражданским и уголовным правом - сравнительно новый феномен<sup>4</sup>. Во многих государствах Европы реформы административного права сопровождались его кодификацией. С одной стороны, происходила систематизация той правовой материи, которая формировалась в результате судебной практики и под влиянием науки административного права, с другой стороны, постоянно совершенствовалось административное законодательство. Так, в Германии, где основные принципы и нормы общего административного права разрабатывались в течение десятилетий, соответствующий закон был принят только в 1976 г., причем против его принятия выдвигался тот аргумент, что тем самым администрация будет поставлена в необоснованно тесные рамки<sup>5</sup>. Во Франции, где такой кодификации до сих пор нет, ее противники, причем не только законодатель, но и специалисты административного права, опасаются, что законодательное закрепление принципов и правил административной процедуры станет помехой для дальнейшего развития и совершенствования административной и судебной практики.

Совершенно иной была ситуация в Армении после обретения государственной независимости, где не только отсутствовала какая-либо прогрессивная судебная практика в области административного права, но и сама эта отрасль зачастую отождествлялась с правом, регулирующим административные правонарушения. Робкие попытки регулирования в ограниченном объеме отношений между гражданином и государством, предпринятые в Советском Союзе с конца 60-х годов, не дали ощутимых практических результатов. Поэтому, когда в начале 2001-го года в Армении было принято решение о коренном реформировании общего административного права в соответствии с принципами правового государства, установленными Конституцией 1995 г., армянскому законодателю пришлось все начинать с чистого листа. На этом фоне вполне объяснимо, что законодатель по существу мог опираться только на те примеры, которые уже существовали в развитых странах и на практике доказали свою жизнеспособность.

<sup>3</sup> Карл Экштайн. „Административная процедура-основа административного процесса“, Конституционное право: восточноевропейское обозрение, 2002 г. N 4, с. 147.

<sup>4</sup> Подробнее о смысле и функции кодификации ср. O. Luchterhandt/R. Rubel/W. Reimers, Leitfaden zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, Jerewan 2008, S. 11 ff.

<sup>5</sup> Carl Hermann Ule, Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 4., neubearbeitete Auflage, Köln 1995, S. 38



## 2. Цели Закона

Принятие любого закона предполагает регулирование определенных отношений. В этом плане исключением не является также закон „Об основах административной деятельности и административном производстве“. Однако, с принятием каждого закона законодатель ставит перед собой определенные цели и задачи, и у него возникают определенные ожидания от предпринятого им именно такого регулирования отношений. Если попробуем обобщить цели и задачи этого Закона, то они будут выглядеть следующим образом:

1. в едином правовом акте регламентировать отношения, возникающие между физическими или юридическими лицами и административными органами;
2. обеспечить гласность административной деятельности;
3. предотвратить произвол административных органов;
4. предотвратить проявления коррупции;
5. обеспечить эффективную работу административных органов.

Примечательно, что подобные цели были намечены даже в странах, в которых пока и речи нет о кодификации общего административного права.

Так, Н. Салищева и Е. Абросимова, говоря о проблемах формирования в Российской Федерации института административной процедуры, выделяют следующие цели проекта федерального закона „Об административной процедуре“: -определить модель правового регулирования и его пределы, - сформировать основные понятия, применяемые в данной сфере правового регулирования, - установить соотношение федерального и регионального (субъектного) регулирования административных процедур, состав и задачи законодательства, - определить и раскрыть содержание основных принципов осуществления административных процедур, -сформировать общие принципы подведомственности административных дел, -определить правовой статус субъектов, участвующих в административных делах, -урегулировать процесс доказывания и оценки доказательств, -установить сроки осуществления административных процедур, -урегулировать стадии осуществления административных процедур, -упорядочить пересмотр решений, принятых в результате осуществления административных процедур.<sup>6</sup>

## II. Структура и сфера действия Закона

### 1. Регулируемые Законом отношения

В правовой системе любого государства роль административного права своеобразна.

Правовую систему можно охарактеризовать как совокупность всех правовых правил, которым личность

подчиняется во взаимоотношениях с другими лицами, или с государством и общиной.

Несмотря на свою целостность, правовая система подразделяется на различные сферы. Самым фундаментальным разделением правовой системы является ее деление на частное и публичное право.

Частное право регулирует отношения частных лиц друг с другом, а публичное -их отношения с государством как носителем публичной власти. Самой важной отраслью права является конституционное право, которое устанавливает краеугольные принципы и правила взаимоотношений между всеми государственными органами и органами местного самоуправления (органы публичной власти), и физическими или юридическими лицами. Эти принципы и правила обязательны не только для других отраслей публичного права, но и для всех отраслей частного права. Однако они имеют настолько общий характер, что нуждаются в конкретизации в целях обеспечения их практической применимости. В сфере публичного права такую конкретизацию обеспечивает, прежде всего, административное право, основной целью которого является правовая регламентация отношений органов исполнительной власти и физических или юридических лиц. Общеизвестно, что именно эти взаимоотношения часто затрагивают существенные интересы физических и юридических лиц, и что „осью“ общения публичной власти с физическими и юридическими лицами на самом деле становятся именно эти отношения.

Принятая в 1995 году Конституция Республики Армения (в настоящее время она действует в редакции от 27-го ноября 2005-го года) в качестве фундаментального принципа конституционного права РА закрепила положение о правовом государстве. Оно было включено в основы конституционного строя и является одним из конституционно-правовых признаков Республики Армения (ст.1 Конституции РА). Важнейшая реформа правовой системы Армении - принятие новой Конституции - в то время не оказало, однако, существенного воздействия на сферу отношений между гражданами, физическими лицами вообще, и административными органами. И это при том, что Конституция РА имеет непосредственное действие (ч. 1 ст. 6 Конституции РА).

Решения, затрагивающие зачастую жизненные интересы физических и юридических лиц, административные органы принимали на основании многочисленных законов и иных правовых актов, некоторые из которых все еще являлись доконституционными актами, пытавшимися по-разному конкретизировать положения как прежней, так и формирующейся правовой системы. Следует отметить, что механическая совокупность всех этих актов не могла обеспечить такой уровень и такую систему конкретизирующих требований Конституции правоположений, которые бы

<sup>6</sup> См. Н. Салищева, Е. Абросимова. „О проблемах формирования в Российской Федерации института административной процедуры.“ Конституционное право: восточноевропейское обозрение, 2002 г., N 4, с. 131.

повлияли на **качество** отношений между физическими или юридическими лицами и административными органами. Свидетельством тому является как масштабная коррупция, так и склонность административных органов к продолжению, а то и к приумножению „лучших“ бюрократических традиций советского периода. Все это явственно демонстрировало настоятельную необходимость радикально нового, достойного нового конституционного строя регулирования отношений физических или юридических лиц и органов публичной власти. Принцип „одна сфера - один закон“ или даже „один вопрос - один закон“, а также стремление законодателя к чисто ситуативным решениям не могли обеспечить единообразное осуществление конституционных предписаний в практических областях жизнедеятельности. Совсем наоборот: они часто искажали сущность или же подменяли собой эти предписания.

Решением вопроса могла стать только выработка единых принципов и правил деятельности всех административных органов и их законодательное закрепление. Только таким способом было возможно формирование в Армении основ общего административного права, которые, вне зависимости от той или иной области администрирования, регламентировали бы общие начала любой деятельности любого административного органа.

Эта идея была реализована в законе „Об основах административной деятельности и административном производстве“, первая статья которого устанавливает предмет регулирования.

Закон устанавливает основные начала административной деятельности, регулирует порядок принятия административных актов, их обжалования, а также действий и бездействия административных органов, регулирует отношения между административными органами и физическими или юридическими лицами, связанные с исполнением административных актов, административными расходами, а также с возмещением причиненного административной деятельностью ущерба (статья 1).<sup>7</sup>

<sup>7</sup> В отличие от закона Германии об административном производстве, основные идеи которого послужили толчком к созданию проекта армянского закона, последний закрепляет основные принципы любой административной деятельности, а также регулирует вопросы причинения вреда исполнительной властью. Он содержит универсальные для всего общего административного права положения, которые, скажем, в той же Германии проистекают из конституционного права и (или) были выявлены судебной практикой. В то же время немецкое учение об административном акте, которым завершается такой вид администрирования, как административное производство, было в сущности реципировано и нашло отражение в законе Армении. Примечательно, что консолидированное закрепление общих принципов правового государства применительно к административной деятельности практиковалось как в отдельных странах Западной Европы, в частности, иберийских, так и в Восточной Европе. Ср. Karl-Peter Sommermann, „Konvergenzen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten,“ DÖV, 55 Jahrgang, Heft 4, Februar 2002, S.139.

Субъектами регулируемых законом отношений выступают, с одной стороны, физические или юридические лица, а с другой - административные органы. Это означает, что не только граждане Армении, но и находящиеся или проживающие на территории РА граждане иных государств и лица без гражданства являются участниками этих правоотношений. Их участниками являются также действующие в Армении юридические лица.

Конкретизируя положения Конституции РА, законодатель закрепляет фундаментальные для всех административных органов принципы, составляющие стержень Закона.

Закон устанавливает также положения относительно принятия, вступления в силу, обжалования, принудительного исполнения издаваемых административными органами в результате административного производства и адресованных физическим и юридическим лицам индивидуальных правовых актов (административных актов).

Следовательно, во всех случаях, когда, например, гражданин обращается в административный орган для предоставления ему какого-либо права, в частности, по вопросу о предоставлении разрешения на предпринимательскую деятельность, или же во всех случаях, когда, например, административный орган по своей инициативе должен оштрафовать гражданина, скажем, за нарушение правил дорожного движения, возбуждается административное производство, в результате которого принимается адресованный этому гражданину административный акт. Во время административного производства Закон, помимо материальных прав, предоставляет гражданину также и ряд процедурных (процессуальных) прав (например, право на ознакомление с материалами административного дела, право быть выслушанным), которые дают ему возможность в максимальной степени защититься от произвола административных органов и активно участвовать во всем процессе принятия административного акта. С другой стороны, после выполнения им требований Закона административный орган вправе ожидать и требовать от гражданина исполнения вступившего в силу административного акта независимо от того, насколько неблагоприятным он является для гражданина (например, административного акта о сносе незаконно построенного гаража), конечно, если гражданин не инициирует процедуру административного обжалования или не обращается в суд

Нередки также случаи, когда деятельность административного органа завершается не принятием того или иного административного акта, а проявляется в совершении тех или иных действий, или же, наоборот, в виде воздержания от совершения истребуемых гражданином действий (например, когда административный орган, не отказывая гражданину в назначении

пенсии по его заявлению, просто оставляет его без ответа). Закон регулирует и такие случаи.

Известно, что административные органы не только административными актами, или же просто действиями или бездействием, но и своими нормативно-правовыми предписаниями нередко нарушают права физических и юридических лиц. Закон для всех подобных случаев устанавливает беспрецедентно детализированные и дифференцированные механизмы ответственности государства и общины, прямо исключая любые возможности безответственности или круговой поруки.

## 2. Сфера действия Закона

Закон имеет „дедуктивно-индуктивную“ симметричную структуру. После регулирования наиболее общих и фундаментальных вопросов касательно любой деятельности всех административных органов (раздел I), Закон переходит к конкретным вопросам, ограничиваясь регламентированием только завершающейся принятием административного акта деятельности административных органов (разделы II-VI), затем как бы вновь обобщает содержание предыдущих разделов в относящемся ко всем административным органам разделе, который устанавливает основания и порядок ответственности за причиненный всеми видами административной деятельности ущерб, включая способы возмещения этого ущерба (раздел VII).

В основе дифференциации сферы действия Закона лежит подход, продиктованный именно такой структурой Закона.

Положения Закона, касающиеся основных начал администрирования и ответственности административных органов (разделы I и VII), распространяются на всякую деятельность административного органа, осуществляемую в сфере публичного права (ст. 2, ч. 1).

Действие II-VI разделов Закона (административное производство, административный акт, производство по жалобе, производство по принудительному исполнению и административные расходы) распространяется на деятельность административных органов, завершающуюся принятием административного акта, причем действие разделов IV-VI распространяется помимо этого также и на такие действия или бездействие административных органов, которые приводят к фактическим последствиям для физических или юридических лиц (ст. 2, ч. 2).

Наряду с этим Закон определяет круг правоотношений, на которые его действие не распространяется. Перед этим, однако, законодатель счел важным то обстоятельство, чтобы в Законе особо выделялся общий принцип „*lex specialis derogat legi generali*“ (специальный закон преобладает над общим законом). Законодатель специально оговаривает, что „особенности административного производства по отдельным делам

устанавливаются законами и международными договорами Республики Армения“ (ст. 2, ч. 3). Такие особенности устанавливаются, в частности, законами: „О лицензировании“, „О градостроительстве“, „Об административных правонарушениях“ и т.д. Это означает, что во всех случаях, когда должно осуществляться административное производство, административный орган обязан выяснить, наличествуют ли специальные законы относительно вопросов, отнесенных к его компетенции, и определить, в какой степени подлежащий разрешению вопрос урегулирован в специальном законе. Если полностью, то при осуществлении административного производства административный орган связан только требованиями разделов I и VII Закона, а положения Закона, относящиеся к административному производству (разделы II-VI), не подлежат применению.

Однако, в специальных законах, регулирующих деятельность административных органов в различных областях, как правило, нет такого универсального и всестороннего регулирования, как в Законе. Это относится особенно к таким принципам административного производства (не путать с основными принципами административной деятельности), каковыми, к примеру, являются обязанность быстрого функционирования административного органа, обязанность выслушать участников производства и т. д. Из этого, конечно, не следует, что административный орган при осуществлении административного производства должен заниматься лишь количественным сопоставлением положений (общего) Закона и специальных законов и пытаться во всех случаях, независимо от фактических обстоятельств конкретного дела, все пробелы в специальном законе восполнить путем применения соответствующих положений Закона. Количественное сопоставление, конечно, необходимо для определения круга вопросов, не регламентированных специальными законами. Более существенным, однако, является следующий шаг: решение вопроса о том, применимы ли в особом административном производстве положения Закона. Для выяснения этого обстоятельства административный орган должен четко представлять принципиальные положения специального закона. Необязательно, чтобы они были включены в главу или раздел под заглавием „Принципы“. Достаточно, чтобы они предопределяли содержание других положений этого закона. Если, например, специальный закон предусматривает принципиальные положения, исключающие принцип быстрого функционирования административного органа, естественно, этот принцип не может применяться при решении данного вопроса.

Как уже отмечалось, законодатель выделяет правоотношения, на которые Закон вообще не распространяется. Это отношения, регулируемые нормами

процессуального права, участники которых существенно отличаются от участников урегулированных Законом правоотношений, кроме того, сам предмет регулирования также существенно отличается от предмета регулирования Закона. Процессуальные отношения регулируются в Армении Гражданско-процессуальным и Уголовно-процессуальным кодексами, законом о Конституционном суде, а с января 2008-го года - также и Административно-процессуальным кодексом.

Вышеизложенное выявляет ту щепетильность, которая требуется от применяющих Закон органов с целью правильного сопоставления различных сфер действия Закона и обеспечения единства правоприменительной практики. Об одном обстоятельстве правоприменитель должен помнить во всех случаях: дифференциация сфер действия Закона не подразумевает его структурной раздробленности. Для лучшего понимания сложной структуры Закона нужно всегда помнить, что раздел I Закона „поглощает“ в себя все остальные. Это означает, что действие этого раздела распространяется также и на те отношения, которые регулируются другими разделами. Вместе с тем необходимо отметить, что II и III разделы более общие по сравнению с IV и V разделами, поэтому если в последних, допустим, отсутствуют правила, предусмотренные во II разделе, то правила II раздела подлежат применению также и к отношениям, регулируемым положениями этих разделов. Иными словами, сфера действия Закона напоминает многослойную „пирамиду“, фундаментом которой являются положения первого раздела, положения второго и третьего разделов являются более общими („опорными“) по отношению к положениям четвертого и пятого разделов, а седьмой раздел - вершина пирамиды и, как и первый раздел, является общим для всей пирамиды. Шестой и восьмой разделы также очень важны: в одном случае регламентируется вопрос административных расходов, в другом - вступления Закона в силу и иные смежные вопросы.

Здесь уместно обратиться еще к одной проблеме. Весь Закон, со своими общими и частными положениями, как уже отмечалось, является более общим по отношению к законам, действующим в областях особого административного права, например, к законам, регулирующим градостроительство или социальное обеспечение. И если положения I, VII разделов, а также некоторые положения II раздела еще продолжительное время не будут входить в коллизию со специальными законами в силу отсутствия, а также невозможности включения в специальные законы подобных норм, то этого нельзя утверждать об остальных разделах.

### III. Краткое содержание Закона

#### 1. Основные принципы административной деятельности

Как уже отмечалось, с принятием Закона впервые в Республике Армения в одном месте, в конкретизированной форме были закреплены основные положения (общей части) административного права, часть из которых проистекает из Конституции РА. Это в первую очередь основополагающие принципы административной деятельности, большая часть которых является по существу конституционными положениями, которые, специально модифицировавшись применительно к административным органам, приобрели характер также и принципов административного права. Целью установления всех этих принципов является реализация в административном праве принципа правового государства.

И каковы же идеи, которые получили свое нормативное воплощение в лаконичной формулировке статьи 1 Конституции о том, что Республика Армения является правовым государством? А конкретнее - что это означает для исполнительной власти на общегосударственном и местном уровнях?

Это означает, в частности, **связанность административных органов основными правами и свободами человека, законность административной деятельности, достаточные гарантии защиты от их решений как в рамках системы административных органов, так и в судах, запрет произвола, соразмерность администрирования**. Из этого становится определенным, что эти, закрепленные в Законе важнейшие принципы, сами определяют и отражаются в других положениях Закона, особенно в принципах административного производства, которые не менее важны, скажем, для обеспечения законности уже в рамках административного производства. Причем, поскольку стержнем отношений между лицом и административным органом на практике является решение конкретных вопросов, а это возможно посредством принятия индивидуальных (административных) актов, ясно, что роль принципов административного производства трудно недооценить. Вместе с тем понятно, что нормы, придающие определенность и детализирующие абстрактное и предельно лаконичное содержание конституционных положений, не могли не иметь эпитета „основополагающий“. Кроме того, этот эпитет удостоверяет тот факт, что основы общего административного права в Армении после советского периода впервые подвергаются кодификации. Не секрет, что до принятия Закона обыденное представление об административном праве ограничивалось административными правонарушениями и административным арестом физических лиц, а для специалистов административное право представляло

собой, мягко говоря, бессистемное множество регулирующих многогранную деятельность исполнительных органов законодательных и подзаконных актов, к которому прилагался Кодекс об Административных правонарушениях РА.

#### *а. Принцип законности*

Этот принцип является одним из краеугольных основ правового государства. Если в государстве исполнительная власть осуществляется не правомерно, а произвольно, то соблюдение иных принципов лишается смысла, а данное государство не „в части“, а в целом превращается в противоправное и антидемократическое.

*Законность администрирования означает, что административные органы в своей деятельности не „свободны“, а связаны законом и правом. Эта связь проявляется в двух формах: в форме примата закона и оговорки о законе.*

#### *б. Принцип запрета на злоупотребление формальными требованиями*

Злоупотребление формальными требованиями закона является одним из самых „ярких“ и, наверное, самых частых проявлений „бюрократического подхода“ со стороны административных органов. Это одно из явлений, существенно способствующих возникновению атмосферы недоверия между административными органами и частными лицами, и „отчуждению“ общественности от власти, хотя такие проявления присущи не только административным органам.

Несомненно, формальные, процедурные требования необходимы, однако их применение не должно быть самоцелью. Административный орган не должен строго следовать форме, если это не обусловлено обстоятельствами дела и недопустимым образом усложняет частному лицу осуществление его прав.

#### *в. Принцип ограничения дискреционных полномочий*

Законодатель часто предоставляет правоприменителю право, исходя из конкретных обстоятельств, принимать одно из нескольких возможных правомерных решений, оставляя выбор этого решения на усмотрение административного органа.

Тем не менее, дискреционные полномочия административного органа никоим образом нельзя рассматривать как основу для произвола, а усмотрение - как абсолютную свободу действий административного органа. В случае отсутствия этого принципа административный орган мог бы действовать произвольно и сам определять цели и границы своей деятельности, что в правовом государстве недопустимо.

#### *г. Принцип запрета произвола*

Принцип запрета произвола означает, что административным органам запрещается проявлять дифференцированный (неравный) подход к одинаковым фактическим обстоятельствам, если нет никаких оснований для их различения. И, наоборот, они обязаны проявить индивидуальный подход к существенно различающимся друг от друга фактическим обстоятельствам. Иными словами, к существенно одинаковому должно относиться одинаково, а к существенно различному необходимо применить дифференцированный подход. Практическая важность этого принципа проявляется при осуществлении административными органами дискреционных полномочий.

#### *д. Принцип соразмерности*

Буквальное закрепление в Законе принципа соразмерности означает еще одну конкретизацию основополагающих конституционных положений в сфере общего административного права. Этот принцип в своем цельном виде впервые закрепляется в текущем законодательстве. Принцип соразмерности состоит из четырех элементов: *соответствующей праву цели*, а также *пригодности*, *необходимости* и *адекватности* избранных для ее достижения средств. Требование Закона, согласно которому применяемые административным органам для достижения определенной Конституцией и законами цели средства должны быть пригодными означает, что из нескольких, отнесенных к усмотрению административного органа средств он должен выбрать такое средство, которым он на деле может достичь цели. Если пригодных средств несколько, то из них должно быть выбрано средство, необходимое для достижения цели (наименее строгое, если этого достаточно для результата), а из нескольких необходимых-то из них, которое наиболее адекватно по отношению к преследуемой цели. Последний элемент, адекватность, на художественном языке можно назвать обязанностью достижения цели „малой кровью“ или правилом „не палить из пушки по воробьям“.

#### *е. Принцип большего*

Закон закрепляет также принцип большего. Здесь нужно отметить, что в действительности речь идет об известном еще римскому праву принципе „*a maiore ad minus*“- „большее включает меньшее“, который в наши дни рассматривается как общий принцип права, вне зависимости от его законодательной фиксации. Этот принцип гарантирует частному лицу, что административный орган не будет требовать от него совершения действий, если эти действия по своему (содержательному) объему охватываются уже совершенными этим лицом действиями.

### *ж. Презумпция достоверности*

Целью презумпции достоверности является создание взаимного доверия между административными органами и частными лицами, и, кроме того, укрепление равенства между ними. Документу, выданному административным органом, можно доверять в той же мере, что и заявлениям частного лица. В то же время так же, как должностное лицо административного органа подлежит ответственности за подлог документов или иные злоупотребления такого рода, подрывающие доверие общественности к этому органу, частное лицо также может быть привлечено к ответственности за сообщение административному органу ложных сведений.

Закон устанавливает, что „данные, сведения о рассматриваемых административным органом фактических обстоятельствах дела, предъявленные лицом, считаются достоверными во всех случаях, пока административный орган не доказал обратное“, и что „запрещается требовать от лиц документы и дополнительные сведения, подтверждающие предъявленные ими данные и сведения“.

### *з. Принцип экономичности*

Деятельность административных органов финансируется за счет выплаченных физическими и юридическими лицами налогов, пошлин и иных обязательных сборов. Это обстоятельство оправдывает заинтересованность общества в экономном и эффективном осуществлении административной деятельности.

В условиях действия этого принципа административные органы обязаны достигать целей административной деятельности, по возможности экономя средства, с наименьшими издержками. Однако этот принцип не только не предполагает, но и исключает ситуации, когда вышеуказанная экономия средств может привести к ненадлежащему осуществлению административными органами своих полномочий.

## **2. Принцип доверия в административном производстве**

Право на доверие к административному акту обуславливается тем обстоятельством, что административный орган обязан действовать в соответствии с принципом законности, принимая только правомерные административные акты. То есть, для частных лиц административный орган облечен таким авторитетом, что любая его деятельность, в том числе и принятие административного акта, рассматривается этими лицами как основанная на авторитете и ответственности публичной власти. Следовательно, к правомерности административного акта можно относиться с доверием, поскольку деятельность публичных органов в соответствии с законом является их элементарной конституционной обязанностью. Это проистекает, в част-

ности, из части 2 статьи 5 Конституции, прямо предусматривающей, что государственные органы, органы местного самоуправления и должностные лица вправе предпринимать только такие действия, на которые они уполномочены Конституцией или законами.

Следовательно, доверие частных лиц к существованию административного акта должно быть защищено и защищается правом. Это означает, что правовые последствия признания какого-либо благоприятного для частного лица административного акта недействительным или утратившим силу, как правило, не применимы к адресату этого акта, если его доверие к существованию этого акта подлежит защите. Исключения составляют лишь перечисленные в Законе случаи, когда частное лицо добилось принятия административного акта неправомерными способами или же когда публичные интересы в отдельных случаях превалируют над частным интересом адресата административного акта.

## **3. Административное производство**

### *а. Понятие административного производства*

Административное производство-это дорога, по которой управленческая деятельность приходит к своему логическому завершению, результируясь в виде административного акта. Правомерным должен быть не только основной результат этой деятельности, но и сам процесс его принятия.

*На языке Закона, административное производство- это деятельность административного органа, направленная на принятие административного акта (ст. 19 Закона). Из этого определения следует, что только такая деятельность административного органа охватывается понятием административного производства, которая нацелена на принятие административного акта. Любая другая деятельность, допустим, принятие нормативно-правового акта, реальный акт, находится вне рамок понятия административного производства (но охватывается более широким понятием администрирования). За этими рамками осуществляется также деятельность административного органа, имеющая целью решение внутренних организационных вопросов данного органа (например, привлечение служащего к дисциплинарной ответственности, действия по материально-техническому и финансовому обеспечению и т.д.).*

Стадиями административного производства являются:

- а) стадия возбуждения административного производства;
- б) текущая стадия;
- г) заключительная стадия.

Стадии административного производства разграничиваются статьей 20 Закона.

Стадия возбуждения начинается с момента подачи заявления частного лица о принятии соответствующего административного акта. Если административный акт должен быть принят по инициативе административного органа, то административное производство считается возбужденным с момента проявления административным органом инициативы.

Во время текущей стадии административного производства административный орган осуществляет все действия, необходимые для принятия административного акта (исследование фактических обстоятельств дела по собственной инициативе, проведение слушаний по делу, если в соответствии с законом это обязательно, либо если это необходимо, назначение экспертизы и проведение осмотра, допрос свидетелей, истребование от других административных органов дополнительных документов, и т.д.).

Заключительной стадией административного производства является принятие собственно административного акта, посредством которого заявление (жалоба) удовлетворяется или отклоняется. Административный акт должен быть принят также и в тех случаях, когда административное производство было возбуждено по инициативе административного органа, а если административный орган во время текущей стадии производства пришел к заключению, что необходимость в принятии административного акта отпала, то он не принимает его или объявляет о прекращении инициированного им производства.

С учетом некоторых объективных обстоятельств, например, когда необходимо предотвратить непосредственную опасность или же устранить последствия уже возникшей опасности, а также в иных предусмотренных законом случаях административное производство может не иметь стадии возбуждения и текущей стадии и ограничиваться только заключительной стадией.

#### *б. Основания возбуждения административного производства*

В соответствии с Законом, основаниями для возбуждения административного производства являются:

- а) заявление лица, а при обжаловании - жалоба;
- б) инициатива административного органа.

Под словом „лицо“, как мы уже отмечали, Закон подразумевает физических и юридических лиц, которые вносят заявление в компетентный административный орган о принятии соответствующего административного акта. При обжаловании те же лица подают в административный орган, принявший оспариваемый акт, или в вышестоящий по отношению к последнему административный орган жалобу против принятого административного акта, либо совершенного действия, или бездействия (ст. 30 Закона).

Возбуждение административного производства по инициативе самого административного органа может проявляться в форме непосредственного принятия соответствующего административного акта, но если его принятие требует определенного времени, то он должен быть принят в рамках общей процедуры, при надлежащем уведомлении участников о возбуждении производства.

#### *в. Сроки административного производства*

Закон устанавливает, что максимальный срок административного производства составляет 30 дней, предусматривая также, что иными законами могут быть установлены более короткие или более длительные сроки.

Такой подход законодателя базируется на том, что для принятия решения по какому-либо административному делу, а именно: для принятия административного акта, общий срок, предписанный им, будет реалистичным и достаточным для полного выяснения вопроса и решения его по существу даже при сложных делах, если нет оснований для приостановления или продления административного производства.

Тридцатидневный или предусмотренный иным законом более короткий или более длительный срок - это максимальные сроки, в течение которых административный орган обязан принять соответствующий административный акт (ст. 47 Закона). Из этого следует, что административный орган может принять административный акт и до истечения тридцатидневого или предусмотренного специальным законом иного срока.

В соответствии со статьей 36 Закона, *если после возбуждения административного производства административный орган располагает необходимыми для принятия соответствующего административного акта документами, им в достаточной степени установлены и уточнены обстоятельства данного дела, то административный орган обязан принять административный акт в течение разумного срока после установления упомянутых обстоятельств, не дожидаясь наступления общего или специального срока.*

Ранее в практике административных органов не были исключением случаи, когда в течение срока административного производства административный орган не принимал какого-либо решения, ставя обратившихся в этот орган частных лиц в тупиковое положение. Для прекращения подобной практики и повышения ответственности административных органов и их должностных лиц, а также для последовательной защиты требующих у административного органа принятия административного акта лиц, законодатель обратился к жесткому средству, заключающемуся в следующем: статья 48 Закона предусматривает, что в случае непринятия административного акта в уста-

новленный законом срок компетентным административным органом в результате возбужденного на основании заявления административного производства, соответствующий административный акт, требуемый в заявлении лица, считается принятым. В этом случае заявитель может приступить к осуществлению права, которое ему должно было быть предоставлено административным актом.

*г. Разносторонность, полнота и объективность административного производства*

Статья 37 Закона посвящена разносторонности, полноте и объективности административного производства. Это означает, что административный орган обязан обеспечить разностороннее, полное и объективное рассмотрение фактических обстоятельств дела, выявляя все его обстоятельства, в том числе и те, которые благоприятны для участников производства.

*Разностороннее, полное и объективное рассмотрение дела означает выяснение всех тех вопросов, которые касаются предмета административного производства.*

Следует обратить внимание на то, что разностороннее, полное и объективное рассмотрение дела является обязанностью административного органа, следовательно, в силу этого принципа административный орган не может быть ограничен сведениями (доказательствами), представленными участниками производства. Объективность административного производства предопределяет, что административный орган по своей инициативе, независимо от участников административного производства, обязан принимать необходимые меры, чтобы собрать необходимые для разрешения дела доказательства.

*д. Слушания в административном производстве*

Заслушивание участников административного производства – это по существу новый институт в административном праве Республики Армения.

Закон включает в себе некоторые процедурные институты (инструменты), одним из которых является заслушивание участников производства.

Процессуальное законодательство РА исключает принятие судебного акта без заслушивания участников судопроизводства, а в административном производстве, до принятия Закона, вынесение соответствующего решения без заслушивания участников производства считалось вполне правомерным. Однако, для установления всех обстоятельств дела и обоснования их соответствующими доказательствами, следовательно, для принятия правомерного решения по делу, необходимо, чтобы до его принятия административный орган прислушался к мнениям всех заинтересованных в исходе дела лиц, в особенности, если

должен быть принят неблагоприятный административный акт. Таково требование Закона.

*е. „Принцип одного окна“*

В практике административных органов нередки случаи, когда лицо для получения того или иного административного акта бывает вынуждено пройти через несколько административных органов и получить от них разного рода разрешения, одобрения, необходимые для принятия окончательного административного акта.

Не секрет, что для частного лица посещение и прохождение через более чем один административный орган – нелегкое дело, особенно с учетом все еще имеющих место бюрократических проволочек. Такие ситуации приводят к потере времени и повышают коррупционные риски.

Принимая эти обстоятельства во внимание, Закон предусматривает для преодоления подобных ситуаций процедуру, которую можно определить как „принцип одного окна“.

Необходимые для принятия окончательного административного акта разрешения, которые по закону уполномочены выдавать иные административные органы, должен получить тот административный орган, в который было направлено заявление, сам обращаясь в упомянутые органы, которые, в свою очередь, обязаны в порядке взаимной помощи предоставить запрашиваемые промежуточные акты (в соответствии с общими правилами Закона, эти акты могут быть благоприятными или неблагоприятными для частного лица).

Следовательно, в соответствии с „принципом одного окна“, частное лицо освобождается от обязанности получения необходимых для принятия основного административного акта документов, выдаваемых иными административными органами. Эта обязанность возлагается на административный орган, уполномоченный к принятию окончательного административного акта и осуществляющий с этой целью административное производство.

#### **4. Административный акт**

*а. Понятие административного акта*

Административный акт – это основной результат деятельности административных органов, которым завершается административное производство. Тем самым административный акт является одним из стержневых понятий административного права. Административный акт является тем основным инструментом управленческого аппарата, которым тот в одностороннем порядке регулирует свои отношения с конкретными частными лицами. Поэтому очень важно понять дефиницию административного акта и



то, чем он отличается от иных результатов управленческой деятельности.

Определение административного акта дается в части 1 статьи 53 Закона. В соответствии с ней, „административным актом является имеющее внешнее воздействие решение, распоряжение, приказ или иной индивидуальный правовой акт, который административный орган принял в сфере публичного права с целью разрешения конкретного дела, и направленный на установление, изменение, прекращение или признание прав и обязанностей лиц. Административный акт может быть адресован также какой-либо группе лиц, выделяющейся определенными индивидуальными признаками“.

Данное определение содержит в себе признаки, при одновременном наличии которых только и можно говорить об административном акте:

- принявший этот акт орган должен быть *административным органом*;
- он должен быть адресован *конкретному лицу или какой-либо группе лиц, выделяющейся определенными индивидуальными признаками*;
- он должен обладать *внешним воздействием*;
- он должен приниматься в сфере *публичного права*;
- он должен *устанавливать, изменять, прекращать или признавать права и обязанности лиц*.

В силу совокупности этих признаков административный акт отличается как от нормативного акта, так и от действия или бездействия (реальные акты), которые влекут за собой фактические (а не правовые) последствия для частных лиц.

В отличие от нормативного акта, административный акт регулирует конкретный вопрос и потому адресован определенному лицу или группе лиц, выделяющейся определенными индивидуальными признаками.

Основное отличие реального акта (например, выплата суммы, предоставление справки, предоставление информации, извещение, предупреждения, физические действия) от административного состоит в том, что реальный акт не обладает регулятивным характером. Он не регулирует конкретный вопрос (не устанавливает каких-либо прав и обязанностей), что, конечно, не означает, что он не имеет правового значения.

*б. Принятие административного акта, извещение о нем, вступление административного акта в силу*

Ст. 58 Закона определяет момент, когда административный акт считается принятым: для письменного административного акта это день его подписания, а для устного и имеющего иную форму административного акта- момент его обнародования. После принятия административного акта его адресаты извещаются о нем в предусмотренной статьей 59 За-

кона форме вручения или опубликования. Административный акт вступает в силу на следующий день после извещения о нем в установленном порядке, за исключением случаев, когда закон или сам административный акт предусматривают иной срок вступления в силу.

# Иск о признании

Экатеринэ Кардава<sup>1</sup>

## Краткий обзор

*В работе рассматривается административное процессуально-правовое средство защиты права – иск о признании. В работе автор заостряет внимание на большом значении этого института и на тех особенностях, которые характеризуют его. Рассмотрение темы обуславливается неоднородным подходом к указанному институту в судебной практике Грузии. Как отмечается в работе, для внедрения в судебную практику института иска о признании необходимо правильное понимание его сущности, в котором важную роль должен сыграть законодатель путём совершенствования нормы. Цель работы способствовать правильному укоренению в судебной практике указанного института.*

## I. Введение

Защита прав в стране - основной признак действующих процессуально-правовых норм. В зависимости от того, с каким соответствующим отрасли права процессом мы имеем дело, могут быть выделены конкретные процессуально-правовые цели. Например, гражданско-процессуальные нормы служат защите субъективных прав. Главнейшие цели процессуальных норм уголовного права представляют: защита публичных, общественных интересов посредством установления истины по делу, ресоциализация преступника и защита прав потерпевшего. Что касается целей административного процесса, они многообразны, хотя, в первую очередь, следует выделить защиту субъективного права и её твёрдую гарантию, для осуществления которой служат административно-процессуальные нормы. Кроме этой конкретной цели, важную роль административного процесса представляет контроль исполнительной власти и ускоренное, с минимальными затратами, экономичное ведение и решение административного спора.<sup>2</sup>

Достижение всего вышеуказанного, в частности целей административного процесса, возможно с использованием правовых форм защиты права, например, разных видов иска. Административное законодательство Грузии признаёт четыре процессуальных средства защиты права: 1. иск с требованием объявить административно-правовой акт недействительным и утратившим силу (статья 22 АПК); 2. иск с требованием издать административно-правовой акт

(статья 23 АПК); 3. иск с требованием осуществить деяние или воздержаться от осуществления деяния (статья 24 АПК) и 4. иск о признании (статья 25 АПК).

Из всех видов вышеперечисленных исков самым сложным по содержанию и построению является иск о признании. В то же время иск о признании - один из устойчивых правовых институтов среди видов защиты права, и его устойчивость проявляется в том, что поскольку иск о признании не вытекает из непосредственного осуществления материальных прав истца,<sup>3</sup> постольку он носит более широкий характер и предлагает истцу более разнообразный спектр защиты права. Так как иск о признании не вытекает из осуществления материальных прав, поэтому нет ожидания того, что правовые отношения всегда будут конкретизированы. Ввиду этого иск о признании уже приобретает особенное значение для того, чтобы выяснить (признать) права и обязанности.<sup>4</sup>

## II. Краткая история

Иск о признании как институт права нов не только для административно-процессуального права Грузии, но и для административных процессов Европы. В Едином административно-процессуальном кодексе Федеративной Республики Германии иск о признании появляется с 1961 года. Хотя история явствует, что этот институт начал внедряться на законодательном уровне в законодательных актах отдельных земель Германии уже с 20-ых годов прошлого века.<sup>5</sup>

Если заострить внимание на резонансе, возникшем после законодательного регулирования иска о признании в Федеративной Республике Германии, следует отметить, что, как это обычно наблюдается при введении нового института в той или иной отрасли права, первоначально законодательное регулирование иска о признании также вызвало большую критику. Это, наверное, было обусловлено страхом перед новизной.<sup>6</sup> Существующая критика касалась в основном того обстоятельства, как следовало определять посредством иска о признании абстрактные правовые отношения и обеспечить защиту от нормативного беззакония. Хотя иск о признании постепенно внедрялся в науку и практику административного права, и в конце концов, административисты сошлись на том, что защита права была возмож-

<sup>1</sup> Экатеринэ Кардава является доктором права, профессором Грузинского Университета г. Тбилиси

<sup>2</sup> Thomas Würtenberger – „Verwaltungsprozessrecht“, 2. Aufl. 2006, S. 1-7f.

<sup>3</sup> Peter Tettinger/Volker Wahrendorf – „Verwaltungsprozessrecht“, 2. Aufl. 2001, S.166

<sup>4</sup> Копалеишвили М., Схиртладзе Н., Кардава Э., Турава П., Учебник административно-процессуального права, 2008, с.359.

<sup>5</sup> Wolf Selb – „Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage“, Diss. 1997, S.17

<sup>6</sup> Wolf Selb – „Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage“, Diss. 1997, S.17

на именно посредством иска о признании, несмотря на то, что его содержание, в отличие от содержания других видов иска, характеризуется большими трудностями.<sup>7</sup> Это затруднение касалось в основном возможности права защиты посредством превентивного иска о признании. Первоначально считали, что защита права с помощью иска о признании была возможна только после издания конкретного акта, а не до издания акта<sup>8</sup>. Поэтому возбуждение иска с целью превентивной защиты права первоначально было отвергнуто административной наукой.

### III. Содержание иска о признании

В статье 25 Административно-процессуального кодекса Грузии законодатель формулирует содержание иска о признании и толкует, что «Иск о признании может быть возбужден по требованию установления права или наличия-отсутствия правовых отношений или объявления административно-правового акта ничтожным». Германский законодатель фактически аналогично толкует понятие признательного акта, хотя в Административно-процессуальном кодексе этих двух стран существующие толкования иска о признании всё же отличаются друг от друга. Первое отличие в этом вопросе грузинского законодательства от германского наглядно. В частности, грузинский законодатель толкует, что посредством иска о признании можно установить наличие-отсутствия как права, так и правовых отношений, а §43 Административно-процессуального кодекса Германии толкует, что иск о признании может быть возбужден (только) по требованию установления наличия-отсутствия правовых отношений. Мы можем видеть, что грузинский законодатель признание наличия-отсутствия права выделяет отдельно и не осмысливает его в рамках самих правовых отношений, ввиду чего в грузинской судебной практике<sup>9</sup> возникают большие трудности, для разрешения которых требуется впоследствии научный и практический анализ. Второе отличие между этими законодателями касается второй части содержания признательного акта, или грузинское законодательство толкует, что посредством иска о признании можно признать ничтожным административно-правовой акт, тогда как германский законодатель объявляет ничтожным только индивидуальный административно-правовой акт. Что касается признания ничтожности нормативных актов, здесь германский законодатель применяет совершенно другие процессуальные средства, которые

называются контролем норм, или перепроверкой законности нормативных актов.<sup>10</sup>

Содержание иска о признании даёт возможность истцу возбудить иск и потребовать установления отсутствия права или правовых отношений (негативный иск о признании) или возбудить иск и потребовать установления наличия права или правовых отношений (позитивный иск о признании). Мы видим, что законодатель предлагает истцу широкий спектр защиты права. Например, истец может иметь правовой интерес, чтобы установить (признать), что он не является участником конкретного налогово-правового отношения, в частности, он не обязан платить конкретный налог. В то же время истцу дается возможность требовать признания того, что именно он и есть участник конкретных правовых отношений, и это может стать целью установления в рамках иска о признании.

### IV. Установление наличия-отсутствия правовых отношений

Так как одну из целей иска о признании представляет установление наличия-отсутствия правовых отношений, необходимо определить, что есть правовое отношение и каково его содержание. Элементами правовых отношений являются право, обязанность и юридические факты.

В законодательных актах и правовой литературе часто встречается термин «правовые отношения», хотя ни один закон не даёт его легальной дефиниции. В литературе правовые отношения толкуются в материальном и процессуальном понимании.<sup>11</sup> Часть учёных толкует правовые отношения в материальном понимании как «жизненные отношения, упорядоченные нормами права».<sup>12</sup> Некоторые исследователи считают, что правовые отношения – это «правовые нити»,<sup>13</sup> связывающие между собой субъекты права. Ряд учёных подразумевает под правовыми отношениями, исходя из норм публичного права, отношения конкретного содержания как конкретного лица к другому лицу, а также конкретному предмету.<sup>14</sup> «Правовые отношения – это возникшая на основании правовых норм связь между лицами, которые имеют установленные нормой права и обязанности».<sup>15</sup>

Несмотря на различные формулировки и толкования, в них всё же можно заметить единую концепцию

<sup>10</sup> Thomas Würtenberger – „Verwaltungsprozessrecht“, 2. Aufl. 2006, S. 156

<sup>11</sup> Wolf Selb – „Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage“, Diss. 1997, S.21

<sup>12</sup> Wolf Selb – „Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage“, Diss. 1997, S.22

<sup>13</sup> Larenz – Allgemeiner Teil BGB, Kommentar 1989, §19 I

<sup>14</sup> Hufen – „Verwaltungsrecht“, 4. Aufl. München, 2000, S.349

<sup>15</sup> Алпаидзе Т., Введение в правоведение, 2008, с.288.

<sup>7</sup> Wolf Selb – „Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage“, Diss. 1997, S.17

<sup>8</sup> Wolf Selb – „Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage“, Diss. 1997, S.17

<sup>9</sup> Копалеишвили М., Схиртладзе Н., Кардава Э., Турава П., Учебник административно-процессуального права. 2008, с. 360.

того, что есть правовые отношения. В частности, во всех сформулированных авторами толкованиях ясно видно, что правовые отношения упорядочиваются нормами права и установление (упорядочение) этих отношений и есть цель правовых отношений.<sup>16</sup> Кроме этого, важную составную часть правовых отношений, без которой не могут существовать никакие правовые отношения, представляет субъективное право. Отсутствие субъективного права не может порождать правовых отношений, и, таким образом, субъективное право оказывается неотъемлемым элементом правовых отношений. Параллельно с субъективным правом обязанность, обязательство представляет собой элемент правовых отношений, который противопоставляется праву.

Что касается процессуального толкования правовых отношений, учёные считают, что правовые отношения происходят из юридических фактов, в частности, в результате деяния или бездействия.<sup>17</sup> В процессуальном понимании необходимо, чтобы правовые отношения происходили из реального факта, и не только предположительного или существующего в представлении.<sup>18</sup>

## **V. Требование установления наличия-отсутствия отдельных элементов правовых отношений посредством иска о признании**

Как мы отметили выше, согласно статье 25 Административно-процессуального кодекса, посредством иска о признании можно требовать установления не только конкретных правовых отношений, но и наличия-отсутствия конкретного отношения. Грузинский законодатель отдельно выделяет возможность установления (признания) права как независимого элемента правовых отношений, тогда как немецкий законодатель даёт истцу возможность требовать установления наличия-отсутствия только правовых отношений. Формулировка иска о признании, содержащаяся в статье 25 Административно-процессуального кодекса Грузии, предлагает истцу на первый взгляд широкий спектр защиты права. Часты случаи, когда истец имеет интерес только к признанию права, а правовые отношения не являются для него спорными. В таком случае происходит конкретизация требования истца, в частности, выявление того, что он желает установить – в целом правовые отношения или только элемента правовых отношений? В то же время следует отметить, что грузинский законодатель, выделяя только требование признания как один кон-

кретный элемент правовых отношений в качестве предмета отдельного требования, ничего не говорит о признании других элементов правовых отношений. Так, например, может ли обязанность, которая представляет собой элемент правовых отношений, стать посредством иска о признании объектом установления, или юридический факт как конкретное деяние или бездействие? Из грузинской судебной практики мы можем привести пример установления юридического факта путём иска о признании. В частности, в решении Коллегии по административным делам Тбилисского городского суда от 16 января 2008 года в связи с иском Т.А. перед судом был поставлен вопрос не об установлении наличия-отсутствия в целом правовых отношений, а только об установлении юридических фактов. В частности, истец требовал признать факт защиты диссертации. Суд, к сожалению, не рассудил, могло ли стать требование признания факта предметом требования иска о признании, и счёл, что требование истца выходит за рамки иска о признании и защита права должна быть осуществлена в соответствии со статьей 22 Административно-процессуального кодекса Грузии.

Интересно отношение к указанному вопросу немецких учёных и германской судебной практики. Несмотря на то, что германский законодатель не выделяет отдельно право как независимый объект иска о признании, наука и судебная практика считают допустимым установление отдельного требования об установлении наличия-отсутствия права в рамках иска о признании. Посредством иска о признании можно требовать не только установления наличия-отсутствия конкретных правовых отношений. Предметом иска о признании также может стать установление наличия-отсутствия составных элементов (например, права или юридического факта) конкретных правовых отношений.<sup>19</sup> Несмотря на судебную практику и толкования подобного рода некоторых учёных, в немецкой юридической литературе выявилось и другое мнение. Например, Тетингер указывает, что обычно только один, отдельно взятый элемент правовых отношений не может быть объектом иска о признании.<sup>20</sup> Хотя автор здесь же замечает, что конкретный элемент правовых отношений может стать объектом защиты иска о признании, если с ним связаны права и обязанности лица. Например, можно считать, что посредством иска о признании допустимо требовать установления (признания) членства конкретного лица в конкретной комиссии, поскольку с установлением этого факта связаны права и обязанности лица, которые могут быть связаны с вопросом установления его членства

<sup>16</sup> Wolf Selb – „Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage“, Diss. 1997, S.23

<sup>17</sup> Алпаидзе Т., Введение в правоведение, 2008, с.306.

<sup>18</sup> Kopp-„Verwaltungsgerichtsordnung“, Kommentar, §43

<sup>19</sup> Wolf Selb – „Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage“, Diss. 1997, S.28

<sup>20</sup> Peter Tettinger/Volker Wahrendorf – „Verwaltungsprozessrecht“, 2. Aufl. S. 166

в комиссии.

Часть учёных, которые выступают против того, чтобы посредством иска о признании можно было бы требовать установления наличия-отсутствия отдельных элементов правовых отношений, ссылаются на то, что если посредством иска о признании будет возможно установить наличие-отсутствие конкретных правовых отношений, то в будущем это даст основание истцу возбудить иск с требованием издания акта. В таком случае у нас будет такая картина: путём иска о признании станет возможно выяснение и решение тех мелких вопросов, которые могут представлять составную часть одного целого конкретного иска.<sup>21</sup>

Несмотря на приведенное выше различие во взглядах, на сегодняшний день и судебная практика, и наука считают допустимым также и установление наличия-отсутствия отдельных элементов правовых отношений посредством иска о признании, несмотря на то, что законодательство не выделяет отдельно этого вопроса.<sup>22</sup>

## VI. Заключение

Научный и практический анализ иска о признании является сложным и трудоемким вопросом. В рамках статьи мы попытались представить только содержание иска о признании относительно правовых отношений и элементов правовых отношений. Из общей характеристики содержания иска о признании мы увидели, что он включает в себя не только установление наличия-отсутствия правовых отношений, но его содержание связано с признанием ничтожности актов, превентивной защитой прав и др. Широкое содержание иска о признании даёт твёрдую гарантию защиты права. Мы увидели, что истец не должен ограничиваться только требованием установления (признания) наличия-отсутствия конкретных правовых отношений. Посредством иска о признании он имеет и возможность требовать установления только права или обязанности, или наличия-отсутствия юридических фактов.

Отдельное выделение грузинским законодателем права как защищаемого посредством иска о признании объекта показывает истцу многосторонние возможности защиты прав. Хотя в то же время выделение только права как объекта защиты иском о признании ограничило и поставило под вопрос требование признания наличия-отсутствия других элементов. По нашему мнению, грузинский законодатель, бесспорно, допускает возможность существования других элементов правовых отношений как объект отдельной

защиты, несмотря на то, что в практике эта тенденция не была принята единогласно. Как мы уже отметили выше, суд в конкретных случаях считает недопустимым, например, установление наличия-отсутствия отдельно взятого юридического факта и в частых случаях признаёт недопустимыми существующие иски с указанным содержанием.

В виде заключения хотим отметить, что выделение на законодательном уровне права как отдельного объекта иска о признании совершенно излишне и вместо наглядности создает своего рода недоразумение для судов. С целью дальнейшего совершенствования указанного вопроса считаем целесообразным изъять право как отдельный объект из статьи 25 Административно-процессуального кодекса Грузии и, наряду с установлением наличия-отсутствия правовых отношений, определить также возможность требования (признания) установления наличия-отсутствия элемента правовых отношений. Подобная формулировка окончательно искоренила бы в рамках иска о признании неопределённость при возбуждении требования установления наличия-отсутствия правовых отношений и их отдельных элементов. В таком случае можно было бы урегулировать указанную проблему как на практическом, так и на законодательном уровне. Именно благодаря такому решению вопроса суды не заходили бы в тупик во время возбуждения иска с требованием признания конкретного факта, а иски о признании чистого содержания по мотиву недопустимости не изымались бы из сферы рассмотрения суда. Создавшаяся обстановка будет способствовать реализации всесторонней защиты прав граждан, которым будет предоставлена возможность осуществлять эффективную и основательную защиту своих субъективных прав в рамках статьи 25 Административно-процессуального кодекса Грузии.

<sup>21</sup> Henke-„Feststellungsklage der ZPO-Grundfragen“, JA 1997, S.465-467

<sup>22</sup> Schwabe – „Verwaltungsprozessrecht“, S. 57; Eyermann/Fröhler – „VwGO“, §43, Rn.3

# Административная дискреция и ее регулирование в законодательстве республик Южного Кавказа

Фархад Мехдиев<sup>1</sup>

*Управление обществом и публичная администрация в целом осуществляются такими административными органами как министерства, советы, комиссии, департаменты и другие учреждения власти.<sup>2</sup> Они осуществляют эти функции посредством регулирования и принятия индивидуальных решений. Согласно концепции «правового государства», одним из составляющих которого является принцип законности, организация и функционирование административных органов должны осуществляться посредством закона. В соответствии с этим принципом, приказы и акты, налагающие обязательства на лицо, особенно те, которые ограничивают фундаментальные права и свободы, должны издаваться только в случаях, когда законодательство однозначно предписывает возможность такого ограничения<sup>3</sup>. Несмотря на то, что принцип разделения властей, принцип законности в своей абсолютной форме критикуются учеными, утверждающими, что эти два принципа слишком экстравагантны и что на самом деле они не работают<sup>4</sup> из-за широко распространенных и общепринятых дискреционных полномочий, необходимость предотвращения произвола в реализации властных полномочий до сих пор важна. Правовое регулирование и судебная практика должны включать необходимые стандарты для предотвращения произвола общественной администрации.*

## I. Бывшие советские республики и концепция дискреционных полномочий

Азербайджан, Армения и Грузия являются тремя бывшими республиками Советского Союза. Они обрели демократию своей политической системой и стараются установить верховенство права в публичной администрации. Верховенство права создает не-

которые ограничения для органов государственного управления и защищает граждан от несправедливого правления различных административных органов и их произвола. Никто не спорит, что должно быть установлено верховенство закона, таким образом вопрос состоит в том, какими эффективными правовыми средствами располагают республики для установления соответствующего правового порядка.

В советские времена принцип верховенства права и законности административных органов отсутствовали как понятие в советской юриспруденции, законодательстве и практике. Принцип законности внесен в азербайджанскую Конституцию в результате референдума, проведенного 18 марта 2009 года. Статьи 71 и 72 Конституции были изменены. Но ещё до конституционных изменений принцип был приведен в статье 11 Административно-процессуального Кодекса Азербайджана<sup>5</sup>. Согласно статье 11 данного закона, «административные органы должны соблюдать положения закона» и «административные органы могут ограничить права и свободы лица исключительно в случаях, установленных законом».

Одним из классификаций административных полномочий является разделение между обязательными (связывающими) и дискреционными полномочиями<sup>6</sup>. Обязательные полномочия (функции) не предоставляют административным органам свободы выбора причин, содержания или процедуры при принятии административного акта или действия, так как вопрос регулируется правовой нормой. Таким образом, обязательные полномочия на самом деле могут оцениваться как обязательство и функция, и судебное рассмотрение такого действия не создает серьезной проблемы для юриспруденции. Следует напомнить, что полномочие и право являются разными концепциями в публичном праве. Судья старается определить, налицо ли фактические или правовые элементы оспариваемого акта (решения).

Но дискреционные полномочия обладают отличительными свойствами. Несмотря на то, что законодательство устанавливает рамки, пределы дискреционных полномочий и их цели, административный орган пользуется некоторой свободой в процессе установления причин принятия акта, применяемых методов и его содержания<sup>7</sup>. Административная дискреция зачастую является также неофициальным правом, несмотря на то, что дискреционные полномочия могут проявляться как официально принятые<sup>8</sup>. Неофициальные

<sup>1</sup> Д-р Фархад Мехдиев является директором Департамента «Международное Право» Кавказского Университета, Азербайджан. В настоящее время он является приглашённым научным сотрудником программы Фулбрайт на Юридическом Факультете Университета Джордж Вашингтон.

<sup>2</sup> Jowell Jeffrey, Law and Bureaucracy, Administrative Discretion and the Limits of Legal Action, Dunellen Publishing Company, 1975, с.1

<sup>3</sup> Gozubuyuk Seref, Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), 1 Cild, p.33

<sup>4</sup> Davis Kenneth C, *Discretionary Justice*, University of Illinois Press, 1973, p.31

<sup>5</sup> Закон принят 21 октября 2005 года, вступил в силу 1 января 2011 года.

<sup>6</sup> Фархад Мехдиев, "İnzibati mülahize selahiyetinin hüquqi rejimi", журнал Кавказского университета, № 18, 2006, с. 62

<sup>7</sup> Akyılmaz, Sezginer, *İdare Hukuku Dersleri*, (Konya: Mimosaz Kitabevi, 2003), с. 69

<sup>8</sup> Warren Kenneth F., *Administrative Law* (St.Paul Minnesota: West Publishing Co, 1982), с.312

дискреционные полномочия означают действия или отказ от «инициирования, наказания, переговоров, примирения, заключения контрактов, консультирования, сокрытия, планирования, дачи рекомендаций и осуществления надзора<sup>9</sup>». На самом деле, все законодательные органы без исключения, во всем мире осуществляют эти действия<sup>10</sup>.

Вкратце это означает, что дискреционные полномочия – это «свобода административных органов для выбора различных вариантов решения вопроса<sup>11</sup>. Эти варианты могут быть связаны как с материальными, так и с процедурными вопросами. В зависимости от тех прав и интересов, на которые они могут оказать воздействие, предусматриваются различные гарантии, меры предосторожности и условия при реализации дискреционных полномочий.

Комитет Министров Совета Европы принял рекомендацию R (80)2 «О реализации дискреционных полномочий административными органами». В соответствии с Рекомендацией, термин «дискреционное полномочие» означает право, которое оставляет административному органу некоторую свободу в отношении выбора решения из нескольких юридически допустимых решений; административный орган может выбрать решение, которое административный орган считает наиболее приемлемым для данной ситуации. При этом надо заметить, что если даже и существует некоторая свобода в определении и в оценке со стороны администрации, совершенно ясно, что степень свободы, предоставленная законодательством, должна применяться объективно и справедливо и не должно иметь место злоупотребление или произвол<sup>12</sup>. В противном случае, не осталось бы разницы между правомерным и самоуправным администрированием. Как отмечает Европейский Суд по Правам Человека, в противном случае отличие между законным администрированием и самоуправством было бы «иллюзорным».

К сожалению, ни правовая теория, ни практика (прецедентное право) Советского Союза или какой-либо бывшей советской республики, не вносили ясности в правовой режим (статус) или в ограничения дискреционных полномочий. Трудно сказать, считали ли советские власти, что на дискреционные полномочия не должны или не могут быть возложены никакие ограничения, и ясности в этом вопросе не существует. На данный момент суды с неохотой идут на судебные слушания по разбирательствам, связанным с оспариванием дискреционных полномочий, и не используют никаких стандартов надзо-

ра. Такая ситуация обязывает нас сформулировать стандарты и ограничения, которые должны соблюдаться административными органами при вынесении решений и их реализации.

## II. Необходимость предоставления административной дискреции

Целью административных функций является обеспечение общественного интереса путем удовлетворения общих социальных потребностей и нужд<sup>13</sup>. С другой стороны, принцип законности административных полномочий тоже направлен на удовлетворение общественного интереса<sup>14</sup>. Но, на самом деле, невозможно предугадать или учесть все обстоятельства общественной жизни. К тому же, некоторые вопросы требуют профессиональных навыков, знаний и опыта, чего подчас лишён законодательный орган. Именно поэтому законы, как правило, предоставляют административным органам некоторую долю гибкости, обеспечивая администраторов/ управленцев возможностью выбора наилучшего решения для удовлетворения общественного интереса<sup>15</sup>. С другой стороны, язык закона иногда неопределен и неоднозначен. Если в законодательстве существует какой-нибудь недочет или недостаток, ситуация может привести административный орган к принятию быстрых и необходимых шагов для исправления таких недостатков.

Технологическое развитие, как, например, интернет, также воздействует на государственное управление; в данном контексте мы используем технические средства как механизмы для осуществления общественного обслуживания (предоставление услуг населению). Но технология улучшается и меняется ежедневно - именно поэтому предусмотрение методов исполнения общественных услуг формальным законодательством не является верным методом для лучшего удовлетворения публичного интереса. Административные органы обладают большими средствами и лучшим знанием технологий, чем законодательные органы. Для оказания эффективных государственных услуг по допустимым ценам, лучше предоставить административным органам возможность принятия решений в вопросах осуществления и реализации административных функций. Полное устранение всех дискреционных полномочий и невозможно и нежелательно. Согласно Дейвису, упразднение всех дискре-

<sup>9</sup> Дейвис, Кеннет, Административное Право: Казусы-Текст-Проблемы (Ст. Пол Минесота: Уест Паблшинг Ко, 1977), с. 441

<sup>10</sup> Дейвис, Дискреционное Правосудие, с. 36

<sup>11</sup> Massay, Administrative Law, (LUCKNOW: EASTERN BOOK COMPANY, 2001), с. 54

<sup>12</sup> Европейский Суд по Правам Человека, дело Handyside v. the UK, 07.12.1976, параграф 49

<sup>13</sup> Мехдиев Фархад, *Inzibati Idareetme Huququ (Баку, Кавказ Университи Пресс, 2008)*, стр 126

<sup>14</sup> Верлинг Жан-Мари, Осуществление судебного контроля над администрированием в Европе: прогрессивная конструкция общей модели, Сигма Пабликешнз, Февраль 2005, с. 5; см. <http://www.sigmaxweb.org/dataoecd/33/40/35676763.pdf>

<sup>15</sup> Европейский Суд по Правам Человека, Олсон против Швеции, 24.03.1988, параграф 61 а

ционных прав для достижения цели было бы полным безрассудством<sup>16</sup>.

К тому же, мы должны отметить, что в демократиях требуется *inter alia* ответственность государственных служащих. Принцип ответственности требует некоторой степени свободы и дискреции для того, чтобы государственные служащие несли ответственность за свои действия<sup>17</sup>.

Европейский Суд по правам человека подчеркивает необходимость дискреционных полномочий для государственных органов: они обладают некоторой степенью оценки (дискреции) для удовлетворения общественного интереса или определения «строгой социальной потребности»<sup>18</sup>. Таким образом, можно утверждать, что административная дискреция является необходимостью для осуществления эффективного государственного администрирования, которое не может осуществляться без определенной доли свободы выбора регулирования и разрешения дела.

### III. Цель административной дискреции

Всеобщим принципом европейского права является убеждение, что дискреционное полномочие должно предоставляться законом<sup>19</sup>. В некоторых случаях мы можем наблюдать эту делегацию полномочий в таких выражениях как «для обеспечения безопасности граждан» или «для защиты прав других лиц». Но иногда таких четких выражений нет, и в таких случаях цель административной дискреции может интерпретироваться в соответствии с *ratio legis* конкретного закона. К тому же, мы не должны забывать, что окончательной целью административной функции является реализация общественного интереса.<sup>20</sup> Данное правило применимо ко всем случаям до тех пор, пока в закон не введут более узкие виды общественного интереса как «общественный порядок», «здравоохранение», «безопасность» или «мораль».

Если мы просмотрим решения Европейского Суда по правам человека, в случаях, где суд старался определить, было ли вмешательство в права граждан законным, Суд в первую очередь проверяет, преследует ли административный акт законную цель или нет. Таким образом, мы понимаем, что государственные ор-

ганы не могут преследовать цель, если она не установлена и легитимирована законом. Отклонение от этой цели незаконно и является произволом<sup>21</sup>. К примеру, в тексте Европейской Конвенции по Правам Человека, в контексте статей 8, 9, 10 и 11 такие цели упомянуты в прямом и узком понимании - как «государственная безопасность», «общественный порядок» или «общее здравоохранение и мораль». В случае статьи 1 Дополнительного Протокола 1 (право на собственность), в случае такого изъятия/конфискации имущества как экспроприация, государственные органы должны ориентироваться на всеобъемлющий и общий «общественный интерес».

### IV. Сферы осуществления дискреционных полномочий

В процессе применения дискреционных прав очевидно, что они могут вступать в конфликт с индивидуальными и законными правами. Некоторые естественные права (человека) не могут быть ограничены только административными решениями (например, право на свободу или право не стать жертвой насильственного труда). Административные органы не имеют права вмешиваться или регулировать эти права, иногда их ограничение может осуществиться только в случае судебной гарантии, как, например, в случае заключения (лишения свободы).

Некоторые права, как, например, право на неприкосновенность личной жизни, свобода вероисповедания, свобода самовыражения или объединения могут быть ограничены для такой легитимной цели, как общественная мораль. Но в силу важности этих прав в демократических государствах, Европейская Конвенция по Правам Человека устанавливает строгие рамки для ограничения таких прав<sup>22</sup>.

Большинство прав считаются правами человека или законными правами. Они предоставляются государством и, соответственно, могут ограничиваться соответствующими законами. Корпоративные, анти-трастовые и антимонопольные регуляции являются хорошим примером таких законных прав. Как правило, административная дискреция применяется в случае такого регулирования, ее цель здесь ясна: обеспечение справедливой конкуренции и квалифицированного обслуживания, защита прав потребителей и безопасность рынков, и т.д. Если соответствующий закон не говорит о каких-либо ограничениях, объеме и стандартах обязательной дискреции, то эти правила должны быть приняты соответствующими адми-

<sup>16</sup> Дейвис, Дискреционное право, с. 43

<sup>17</sup> Джон Пфифнер и Роберт Престус, Государственное администрирование, Рональд Пресс Ко Нью-Йорк, 1953, 3-е издание, с. 523

<sup>18</sup> Санди Таймс- Решение от 26 апреля 1979 года, параграф 59

<sup>19</sup> В американском праве существует известное, Так называемое «Шевронское дело». Прецедентное право указывает на то, что административный орган имеет право регулировать или решать вопросы, если язык закона неоднозначный и неясный. Административный орган не обладает дискрецией, если закон ясно указывает на то, что административный орган не обладает таким правом.

<sup>20</sup> Мехдиев, *Inzibati Idareetme Huququ*, с. 132

<sup>21</sup> Сейяд Керимов, Гюнес Велиева, *Inzibati İcraat Haqqında Qanun Kommentariyası*, Баку, 2006, с. 152

<sup>22</sup> Европейский Суд по правам Человека, Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani против Италии, 2.02.2001, параграф 19-21; Сисс против Франции (2002), параграфы 44-46; Лингенс против Австрии, 08.07.1986



нистративными органами для создания эффективной основы для судов в целях проведения судебного слушания<sup>23</sup>.

## V. Объем и границы дискреционных полномочий

Несмотря на необходимость дискреционных полномочий, правила их применения и судебного контроля являются причиной долгих обсуждений и диспутов<sup>24</sup>. Принцип верховенства права предусматривает принятие стандартов по применению дискреции, которые выполняют роль основного отличительного признака легитимного публичного администрирования. На самом деле, иногда это требование не соблюдается теми законодателями, которые делегировали право создания правил административным органам.

В различных юрисдикциях такие стандарты определяются или законодательством, или прецедентным правом. Например, в США, Административно-Процессуальный Акт (APA), параграф 706 устанавливает такие стандарты, также имеется судебный прецедент Окружного Суда Вашингтона, Округа Колумбия и Верховного Суда Америки, тогда как в Великобритании Палата Лордов разработала соответствующий объем рассмотрения<sup>25</sup>. Согласно шведскому праву, рассмотрение административной дискреции проводится судами, и они применяют такие стандарты контроля, как несоблюдение процедуры, установленной законом, нарушение права заинтересованного лица или нецелесообразное применение данных полномочий<sup>26</sup>.

Даже если не существует четких, законом установленных стандартов судебного рассмотрения, судам придется столкнуться с этими вопросами, как в прецедентном деле Государственного Совета Франции. Названная Рекомендация Комитета Министров Совета Европы четко отмечает важность судебного контроля. Вместе с этим, суды не должны вмешиваться в деятельность органов исполнительной власти и издавать конкретные указания в нарушение принципа разделения властей<sup>27</sup>. Объем судебного рассмотрения должен ограничиваться только стандартами законности, а не существом (целесообразностью) дискреции<sup>28</sup>. Стандарты применения дискреции должны быть изданы административными органами (если не установлены зако-

ном), но не судами; функция судов ограничивается осуществлением контроля над этими стандартами на основе положений высших правовых норм. Цель дискреции и соответствующих законов по-прежнему является основным стандартом в наиболее неопределенных и двусмысленных делах.

Мы коснулись рассмотрения стандартов административной дискреции, но мы не упоминали о том, что именно должно произойти, если законодательство не содержит четкие положения по этому поводу. Во-первых, нужно упомянуть общеевропейские стандарты; затем мы затронем те, которые установлены в Азербайджане.

Комитет Министра Совета Европы в 1980 году издал соответствующую Рекомендацию,<sup>29</sup>. Рекомендация содержит важные критерии применения дискреционных полномочий. Эти критерии можно вкратце суммировать следующим образом:

- a. полномочия должны применяться только в случаях, установленных законом и для достижения установленной цели;
- b. дискреционные полномочия должны применяться объективно и справедливо;
- c. должен применяться принцип равенства перед законом и правила, запрещающие дискриминацию;
- d. пропорциональность, как соответствующий баланс между любого рода отрицательным эффектом, должна быть принята во внимание;
- e. дискреционные полномочия должны быть применены в разумные сроки;
- f. должна соблюдаться последовательная административная практика, которая предписана административными инструкциями, а также должны учитываться обстоятельства каждого дела индивидуально. В случае, если административный орган отклоняется от установленной административной практики, то лицо, на которое это оказало отрицательное воздействие, должно быть информировано о причинах такого отклонения;
- g. Процедурные правила принятия административного решения должны быть открыты для граждан или предоставлены любому лицу по его требованию;
- h. Применение дискреционных полномочий должно контролироваться судом или другим независимым органом на предмет правомерности; такие органы должны быть компетентными для получения необходимой информации для осуществления контроля над соответствующими административными актами.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> Дейвис, Дискреционное Право, с. 58

<sup>24</sup> Уоррен, с. 327

<sup>25</sup> Оруку Осин, *İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu ve Yargısal Denetimde Kullanılan Baslıca İdare Hukuku İlkeleri*, Онар Армагани, (Стамбул: Факультетер Матбааси, 1977), стр 660

<sup>26</sup> Европейский Суд по Правам Человека – Споронг и Леннрот против Швнции, 23.09.1982, параграф 43

<sup>27</sup> Ильхан Озай, *Günişliğinde Yönetim* (Стамбул, Филлиз Китабеви, 2004), с. 458

<sup>28</sup> Озай, с. 459

<sup>29</sup> Рекомендация № R (80) 2 «Об использовании дискреционных полномочий административными органами» (Приняты Комитетом Министров 11 марта 1980 года ев 316-й встрече Заместителей Министров)

<sup>30</sup> Karahanoğulları Onur, "İdari takdir yetkisinin kullanılmasında dair R(80) sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulunun Tavsiye Kararı", *Журнал Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 45, Sayı 14, Ankara 1996, с. 327

Подход Европейского Суда по Правам Человека выглядит немного иначе. В различных решениях Суд не раз отмечал, что власть государства имеет определенные границы дискреции и Европейский Суд по Правам Человека осуществляет надзор над ней. Дискреция не означает произвол. В противном случае, защита прав в соответствии с Европейской Конвенцией была бы иллюзией или всего лишь спекуляцией.

Конечно, применение стандартов Европейского Суда по Правам Человека по административным полномочиям невозможно во всех случаях даже можно утверждать, что они применимы всего в некоторых случаях. Суд изучает вопросы, связанные с нарушением только естественных (натуральных) прав, тогда как большинство дискреционных полномочий проявляется при других обстоятельствах. Но широкая интерпретация права собственности и права неприкосновенности личной жизни придает важность и значимость освещения этих стандартов.

ЕСПЧ использует следующие способы: как только устанавливается ограничение права, Суд проверяет и изучает, насколько такое ограничение преследует законную цель и предписано ли это законом. Концепция «предписанного законом» имеет особое значение в формулировке Европейского Суда по Правам Человека. Это не означает, что дискреционные полномочия должны основываться на законодательной базе, но язык закона должен быть четким и понятным, а результаты, последствия и методы правовых положений должны быть предсказуемы и понятны обществу. Такого рода правовые положения должны включать средства эффективной защиты лиц от произвола административных органов. В противном случае, национальные правовые нормы не соответствовали бы стандартам «предписанного законом»<sup>31</sup>.

На третьей стадии Суд изучает, отвечает ли ограничение стандарту «необходимости в демократическом обществе». Этот стандарт требует проверки по двум параметрам надзора. Первое - должна существовать «крайняя социальная необходимость». Второе - необходима пропорциональность между установленной легитимной целью и обсуждаемым ограничением<sup>32</sup>. В деле Хендисайд против Великобритании Суд отметил, что «необходимость» не означает «жизненную необходимость», «абсолютную необходимость», как это сформулировано в других статьях Конвенции, также это не означает, что ограничение может быть «допустимым», «обычным», «полезным», «разумным» или же «желаемым»<sup>33</sup>. Проверка пропорциональности требует «минимально возможного ограничения»

для обеспечения защиты предписанной легитимной цели. В случае *Олсон против Швеции* (1988 год) Суд отметил, что для наличия «необходимости» требуется «безотлагательная социальная потребность», которая должна быть соразмерной для достижения законной цели<sup>34</sup>.

Другим требованием для проверки пропорциональности является соответствующий баланс между интересами частного лица, на которого оказали воздействие дискреционные полномочия, и соответствующими интересами общества. При оценке того, нарушен или сохранен соответствующий баланс, необходимо учесть и изучить много различных факторов. Например, какие интересы общества защищаются дискреционным решением? Какова цель и объем дискреционного решения? Что является актуальной социальной потребностью, вследствие чего применяется данное ограничение?<sup>35</sup>

Для сохранения пропорциональности и баланса при применении дискреционных полномочий необходимо учесть еще один значительный принцип: является ли минимальное ограничение достаточным для достижения поставленной цели, было бы большее ограничение неоправданным и незаконным?<sup>36</sup>

## VI. Законодательство стран Кавказа по административной дискреции

Общие принципы государственного управления и некоторые положения Конституции, а также законодательство о государственной службе, также как и перечень нормативно-правовых документов о функционировании органов исполнительной власти регулируют правила для применения административной дискреции.

Годы советского правления полностью исключили верховенство закона в сфере государственного управления в советских республиках. Хотя, необходимо отметить, что после распада Советского Союза, бывшие советские республики начали создавать основные институты правового государства. Эти реформы коснулись и сферы административного права, а также области законности и правомочности. Грузия приняла Общий Административный Кодекс в 2000 году, а Армения приняла закон «Об Основах Административной Функции и Процедурах» в 2004 году, которые вступили в силу по сразу по принятии. Азербайджан принял закон «Об Административных Процедурах» в 2005 году, а Административно-Процессуальный Кодекс в 2009 году. Оба закона вступили в силу 1 января 2011 года. Данные законы содержат положения, напрямую

<sup>31</sup> Европейский Суд по Правам Человека, *Олсон против Швеции*, 24.03.1988, параграф 61(с)

<sup>32</sup> Алиев Интикам. *Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi, Şərhlər və Normativ Aktlar* (Баку: GISO Enterprise, 2006), с. 527

<sup>33</sup> Европейский Суд по Правам Человека, *Гендисайд против Великобритании*, 07.12.1976, параграф 48

<sup>34</sup> Европейский Суд по Правам Человека, *Олсон против Швеции* 24.03.1988, параграф .67.

<sup>35</sup> Алиев, страницы 371 и 372

<sup>36</sup> Мехдиев, *İnzibati İdarəetmə Hüququ*, с. 150

связанные с обсуждаемой темой. Азербайджанский и грузинский законы содержат статьи, как например статья 1, которые четко декларируют, что целью закона является «обеспечение уважения административными органами основных прав и свобод человека, общественного интереса, и господства права».

Необходимо отметить, что упомянутые законы были разработаны в сотрудничестве с организацией GIZ. На самом деле, некоторые части законов аналогичны и очень схожи с положениями соответствующего закона Германии *Verwaltungsverfahrensgesetz* – Административно-Процессуального Кодекса.

Статья 14 «Применение дискреционных полномочий» закона Азербайджана определяет, что административные органы должны применять дискреционные полномочия в пределах, установленных законом. Это положение не предусматривает какие-либо объективные меры оценки и имеет больше символическую нагрузку, но в то же время вводит важный принцип: дискреционные полномочия не означают произвол, они имеют предел и подлежат контролю. В таком случае, статья 14 предоставляет практические критерии, причем дискреционные полномочия должны применяться соразмерно цели, для которой такие полномочия были даны (принцип пропорциональности). Действительно, возможно определить назначение дискреционных полномочий на разумных основаниях<sup>37</sup>. Мы можем обнаружить аналогичные положения и в законе Армении (Статья 6), и в Общем Административном Кодексе Грузии (статья 6).

Та же статья запрещает реализацию тех дискреционных полномочий, которые неоправданно нарушают права и интересы личности и соответствующих сторон. Это другая форма выражения проверки пропорциональности. Принцип пропорциональности содержится в статье 17 закона Азербайджана. В ней говорится, что любое ограничивающее действие, предпринятое административным органом, должно быть пропорционально (необходимо и оправдано) назначенной цели и в связи с содержанием, объемом, временем и местом осуществления такого действия. Соответствующий закон Армении (статья 8) и закон Грузии (статья 7) содержат аналогичные положения.<sup>38</sup>

Дискреционные полномочия должны основываться на конкретных объективных стандартах, обстоятельствах и фактах. Эти объективные факторы, выраженные в административных решениях, предоставляют возможность судебного контроля над административным актом<sup>39</sup>. Обоснование администра-

тивной дискреции конкретными фактами является требованием закона Азербайджана (статьи 24 и 61). Например, в случае если дискреционные полномочия предоставлены с оговоркой «применять в случае необходимости», то тогда административное решение должно содержать факты и объективные предлоги для оправдания и обоснования такой необходимости. Это положение очень важно, так как в противном случае контрольные органы будут лишены возможности определения дискреционности решения и не смогут установить, было ли решение произволом или нет<sup>40</sup>. В соответствии со статьей 47.2 закона Азербайджана, лица и заинтересованные стороны административного решения могут выразить притязание на предоставление оснований для принятия того или иного решения; административный орган обязан ответить на такие претензии в письменном виде. В законах Грузии (статья 53) и Армении (статья 57) содержатся аналогичные положения.

Применение принципа равноправия также обязательно. Статья 10 вышеупомянутого Закона Азербайджана довольно четко устанавливает, что административные процедуры применяются во имя установления верховенства права и общепринятых принципов закона. А также, статья 12 «принцип равенства» устанавливает этот принцип на базе некоторых критериев по административной практике. Закон устанавливает, что административный орган не имеет права издавать другие решения в случаях с одинаковыми фактами, административные органы не имеют права соблюдать разные процедурные правила и инструкции при применении полномочий. Эти защитные механизмы эффективны и обеспечивают определенную защиту против произвола. Соответствующий закон Армении (статья 7), а также статьи 4 и 8 Кодекса Грузии содержат аналогичные положения<sup>41</sup>.

Вышеуказанный принцип «минимального ограничения» приведен в статьях 14.3 и 17 закона Азербайджана. Закон содержит положения, в которых говорится следующее: во время применения дискреционных полномочий административные органы должны избегать применения необязательных и необоснованных ограничений по отношению к заинтересованным лицам. Условия пропорциональности также должны соблюдаться.

Ввиду того, что азербайджанский закон был принят позже, чем в других закавказских странах, закон обеспечивает некоторую степень участия заинтересованных лиц в процессе издания дискреционных

<sup>37</sup> Керимов, Велиева, стр 149

<sup>38</sup> Шульц, «Административное Право и Осуществление Реформ Правительственных Агентств в пост-коммунистических государствах», эл-журнал *Gosudarstvennoe Upravleniye*, № 18, март 2009 года, с. 6. Также смотрите: <http://e-journal.spa.msu.ru/images/File/2009/18/Schultz.pdf>

<sup>39</sup> Фанк Уильям, Шапиро Сидни, Уивер Рассел –

Административные процедуры и практика, Ужст Груп, Сейнт Пол, Миннесота, 2001, с.311

<sup>40</sup> Деви Ричард, Шапиро Сидни «Правительственные преимущества и господство права: к теории судебного рассмотрения на основе стандартов, Обзор Административного права, том 58, № 3, лето 2006 года, с. 502

<sup>41</sup> Шульц, с.5

решений. Статья 16 закона констатирует, что заинтересованное лицо может предъявить претензию на надлежащее применение дискреционных полномочий. Закон не дает объяснения понятию «надлежащее применение» и как его толковать. «Баланс интересов» является надлежащей мерой, которая смогла бы быть использована при определении «надлежащего» применения административной дискреции.

## VII. Заключение

Несмотря на то, что административно-процессуальное законодательство стран Кавказа аналогично закону Германии, довольно сложно гарантировать то, что реальная административная функция и практика сходны с практикой Германии. Административная функция является одной из основных функций и она тесно связана с конституционной и политической системами.

Грузия имеет более богатый опыт и практику применения и осуществления соответствующего закона. Армения и Азербайджан испытывают недостаток правомерности в сфере государственного управления. Тем не менее, все еще присутствует скептицизм по поводу демократии и господства права в этих странах<sup>42</sup>. Отчет, подготовленный Центром Международного Частного Предпринимательства, отмечает, что Грузия должна будет пройти долгий путь для достижения достаточного осуществления закона<sup>43</sup>. Институты Совета Европы периодически издают некоторые документы, в которых выражается озабоченность по положению прав человека и демократии на Южном Кавказе<sup>44</sup>.

Страны Кавказа находятся в процессе трансформации и перехода к демократическому обществу. Независимая судебная система, борьба с коррупцией и обеспечение прозрачности, выполнение международных обязательств, а также уважение и соблюдение прав человека являются важнейшими задачами для достижения господства права и надлежащего управления<sup>45</sup>. Совету Европы и Европейскому Сообществу предстоит сделать многое для того, чтобы помочь этим странам в проведении реформ, нацеленных на достижение эффективной публичной администрации.

Таким образом, в странах Кавказа ожидается воздействие законодательства на административ-

ную практику, при этом следует уделять больше внимания на соответствующие принципы верховенства права.

<sup>42</sup> Филипп Пан «Грузия, страна, застрявшая на пути к демократии», Вашингтон Пост, 9 марта 2009 года

<sup>43</sup> <http://www.cipe.org/pdf/publications/fs/PSI.pdf>

<sup>44</sup> смотрите документ 11995 от 17 июля 2009 года, Комитет Министров, принятый на 1063-ем заседании заместителей министров (8 июля 2009 года); Парламентская Ассамблея, резолюция 1609 (2008); документ 11117 от 20 декабря 2006 года, Отчет Комитета Мониторинга

<sup>45</sup> Международная Финансовая Корпорация «Грузия: после трех этапов реформы лицензирования», Тбилиси, 2008, с.10

# Отражение конституционного принципа защиты доверия в административном праве Республики Армения

Гор Оганесян<sup>1</sup>

## I. Сущность принципа защиты доверия

### 1. Конституционно-правовая основа принципа защиты доверия

Защита доверия является правовым принципом, который требует защищать доверие граждан к правовой системе. Часть ученых выделяет данный принцип из принципа правовой безопасности, который в свою очередь является неотъемлемой частью принципа правового государства, а другая часть из принципа добросовестности<sup>2</sup>. Кроме этого, в юридической литературе используется принцип социального государства, а чаще основные права (право на свободное развитие личности, право собственности и наследственное право) а в некоторых случаях также равенство перед законом<sup>3</sup>: Принцип защиты доверия в немецком праве вытекает из конституционного принципа правового государства (статья 20 Основного закона ФРГ) а, например, в Швейцарии основой данного принципа является запрет произвола (статья 9 Федеральной конституции Швейцарии). Конституционно-правовой основой принципа защиты доверия в армянском праве является вытекающий из закрепленного в статье 1 Конституции РА принципа правового государства принцип правовой безопасности, который обосновывает юридическую силу правовых (в том числе административных) актов вне зависимости от ошибок.

### 2. Отражение принципа защиты доверия в публичном праве

Принцип защиты доверия в публичном праве отражается в том, что в своих действиях гражданин имеет право доверять существующему правовому положению, и в случае изменения законов положения, ухудшающие правовое положение гражданина, не могут иметь обратную силу. Изначально каждый должен быть убежден, что его правомерное действие в дальнейшем не будет иметь для него отрицательных последствий (*защита доверия*)<sup>4</sup>.

## II. Принцип защиты доверия в административном праве

### 1. Общие положения

Конституционный принцип защиты доверия находит свое отражение почти во всех отраслях права: в уголовном праве (*nulla poena sine lege*), в гражданском праве (институт добросовестного приобретателя), в налоговом праве (*nullum tributum sine lege*) и в других. Принцип защиты доверия в административном праве в основном проявляется в том, что административные акты, улучшающие правовое положение лица (благоприятные), могут быть признаны недействительными в части их действия только в будущем (*ex nunc*), но не в прошедшем времени (*ex tunc*), либо в случае отсутствия достойной защиты доверия<sup>5</sup>.

Согласно ранее действовавшему правовому принципу, в соответствии с требованием законности администрирования, неправомерные административные акты, как правило, могли быть признаны недействительными в любое время. В середине 50-х годов прошлого века в немецкой судебной практике произошли коренные изменения.

Она отошла от ранее распространенного правового подхода и, ссылаясь на принцип защиты доверия, существенно ограничила возможность признания недействительными благоприятных правовых актов<sup>6</sup>.

Отправная точка для гражданина и административного органа в сфере администрирования различна. Гражданин заинтересован в том, чтобы сохранялись благоприятные для него административные акты, а административные акты вмешательства признавались недействительными даже в том случае, когда их уже невозможно оспорить даже с формальной точки зрения. Административный орган, наоборот, должен неуклонно стремиться к тому, чтобы неправомерные административные акты, даже с опозданием, признавались недействительными, вне зависимости от того, являются ли они благоприятными, или административными актами вмешательства. Таким образом, гражданин будет настаивать на доверии к улучшению своего правового положения даже в том случае, если оно неправомерно, а административный орган попытается восстановить законность администрирования, даже если это приведет к ухудшению правового положения гражданина. Таким образом, защита доверия ***contra законность***<sup>7</sup>:

Фактически на вопрос признания недействительными благоприятных административных актов влия-

<sup>1</sup> Гор Оганесян является магистром юриспруденции (Mag. iur., Ереван), магистр управленческих наук (Mag. rer. publ., Шпайер/Германия), главный специалист экспертно-аналитического отдела юридическо-консультативного управления Конституционного Суда РА, докторант университета Гумбольдта, Берлин.

<sup>2</sup> Bull, Hans Peter/Mehde, Veith: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2005, S. 344.

<sup>3</sup> Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 291.

<sup>4</sup> Bull, Hans Peter/Mehde, Veith: Allgemeines Verwaltungsrecht mit

Verwaltungslehre, Heidelberg 2005, S. 74

<sup>5</sup> Там же с. 344:

<sup>6</sup> Maurer, Haronut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 291.

<sup>7</sup> Bull, Hans Peter/Mehde, Veith: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2005, S. 74.

ют два противостоящих друг другу принципа. Принцип законности администрирования, требующий восстановить законное положение и в соответствии с этим признать недействительным неправомерный административный акт, как всегда достоин уважения. Однако, ему противостоит эквивалентный принцип защиты доверия<sup>8</sup>, требующий учитывать доверие заинтересованного лица к стабильности (неизменяемости) административного акта, принятого административным органом и в соответствии с этим оставить в силе неправомерный административный акт<sup>9</sup>.

Во всяком случае вопрос признания недействительным административного акта не может рассматриваться только с точки зрения законности, защита доверия также должна учитываться. Так как в случае с благоприятным неправомерным административным актом эти два принципа входят в противоречие с друг другом, необходимо в каждом конкретном случае проверять, какой принцип имеет более весомую силу, и, исходя из того, что является более весомым – законность, или защита доверия, утвердить, либо отказать (полностью, либо частично) в признании недействительным административного акта. Таким образом, административный орган имеет право признать недействительным благоприятный неправомерный административный акт только в том случае, если принцип защиты доверия не противодействует решению данного вопроса<sup>10</sup>.

## 2. Принцип защиты доверия в законе РА Об основах администрирования и административном производстве ЗОААП

### а) ЗОААП: часть 3 статьи 63

В административном праве Армении неправомерный административный акт (как благоприятный, так и административный акт вмешательства) может в любое время полностью либо частично признаваться недействительным (часть 5 ст. 63) в своем действии (часть 1 статьи 64) как на будущее (*ex nunc*), так и в прошлом (*ex tunc*). Фактически, вопрос о том, в каком объеме и в какой части действия во времени признается недействительным административный акт, оставлен на усмотрение административного органа. Принцип свободы признания недействительным административного акта основан на принципе правомочности государственных органов, совершать только такие действия, на которые они уполномочены Конституцией или законами (часть 2 статьи 5).

<sup>8</sup> Осознание этого обстоятельства и стало причиной изменения судебной практики

<sup>9</sup> Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 291

<sup>10</sup> Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 292

Так называемая свобода признания недействительными (свобода в пределах дискреционных полномочий) благоприятных (в законе об этом не указывается, хотя должно обязательно указываться) административных актов в любом случае значительно ограничивается частью 3 статьи 63, согласно которой неправомерный административный акт не может быть признан недействительным, если адресат акта имеет право доверять его существованию, и продолжение действия данного административного акта не может причинить вред правам какого-либо лица, РА, либо какой-то общины.

Фактически на основании части 3 статьи 63 защита доверия предоставляется при наличии одновременно следующих двух условий:

1. адресат административного акта имеет право доверять его существованию
2. продолжение действия данного административного акта не может причинить вред правам какого-либо лица, РА, либо какого-то муниципалитета.

Утвержденное законом первое условие полностью непонятно. Прежде всего, непонятно, что означает право доверять существованию правового акта. Нет никакой необходимости доверять существованию административного акта, так как лицо либо знает, либо не знает о существовании административного акта. Защита доверия невозможна, если у бенефициария административного акта не сформировалось доверие, например, если он в связи со своим отсутствием не был осведомлен о существовании административного акта.

Конституционный принцип защиты доверия требует, чтобы защищалось доверие заинтересованного лица не к существованию административного акта, а к его стабильности. В каждом конкретном случае требуется выяснить, доверяло ли лицо стабильности административного акта, и в какой мере. Заинтересованное лицо может доверять стабильности административного акта, если неточность административного акта не входит в сферу его ответственности, или если оно не знало, либо не обязано было знать о незаконности акта<sup>11</sup>.

*В соответствии с параграфом 2 части 3 статьи 63 ЗОААП адресат административного акта имеет право доверять существованию административного акта, если он уже использовал или распорядился полученным на основании административного акта, а также, если возвращение полученного на основании административного акта может нанести ущерб его адресату» а в соответствии с частью 4 той же статьи: адресат административного акта не имеет права доверять существованию административного акта, если он: а. добился принятия соответствующего административно-*

<sup>11</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 41.

го акта посредством взятки, угроз или умышленного введения в заблуждение должностного лица административного органа, б. добился принятия соответствующего административного акта посредством предоставления поддельных документов, либо представил документы не в полном объеме, в. заранее знал, либо, на основе доступных для него сведений, должен был знать о незаконности административного акта.

Очевидно, что положения параграфа 2 части 3 статьи 63 ЗОААП и положения части 4 той же статьи не соответствуют друг другу, так как, если адресат административного акта в случае наличия указанных в части 4 данной статьи обстоятельств не имеет права доверять его существованию, значит он будет иметь право доверять существованию административного акта в случае отсутствия упомянутых обстоятельств, то есть, как уже было указано, если вопрос неправомочности административного акта не входит в сферу его ответственности, либо если он не знал, или не обязан был знать о незаконности правового акта. Следовательно, в условиях действующего правового регулирования, остается нерешенным вопрос, будет ли адресат административного акта иметь право доверять существованию данного административного акта, если одновременно имеются в наличии условия, соответствующие требованиям положений параграфа 2 части 3 статьи 63 и части 4 той же статьи, то есть, если лицо уже использовало полученное на основе административного акта, добившись его принятия, к слову, посредством дачи взятки, либо предоставления поддельных документов.

На основе вышеуказанных замечаний можно утверждать, что в действительности законодатель в параграфе 1 части 3 статьи 63 должен был вести речь не о праве доверять существованию административного акта (абсолютно непонятная формулировка), а ограничить возможность признания недействительным благоприятного административного акта настолько, насколько адресат административного акта доверял стабильности этого акта, при условии, что это доверие достойно защиты.

Доверие, как правило, достойно защиты, если бенефициарий использовал предоставленное, либо распорядился имуществом, которое он больше не сможет вернуть, либо его возврат связан с неприемлемыми убытками. Фактически, законодатель, используя непонятную логику, в параграфе 2 части 3 статьи 63 в качестве условия права доверия к существованию административного акта представил часто встречающийся в практике типичный пример, когда доверие лица просто считается достойным защиты. Однако этот типичный пример не исключает другие случаи защиты доверия. Он только утверждает тот масштаб, на основа-

нии которого должны оцениваться другие случаи<sup>12</sup>.

Что касается второго условия («..продолжение действия данного административного акта не может причинить вред правам какого либо лица, РА, либо какой-то общины»), то необходимо сразу отметить, что утвердив его в качестве обязательного условия защиты доверия, законодатель полностью лишил смысла конституционный принцип защиты доверия. Как уже неоднократно отмечалось, доверие лица защищается как раз от общественного интереса в признании неправомерного административного акта недействительным. Короче говоря, если существует неправомерный административный акт, значит и государство, и общество всегда заинтересованы в признании этого акта недействительным, и в восстановлении законного состояния, то есть, наличие неправомерного административного акта всегда противоречит интересам государства и общества. Весь смысл принципа защиты доверия состоит как раз в том, что если существует достойное защиты доверие, то необходимо в каждом конкретном случае взвешивать эти два противоречащие друг другу интереса<sup>13</sup>, и в зависимости от того, какой интерес в данном случае более весомый, отдавать предпочтение этому интересу. **Вопрос о том, превосходит или нет общественный интерес восстановления законного положения доверие заинтересованного лица в отношении стабильности административного акта, решается исходя из особенностей каждого конкретного случая.** Принципиально, ни общественный интерес, ни, как правило, индивидуальный интерес преимущества не имеют.

**Для признания недействительными административных актов вмешательства нет необходимости в обозначенных условиях. Признание недействительными подобных административных актов улучшает положение заинтересованных лиц, следовательно их устранение, как правило, не вызывает вопросов с точки зрения защиты доверия заинтересованных лиц,** потому что в данном случае вышеуказанные интересы не противостоят друг другу, а совпадают.

#### б) Предпосылки защиты доверия

Предпосылкой защиты доверия является доверие бенефициария к стабильности административного акта, и вопрос о том, достойно ли защиты это его доверие в сравнении с общественным интересом в признании этого акта недействительным<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 150.

<sup>13</sup> То есть общественный интерес в признании неправомерного акта недействительным и интерес заинтересованного лица в сохранении силы неправомерных актов.

<sup>14</sup> Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 295 f.

**С субъективной стороны заинтересованное лицо должно было довериться стабильности административного акта и должно было применить (использовать) это доверие. С объективной стороны доверие должно быть достойно защиты. Необходимо также, чтобы интересы заинтересованного лица могли быть защищены только посредством стабильности (неизменяемости) административного акта<sup>15</sup>.**

При решении вопроса защиты доверия целесообразно ответить на следующие вопросы в представленной далее очерёдности. В случае отрицательного ответа на любой вопрос, или подтверждения любого из исключаяющих обстоятельств, вопрос защиты доверия теряет свою актуальность и отвечать на другие вопросы уже не имеет смысла. Таким образом:

(1) Действительно ли бенефициарий административного акта доверял стабильности акта? На данный вопрос следует ответить отрицательно, если он вообще не был осведомлен о существовании административного акта.

(2) Имеется ли в наличии одно из исключаяющих оснований части 4 статьи 63? Это так, если лицо а. добилось принятия соответствующего административного акта посредством взятки, угроз или умышленного введения в заблуждение должностного лица административного органа, б. добилось принятия соответствующего административного акта посредством предоставления поддельных документов, либо представив документы не в полном объеме, в. заранее знало, либо, на основе доступных для него сведений, должно было знать о неправомерности административного акта

(3) Использовал ли бенефициарий предоставленные выгоды, либо распорядился ли он имуществом, которое он не сможет больше вернуть, или его возврат связан с неприемлемыми убытками? Если наличествует такого рода проявление доверия, то, как правило, лицу должна быть предоставлена защита доверия. Необходимо, чтобы потребление предоставленных выгод и распоряжение имуществом находилось в причинной связи с доверием к стабильности административного акта<sup>16</sup>. С другой стороны, хотя отсутствие подобного проявления доверия в общем не исключает защиту доверия, как правило, оно исключено, потому что в этом случае отсутствует нанесенный доверию ущерб.

(4) Преобладает ли интерес защиты доверия бенефициария? В процессе сравнения этих двух интересов все зависит от конкретных обстоятельств и их весомости в каждом отдельном случае, например, по-

следствия признания административного акта недействительным для бенефициария, последствия непризнания недействительным для общества и третьих лиц, тип административного акта и форма его принятия (насколько более формализован административный процесс, настолько больше оснований имеет лицо доверять его стабильности), тяжесть неправомерности, время, прошедшее с момента принятия административного акта<sup>16</sup>.

#### в) Часть вторая статьи 64 ЗОААП

Согласно параграфу 1 части 2 статьи 64 ЗОААП благоприятный неправомерный акт, на основании которого возникают единовременные<sup>17</sup> или текущие имущественные обязанности, либо который является предпосылкой для возникновения таких обязанностей, теряет свою силу только с момента признания его недействительным (ex nunc), если бенефициарий по такому акту в силу права доверия в отношении административного акта уже приобрел предоставленную выгоду, либо распорядился имуществом, в связи с чем они не могут быть возвращены, либо в случае их возвращения могут быть причинены существенные убытки бенефициарию.

В связи с приведенным положением прежде всего следует отметить, что благоприятным административным актом лицу предоставляются права, а не возлагаются обязанности (пункт а) части 2 статьи 53 ЗОААП). Тот административный акт, посредством которого на лицо возлагаются обязанности, является не благоприятным административным актом, а административным актом вмешательства (пункт б) части 2 статьи 53 ЗОААП). Следовательно, в данном положении речь может идти только о предоставляемых лицу правах.

Далее, факт приобретения предоставленных административным актом выгод сам по себе не может быть причиной невозможности их возврата. Причиной невозможности возврата может быть потребление полученных выгод, как, например, причиной невозможности возврата предоставленного имущества правильно считается не приобретение имущества, а распоряжение им. Причем факт потребления присутствует, если предоставленная выгода была использована без какого-либо увеличения имущественной массы бенефициария. Потребление отсутствует, например, если полученное на основании административного акта использовалось для покупок, либо выплаты долгов. Напротив, потребление полученной выгоды присутствует в случае его использования для улучшения бытовых условий лица<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 142.

<sup>17</sup> Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 293.

<sup>18</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 147.

<sup>15</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 142.



Наконец, как мы уже увидели выше, обстоятельства, описанные в статье, как раз и являются классическим (типичным) примером предоставления защиты доверия. Значит, как правило, как раз в этом случае недопустимо признание благоприятного административного акта недействительным, потому что лицо доверяло стабильности благоприятного для него административного акта, и это его доверие достойно защиты<sup>19</sup>. Из этого правила допускается лишь одно исключение, когда даже при наличии достойного защиты доверия возможно признать недействительным неправомерный благоприятный административный акт, однако только в случае *ex nunc*. Речь идет о длительных периодических платежах из общественных фондов (пенсии, плата за обучение, плата за жилье и т.д.). *В случае регулярного получения пособий за счет общественных средств интерес заинтересованного лица должен уступить общественному интересу восстановления законного положения*<sup>20</sup>. Однако, идея защиты доверия может в определенных случаях привести к тому, чтобы выплата неправомерно получаемых общественных средств продолжалась и в будущем, если интерес заинтересованного лица в дальнейшем получении этих средств преобладает над общественным интересом восстановления законного положения<sup>21</sup>. Подобная ситуация возможна в случае, если бенефициарий административного акта, доверяя стабильности административного акта, коренным образом, надолго и необратимо изменил свои бытовые условия и в случае признания административного акта недействительным необратимо, коренным образом изменить образ жизни заинтересованного лица, если, например, вследствие этого лицо будет вынуждено поменять свое местожительство<sup>22</sup>.

### III. Заключение

Таким образом, на основе вышеизложенного анализа становится ясно, что существующие формулировки части 3 статьи 63 ЗОААП и параграфа 1 части 2 статьи 64 несовместимы с вытекающим из зафиксированного в статье 1 Конституции РА принципа правового государства конституционным принципом защиты доверия, потому что в части 3 статьи 63 не указывается, что речь идет исключительно о благоприятных административных актах

- ✓ вместо формулировки «если адресат акта имеет право доверять существованию административного акта» должна была быть использована формулировка «настолько, насколько адресат акта доверял стабильности административного акта»;
- ✓ не установлено, что доверие лица должно быть достойно доверия в сравнении с общественным интересом в признании акта недействительным;
- ✓ не уточняется, в каких случаях доверие лица к стабильности административного акта заслуживает защиты;
- ✓ для сохранения действия благоприятного неправомерного административного акта обязательным условием защиты доверия рассматривается отсутствие возможности причинения вреда правам какого-либо лица, Республики Армения, либо какой-то общины, когда на самом деле доверие должно защищаться как раз в случаях наличия такого вреда. Наоборот, это означает, что наличие такого вреда неизбежно;
- ✓ параграф 1 части 2 статьи 64 вместо того, чтобы установить, что описанные там административные акты (то есть те акты, на основании которых возникают единовременные, либо текущие имущественные права, либо считающиеся предпосылкой для таких обязанностей) могут потерять свою силу только с момента признания их недействительными (*ex nunc*), наоборот, должен был установить, что такие акты не могут быть признаны недействительными при наличии достойного защиты доверия.

<sup>19</sup> Поскольку лицо уже использовало предоставленные выгоды, либо распорядилось имуществом и более не в состоянии вернуть их, либо в случае возврата понесет неприемлемые убытки.

<sup>20</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 39, 116, 145.

<sup>21</sup> Решение Федерального Административного Суда ФРГ BVerwG 19, 189.

<sup>22</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 41.

# Анализ схожих и отличительных черт гражданского и административного судопроизводства

Мубариз Хусейнов<sup>1</sup>

*После приобретения независимости в Азербайджане были проведены коренные реформы в правовой сфере. Основанные на национальных, культурных и исторических традициях страны, эти реформы, в первую очередь, преследуют цель более надежного обеспечения прав человека. Одна треть положений первой демократической конституции страны, которая была подготовлена в соответствии с демократическими ценностями и принципами и принята посредством общенародного голосования в 1995 году, посвящена правам и свободам человека. Эта Конституция, которая считается одной из демократических конституций мира, заложила основу демократического и правового государства и создала благодородную почву для проведения правовых реформ.*

*В результате судебно-правовых реформ, проведенных под руководством президента Азербайджанской Республики Гейдара Алиева, юридическая система страны была полностью реструктурирована на основе демократических принципов. Все эти законы были разработаны в соответствии с демократическими принципами и требованиями международно-правовых норм.*

*В результате проведенных юридических реформ в стране была создана независимая трехступенчатая судебная система, состоящая из судов первой, апелляционной и кассационной инстанций.*

Конституция Азербайджанской Республики от 12 ноября 1995 года провозглашает верховной целью государства обеспечение прав и свобод человека, достойного жизненного уровня гражданам Азербайджана, а также обязательность применения этих прав и свобод в соответствии с международными соглашениями, стороной которых является Азербайджанская Республика.

Азербайджанское государство, закрепляя обеспечение прав и свобод человека в соответствии с международными стандартами в своей Конституции, предприняло ряд коренных реформ, предназначенных для более эффективного обеспечения прав и свобод человека. В рамках вышеуказанных реформ и с целью более эффективного обеспечения прав и свобод человека, закрепленных в Конституции Азербайджанской Республики и соответствующих между-

народных актах, были приняты Закон Азербайджанской Республики “Об Административном Процессе”, Административно-процессуальный Кодекс Азербайджанской Республики и другие нормативно-правовые акты, необходимые для обеспечения имплементации указанных законов. Все эти юридические документы создали более благоприятные условия для реализации прав и свобод человека, в том числе правовых отношений, возникающих в сфере управления правового государства, в соответствии с демократическими принципами, а также выполнения управленческой функции государства на основе конституционных принципов.

Вышеуказанные Закон и Кодекс, а также необходимые для их имплементации меры, должны быть оценены как одно из высших достижений Азербайджанского государства, направленное на более надежное обеспечение прав и свобод человека.

Закон “об Административном Процессе” определяет основы, принципы и процедурные правила, связанные с юридической деятельностью по принятию, имплементации или аннулированию административных актов со стороны административных органов. Этот закон систематизирует в одном документе отдельные положения различных нормативно-правовых актов по административному регулированию и содействует тем самым формированию единообразной административной практики. Как уже было отмечено, в то время как Административный Процесс касается деятельности административных органов, определенных соответствующим законодательством, Административно-Процессуальный Кодекс определяет судебную подведомственность споров, возникающих из административно-правовых правоотношений в результате вышеуказанной деятельности, а также процессуальные принципы и правила рассмотрения и разрешения этих споров. Принятием Закона и Кодекса у лиц, обращающихся в государственные органы, появились дополнительные реальные возможности защищать свои права и в более высоких органах с точки зрения субординации, а также в судебном порядке.

Хотя споры такого рода рассматриваются во многих государствах мира в судах общей юрисдикции, принятый Кодекс предусматривает создание новых специализированных судов для рассмотрения административных споров. Это является еще одним показателем того, что Азербайджан – правовое, демократическое государство, приверженное обеспечению прав и свобод человека, которое предпринимает реальные шаги в этом направлении.

В результате принятия вышеуказанных законодательных актов, в том числе закона Азербайджанской Республики от 22 июня 2010 года об “Изменениях и дополнениях к законам о “Судах и Судьях” и о “Судебно-юридическом совете”, а также указа Президента от 9

<sup>1</sup> Мубариз Хусейнов является судьей Шекинского экономического административного суда

августа 2010 года о “Некоторых изменениях в судебной структуре, количестве судей и территориальной юрисдикции судов” были созданы административные и экономические суды в рамках региональных экономических судов, и даны соответствующие указания для начала их деятельности.

Согласно ст. 13 Конвенции о “правах и свободах человека”, лица, чьи права и свободы были нарушены, должны иметь доступ к эффективным юридическим средствам для защиты своих прав. Принятие вышеуказанных законов Азербайджанской Республикой, а также рассмотрение конкретных исковых требований обращающихся лиц специализированными судами создает дополнительные средства для защиты прав и свобод.

Закон об “Административном процессе” и Административно-Процессуальный Кодекс, которые вступили в силу с 1 января 2011 года, делают обязательным всестороннее освоение законодательства судами во время рассмотрения административных споров. Поэтому считаем, что сравнительный анализ некоторых схожих и отличительных черт гражданского и административного судопроизводства позволит выявить свойства, характерные для административного судопроизводства.

У административного судопроизводства с точки зрения принципов и норм его осуществления больше сходств с гражданским судопроизводством, нежели с любым другим судопроизводством. Процессуальные нормы этих двух сфер порой одинаковы. Именно поэтому в ст. 1.2 Административно-Процессуального Кодекса Азербайджанской Республики (АПК) предусмотрено, что в случаях, не предусмотренных этим Кодексом и не противоречащих закрепленным этим Кодексом процессуальным принципам, положения Гражданско-Процессуального Кодекса Азербайджанской Республики могут быть применены в судопроизводстве по административным спорам.

Главной задачей и гражданского, и административного судопроизводства является судебное обеспечение прав, свобод и законных интересов каждого физического или юридического лица, вытекающих из Конституции Азербайджанской Республики, законов и других нормативно-правовых актов, восстановление законности, общественного порядка и воспитания граждан в духе уважения законов.

В силу того, что субъекты в гражданском, и административном судопроизводствах отличаются, законодательство по-разному регулирует вопросы осуществления судопроизводства, приобретения доказательств, принятия соответствующих решений и постановлений и т.д.

Согласно ст. 14.2 Гражданско-процессуального Кодекса (ГПК) Азербайджанской Республики, суд принимает во внимание и использует только пред-

ставленные сторонами дела доказательства. Как следует из этой нормы, суд не уполномочен собирать доказательства по своему собственному усмотрению. Поскольку одной из сторон административного спора всегда является административный орган, законодательство во многих случаях налагает обязательства, связанные с рассмотрением дела в суде, и на стороны дела, и на суд. В отличие от гражданского судопроизводства судья, рассматривающий административный спор, в силу своей служебной должности играет более активную роль в собирании доказательств, привлечении третьих лиц к процессу, изменении искового требования и т.п.

В этом отношении, согласно ст. 12.1 АПК, суд в силу своей служебной должности обязан исследовать все фактические обстоятельства дела, имеющие существенное значение для правильного разрешения спора, не ограничиваясь лишь высказываниями, заявлениями, предложениями и доказательствами сторон. Суд обязан по своей собственной инициативе или по ходатайству сторон процесса собрать другие необходимые доказательства. Суд имеет право требовать от сторон процесса дополнительную информацию и доказательства.

Эти положения указывают на то, что в то время, как задачей гражданского судопроизводства является установление формальной истины, т.е. принятие решения на основе лишь представленных сторонами доказательств, целью административного судопроизводства является установление объективной истины.

В силу того, что в гражданском судопроизводстве главную позицию в инициировании дела в суде занимает истец или ответчик, бремя доказательства лежит на них. В соответствии со ст. 77.1 ГПК каждая сторона доказывает те обстоятельства, которые подтверждают ее требования и возражения. В ст. 77.2 того же Кодекса указано, что в делах о признании актов государственных, исполнительных и т.п. органов бремя доказательства лежит на органе, принявшем данный акт.

В административном судопроизводстве в исках по различным административным спорам вопрос о бремени доказательства регулируется по-разному. Так, ст. 14 АПК Азербайджанской Республики определяет данный вопрос следующим образом: орган, принявший оспариваемый административный акт, должен доказать существование фактических основ, обуславливающих необходимость принятия этого акта. По искам, не относящимся к принятию каких-либо административных актов, но требующим защиты от незаконного вмешательства в права и свободы лица, соответствующий орган несет бремя доказательства фактических обстоятельств, обуславливающих необходимость такого вмешательства. По искам о принятии административного акта (о принуждении) истец

должен доказать фактические обстоятельства, обуславливающие необходимость этого акта. Однако если административный орган ссылается на фактические обстоятельства, исключающие возможность принятия требуемого истцом акта, орган несет бремя доказательства этих обстоятельств. Как видно, законодательство занимает справедливую позицию в этом отношении и создает реальные возможности для защиты законных интересов и прав сторон.

Административно-процессуальное законодательство в определенных случаях дает право судье принять решение о переносе бремени доказательства. Так, согласно ст. 12.4 АПК Азербайджанской Республики, сторонам процесса запрещается уничтожать или утаивать какие-либо факты, или каким-либо способом мешать расследованию фактов. При наличии таких случаев суд, приняв во внимание все обстоятельства дела, может вынести постановление о переносе бремени доказательства. Как следует из значения указанной статьи, несмотря на то, что в исках о принятии административного акта (о принуждении) истец должен доказать фактические обстоятельства, обуславливающие необходимость этого акта, если одно из вышеуказанных обстоятельств обусловлено ответчиком, то суд может принять соответствующее постановление о переносе бремени доказательства.

Другим моментом, привлекающим внимание в сравнительном анализе гражданского и административного судопроизводства, является привлечение третьих лиц к процессу. Как известно, третьи лица – это лица, являющиеся участниками процесса и имеющие материальные и процессуальные интересы в отношении исхода процесса. Так, в случае если решение суда каким-то образом повлияет на права и законные интересы третьих лиц, то законодательство создает условия для их привлечения к процессу. В ст. 55.1 ГПК указано, что третьи лица, имеющие самостоятельные требования по отношению к предмету спора, могут вступить в процесс, выдвигая исковое требование против одной или обеих сторон до вынесения судом решения. В то же время, согласно ст. 57 ГПК, лица, не имеющие самостоятельные требования по отношению к предмету спора, но чьи права и обязательства могут быть затронуты решением суда, могут участвовать в процессе на стороне истца или ответчика до вынесения решения судом первой инстанции. Они могут быть привлечены к процессу по ходатайству одной из сторон, либо по инициативе суда.

Согласно ст. 28.1 АПК Азербайджанской Республики, до вступления в силу решения суда по делу или во время нахождения дела в суде высшей инстанции, в случае, если решение суда повлияет каким-либо образом на права и законные интересы других лиц, суд в силу своей служебной обязанности по своей инициативе или по ходатайству этих лиц может привлечь их к

административному процессу в качестве третьих лиц. Если суд уже вынес решение, но до его вступления в силу он установит необходимость привлечения третьих лиц к процессу, он отменяет решение и принимает постановление о повторном рассмотрении дела.

Законодательство, предоставляя это право судам, создает условия для привлечения третьих лиц. Необходимо отметить, что если привлечение третьих лиц к гражданскому процессу допускается до вынесения судом решения, то в случае административного процесса это возможно до вступления решения в силу.

В отношении административного судопроизводства необходимо отметить еще одно обстоятельство. Так, согласно ст. 28.2 АПК Азербайджанской Республики, если характер оспариваемого правоотношения обуславливает участие третьего лица для вынесения единого решения в отношении сторон процесса и третьего лица, то его привлечение обязательно (обязательное привлечение). Т. е. если рассмотрение искового требования против административного органа неизбежно повлияет на права третьего лица, а также это затронет права и законные интересы третьих лиц по отношению к сторонам процесса, привлечение этих лиц к процессу обязательно.

В то же время законодательство предоставляет третьим лицам право присоединиться к процессу на основе ходатайства. Согласно ст. 28.5 АПК, лица, не привлеченные к процессу по инициативе суда, могут подать соответствующее ходатайство, если они предполагают, что выносимое судом решение затронет их права и законные интересы.

Согласно ст. 29.5 того же Кодекса, лица, привлеченные к процессу в порядке обязательного привлечения, могут выдвинуть отличные требования в рамках требований обеих сторон процесса. Однако третьи лица, привлеченные к процессу по ходатайству одной из сторон или по своей инициативе, имеют право воспользоваться юридическими средствами и осуществлять процессуальные действия для защиты своих интересов в рамках требований, выдвинутых одной из сторон.

Следовательно, хотя права и обязанности третьих лиц, выдвигающих и не выдвигающих самостоятельные требования в гражданском процессе, и третьих лиц, привлеченных к административному процессу в обычном и обязательном порядке, одинаковы, есть некоторые отличительные черты в порядке их привлечения к процессу.

Как известно, и в гражданском, и в административном процессах есть возможность изменения исковых требований. Основной целью этого положения является предотвращение подачи повторных исковых требований в будущем, потери времени и повторного приглашения сторон и других лиц для дачи объяснений и показаний. В соответствии со ст. 53 ГПК Азербай-

джанской Республики истец может изменить основу, предмет и объем искового требования до вынесения судом решения.

Предмет иска – это конкретное требование истца, направленное к ответчику. Например, аннулирование договора, выселение из квартиры и т.п. Основа иска – это факты, на которые ссылается истец для обоснования своих требований. Например, окончание срока договора об аренде, неоплата вопреки наступлению срока оплаты по кредитному соглашению и т.д. Объем иска – это сумма искового требования. Как следует из вышеуказанного положения законодательства, не допускается одновременное изменение основы и предмета искового требования. Если это происходит, то это совершенно новый иск. Поэтому законодательство предусматривает изменение либо основы, либо предмета искового требования.

Так же, согласно ст. 54.1 АПК, при наличии согласия сторон административного процесса и установлении судом целесообразности изменения искового требования (изменение основы, предмета или объема искового требования) истец имеет право изменить исковое требование. Таким образом, законодательство обуславливает возможность изменения искового требования истцом при наличии согласия сторон процесса или при установлении судом целесообразности такого изменения. Это объясняется тем, что административное законодательство предусматривает общий принцип, согласно которому суд оказывает помощь сторонам процесса.

Согласно ст. 13 АПК, суд обязан оказать сторонам процесса помощь в устранении формальных ошибок в исковых требованиях, уточнении неясностей исковых требований, замене ошибочных видов иска подходящими, дополнении неполной фактической информации, а также представлении сторонами объяснений, имеющих существенное значение для рассмотрения и оценки обстоятельств дела.

В отличие от гражданского судопроизводства, роль суда в вышеуказанных вопросах в административном процессе более активна. Так, в административном судопроизводстве судья может и не принять изменение искового заявления, т.е. он может принять постановление об отклонении искового заявления.

Согласно ст. 175.1 ГПК, суд должен рассматривать дело в прямом порядке, слушать объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, мнение экспертов, ознакомиться с письменными доказательствами, оценивать материальные доказательства, слушать аудиозаписи, смотреть видеозаписи и т.п.

Административно-процессуальное законодательство предусматривает принцип устности рассмотрения дела за исключением двух случаев. Так, согласно ст. 16.2 АПК, суд может по согласию сторон процесса решить спор и без проведения устного слушания дела.

Как следует из требования этого положения, стороны должны выразить свое согласие на проведение устного рассмотрения дела подачей заявления об этом.

Согласно ст. 16.3 того же Кодекса, суд, не рассматривающий дело по существу, может принять постановление и без проведения устного рассмотрения.

Однако, в отличие от административного судопроизводства, гражданское судопроизводство предусматривает принятие постановлений, не относящихся к разрешению дела по существу, во время судебных заседаний. По нашему мнению, административное законодательство, предоставляя суду право принимать такие постановления и без проведения устного слушания, преследует цель ускорения судопроизводства. При отсутствии вышеуказанных двух случаев несоблюдение принципа устности судебного рассмотрения оценивается как нарушение процессуального права.

Как было отмечено выше, одним из показателей активной роли суда в административном процессе является собирание судом доказательств по своей собственной инициативе во время предварительного судебного заседания. Согласно ст. 49 АПК, председательствующий судья до начала устного слушания дела должен предпринять все необходимые меры для разрешения дела (принятие решения по существу дела) в рамках одного устного слушания дела: т.е. собрать все документы (справки, информацию), вынести постановление о представлении сторонами требуемых документов, пригласить сторон, свидетелей и экспертов на судебное заседание.

Согласно ст. 167 ГПК, суд не собирает доказательства по своей собственной инициативе, он всего лишь может рекомендовать сторонам представить дополнительные доказательства.

Также необходимо отметить, что такие новые обстоятельства, предусмотренные административно-процессуальным законодательством, как возможность привлечения третьих лиц к процессу, отказ от искового заявления, отзыв апелляционных и кассационных жалоб до вступления решения суда в силу преследуют цель создания более благоприятных условий для более эффективного разрешения спора согласно желанию сторон процесса.

В то же время, согласно ст. 87.7 АПК, апелляционный суд, как правило, разрешает дело после его рассмотрения по существу; при необходимости продолжения судебного процесса, из-за неисследования доказательств дела в большом масштабе из-за допущения серьезных процессуальных нарушений во время судебного процесса по административным или экономическим спорам, а также непринятия решения по существу дела судом по административным и экономическим спорам, апелляционный суд может отменить обжалованное судебное решение и направ-

вить дело в соответствующий суд по экономическим и административным судам.

Как известно, это обстоятельство не предусмотрено в гражданско-процессуальном законодательстве. По нашему мнению, это связано с тем, что административный суд в отличие от гражданского суда при разрешении дела по существу может ссылаться не только на представленные сторонами процесса доказательства, но и собирать доказательства по своей собственной инициативе.

Согласно ст. 361.4 ГПК лицо, подавшее апелляционную жалобу, может сослаться на непредставленные во время первой судебной инстанции доказательства только в том случае, если оно сможет обосновать в своей жалобе невозможность представления этих доказательств во время первой инстанции. Целью этого гражданско-процессуального положения является предотвращение умышленного утаивания доказательств, имеющих существенное значение для разрешения дела во время первой инстанции, и последующей отмены судебного решения. В отличие от гражданско-процессуального законодательства, административно-процессуальное законодательство не предусматривает какие-либо условия для представления новых доказательств и фактов во время апелляционной инстанции. Поэтому судья должен принять соответствующее решение, воспользуясь своим правом инициировать собирание дополнительных доказательств и фактов.

В результате сравнительного анализа двух вышеуказанных кодексов можно прийти к такому заключению, что от судей, рассматривающих административные споры, требуется высокая степень ответственности, профессионализма и знаний для всестороннего, полного и объективного применения нового Административно-Процессуального Кодекса.

# Способы решения административно-правовых споров

Рафик Ханданян<sup>1</sup>

## I. Введение

*Проблема административной юстиции, являясь комплексной и многоотраслевой, имеет не только материально-правовые аспекты, касающиеся пределов действия в данном институте норм различных отраслей материального права (например, конституционного, административного, гражданского, финансового), но и процессуально-правовые аспекты, связанные с анализом применяемых административной юстицией процессуальных форм, а также сопоставлением их с традиционными видами юридического процесса (например, с гражданским).*

*Действие административной юстиции распространяется на особую сферу общественных публично-правовых отношений в сфере государственного управления, отличных по своей материально-правовой природе от частных правоотношений. «Речь идет не о частноправовых претензиях, предоставляемых в распоряжение лиц, в них заинтересованных, а о таких вопросах, которые должны быть разрешены согласно закону и общему интересу, независимо от усмотрения сторон»<sup>2</sup>.*

*Административная юстиция есть правовая защита субъективных публичных прав<sup>3</sup>.*

*Задачи административной юстиции полностью совпадают с общими задачами правосудия как одного из видов государственной власти в системе разделения властей, это рассмотрение и разрешение спора о праве, восстановление нарушенных субъективных прав и свобод граждан и организаций, укрепление законности в государстве. Непосредственным объектом административной юстиции, как одной из ветвей правосудия, является разрешение публично-правовых споров в сфере государственного управления<sup>4</sup>. Обычно, под административной юстицией понимается применение в установленном законом процессуальном*

*порядке нормы прав по конкретному спору, предусмотренные по отношению к участником данного спора обязательных юридических последствий.*

## II. Сфера действия административной юстиции

Действие административной юстиции распространяется на те общественные отношения, которые возникают при решении споров, возникающих в сфере государственного управления, где одной из сторон обязательно является орган государственной власти. Задачи административной юстиции полностью соответствуют общим задачам юстиции: рассмотрение и решение правовых споров, восстановление субъективных прав и свобод граждан и организаций и укрепление законности<sup>5</sup>.

Существует два вида административных споров.

Первый возникает в результате совершенных гражданином или юридическим лицом правонарушений.

Второй возникает, когда эти нарушения вытекают из противоправных действий или бездействия органов исполнительной власти и местного самоуправления и их должностных лиц.

В тех случаях, когда лицо (гражданин или юридическое лицо) совершает правонарушение, государство без обращения к кому-либо, по собственной инициативе борется с этим явлением, так как это его обязанность. Это отношения между властью и подчинением. В этом случае источником спора является нарушение правовых норм, за которое предусматривается административная ответственность (основанием которой является административное правонарушение)

В законодательстве РФ закреплен принцип, согласно которому индивидуальные субъекты (граждане, должностные лица) привлекаются к ответственности только за правонарушение, совершенное виновным лицом. Что касается организаций, то они привлекаются к ответственности даже при отсутствии вины<sup>6</sup>. Субъекты, решающие вопросы ответственности, не обязаны доказывать наличие вины, т.е. здесь имеется виду так называемая объективная вина.

Источником спора, возникающим по вине индивидуальных субъектов, является проступок. Объектом административного проступка являются общественные отношения, но не все, а только те, за нарушение которых предусматривается административное взыскание.

В некоторых случаях спор в сфере исполнительной власти может проявляться в действии или бездействии.

<sup>1</sup> Рафик Ханданян является заведующим отделом по обеспечению судебного представительства юридического управления аппарата мэрии города Еревана, старший преподаватель кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Армянско-Российского (Славянский) государственного университета, кандидат юридических наук.

<sup>2</sup> См. Аншотц Г. Юстиция и администрация, «Журнал Министерства юстиции», 1907 г. №7, с. 100.

<sup>3</sup> См. Ю. Н. Старилов, Административная юстиция, Теория, история перспективы, Изд-во Норма, М, 2001, с. 65.

<sup>4</sup> См. Хаменева Н. Ю. Теоретические проблемы административно-правового спора, «Государство и право» 1998 г. № 12, с. 29-36.

<sup>5</sup> См. Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Старилов Ю. Н. Административное право: Учебник для вузов, 2-е издание. М. Норма, 2005, с. 775

<sup>6</sup> См. Чижевский В. С. Комментарий к Кодексу РФ Об административных правонарушениях (постатейный) М., 2005, с. 31.

вии органов исполнительной власти и их должностных лиц. Такой спор можно назвать административным (управленческим) спором.

Поводы возникновения административных споров разные. Часто они возникают по вине должностных лиц, злоупотребляющих властью. В некоторых случаях споры возникают из-за неправильного понимания гражданами своих прав. По их субъективному мнению их права нарушаются должностными лицами. Признание правовых актов незаконными нельзя считать ответственностью<sup>7</sup>, так как признание правовых актов полностью или частично незаконными не влечет для органов, принявших их никаких материальных или юридических ограничений<sup>8</sup>. В этом случае незаконный акт просто изымается из правовой системы.

Протесты граждан и организаций можно разделить на внесудебные (административные) или судебные. Протесты, рассматриваемые в административном и судебном порядке в основном отличаются друг от друга не по адресату, а по порядку их рассмотрения. В их основе во многих случаях могут быть административно-правовые споры. Административные и судебные способы решения споров между аппаратом управления (должностными лицами) являются двумя частями единого механизма. Право протеста не ограничивается его содержанием. Могут быть опротестованы как акты государственных, муниципальных органов, их должностных лиц, так и их действия или бездействие. Реализация данного права не требует чье-либо предварительного согласия.

Особенность публично-правового спора обусловлена также его причиной: он возникает в тех случаях, когда органом исполнительной власти или местного самоуправления или их должностными лицами нарушаются субъективные права граждан и организаций. Спор может возникнуть также вследствие бездействия вышеуказанных субъектов, когда они не исполняют возложенные на них задачи. Исходя из материального определения административной юстиции, в конкретном случае можно прийти к выводу, что административный акт, действие или бездействие вышеуказанных субъектов незаконны, противоречат нормам законодательных актов.

Специфика публично-правового или управленческого (административного) спора отражает не только его материально-правовую природу, но и его особый субъектный состав. Обязательным участником такого спора будет субъект публичного управления (орган исполнительной власти, орган местного самоуправления, их должностные лица, государственные и

муниципальные служащие) как носитель публичного интереса. Второй стороной в споре может стать гражданин, организация, либо другой субъект публично-го управления.

По юридическому характеру взаимодействия их участников управленческие споры могут быть подразделены на два вида: споры, возникающие на основе вертикальных административных правоотношений, и споры, основанные на горизонтальных административных правоотношениях.

Специфика публично-правового спора обусловлена и его основанием: она возникает в случае нарушения субъектом государственной власти или местного самоуправления субъективных публичных прав граждан или организаций. Спор может возникнуть также из-за бездействия субъекта публичного управления, невыполнения им возложенной на него государством обязанности.

### III. Виды административной юстиции

Административная юстиция делится на: досудебную и судебную. Порядок досудебного решения публичных споров осуществляется в странах Прибалтики и СНГ.

Подобный порядок установлен Законом Республики Армения от 18 февраля 2004 г. «Об основах административной деятельности и административном производстве», Законом Азербайджанской республики от 21 октября «Об административном производстве», «Общим административным» кодексом Грузии от 25 июня.

Согласно ст. 70 Закона РА от 18 февраля 2004 г. «Об основах административной деятельности и административном производстве» акт может быть опротестован в административном или судебном порядке. В административном порядке протест может быть подан: а) в административный орган, принявший опротестованный административный акт; б) в вышестоящий административный орган. В главе 10 указанного закона закреплены основания и порядок подачи административного протеста.

Квасисудебная система является одной из разновидностей досудебной административной юстиции. Даная система возникла и развивалась в Соединенных Штатах Америки<sup>9</sup>. Несмотря на то, что в этом государстве в соответствии с конституцией судебная власть предоставляется только судам и распространяется на все дела, которые рассматриваются по общему праву, практически судебные полномочия по рассмотрению значительного числа административно-правовых споров переданы так называемым квазисудебным учреждениям, являющимся, по суще-

<sup>7</sup> См. Кондрашев А. А. Конституционно-правовая ответственность в Российской Федерации: теория и практика. М.: Изд. Юристъ. 2006. С. 284-285. // 345 с. Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. М.: Изд.: Юристъ. 2005, с. 406

<sup>8</sup> См. Шон Д. Т. Конституционная ответственность. Государство и право. 1995. № 7, с. 43.

<sup>9</sup> См. Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты. М., 1993, с. 37.



ству, учреждениями административными. Следует отметить ряд причин, вызвавших необходимость такого шага. Важнейшей из них являлась существенная перегруженность судов делами, связанными с претензиями граждан к административным органам. Другими факторами, повлиявшими на этот процесс, были: специальные познания сотрудников этих административных учреждений; наличие у административных учреждений права по собственной инициативе начинать преследование правонарушителей, каковым суды не обладают; сложность и длительность процедуры прохождения дел в судах, а также высокая стоимость судебных издержек<sup>10</sup>.

Сущность квазисудебных органов административной юстиции заключается в том, что они отделились от администрации но в значительной степени остаются под ее влиянием. Ряд из них (например, комиссии по выплате компенсаций штатами) занимаются исключительно рассмотрением административно-правовых споров конкретного вида. Другие же, составляющие большинство, сочетают рассмотрение административно-правовых споров с выполнением иных функций в государственном управлении.

Деятельность квазисудебных органов административной юстиции основывается на достаточно детально разработанных правилах административной процедуры. Основные тенденции развития этого института заключаются в следующем:

Во-первых, наличие детального процессуального регламентирования рассмотрения дел, а также возрастающая самостоятельность и независимость лиц, их рассматривающих, свидетельствуют о том, что последние фактически обладают статусом административного судьи.

Во-вторых, государство все с большим вниманием относится к вопросам повышения престижа органов административной юстиции, о чем свидетельствуют факты придания квазисудебным органам статуса отраслевых судов. В частности, Управление налоговых апелляций США было преобразовано в Налоговый суд США<sup>11</sup>.

В основе правового регулирования деятельности административных органов лежит так называемая «надлежащая правовая процедура», включающая в себя право сторон на извещение о предмете спора и претензиях по делу, право сторон на представление доказательств, право на опровержение доказательств в ходе процессуальных действий, право на участие адвоката в рассмотрении дела, требование о том, что бы решение по делу основывалось исклю-

чительно на доказательствах, зафиксированных в протоколе ведения процесса, а также необходимость обеспечения возможности заинтересованному лицу получать копию протокола, в котором получили отражение все обстоятельства дела.

Следует особо отметить широкую гласность административного процесса в США. Так, согласно параграфу 552 пятого раздела свода законов путем публикации в «Федерал Рэджистер» до сведения общественности должна доводиться следующая информация: описание и адреса центральных и местных органов и служб соответствующего административного учреждения, в которых от служащих этих органов можно получить необходимую информацию; сведения о порядке осуществления соответствующих функций административного учреждения, в т.ч. о характере и требованиях всех применяемых процедур; сами процедурные правила, описание форм документов и указание мест, где их можно получить, а также инструкции, касающиеся объема и содержания всех письменных документов; сведения о материальных нормах общего действия, критериях их толкования и применения, о поправках или изменениях, внесенных в них<sup>12</sup>.

Каждое административное учреждение должно сделать доступными для общественного контроля и копии инструкций руководства по административному персоналу, которые касаются граждан и представителей общественности, а также материалы, отражающие результаты рассмотрения дел.

В случае отказа в выдаче документа гражданин вправе предъявить иск в суд. Суд имеет право указать административному учреждению на недопустимость отказа и обязать его предоставить документы. При этом бремя доказывания правомерности решения об отказе в выдаче документов возлагается на административное учреждение.

Сторона по делу вправе представлять устные или вещественные доказательства, опровергающие доказательства другой стороны, и участвовать в перекрестном допросе, который может потребоваться для полного и объективного раскрытия обстоятельств дела. Запись свидетельских показаний и вещественных доказательств вместе со всеми письменными материалами и запросами, представленными при рассмотрении дела, является важнейшим документом, на основе которого выносится решение по делу и копии которого предоставляются всем сторонам. Решение по делу должно быть обоснованным. Оно должно включать в себя запись об установленных фактах и их обоснованиях, а также о соответствующих правилах, на основании которых оно принимается. Мнение должностного лица, выносящего решение по делу, должно быть тщательно

<sup>10</sup> См. Никеров Г. И. Административное право США. М. 1977, с. 94..

<sup>11</sup> См. подробнее об административной квазисудебной деятельности: Административное право зарубежных стран: Учебник, под ред. Н. А. Козырина, М. А. Шатиной. М., 2003, с. 382-387.

<sup>12</sup> См. Административное право зарубежных стран стран: Учебник, под ред. Н. А. Козырина, М. А. Шатиной М., 2003, с. 387.

аргументировано. При вынесении решения коллегиально должно быть изложено не только мнение большинства, но и особое мнение или даже отдельных членов коллегиального органа.

В РА функционируют отдельные досудебные органы административной юстиции, которые имеют характерные черты квазисудебных органов. Например, Законом «О защите экономической конкуренции РА» от 6 ноября 2000 г. в целях осуществления государственной политики в области защиты экономической конкуренции создан государственный орган по защите экономической конкуренции – Государственная комиссия по защите экономической конкуренции Республики Армения (далее – Комиссия). Комиссия действует на основе указанного Закона, других правовых актов и Положения о ней, она самостоятельна в пределах своей компетенции. К задачам Комиссии относятся: а) защита и поощрение экономической конкуренции в целях развития предпринимательства и интересов потребителей; б) обеспечение необходимой среды для добросовестной конкуренции; в) предупреждение, ограничение и пресечение антиконкурентной деятельности; г) контроль в отношении защиты экономической конкуренции.

Для осуществления этих целей Комиссия выполняет следующие основные функции:

- осуществляет контроль за соблюдением законодательства о защите экономической конкуренции;
- рассматривает случаи нарушения законодательства о защите экономической конкуренции и принимает решения;
- ведет централизованный реестр хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение;
- обращается в суд в связи со случаями нарушения законодательства о защите экономической конкуренции;
- участвует в разработке правовых актов, регулирующих развитие экономической конкуренции и государственную политику в этой области, и в их представлении в установленном порядке;
- участвует в заключении межгосударственных соглашений по вопросам, отнесенным к ее компетенции;
- сотрудничает с государственными органами и неправительственными организациями иностранных государств, а также с международными организациями;
- разрабатывает мероприятия по предупреждению нарушений законодательства о защите экономической конкуренции;
- обобщает опыт применения законодательства о защите экономической конкуренции и вырабатывает предложения по его усовершенствованию;

- обеспечивает гласность своей деятельности, издает бюллетень;
- выполняет публичную разъяснительную работу с целью информирования общественности об установленных положениями рассматриваемого Закона на ответственности;
- осуществляет иные действия, отнесенные к ее компетенции.
- Для реализации вышеуказанных функции Комиссия в пределах своей компетенции имеет право: а) принимать решения о:
  - фактах нарушения Закона «О защите экономической конкуренции РА»,
  - пределах товарного рынка, наличии на этом рынке доминирующего положения хозяйствующих субъектов, а также осуществлении обусловленных им мероприятий,
  - разукрупнении хозяйствующих субъектов, злоупотребляющих доминирующим положением,
  - прекращении хозяйствующими субъектами нарушений настоящего Закона или устранении их последствий, восстановлении первоначального положения, изменении или расторжении договоров, противоречащих настоящему Закону, заключении договоров с другими хозяйствующими субъектами,
  - наложении взыскания за нарушение настоящего Закона на хозяйствующие субъекты и их должностных лиц, должностных лиц государственных органов и органов местного самоуправления;
- б) осуществлять контроль за выполнением (соблюдением) условий соглашения хозяйствующими субъектами;
  - в) давать заключения о: противоречии принятых государственными органами и органами местного самоуправления актов законодательству о защите экономической конкуренции, их отмене или изменении, устранении нарушений,
  - заключаемых соглашениях,
  - предстоящем осуществлении концентрации власти;
- г) обращаться в суд в связи с нарушениями настоящего Закона, в том числе с требованием признания недействительными полностью или частично договоров, заключенных с нарушением закона, а также их изменения или расторжения;
- д) назначать штрафы, применять иные предусмотренные законом меры ответственности;
- е) принимать правовые акты;
- ж) давать разъяснения по вопросам, связанным с применением законодательства о защите экономической конкуренции;
- з) осуществлять иные правомочия, предусмотренные законодательством. При осуществлении задач и функций, установленных законом, Комиссия независима от других государственных органов.

Комиссия имеет следующий состав: Председатель, заместитель Председателя и пять членов.

Члены Комиссии назначаются Президентом Республики Армения. Члены Комиссии, за исключением первого состава, назначаются сроком на пять лет. Положение о Комиссии утверждается самой Комиссией (ст. 19 Закона «О защите экономической конкуренции РА»).

Для выполнения предусмотренных указанным законом функций государственные органы и органы местного самоуправления, а также их должностные лица обязаны по требованию Комиссии представлять документы и иную информацию. Необходимые сведения в Комиссию в связи с рассмотрением относящегося к ним вопроса представляют также хозяйствующие субъекты.

Комиссия осуществляет свою работу посредством заседаний. Заседание Комиссии правомочно, если в нем участвует не менее пяти членов.

Работа Комиссии основана на публичности и гласности. Она рассматривает вопросы в открытых заседаниях, за исключением случаев, когда это может нанести вред интересам заинтересованных лиц. Заседания протоколируются.

Заседания созываются с определенной периодичностью или по мере необходимости, по требованию одного из членов Комиссии.

Заинтересованным лицам гарантируется право участия в заседаниях. Не позднее, чем за 5 дней до обсуждения Комиссия извещает заинтересованных лиц о месте, дне и времени обсуждения, с указанием характера подлежащего рассмотрению вопроса и его кратким описанием, прилагая касающиеся вопроса материалы.

Неявка извещенных заинтересованных лиц не препятствует проведению обсуждения и принятию решений. Заинтересованные лица имеют право представлять доказательства, давать объяснения и приводить аргументы, возражать на применение предусматриваемых мер ответственности, а также заявлять другие ходатайства.

По результатам рассмотрения Комиссией выносится решение (заключение) с изложением фактов, положенных в основу данного решения. В заседаниях Комиссии решения принимаются большинством голосов участвующих в заседании членов. При равном распределении голосов голос Председателя Комиссии или заменяющего его лица является определяющим.

Воздержание от голосования или передача голоса какому-либо другому лицу не допускается.

В течение 5 дней после принятия решения (заключения) ее копия предоставляется лицу, в отношении которого оно вынесено, или направляется ему заказным письмом.

Решение Комиссии вступает в силу с момента опубликования и может быть обжаловано в судебном порядке в течении 30-и дней.

Комиссия в предусмотренных законом случаях вправе применять предусмотренные законом меры ответственности, в том числе давать предупреждение и распоряжение об устранении нарушений и (или) исключении их в последующем, назначать штраф в предусмотренных законом размерах, пресекать концентрацию или признать ее утратившей силу.

Меры ответственности применяются Комиссией с предварительным уведомлением и предоставлением возможности слушания.

Комиссия вправе на основании проводимых ею обследований принять решение на основании заявлений, информации государственных органов и органов местного самоуправления, хозяйствующих субъектов и потребителей, сообщений средств массовой информации и иных имеющихся в ее распоряжении документов, свидетельствующих о нарушении настоящего Закона.

Судебное решение публичных споров в постсоветских странах осуществляется разными способами: а) в судах общей компетенции, как например, в РФ; б) в специально для этого созданных административных судах (Армения, Грузия, Эстония и т.д.) и в) смещенными, где в первой инстанции данные споры решаются в судах общей компетенции, как, например в Украине.

Наибольшее развитие в качестве самостоятельной ветви судебной власти административная юстиция получила в Германии. Административно-правовая защита в целом осуществляется, как общими, так и специализированными административными судами. Специализированными являются социальные и финансовые суды. Финансовым судам подведомственны лишь налоговые споры, а социальные суды принимают решения по социально правовым требованиям граждан к государству (например, по требованию о предоставлении социальной помощи или о выплате пособия на детей)<sup>13</sup>.

Публичные споры решаются различными процессуальными формами; гражданско-процессуальными и административно-процессуальными формами.

Институты административной юстиции и административного судопроизводства формировались в постсоветское время (хотя административно-юрисдикционное судопроизводство было довольно развито в советское время).

В Армении, Грузии, Эстонии административная юстиция производимая судами осуществляется нормами административного судопроизводства.

Доприятия 28 ноября 2007 года «Административно-процессуального» кодекса РА, который вступил в силу с 1 января 2008 года, защита указанных прав осуществлялась гражданско-процессуальными нормами РА.

<sup>13</sup> См. Стариков Ю.Н. «Административная юстиция» Теория, история, перспективы. М.: «Норма», 2001, с. 219

АПК РА установил, что административному суду подсуден любой публичный спор за исключением тех, которые подведомственны Конституционному суду РА, дела возникающих из правоотношений складывающихся в процессе уголовного производства, уголовные дела, которые относятся к судам общей компетенции, дела возникших из правоотношений складывающихся в процессе производства по вопросам о банкротстве.

В подсудность административного суда РА входят а) как и споры которые возникают из за противоправных действий или бездействий должностных лиц; (органа исполнительной власти). б) так и споры возникающие связи с правонарушениями физических и юридических лиц. Вторая группа споров является административно-юрисдикционным.

Согласно ст. 8 АПК РА административному суду подсудны все дела возникающих из публичных споров, в том числе:

1. споры возникающие в связи с происхождением или осуществлением государственной, муниципальной или альтернативной службы;
2. споры между административными органами по вопросам о компетенции, которые не подлежат решению в вышестоящем порядке;
3. дела об установлении таких юридических фактов, которые имеют значения для возникновения, обоснования, изменения или прекращения публичных, субъективных прав физических и юридических лиц;
4. споры по делам о приостановлении или прекращении действующих или имеющих целью действовать объединений, в том числе профессиональных союзов;
5. дела об издании платежных распоряжений, исходящих от публичных отношений.

Кодекс РА от 28 ноября 2007 года «Об административном процессе» установил порядок реализации права судебной защиты физических и юридических лиц в административном и кассационном судах от административных и нормативных актов, действий или бездействий государственных органов и органов местного самоуправления и их должностных лиц, а также порядок рассмотрения исков административных органов и их должностных лиц против физических и юридических лиц.

Порядок судопроизводства по административным делам установлены АПК РА и «Судебным кодексом» РА, а также в случаях, предусмотренных АПК РА нормами ГПК РА, поскольку постольку эти нормы по своей сути применимы к административному процессу и не противоречат сути административного процесса. Административно-процессуальные нормы, содержащиеся в других законах, должны соответствовать АПК РА. *На наш взгляд, было бы целесообразнее вместо ссылки на ГПК РА указанные нормы непосредственно воспроизводить в АПК РА.*

Судопроизводство по административным делам осуществляется законом, действующим в момент рассмотрения дела.

В административном суде дело возбуждается на основе иска. Административно-процессуальным кодексом установлены разные виды исков: а) оспаривающий иск, б) обязывающий иск, в) иск об исполнении действий, г) иск о признании. *Оспаривающий иск* предусматривает, что истец вправе требовать полного или частичного устранения или изменения вмешивающегося административного акта. С помощью *обязывающего иска* истец может требовать принятие того благоприятного административного акта, в принятии которого было отказано административным органом. *По иску об исполнении действий* истцу представляется право требовать исполнения определенных действий или воздержатся от исполнения таких действий, которые не направлены на принятие административного акта. *Иск о признании* дает возможность истцу требовать признания 1) наличие или отсутствие какого либо правоотношения, 2) ничтожность административного акта, 3) неправомерным, уже не имеющим юридическую силу вмешивающегося административного акта или действия, если истец справедливо заинтересован в признании акта или действия неправомерным. Участниками административного процесса являются стороны: истец, ответчик, третье лицо. Истцом является то физическое или юридическое лицо, административный орган или должностное лицо, которое обратилось в административный суд. Ответчиком является административный орган или должностное лицо, физическое или юридическое лицо, против которого направлен иск в административный суд.

АПК РА устанавливает, что право обращаться в административный суд имеет каждое физическое или юридическое лицо, кто считает, что административными или нормативными актами, действиями или бездействием государственных органов или органов местного самоуправления РА или их должностных лиц нарушены или могут быть непосредственно нарушены права, свободы или законные интересы предоставленные ему Конституцией РА, международными договорами, законами и другими актами РА. В случаях предусмотренных Кодексом в административный суд могут обращаться также административные органы или должностные лица с требованием а) привлечь к административной ответственности физическое или юридическое лицо, если законом предусмотрено, что к административной ответственности может привлечь только суд; б) о лишении физических или юридических лиц некоторых прав или возложении на них некоторых обязанностей если законом предусмотрено, что к административной ответственности может привлечь только суд; в) на основании админи-

стративного акта наложить взыскания на физическое или юридическое лицо.

В административный суд может также обращаться один административный орган против другого, если спор не подлежит решению в порядке субординации.

В АПК РА предусмотрено также: рассмотрение и решение споров по поводу административного принуждения; производство по дисциплинарным делам; производство по делам о нотариальных действиях или отказа от исполнения. Кроме дел, предметом которых являются публичные споры, Кодекс содержит также производство по делам об установлении неточностей в записях актов гражданского состояния, которые не являются предметом спора.

Административный суд обязан обеспечить для сторон равные возможности в течении всего периода рассмотрения дела, в том числе: предоставить каждой стороне полноценную возможность представить свою позицию по поводу рассматриваемого дела.

Административный суд во время процесса проявляет активную позицию. Административный суд факты, относящихся к делу, устанавливает по должности: не ограничиваясь ходатайствами участников административного процесса, представленными ими доказательствами и другими материалами дела. Это очень важное обстоятельство, так как только суд, исходя из своих властных полномочий, может требовать от государственных органов и их должностных лиц предоставить в суд соответствующие документы и другие доказательства. Суд для формирования нужного для решения дела внутреннего убеждения предпринимает разумные мероприятия по выявлению фактов дела.

Дела по существу первый раз рассматриваются единолично, за исключением случаев указанных в Кодексе, когда определенные дела по существу первый раз рассматриваются коллегиально. Судебные акты административного суда решающие дело по существу вступают в законную силу в течении месяца, если иное не предусмотрено Кодексом.

Решения административного суда может опротестоваться только в кассационном порядке в гражданской и административной палате кассационного суда<sup>14</sup>. Согласно ст. 92 Конституции РА конституционной задачей Кассационного суда является одинаковое применение законов. В части 1. ст. 26 Судебного Кодекса РА закреплено, что судебный акт пересматривает суд первой инстанции принявший соответствующий акт.

Указанный кодекс устанавливает основания кассационного протеста и полномочия Кассационного суда РА. Так, согласно ст. 57 Судебного Кодекса РА основа-

нием для принесения кассационного протеста является судебная ошибка: такое нарушение материального или процессуального права, которое может влиять на исход дела.

Кассационный протест может быть принесен до вступления судебного акта в законную силу, за исключением случаев вновь выявленных обстоятельств или нового основания.

Отдельным видом административного судопроизводства является административно-юрисдикционное судопроизводство (или правосудие по делам об административных правонарушениях). Данному виду судопроизводства характерны некоторые черты уголовного судопроизводства, так как обязанность доказывания возлагается на административные органы.

#### IV. Заключение

Таким образом, мы можем констатировать, что:

1. административная юстиция возникла и развивается в РА в постсоветское время;
2. во многих постсоветских странах законами установлены единые правила досудебного производства, хотя допускается отдельными квазисудебными органами принятие других правил производства;
3. для защиты прав в основном установлен альтернативный порядок обращения в досудебные или судебные органы.
4. для решения публичных споров создан специальный суд: Административный суд РА (законодательно обеспечено создание Административного апелляционного суда РА);
5. административное судопроизводство осуществляется в основном административно-процессуальными нормами, содержащимися в АПК Республики Армения.

<sup>14</sup> На основании анализа судебной практики в АПК РА и в Судебный кодекс РА внесены поправки (приняты во втором чтении), согласно которым учреждается Административный апелляционный суд РА и круг дел, подсудных ему.

# Правовая защита в свете решений административных органов – устное слушание и защита принципа неразглашения тайны в административном производстве, обязанность обоснования административно-правовых актов

Доктор Норберт Бернсдорфф<sup>1</sup>

## I. Введение

Государственными органами являются люди. Именно поэтому каждая государственная деятельность является человеческой деятельностью. Кому известны виды человеческой деятельности, известны и виды государственной деятельности. Правовед Вальтер Еллинек именно данным соображением начинал свое исследование по административному и административно-процессуальному праву «Ошибочный административно-правовой акт и его последствия», опубликованное в 1908 году.<sup>2</sup>

Государственная власть преследует каждого отдельного человека сплошь и рядом. В этом сложном мире почти нет сферы, в которой бы не чувствовалась рука государства. Помимо этого, гражданин все чаще должен защищаться против решений государственных органов, позволяющих другому гражданину или какому-либо государственному органу осуществление определенных действий. Чем меньше затронутый гражданин разбирается в структурах разнообразного, взаимосвязанного государственного устройства и чем меньше ему известно о возможностях защиты своих прав против государства, тем хуже он будет себя чувствовать против угнетающего государственного аппарата. Кроме этого, для простого гражданина, не имеющего представление о сложных правовых нормах и положениях, очень сложно разобраться в защите прав против государства.

В административном производстве административный орган стоит выше гражданина. Тем самым административный орган вмешивается саморегулирующим образом в общественную жизнь. Он является таким образом хозяином административного производства, которое начинается на основании заявления

затронутого гражданина. Впечатление, складывающееся на сегодняшний день, что управление действует «сверху вниз», соответствует действительности. Психологическая переподготовка современного управления порой вытесняет понимание того, что оно должно общаться с гражданином как с партнером административного органа. Данное опасение обосновано, ибо административный орган существует для граждан, а не наоборот. Затронутый гражданин должен хорошо осознавать, что при общении с административным органом во время административного производства он подчинен административному органу.

Данные подчинительные отношения отпадают, если затронутое лицо, обратившись в суд по административным делам, желает проверить правомерность решения административного органа. В административном процессе административный орган и затронутый гражданин равноправно предстают перед судом. Данный принцип ограничиваем лишь в том случае, когда суду по административным делам запрещается вмешиваться в определенные решения административных органов (принцип усмотрения).

Наряду с правовым преимуществом, которое имеет орган государственной власти, административный орган имеет еще и преимущество в знаниях, ибо административный орган имеет специалистов по каждой отрасли, за которую он отвечает в отраслевом и территориальном смысле, разбирающихся вплоть до деталей в конкретной сфере и, в первую очередь, в вопросах производства. Противоположной стороной является затронутый гражданин, порой в первый раз имеющий соприкосновение с административным производством. Очень важно хорошо осознавать данное преимущество в знаниях при общении с административным органом.

## II. Контроль над решениями административных органов

В общем языковом употреблении контроль означает: проверку, инспекцию, наблюдение, надзор, господство и правление. Контролировать означает: проверять, перепроверять, сопоставлять, сравнивать, наблюдать, иметь под контролем, владеть, управлять, править. Контролем должны быть не только наблюдение и оценка, но и контролирующее лицо должно иметь возможность вмешиваться – без наличия полномочия вмешательства в качестве обязательного признака.<sup>3</sup> Неотъемлемой частью контроля является наблюдение и оценка поведения/действия (либо состояния или хода событий).

<sup>1</sup> Доктор Норберт Бернсдорфф является судьей Федерального суда ФРГ по социальным делам, а также главным издателем настоящего журнала.

<sup>2</sup> Вальтер Еллинек, Ошибочный административно-правовой акт и его последствия – научное исследование по административному и административно-процессуальному праву, Тюбинген, 1908

<sup>3</sup> Отдельно взятый тезис, о том, что контроль всего-навсего является наблюдением, тогда как государственный надзор превышает суть контроля, ибо это уже является вмешательством, противоречит обычному языковому употреблению.

Контроль занимается сравнением, завершая процесс оценочным решением.

### 1. Элементы контроля

Полномочия ревизора делятся на две разновидности контроля: с одной стороны, осуществление наблюдения и оценки, а, с другой стороны, право изменения, отклонения, исправления контролируемого решения, либо принятия нового решения на основании данного наблюдения и оценки. Полномочие наблюдения и оценки содержит также право корректировки, исправления существующего решения. Тем не менее, право корректировки включает в себя и право на наблюдение и оценку, делая наблюдение и оценку обязанностями. В наблюдение и оценку входит исследование фактических обстоятельств дела: что содержит контролируемое решение административного органа, как и почему оно возникло. Оценка подразумевает при контроле сравнение. Контролируемое решение сопоставляется с решением, которое является показателем для ревизора.

### 2. Контроль над государственными действиями

Государство контролируется обществом самым разносторонним образом. В отдельных случаях это выражается в участии в административных производствах и судебных слушаниях, в обобщенном смысле путем участия в выборах и в высказывании «общественного мнения». Общество пользуется свободой информации, средствами массовой информации и свободой научной деятельности (когда правовед критикует судебные решения). В пределах общественных организаций многое именуется контролем, включая надзор над деятельностью иерархии административного органа, деятельность судов по административным делам и конституционных судов по отношению к нижестоящим инстанциям, судов перед административным органом и перед законодателем. Парламенты контролируют правительства и спецслужбы, бургомистры муниципалитетов – советы общины и муниципальные комиссии и комитеты.

Суд по административным делам контролирует и без наличия обязательного решения административного органа, на основании заявления административного органа. Так, например, много мероприятий, осуществляемых органами полиции и правопорядка, находится под «судейской оговоркой», в случае, если полиция хочет учредить контрольный орган, когда административный орган желает осуществить акт лишения свободы и т.д. Суд контролирует в данном случае, насколько правомерно ходатайство и насколько обосновано само заявление. Та же самая процедура применяется, когда правление адвокатской палаты представит отрицательное заключение по допуску к

адвокатской деятельности. Суд обязан проверить и принять решение в данном случае на основании «ходатайства о принятии судебного решения», насколько правомерна причина отказа административного органа и следует ли затронутому лицу отказывать в допуске к адвокатской деятельности. Речь идет о разновидностях ранее более частого, а на сегодняшний день реже встречающегося административного судопроизводства.

### 3. Решение административного органа и контроль над судами по административным делам

Судебный контроль отличается от проверяемого решения административного органа тем, что за контроль ответственен другой, независимый государственный орган. Помимо этого, контроль со стороны судов по административным делам отличается от решения административного органа еще особенно формализованным судопроизводством. Судопроизводство является частью контроля. Не соответствует действительности бытующее мнение, якобы при административном судопроизводстве контролируется не административный орган, а судопроизводство полностью заменяет административное производство в административном органе.<sup>4</sup> Контроль невозможен без контрольного производства.

Кроме этого, предмет судебного решения намного шире, нежели административного органа. Он охватывает обжалованное решение административного органа, либо заявление, в случае, если административный орган пока не принял обязательного решения. В случае, если правовые последствия наступили посредством издания административно-правового акта, то предметом судебного решения обязательно станет вопрос правильности или неправильности данного акта, подобно решению апелляционного суда по судебному решению суда первой инстанции.

### 4. Предмет контроля

Важнейшим предметом контроля суда по административным делам является обжалованное решение административного органа. Следует отметить, что контроль решения административного органа делится на отдельные части, с тем, чтобы поэтапно проверять данное решение. Так, например, могут быть отдельно исследованы фактические и правовые аспекты, даже если подобное разграничение крайне сложно. Частичным предметом контроля является проверка фактических обстоятельств дела, учтенных или учитываемых административным органом при принятии решения. Другие частичные вопросы состоят в том, как было

<sup>4</sup> Ср. Клауса Дитера Классена, структурные различия между немецким и европейским административным правом, NJW, 1995, 2457, 2461.

принято контролируемое решение административного органа и какого оно содержания (предшествующий контроль и контроль последствий). Даже процессуально-правовые и материально-правовые вопросы можно проверять независимо друг от друга.

Дальнейшим частичным предметом контроля может стать вопрос соответствия примененных или применяемых административным органом правовых предписаний нормам более высокого ранга. Следующим частичным предметом контроля суда апелляционной или кассационной инстанции по административным делам является обжалованное решение нижестоящей судебной инстанции. Разграничивание между отдельными частями и возможность проверки посредством нескольких инстанций особенно усиливают судебный контроль над решениями административных органов.

### III. Правовая защита против решений административных органов

Понятие «правовая защита» дополняет перспективу контроля судом точкой зрения гражданина, предотвращая, тем самым, чтобы рассмотрение дела ограничилось только лишь отношениями «администрация – суд по административным делам» и интересы затронутых граждан попали в тень. Поэтому правовая защита посредством судов по административным делам перед административным органом не должна быть преимущественно определена принципом деления властей. Понятие «правовая защита» понимается во взаимосвязи и взаимодействия понятий «право» и «защита». «Право» может подразумевать весь правовой порядок и/или субъективное право отдельного затронутого гражданина. Вопрос «защиты» подразумевает вопрос «каким образом»: посредством судов или других органов, превентивно, одновременно с решением административного органа или репрессивно, срочно или бессрочно, в каком производстве, с какими правовыми последствиями. Осуждают, признают или заменяют ли суды акты административных органов? Кроме этого, вопрос защиты касается еще и вопроса «защиты против чего?»: против отклонений от закона, против каждого обременения, против правонарушения или же исключительно против целенаправленного «вмешательства»?

«Объективная правовая защита»<sup>5</sup>, которая должна защищать объективный правовой порядок, только чисто теоретически разграничиваема от «защиты субъективных прав». Однако данное различие подчеркивает наличие двух полюсов правовой защиты: объективной и субъективной правовой защиты. Это противополо-

жные системы, к которым законодатель прибегает при формировании правового порядка. Законодатель, как правило, применяет оба образца, хотя меняются акценты. Подобно противоположным понятиям и принципам, таким как концентрация и децентрация, централизация и децентрализация, принципы диспозиционности и официальности, состязательности и инквизиционности, объективная и субъективная правовая защита представляет собой всего лишь тенденции, существующие в конкретном правовом порядке.

### IV. Превентивная правовая защита в административном производстве

Превентивная правовая защита имеет место до издания административно-правового акта. Она «заранее инсталлирована» законодателем, служа не объективной правовой защите, а защите субъективных прав. В немецком, грузинском, азербайджанском и армянском административно-процессуальном праве существуют три основных признака: обязанность слушания затронутого гражданина в административном производстве, требование неразглашения тайны и обязанность обоснования решений административным органом.

#### 1. Устное слушание гражданина в административном производстве

Принцип устного слушания означает, что затронутому гражданину должна быть предоставлена возможность, высказать собственную точку зрения до издания административно-правового акта, либо до принятия административным органом соответствующего решения. Предпосылкой этого является обязанность административного органа, своевременно связаться с данным гражданином и выслушать его мнение. Принцип устного слушания вытекает в Германии из определенных правовых принципов, существующих в качестве простого закона со второй половины 70-ых годов, после кодификации административно-процессуального права.

Принцип устного слушания имеет перечисленные ниже, важные для затронутого гражданина и административного органа функции в административном производстве.

##### *а. Функция указания и предупреждения*

Административный орган, исследующий фактические обстоятельства дела, оснащен, по сравнению с гражданином, определенными преимущественными знаниями и опытом. Осуществляемая административным органом мера может в большей или меньшей степени затронуть личные права и интересы затронутого гражданина. Поэтому необходимо защищать затронутое лицо от неожиданного вмешательства в личную

<sup>5</sup> Данное понятие, например, родственно с Отто Бахоф, Гражданин и государственная власть, том 2, с. 3, 13 (защита объективных прав и интересов).



сферу.

При устном слушании затронутому гражданину сообщаются итоги проведенных расследований административного органа. Он может подчеркнуть наличие собственных специальных интересов, стараясь добиться того, чтобы административный орган (если это возможно), учел бы это обстоятельство. Помимо этого, гражданин может добровольно и сам удовлетворить требование, после того, как административный орган проинформирует его о нарушениях. В данном случае уже нет необходимости осуществления определенных мер со стороны административного органа.

Для административного органа обязанность слушания означает осознание им того обстоятельства, что он вправе вмешаться в права затронутого гражданина. Поэтому следует напоминать административному органу о том, что он должен проявить при этом особую предусмотрительность. С учетом позиции затронутого гражданина административный орган может по собственному усмотрению найти самый приемлемый вариант.

#### *б. Функция усовершенствования*

Целью административного производства является, в том числе, предоставление административному органу наилучших предпосылок для принятия безупречного в правовом отношении и приспособленного к ситуации решения. На основании принципа инквизиционности административный орган исследует фактические обстоятельства дела по собственной инициативе. Устное слушание является важным тому продолжением. Устное слушание дает возможность восполнить уже исследованные фактические обстоятельства дела показаниями затронутого лица, и внести в них в случае необходимости коррективы. Данная проверка содействует предотвращению принятия мер на основании неправильных предположений. Таким образом, улучшается качество принимаемого решения. Принцип устного слушания предоставляет возможность гражданину, внести собственный вклад в разъяснение фактических обстоятельств дела<sup>6</sup>.

#### *в. Предотвращение лишнего обжалования*

На основании устного слушания затронутый гражданин вовлекается в процесс принятия решения. Несмотря на то, что окончательное решение подлжет административному органу, затронутый гражданин может представить собственные доводы по делу. В случае, если фактические обстоятельства дела были неправильно или несовершенно исследованы,

то гражданин может исправить и усовершенствовать их. В конечном итоге все приведет к тому, что принятое решение будет приемлемо и для самого затронутого гражданина. Помимо этого, затронутый гражданин представляет собственное видение по фактическим обстоятельствам дела уже на устном слушании, что означает, что нет необходимости докладывать их при производстве административной жалобы. Таким образом, устное слушание содействует, помимо прочего, и предотвращению лишних жалоб, целью которых должно быть исправление и усовершенствование фактических обстоятельств дела. Функцией устного слушания является разгрузка административного органа и его защита от процессов с отрицательным исходом.

#### *д. Сфера применения: только при обременяющих мерах?*

В немецком праве принцип устного слушания затронутого гражданина предписан при обременяющих мерах. Это меры, противоречащие интересам затронутого гражданина, затрагивающие его волю, обязывающие его к действию, допущению или бездействию, либо отказывающие ему в каком-либо преимуществе или выгоде. В данных случаях затронутый гражданин заинтересован в устном слушании и в представлении собственных интересов. В отличие от этого, подобной заинтересованности нет при предоставлении преимущества или льготы, а также при нейтральных мерах. В немецком праве соответственно употребляется особый термин. Ст. 28 ч. 1 Федерального Закона ФРГ об административных производствах предписывает административно-правовой акт, «затрагивающий права затронутого лица». Возникает вопрос, что следует понимать под данным понятием.

В противоположность узкому дословному значению положения ст. 28 ч. 1 Федерального Закона об административных производствах о том, что устное слушание должно состояться только при затрагивании прав заинтересованного лица, следует понимать применяемую в немецком праве формулировку таким образом, что уже наличие возможности вмешательства в права и защищенные в правовом отношении интересы гражданина достаточно, чтобы обосновать обязанность проведения устного слушания. Именно из этого исходит господствующее в немецкой правовой доктрине мнение<sup>7</sup>. Ибо в момент проведения устного слушания пока не ясно, будет ли издан административно-правовой акт, и будут ли, тем самым, затронуты права и интересы гражданина. Устное слушание служит как раз установлению цели, будут ли затронуты вообще и какие именно права и правовые интересы

<sup>6</sup> Феликс Вайройтер, Влияние посредством устного слушания, в: Эверхардт Франсен/ Конрад Редекер/ Отто Шлихтер/ Дитер Вилке, Гражданин-судья-государство, юбилейное издание для Хорста Зендлера, Мюнхен 1991, с. 183, 186 и последующие.

<sup>7</sup> См. Фердинад Копп/Ульрих Рамзауер, Федеральный Закон об административных производствах, 11-ое издание, 2010, сноска на полях 28, 24.

заинтересованного участника. Помимо этого, необходимо предотвратить подобное вмешательство именно проведением устного слушания, если это вообще возможно. Именно поэтому соответствующие немецкие законные положения следует понимать и толковать таким образом, что возможность вмешательства в права и правовые интересы достаточна для возникновения обязанности проведения устного слушания.

Возникает вопрос, необходимо ли проводить устное слушание при решениях, отклоняющих или ограничивающих определенное преимущество. В данном случае речь идет, в первую очередь, о случаях, в которых отказывается в заявлении об осуществлении определенного преимущества или льготы. На данный вопрос особенно сложно ответить по немецкому праву, ибо дословное значение ст. 28 ч. 1 Федерального Закона об административных производствах предвидит меры, затрагивающие права одного из участников. Отчасти в применении принципа устного слушания относительно отклонения определенного преимущества или льготы отказывается с учетом рестриктивной формулировки ст. 28 ч. 1 Федерального Закона об административных производствах. Данное обстоятельство объясняется тем, что вмешательство в права затронутого лица требует изменения правовой ситуации соответственно статьи 28 Федерального Закона об административных производствах (изменение статуса кво в статус кво минус). Данное толкование ст. 28 ч. 1 Федерального Закона об административных производствах не соответствует сути и цели данного положения. Административный орган, отказывающийся затронутому лицу в преимуществе или льготе, затрагивает права и правовые интересы лица. Он откажет в данном случае гражданину в правовой позиции, то отношению к которой, возможно, существует требование. Отказ в предоставлении преимущества или льготы может представлять собой, в зависимости от конкретных обстоятельств, такое же сложное ограничение, как акт, обязывающий затронутое лицо к действию, допущению/терпению или бездействию. Даже в том случае, когда предоставление определенного преимущества является дискрецией административного органа, отказ может затронуть требование заинтересованного гражданина на принятие безупречного решения. Именно поэтому на основании господствующего мнения в судебной практике и доктрине Германии следует исходить из того, что предписанное ст. 28 ч. 1 Федерального Закона об административных производствах устное слушание предусмотрено, когда административный орган предполагает принять решение, предоставляющее возможность ограничения прав или правовых интересов гражданина. Это касается и решений, затрагивающих отказ в льготах. При этом не играли роли вопрос о том, существует ли безусловное требование получения льготы, либо являет-

ся ли предоставление подобной льготы дискрецией административного органа. В обоих случаях устное слушание имеет важнейшую функцию для принятия решения.

К обременяющим административно-правовым актам, обосновывающим обязанность проведения устного слушания, принадлежат, в том числе, и меры, влекущие отрицательные последствия не для непосредственных адресатов, а для третьих лиц. Часто случается так, что, нарушая общие правила, затрагиваются и обременяются интересы третьего лица, как это бывает при предоставлении исключений или освобождений от обязанностей. В немецком праве поэтому более обширно предусмотрено устное слушание третьих лиц. Ст. 28 ч. 1 Федерального Закона об административных производствах предписывает обязанность устного слушания лиц, чьи интересы или права затронуты. В первую очередь, имеются в виду прямые адресаты административно-правового акта, а также все те третьи лица, чьи права и правовые интересы могут быть затронуты принимаемым решением.

#### *е. Исключения из обязанности устного слушания*

В немецком праве существует три исключения, при которых отпадает обязанность проведения устного слушания. Это ситуации, при которых необходимы быстрые действия и где устное слушание привело бы к задержке. Это ситуации, в которых наличие особого государственного интереса способствует непроведению устного слушания и ситуации, в которых затронутый гражданин сам не заинтересован в проведении устного слушания.

Существуют ситуации, когда административный орган обязательным образом должен действовать еще до проведения устного слушания. В особенности, когда правовому благу угрожает непосредственная опасность, и когда ситуация может еще более ухудшиться, если административный орган не вмешается незамедлительно. Немецкое право предусматривает данные обстоятельства и признает исключение из принципа устного слушания по ст. 28 ч. 2 п. 1 Федерального Закона об административных производствах при «случаях, не терпящих отлагательства». Подразумеваются такие случаи, при которых состоит вероятность нарушения правового блага, а проведение устного слушания привело бы к невыполнению намеченной цели, обусловленной либо увеличением опасности, либо наступлением факта нарушения правового блага<sup>8</sup>. Понятие случая, не терпящего отлагательства, состоит из двух компонентов: с одной стороны,

<sup>8</sup> Федеральный суд по административным делам ФРГ, решение от 15.12.1983, Вестник решений Федерального суда по административным делам, 68, 267, 271, Решение от 26.02.1974, Вестник решений Федерального суда по административным делам, 45, 51, 57.

должна существовать реальная опасность нарушения правового блага. С другой стороны, нарушение правового блага должно непосредственно предстоять, что означало бы в случае проведения устного слушания потерю времени и невозможность предотвращения данной опасности. Данное понятие полностью поддается проверке со стороны суда. Для оценки опасности необходимо исходить из временного фактора, когда административный орган решит вмешаться, т. е. класть в основу оценку *ex ante*, а не мнение *ex post*.

Помимо этого, бывают ситуации, когда нецелесообразно проводить устное слушание при существовании реальной опасности для публичных интересов. В особенности, когда проведением устного слушания административный орган не смог бы добиться намеченной цели. Это случаи, когда затронутое лицо предварительно предупреждено, и тем самым создается вероятность срыва административно-правового акта<sup>9</sup>. Кроме этого, бывают еще случаи, когда наличие публичного интереса препятствует проведению устного слушания. Это такие случаи, когда проведение устного слушания создает угрозу существованию государства или государственных учреждений, ибо это может способствовать разглашению военной или политической тайны.

Немецкое право учитывает обе названные ситуации в ст. 28 ч. 2 п. 1 Федерального Закона об административных производствах. В соответствии с данным положением устное слушание не проводится, когда это считается необходимым в публичных интересах. Ст. 28 ч. 3 данного Федерального Закона уточняет данное положение, предписывая непроведение устного слушания в случае наличия императивных публичных интересов.

Непроведение устного слушания из-за существования важных публичных интересов допустимо только в том случае, когда защищаемые публичные интересы ставятся выше важнейших принципов, на которые опирается принцип устного слушания. Предпосылкой непроведения устного слушания является, таким образом, занятость данным вопросом со стороны административного органа. Логика ст. 28 ч. 1 Закона об административных производствах и стоящих за ней конституционно-правовых принципов рассматривает проведение устного слушания, как нормальный случай. Исключением является непроведение устного слушания, к чему следует прибегать крайне редко. Само устное слушание является, в свою очередь, очень важным публичным интересом, который должен быть сбалансирован с интересами непроведения устного слушания. Это лишний раз подчеркивает, что, например, упрощение административной работы,

экономия времени или расходов, как правило, не могут стать веской основой непроведения устного слушания.

Устное слушание не должно быть ненужным, лишним формализмом. Напротив, устное слушание является средством улучшения выявления фактических обстоятельств дела путем коммуникации между затронутым лицом и административным органом с целью повышения приемлемости принятого решения и предотвращением лишних жалоб. Таким образом, устное слушание является средством повышения качества принимаемых решений. Бывают ситуации, когда проведение устного слушания не представляет необходимости ни для затронутого лица, ни для самого административного органа. Это в особенности проявляется в тех случаях, когда административный орган, которому иным способом стало известно об аргументах затронутого лица, абсолютно уверен, что проведение устного слушания не доведет до выявления новых аспектов. В подобных ситуациях проведение устного слушания было бы излишней формальностью. Поэтому должно быть допустимо отказываться от проведения устного слушания в конкретной ситуации.

Важнейшей категорией, допускающей непроведение устного слушания, являются ситуации, когда административный орган принимает решение на основе заявления гражданина. В случае удовлетворения заявления нет необходимости проводить устное слушание, ибо административный орган принимает благоприятствующее решение. Если же заявление удовлетворяется лишь частично или же с определенными ограничениями или оговорками, то речь идет об обременяющих решениях. Для подобных случаев немецкое право предусматривает возможность непроведения устного слушания в соответствии со ст. 28 ч. 2 п. 3 Федерального Закона об административных производствах, если с учетом данной лицом информации не происходит отклонения от этих фактов в ущерб затронутого лица. Это означает, что административный орган, намеревающийся не удовлетворить требование о предоставлении преимущества или льготы, не обязан проводить устное слушание, если при принятии решения он опирается исключительно на факты, приведенные затронутым лицом в его заявлении.

## **2. Требование неразглашения тайны в административном производстве**

Публичное управление справляется на сегодняшний день, в особенности на основании большого объема публично-правовых норм и положений, с немалым количеством задач и функций. Сферой деятельности публичного управления является забота о кадрах и материальных вопросах, о существовании и о формировании вплоть до классических форм вмешательства. В условиях современного общества, понима-

<sup>9</sup> Ср. еще ранее Ганс-Гюнтер Кёниг, Принцип устного правового слушания в административном производстве, 1959, с. 189, 190.

ющего себя в качестве информационного общества, необходимой предпосылкой осуществления данных задач и функций является предоставление органам исполнительной власти всеобъемлющей, последовательной и текущей информации. Данная потребность в постоянно растущей государственной информации не восполняется без поддержки современных информационных технологий. Соответственно электронная обработка данных представляет собой необходимую предпосылку эффективного и экономического решения задач в сфере публичного управления.

С одной стороны, налицо польза и необходимость данных технологий, а, с другой стороны, неоспоримым являются риски, связанные в особенности с правами личности отдельного гражданина. Современные технологии содержат в себе опасность того, что вся имеющаяся информация о личности может быть истребована в пределах короткого времени и стать доступной для третьих лиц, без возможности контроля затронутым лицом правильности и правомерности использования этой информации.

Федеральный Закон об административных производствах, который в соответствии с волей законодателя должен быть не только рабочей основой для административных органов, а должен служить в первую очередь гарантией правозащиты для затронутого гражданина при осуществлении его прав перед административным органом, постарался учесть необходимость данной информационной защиты посредством кодификации в ст. 30 Федерального Закона об административных производствах. Данная норма представляет затронутым лицам основу требования, чтобы их тайны не разглашались незаконным образом административным органом<sup>10</sup>.

#### *а. Административные органы*

Понятие «орган» не применяется и определяется унифицировано в правовой системе. Органы – это учреждения, которые основаны посредством государственного организационного права, не меняющиеся в зависимости от замены должностного лица и укомплектованные на основании конкретных полномочий, от собственного имени осуществляющие задачи и функции публичного управления. Ст. 30 Федерального Закона об административных производствах предписывает руководителю административного органа обязанность обеспечить принятием соответствующих организационных мер и осуществлением служебного надзора гарантию того, что отдельные служащие административного органа не нарушат их обязанности неразглашения тайны. Данную обязанность имеет, в первую очередь, административный орган, ведущий административное производство, даже в том случае,

если данный орган обрабатывает всего лишь отдельные части конкретного административного производства. И дальнейшие участвующие в административном производстве административные органы подлежат обязанности неразглашения тайны, если им станет известно в контексте с административным производством, в рамках предварительной отраслевой точки зрения, об определенных тайнах участников.

#### **б. Понятие «тайны»**

Термин «тайна», применяемый в ст. 30 Федерального Закона об административных производствах, является не официальным определением, а описывается в законе посредством двух примеров в форме открытого перечня. Защищены тайны участников «в особенности тайны, относящиеся к личной жизни, а также производственные и коммерческие тайны». В основном под этим подразумеваются все факты, относящиеся к частному правовому субъекту и его жизненным и производственным отношениям, которые на основе существующих правовых норм и общепринятых мировоззрений, а также на основе оценок, предписанных конституционным правом не должны быть доступны для третьих лиц и которые известны лишь ограниченному кругу лиц, и в нераспространении которых правовой субъект имеет законный, защищаемый интерес<sup>11</sup>. Поэтому в особенности защищены семейные, личные и экономические отношения, не представляющие особой государственной важности, в неразглашении которых не существует другого легитимного интереса на основе законных предписаний по информационным обязанностям.

Личность, которой касается данное обстоятельство, должна иметь обоснованный и доказанный интерес нераспространения данного обстоятельства. Для установления обоснованного интереса необходимо прибегать к объективному масштабу.

Тайной не являются такие обстоятельства, которые изначально представляли или представляют особую важность, нашедшие отображение в общедоступных источниках. Это, например, могут быть случаи, когда серьезная ежедневная газета освещает данное событие. Факты, известные большому кругу лиц, или общеизвестные факты не могут быть тайной согласно ст. 30 Федерального Закона об административных производствах.

#### *в. Виды тайн*

Закон предписывает все виды тайн, которые не должны быть в особенности разглашены административным органом – это тайны, относящиеся к личной

<sup>10</sup> Ср. соответствующие положения в грузинском, армянском и азербайджанском праве.

<sup>11</sup> Ср. вместо многих: Клаус Обермайер, Комментарий к Федеральному Закону об административных производствах, 3-е издание, 1999г., с. 30, замечание на полях 12 и последующие.

жизни, а также коммерческие и производственные тайны.

К тайнам личной жизни относятся, в первую очередь, обстоятельства, составляющие защищенную в конституционно-правовом отношении и неприкосновенную для государственной власти сферу формирования личной жизни, т. н. интимную сферу<sup>12</sup>. Это в особенности вопросы здоровья, семейные и экономические отношения гражданина, как, например, ведение частной жизни, сексуальная жизнь и религиозные убеждения каждой личности. Помимо этого, прочие, определяющие личную жизнь каждой личности обстоятельства, приписываемые личной сфере каждого человека, как происхождение, семейное положение, состояние здоровья, жилищные условия, личное обращение, а также доходы и имущественное положение.

Невозможно четко, обобщенно определить, какие именно личные информации относятся к сфере тайны и какие нет. Например, одно и то же обстоятельство может быть чувствительным и сугубо важным для одного лица, и маловажным для другого. Речь идет об идентичной проблеме, которая рассматривается на уровне конституционного права в качестве теории сфер: теории абсолютно защищенной сферы (интимная сфера), сравнительно защищенной сферы (частная сфера) и, наконец, социальной сферы без особой защиты.

Понятие производственных и коммерческих тайн имеет сравнительно более четкие контуры, не нуждаясь в самостоятельном развитии в административно-процессуальном праве. Данное понятие, в первую очередь, перенимаемо из гражданского и уголовного права. Производственные и коммерческие тайны охватывают касающиеся определенного правового субъекта производственно-технические или торговые конфиденциальные обстоятельства, подтверждающие участие правового субъекта в экономической жизни. В данном контексте правовая форма ведения коммерческих дел имеет второстепенное значение.

Под понятием производственной тайны подразумевается техническая сторона предприятия (например, производственные методы). Термин коммерческой тайны охватывает торговую часть предприятия. Защищенной сферой должны быть, с одной стороны, частные (экономические) тайны собственников и экономических носителей предприятий. С другой стороны, обязанность неразглашения тайны со стороны административного органа служит защите передачи знаний конкурентам. Под этим подразумеваются экономические тайны отдельных лиц (например, изобретателей) и лиц, занимающихся самостоятельной деятельностью. Помимо этого, это еще и факты, не известные самому собственнику предприятия. Однако

зная о данных обстоятельствах, собственник пожелал бы сохранить их в тайне.

Под защитой тайны подразумевается согласно ст. 30 Федерального Закона об административных производствах например: уровень доходов, бухгалтерские журналы и записи, списки клиентов, источники приобретения сырья, рыночные стратегии, заявки о патентах, а также проекты поразвитию и исследованиям<sup>13</sup>.

Другими личными тайнами являются обстоятельства, хотя и имеющие социальную подоплеку, например из-за осуществления лицом деятельности в социальной среде, что означает уже само по себе распространение определенной информации, но в то же время затронутое лицо имеет обоснованный интерес, чтобы определенная информация не вышла за рамки добровольно выбранного им круга людей и чтобы он мог сам распоряжаться ее распространением. Сюда относятся, например, профессиональная биография, полученное им образование, оценки экзаменов, дисциплинарные меры или же принадлежность какой-либо организации.

### **3. Обязанность обоснования решений административных органов**

Третьим важным элементом, связанным с вовлечением гражданина в административное производство, является обязанность обоснования решений административных органов. Данный принцип означает, что принимающий первоначальное решение административный орган обязан обосновать в фактическом и правовом смысле принимаемое им решение. Мотивация решения должна быть сообщена затронутому лицу вместе с самим решением. Как правило, обоснование решения находится на том же документе, как и само решение, и сообщается затронутому лицу вместе с решением. Если же обоснование в отдельных случаях не входит в тот же документ, то необходимо передать его затронутому лицу вместе с решением административного органа.

Принцип обязанности обоснования административно-правовых актов закреплен в ст. 39 Федерального Закона об административных производствах<sup>14</sup>. Он вытекает из предписаний более высокого ранга.

Обязанность обоснования решений административных органов имеет, подобно принципу устного слушания, огромное значение и для затронутого гражданина, и для самого административного органа. Необходимо различать между тремя разными функциями данного принципа в административном производстве.

<sup>12</sup>Ср. Решение Федерального Конституционного суда ФРГ от 16.01.1957, с. 6, 32, 41; Определение от 14.09.1989, с. 80, 367, 373 и последующие страницы.

<sup>13</sup> Ср. Рюдигер Бройер, Защита производственных и коммерческих тайн в экологическом праве, NVwZ, 1986, 171 и последующие

<sup>14</sup> См. соответствующие положения в грузинском, армянском и азербайджанском праве.

### *а. Защита против неправильных решений*

Принимающий первоначальное решение нижестоящий административный орган обязывается при обосновании решения, четко обдумать все причины, высказываемые за и против принимаемой им меры. Действует принцип: «Тот, кто не в состоянии найти с пером в руке хорошую мотивацию для обоснования собственного решения, должен знать, что он не на правильном пути». Данный принцип защищает и затронутое лицо, и сам административный орган от принятых на скорую руку и необоснованных решений.

### *б. Улучшение приемлемости решения*

Принцип обязанности обоснования решений административных органов делает прозрачным процесс принятия решения для затронутого лица. Четкое обоснование является важным указанием на то, что административный орган очень тщательно подошел к принимаемому решению. Знакомясь с решением административного органа, затронутое лицо убеждается в том, какие именно обстоятельства послужили причиной принятия конкретного решения. Это особенно важно при обременяющих мерах. Только убедительным обоснованием возможно разъяснить затронутому лицу правильность принятого решения. Для затронутого лица станет более приемлемым хорошо обоснованное решение даже в том случае, если оно принято не в его пользу. Как правило, это приводит к отказу от подачи безнадежных жалоб. Гражданин не должен подавать жалобу «по подозрению» в неправильности решения с тем, чтобы разузнать мотивацию принятого решения. На основании же подробного обоснования принятого решения он будет в состоянии адекватно оценить возможности успеха конкретной жалобы. Предотвращение ненужных, лишних процессов ведет к разгрузке административных органов и судов.

### *в. Основа проверки решений административных органов*

Обоснованное решение разъясняет, в-третьих, какие именно суждения послужили причиной для осуществления данной меры. Затронутое лицо, тем самым, получает возможность понять суть решения. Именно обоснованность решения дает возможность и вышестоящему административному органу или суду, лучше проверить в случае обжалования принятое решение. Обоснованность жалобы же можно проверить на основании мотивации решения нижестоящего административного органа. Намного проще проверить, не упустил ли нижестоящий административный орган из виду определенные обстоятельства или же неправильно применил отдельную норму. Это особенно важно, если применяемое предписание предоставляет административному органу свободу дискреции. На

основании обоснования можно оценить, не допустил ли административный орган ошибку при применении дискреции<sup>15</sup>.

### *г. Сфера применения: только при обременяющих мерах?*

Обоснование принятого административным органом решения важно особенно при обременяющих решениях. Затронутый гражданин обязательно поинтересуется решением, обременяющим его положение. Ввиду обременяющего решения административный орган сам должен быть заинтересован в точном обосновании решения для того, чтобы убедить затронутое лицо в правильности собственного решения.

Во избежание различия между обременяющим и благоприятствующим административно-правовыми актами, в немецком праве предписан абсолютный отказ от обременяющих административно-правовых актов в качестве причины обязанности обоснования принимаемых решений. Ст. 39 ч. 1 Федерального Закона об административных производствах определяет, что необходимо обосновывать каждый письменный, электронный или письменно или электронно подтвержденный административно-правовой акт. Таким образом, в немецком праве не возникает сложности различения между обременяющим и благоприятствующим административно-правовым актом. Чиновник, принимающий решение, не занимается данным вопросом. Помимо этого, формулировка благоприятствующего административно-правового акта не связана для него с лишней работой. До принятия окончательного решения, независимо от того, обременяющее оно или благоприятствующее, чиновник должен хорошо задуматься над мотивацией собственного действия. Целесообразно, чтобы чиновник обосновал принятое решение в письменной форме. Данный подход лишней раз доказывает, что обязанность обоснования принимаемых административным органом решений представляет очень важный фактор, улучшающий качество решений. Следует отметить, что введением общего принципа обязанности обоснования изданных административными органами административно-правовых актов немецкая сфера управления не была чрезмерно обременена. Бывают, однако, случаи, когда нет необходимости обосновывать решения ни для затронутого гражданина, ни для самого административного органа. Например, когда административный орган в полном объеме удовлетворяет требование затронутого лица. Подобные случаи рассматриваются в немецком праве как исключения из общей обязанности обоснования принимаемых решений, входя в перечень исключений в ст. 39 ч. 2 Федерального Закона

<sup>15</sup> Ганс-Герман Шеффлер, Общая обязанность обоснования административно-правовых актов, 1977, 767, 769.

об административных производствах, допускающих необоснование решений.

*е. Исключения из принципа обязанности обоснования решений*

Существуют ситуации, в которых административный орган незамедлительно должен принять решение, не имея, при том, времени на обоснование данного решения. Подобные ситуации содержат в себе крайнюю опасность и, поэтому, крайне редки. В данных случаях изначально допустимо и оправдано, чтобы решение не обосновывалось. Однако аналогичные случаи не освобождают административный орган полностью от обязанности обоснования собственных решений. Просто ввиду наличия определенной опасности допускается отказ от составления и опубликования одновременно с текстом решения обоснования принятого решения.

Однако необоснование принятого решения оправдано лишь в течение того времени, пока административный орган не может ввиду крайности ситуации, обосновать решение. Необходимо впоследствии обосновать принятое решение, если затронутое лицо все еще заинтересовано в этом. В особенности, это касается обременяющих административно-правовых актов, последствия которых имеют долгосрочное действие. Затронутое лицо заинтересовано в мотивации решения, с тем, чтобы оценить, какие шансы оно имеет в случае обжалования данного решения.

Помимо этого, бывают ситуации, когда нет необходимости обосновывать административно-правовой акт ввиду принципа неразглашения тайны. И в данном случае действуют исключения, подобно принципу устного слушания. Существует особая заинтересованность правового государства в обосновании административно-правовых актов. Существуют исключения, когда заинтересованность в неразглашении превышает в виде исключения факт заинтересованности в обосновании административно-правового акта. Это допустимо лишь в отдельных случаях. Немецкое право не предусматривает общей оговорки в пользу заинтересованности в неразглашении в рамках положений обязанности обоснования административно-правовых актов. Ст. 39 ч. 2 п. 4 Федерального Закона об административных производствах содержит только указание на возможные специальные законные регуляции, согласно которым допустимо необоснование принятого решения. Это, в особенности, положения, допускающие необоснование административно-правового акта по соображениям государственной обороны. Обсуждается вопрос, насколько является статья 30 Федерального Закона об административных производствах нормой, оправдывающей отказ от обоснования решения при неразглашаемых обстоятельствах.

Возможны исключения, когда необоснование административно-правового акта объясняется незаинтересованностью затронутого лица в обосновании принятого решения. Было бы преувеличенной формальностью, тем не менее настаивать на обязанности обоснования административным органом принятого решения. Немецкое право предвидит определенные исключения в виде ст. 39 ч. 2 п. 1, 2 и 3 Федерального Закона об административных производствах.

Существуют административно-правовые акты, опирающиеся вместо прямого волеизъявления административного органа на конклюдентное поведение. Они могут даже опираться на молчание административного органа. Несмотря на то, что молчание, как правило, не является волеизъявлением, закон, тем не менее, может предписывать, что молчание в отдельных случаях необходимо оценить в качестве волеизъявления. Немецкий законодатель в очень ограниченном объеме использовал данную модель. В некоторых специальных законах молчание административного органа по ходатайству гражданина при наличии заинтересованности затронутого лица понимается, как обеспечение благоприятствующего действия<sup>16</sup>.

## V. Вывод

Гражданин не является бесправным субъектом перед лицом государства. Он может бороться за собственное право, в том числе, обращаясь в суд. Однако, он, в первую очередь, должен обратиться в ответственный за принятие решения административный орган, который обязан провести предписанное законом формальное административное производство. Данное административное производство предусматривает превентивную правозащиту в виде устного слушания, обязанность неразглашения и обязанность обоснования административно-правовых актов.

<sup>16</sup> Ср. Пауль Штелькенс, Ганс-Йоахим Бонк, Михаэль Сакс, Закон об административных производствах, 7-е издание, 2008, ст. 35 номер на полях 81.

# Судейская независимость и судейское дисциплинарное право в Грузии и Германии – правовая защита судьи от действий вышестоящего по службе

Ульрих Хагенлох<sup>1</sup>

## I. Цель дисциплинарного права и его законодательные основы в Германии

### 1. Общая функция

Дисциплинарное право в Федеративной Республике Германии является частью публичной государственной службы.

Задачей дисциплинарного права является, обеспечить осуществление службы государственными служащими в соответствии с их обязанностям и статусом (уточнение обязанностей, специальные превентивные меры) – т. е. в том числе и судьями, а также – исходя из интересов общественности - обеспечить функциональность государственной службы (генеральная превенция). Наряду с этим целью дисциплинарного права является «очистка» государственной службы в случае особо тяжелых нарушений обязанностей, и упрочнение доверия населения и его веры в надлежащее исполнение обязанностей государственной службой.

### 2. Взаимоотношение с уголовным правом

Уголовно-правовые санкции дисциплинарным правом не предусмотрены. Поэтому нарушение против запрета двойного наказания (ст. 103 абз. 3 Основного Закона Германии) не имеет места, в случае, когда судья подвергнется как уголовному, так и дисциплинарному преследованию<sup>2</sup>. Также и в материально-правовом и процессуально-правовом отношении дисциплинарное право отделено от уголовного. Тем не менее, существует важная точка соприкосновения:

Если судья нарушит как уголовное, так и дисциплинарное право, тогда прерогатива отдается уголовному процессу. Это в силе не только по отношению к самому процессу и по отношению к связующей силе уголовного-процессуального решения суда, но также и по отношению к дисциплинарной мере по отношению к данному лицу, которая может быть осуществлена после приговора суда.

Стоит также упомянуть, что судья, который осуж-

ден вошедшим в силу приговором к лишению свободы сроком на один год и больше, теряет свое место (§ 24 Закона Германии о судьях (DRiG)). При этом, однако, речь идет не о дисциплинарном мероприятии, а о наступлении судейско-правового статуса, прямо установленного законом. Для наступления этого действия не играет роли, имело ли совершенное уголовно-правовое деяние связь со служебным положением данного судьи.

### 3. Правовые основы

Соответствующие материальному дисциплинарному праву обязанности поведения судей урегулированы (в качестве части служебного права судей) в законах о судейском статусе, т. е. в Законе Германии о судьях и в судейских законах федеративных земель. Законы о судьях, однако, не содержат полного нормирования судейских обязанностей, а пользуются пространственной в законах Германии техникой ссылок. Это объясняется тем, что для правовых отношений судей действуют нормы, предусмотренные для государственных чиновников (см. § 46 DRiG), если судейскими законами не установлены специальные правила.

Дисциплинарные санкции и процессуально-правовые установления содержатся в судейских законах лишь эпизодически. Практически в основном делаются ссылки на установления в дисциплинарных законах Федерации и федеральных земель.

### 4. Понятие служебного проступка

Главной нормой материального дисциплинарного права является норма по установлению понятия дисциплинарного проступка по § 77 абз. 1. Федерально-го Закона о государственных служащих, либо соответствующие нормы законов федеральных земель. Судебная практика придала этим нормам, имеющим скорее общий характер, четкие контуры и выработала прочные правовые основы, которые ниже будут представлены более подробно. Наряду с этим в законах о государственных служащих и законах о судьях находятся некоторые нормы, которые конкретизируют обязанности судей. При этом нет основания для того, чтобы у кого-то возникли сомнения о том, что эти законные нормы соответствуют следующему из основ правового государства принципу определенности Основного Закона Германии и принципам Европейской Конвенции о правах человека.

### 5. Соотношение дисциплинарного права с правом служебного надзора

Из представленной дефиниции служебного проступка следует, что дисциплинарное право понимается в германском правовом представлении исключительно в качестве реакции на виновное, т. е. могущее быть поставленных в вину нарушение служебных обязан-

<sup>1</sup> Ульрих Хагенлох является Президентом Высшего земельного суда г. Дрезден

<sup>2</sup> Решение Федерального Конституционного суда Германии 21, 378 [391]



ностей<sup>3</sup>. Таким образом следует отграничить дисциплинарное право от права дисциплинарного надзора.

Последнее не имеет целью преследовать виновное нарушение служебных обязанностей, его целью является гарантирование соответствующего закону осуществления государственной службы. Механизмом действия служебного надзора является в основном обычная или специальная, в зависимости от обстановки, проверка внутренних служебных процессов посредством т. н. служебных проверок и профилактическое влияние на эти процессы (так называемая наблюдательная функция), а также – в отношении судей – из-за их независимости – только внешняя проверка с целью устранения результатов служебных ошибок (т.н. корректирующая функция).

Несмотря на различие в догматическом подходе целенаправленность дисциплинарного права и права служебного надзора перемежаются, так как оба служат тому, чтобы в интересах всеобщего блага обеспечить функциональность государственной службы. Судейская независимость точно также должна быть учтена в праве служебного надзора, как и в дисциплинарном праве. В соответствии с этим и сформулирован § 26 Федерального Закона о судьях, согласно которому судья может быть подвержен надзору только при условии, что не будет нарушена его независимость. В рамках этого условия служебный надзор обладает также правом, указать судье на несоблюдение им обязанности надлежащего исполнения служебных обязанностей и потребовать от него их исполнения в соответствии с предписаниями.

Подобные меры служебного надзора должны сделать наглядными для судьи его обязанности и поставить его в известность с оценками руководства по определенным вопросам. Имеющийся при этом в наличии инструментарий – с целью защиты независимости судьи – весьма ограничен. Допускаются только указание и замечание, не допускаются более строгие меры – как, например, неодобрение, порицание, или выговор<sup>4</sup>.

Замечание касается уже осуществленных действий судьи. По содержанию оно ограничивается на приведение фактов и их оценку с точки зрения служебного права. С помощью замечания руководитель по службе дает свою оценку поведению судьи. Замечание не может быть связано с принятием негативной оценки, либо с упреком виновности судьи<sup>5</sup>.

Указание направлено на будущее поведение судьи. Оно содержит в себе призыв к его сознанию ответственности; ему наглядно указывается на результа-

ты ненадлежащего поведения<sup>6</sup>. Также и указание не должно нарушать принцип независимости судьи. Касательно основной деятельности судьи оно не может опираться на определенный судебный процесс, а может только ссылаться на «определенные типы дел»<sup>7</sup>. Замечание и указание в принципе могут быть связаны друг с другом. Это возможно особенно в таких случаях, когда совершенное нарушение обязанностей не единично и существует опасность его повторения.

Более мягкие меры, чем замечание и указание, как, например, ведение доверительной беседы или предложение к оптимизации службы, также допускаются<sup>8</sup>.

В качестве мер служебного надзора понимают не только непосредственное вмешательство, но и все действия надзорного органа, которые могут оказать хотя бы и посредственное влияние на работу судьи. Сюда относятся, в частности, всякого рода предложения или высказывания, которые каким-то образом с критической точки зрения касаются служебного поведения судьи в конкретном случае<sup>9</sup> и посредственно или непосредственно высказывают мнение о том, как он должен вести себя в будущем<sup>10</sup>. С целью защиты судейской независимости и предотвращения психологического воздействия на судейскую деятельность в данных вопросах требуется соблюдение сдержанности.

В общем в Германии меры дисциплинарного надзора и тем более дисциплинарное право применяются очень редко. На практике подобные мероприятия ограничиваются ситуациями, когда вмешательство руководящего лица представляется непредотвратимым. К тому же, служебный надзор в Германии в области судейского права имеет несравнимо большее значение, нежели дисциплинарное право.

Судью, который считает себя ущемленным в своей независимости мерами руководства, в Германии защищают суды по делам судейской службы. При этом не имеет значения, против каких мер – мер служебного надзора или мероприятий дисциплинарного права обращается судья в суд. Подробно будут представлены во главе V.

## II. Материальное дисциплинарное судейское право в Германии.

### 1. Разграничение внеслужебного и служебного поведения

В дисциплинарном праве Германии делается принципиальная дифференциация в зависимости от того,

<sup>3</sup> ср. Эберт, Современное дисциплинарное право, 2-ое издание, с. 44.

<sup>4</sup> Вестник Верховного Федерального суда Германии (далее BGHZ) 90, с. 34

<sup>5</sup> BGHZ 51, 363 [371]; BGHZ 67, 184 [188]; Верховный Федеральный суд Германии (далее BGH), Решение от 04.06.2009 – RiZ (R) 5/08

<sup>6</sup> BGHZ 51, 280 [286]; Решение Верховного Федерального суда Германии в Федеральном Журнале судей (далее BGH DRiZ) 1973, 280 [281]

<sup>7</sup> BGHZ 67, 184 [190]

<sup>8</sup> BGHZ 47, 275

<sup>9</sup> BGHZ 179, 162; BGHZ 90, 41 [43]; BGHZ 76, 288 [290 f.]; BGHZ 47, 275, [282]

<sup>10</sup> BGHZ 179, 162; BGH DRiZ 1998, 20 [22]

в какой области повел себя судья предосудительным образом:

- во внеслужебной области, или
- при осуществлении служебных обязанностей и в последнем случае
- затронута ли основная деятельность по части осуществления судопроизводства,
- либо речь идет о других областях служебной деятельности.

О внеслужебной области говорят, когда поведение судьи не имеет функциональной связи с его деятельностью в качестве судьи. Нарушение обязанностей во внеслужебной области приводит к служебному проступку только в том случае, если неправильное поведение в конкретном случае большой вероятностью может вызвать потерю доверия и уважения к статусу судьи, либо к судопроизводству вообще (см. § 77, абз. 1 Федерального закона о государственных служащих).

## 2. Дисциплинарные меры при внеслужебных проступках

а) Судья должен вести себя и вне службы таким образом, чтобы не подрывалась уверенность в его независимости (§ 39 Закона о судьях).

Партийно-политическая деятельность судьи в Германии – в отличие от Грузии – не запрещается. Однако, в своих высказываниях он должен придерживаться определенной сдержанности. Возникающие в данной области конфликтные ситуации весьма щекотливы во всех отношениях. Поэтому в практике по многим соображениям не встречается случаев преследования судьи в какой-либо особой форме, или, тем более, в порядке дисциплинарного права, из-за нарушения этого «принципа сдержанности» в политической области.

И в других случаях поведение судьи вне его служебных функций только в качестве исключения используется в качестве повода для применения каких-либо служебно-правовых или дисциплинарно-правовых мер. Эта сдержанность хотя и служит с правовой точки зрения защите судейской независимости от непосредственного вторжения, но с другой стороны порой вызывает непонимание со стороны общественности, что не особенно способствует упрочнению авторитета юстиции.

б) Граница дисциплинарно-правового поступка переступается, как правило, в тех случаях, когда судья совершает намеренное уголовно-правовое деяние, или – при наличии особых предпосылок – намеренное административное правонарушение. Дисциплинарная мера в случае одного и того же уголовного либо административного приговора может быть принята лишь в том случае, если это дополнительно необходимо для того, чтобы вынудить судью выполнять свои обязан-

ности (см. § 14, абз. 1 Федерального дисциплинарного закона (BDiszG)). Если в отношении судьи будет принят вошедший в силу оправдательный приговор, то в его отношении может быть применена дисциплинарная мера по тому же составу дела только в том случае, если состав дела представляет собой служебный проступок и не отвечает предпосылкам уголовного деяния или административного правонарушения см. (§ 14, абз. 1. BDiszG).

Как правило, необходимость в дополнительных дисциплинарных мерах возникает тогда, когда имеет место наказуемое действие, связанное со служебной деятельностью – т. е. либо преднамеренное неправильное применение права, или подкупность. Проблематичными являются случаи намеренного нарушения дорожно-транспортных предписаний. Если эти нарушения остаются в рамках административных правонарушений, то специальные дисциплинарные меры могут быть применены только в исключительных случаях, например, при упорном несоблюдении основных правил. Подобные случаи, однако, в практике не известны.

Отличается от приведенной выше ситуация при нарушениях уголовно-правового характера – например при вождении в нетрезвом состоянии, или покидание места дорожно-транспортного происшествия. В подобных случаях для судьи и в случае его уголовно-правового осуждения существует и „дисциплинарно-правовое дополнение“. Но оно, как правило, не носит такого тяжелого характера, чтобы предпринимаемые меры превосходили форму замечания, либо денежного штрафа. Более серьезные меры не могут быть применены наряду с уголовно-правовым осуждением (§ 14, абз. 1. BDiszG). Поэтому, как правило, даже и намеренные уголовно-правовые нарушения, особенно в области правил дорожного движения, после уголовно-правового осуждения в конечном итоге не приводят к применению дополнительных дисциплинарных мер.

## 3. Дисциплинарные меры при нарушении служебного порядка

а) В области судейской деятельности дисциплинарные меры могут рассматриваться только при наличии предпосылок, приведенных в (§ 26 DRiG).

аа) Тут нужно предварительно отметить, что дисциплинарное право в Германии не служит – даже и косвенно – контролю, или, тем более, изменению решений судей. Они могут быть опротестованы в соответствии с существующими процессуальными нормами и проверены исключительно вышестоящими судами. Это правило действует и тогда, когда судья нарушил право, либо каким-то другим образом принял неприемлемое решение.

Если судья принял решение с нарушением права, то корректура данного решения возможна только после его вступившего в силу уголовно-правового осу-

ждения в порядке реституционной жалобы (§ 580 Гражданского процессуального уложения), либо в порядке возобновления производства (§ 359 ч. 3, § 364 Уголовного процессуального уложения). Если решение является очевидно ошибочным и его уже невозможно исправить посредством обжалования, то все еще есть возможность внесения конституционной жалобы по поводу нарушения принципа равенства (в форме запрета произвола) в Федеральный Конституционный суд, или в Конституционный суд федеральной земли. Изменение решения в порядке дисциплинарно-правовых мер, или мер служебно-надзорного права исключено.

bb) основополагающим принципом германского правосознания является защита т.н. основного ядра судейской деятельности, которое не поддается ни служебному надзору, и ни дисциплинарно-правовому преследованию.

Сюда относятся как отправление правосудия как таковое, так и непосредственно служащие его осуществлению материальные и процессуальные решения<sup>11</sup>. Напротив, всякое действие судьи, которое относится в область т.н. внешнего порядка, может подвергнуться как служебно-надзорному, так и дисциплинарно-правовому контролю и при необходимости наложению санкций. К этому т.н. внешнему порядку относятся те мероприятия судейской деятельности, которые необходимы для нормального осуществления производства, либо касаются только внешней формы осуществления судейских обязанностей<sup>12</sup>. Это – очень важное для германского правосознания, однако и очень сложное – разграничение между ядром и внешним порядком – постараемся разъяснить ниже:

(1) К ядру судейской деятельности относятся:

- Планирование отдельных судебных процессов<sup>13</sup>. Возникающие в этой связи результаты из-за невыполнения обязанности по безотлагательному исполнению служебных обязанностей представлены ниже под пунктом b).
- Установление сроков или принятие решений заявок по продолжению сроков<sup>14</sup>. И тут судье предоставлена возможность принятия независимого решения, в процесс которого не может вмешаться руководящее лицо ни непосредственно, ни посредством, например, „психологического давления“.

<sup>11</sup> BGHZ 1997, 181, 268; BGH DRiZ 1997, 467; Решение BGH от 04.06.2009 – RiZ (R) 5/08

<sup>12</sup> BGH DRiZ 1997, 467; Решение Верховного Федерального суда Германии в Новом юридическом недельном журнале (далее BGH NJW) 1992, с. 46

<sup>13</sup> BGH NJW 2005, 433; BGH NJW-RR 2002, 574; DRiZ 1995, с. 352; BGH NJW 1987, 1187

<sup>14</sup> BGHZ 1995, 494; относительно предложения председателя «великодушнее определять сроки для дачи собственной аргументации и отказаться от ненужных напоминаний с указанием на сроки»

- Само протекание судебного процесса и другие действия, связанные с производством дела<sup>15</sup>, как, например, рассмотрение доказательств<sup>16</sup>, мероприятия по обеспечению беспрепятственного проведения заседания<sup>17</sup>, или оформление протокола<sup>18</sup>.

Дополнительное дифференцирование получает эта правовая ситуация при так называемом очевидно неправильном применении принципов правосудия<sup>19</sup>. Это имеет место, если действия судьи уже на первый взгляд для любого судьи – не обязательно для судьи, занимающегося той же спецификой<sup>20</sup> – представляются неоправданными, либо ошибка не допускает никаких сомнений<sup>21</sup>. В решениях, которые считались таковыми – а это решения из давнего прошлого – речь шла либо о применении формально вышедшего из силы закона, либо о неприменении всеобще известного закона<sup>22</sup>. В случае сомнений, однако, нельзя указывать на очевидную ошибку, так как это может представлять собой вторжение в ядро правосудительной деятельности судьи<sup>23</sup>. Поэтому сформировавшаяся практика в этих вопросах из-за сложности разграничения и постоянно существующей опасности нарушения независимости судьи очень сдержана и случаев применения служебно-надзорных, и тем более дисциплинарно-правовых мер в этой области фактически более не существует.

(2) К „внешнему порядку“ относятся те многочисленные судейские мероприятия, которые служат обеспечению нормальному протеканию процессов в суде и которые касаются только формы осуществления задач и настолько отдалены от „ядра судейской деятельности“, что они могут быть рассмотрены только как относящимися к внешнему порядку<sup>24</sup>. Сюда, например, относятся пунктуальность начала заседания, ношение служебной формы, обязанность использования формуляров или средств современной коммуникации (в деталях иногда проблематично), складирование ненужных судебных актов в служебном кабинете, или же способ личного обхождения со служащими суда.

В отношении способа выражения судьи различают случаи, когда имеет место вербальный эксцесс, т.е. выход из надлежущей атмосферы профессиональной

<sup>15</sup> BGHZ 176, 162; BGHZ 90, 41 (45 и посл.); BGH – Решение от 04.06.2009 – RiZ ® 5/08; Решение суда по делам судейской службы г. Хамм, DRiZ 2005, 318

<sup>16</sup> BGHZ 71, 9

<sup>17</sup> BGHZ 67, 184 [188]

<sup>18</sup> там же

<sup>19</sup> BGHZ 1997, 467 mwN; 1996, 371

<sup>20</sup> BGHZ 1984, 194

<sup>21</sup> BGHZ 1997, 467; BGH DRiZ 1996, 371

<sup>22</sup> BGHZ 46, 147, [150]; BGHZ 47, 275, [287]

<sup>23</sup> BGHZ 76, 288 [291]; Решение суда по делам судейской службы земли Bremen, DRiZ 2006, 143

<sup>24</sup> BGHZ 176, 162; BGHZ 67, 184 [187]; BGH NJW-RR 2001, 498 [499]; BGH NJW-RR 2001, 498 [499]; BGH DRiZ 1997, 467; BGH NJW 1992, 46; BGH, Urteil vom 04.06.2009 – RiZ (R) 5/08

сдержанности и дистанцированности, или несмотря на остроту способа выражения имеем дело с судейской оценкой ситуации.

Так, например, к ядру судейской деятельности было отнесено выражение судьи, когда он в высказывании одного из участников процесса охарактеризовал как „наиглупейшую ложь“<sup>25</sup>. И в другом случае, когда судья написал в обосновании своего решения о не оправдавшей себя модели денежного вклада с целью экономии налогов, что у „многих немцев потребность экономии налогов выше, нежели их сексуальные потребности“<sup>26</sup>. В противоположность этому, однако, была оценена в качестве „внешнего порядка“ ситуация, когда судья спросил представителя стороны, „он не хочет понимать его, или же он слишком глуп, чтобы понять его (судью)“<sup>27</sup>.

(3) Если судья совершит служебный проступок вне ядра своей судейской деятельности, то его дисциплинарная ответственность принципиально не отличается от ответственности государственного служащего. Однако, особое положение, которое занимает судья в рамках государственной службы, может привести к тому, что он подвергнется наиболее строгим масштабам оценки.

b) Особые проблемы появляются при временном рассмотрении осуществления производства по делу.

В качестве исходного пункта признано, что судья в своей служебной деятельности должен выполнять свои служебные задачи незамедлительно (ср. § 26 абз. 2 DRiG) и в особенности должен соблюдать установленные в качестве обязательных сроки. Несоблюдение установленных законом сроков может стать основой для нарушения служебных обязанностей, или для служебного проступка. Намного сложнее ситуация с точки зрения служебного надзора или дисциплинарного права, когда речь идет о других сроках.

aa) предварительно следует отметить, что процессуальное право Германии не предписывает судье сроков для завершения производства по делу или по назначению других сроков, связанных с производством по делу.

Поэтому невозможно применить дисциплинарную меру из-за назначения затянутого срока какого-либо действия по производству, либо из-за слишком запоздавшего завершения дела. Скорее всего возможна дисциплинарно-правовая проверка времени обработки дела в отношении сравнения всех производств, либо определенных типов дел, или, например проверить, учитывается ли срок давности административных правонарушений в процессе судебного рассмо-

трения дела<sup>28</sup>. Основным пунктом тут является, что судья может самостоятельно решать, в какой последовательности он будет рассматривать дела. Вышестоящее лицо не имеет права – во всяком случае в отношении отдельных дел – оказать на него влияние и путем дачи – пусть даже посредством образом – каких-либо рекомендаций или указаний. Даже и в случае, если существует угроза истечения срока давности по административным правонарушениям, руководящее лицо может только в порядке служебного надзора в общей форме указать на то, что он должен обратить особое внимание на определенное дело. Указания, каким образом следует избежать истечения срока давности, руководящее лицо, однако, судье дать не может. В этом отношении судья всегда должен быть автономным в своих решениях.

Требование о безотлагательном исполнении служебных обязанностей может прийти в противоречие с тем соображением, что от судьи невозможно требовать исполнения объема работы, с которым объективно невозможно справиться – т. е. и любой другой судья не смог бы с ним справиться не нарушая интересов дела<sup>29</sup>. На подобную перенагруженность судья может, однако, сослаться, только, если он предварительно сообщил о ней своему руководству по службе, либо президиуму, который распределяет дела по судьям. Еще не установлено окончательно, на основе каких критериев следует устанавливать, способен ли судья справиться с возложенным на него объемом работы. В качестве исходного пункта установлено, что в качестве объективного масштаба следует ориентироваться на возможности судьи средней квалификации и необходимого времени работы вспомогательного персонала государственных служащих<sup>30</sup>. В то же время судья должен определенным образом привести свою профессиональную деятельность в определенных рамках в соответствие со своими конкретными требованиями, т. е. он не может строго ориентироваться на рабочее время государственных служащих. Все еще не решено, должен ли объем работы, возлагаемый на судью, определяться на основе сравнения с фактической средней производительностью других судей, либо на устанавливаться методом, на основе которого администрация юстиции вычисляет потребность в персонале.

bb) Законные сроки, которые судье следует соблюдать в его работе, существуют в праве Германии только в той форме, что после проведения судебного заседания решение должно быть представлено в письменном виде в определенный срок. Эти сроки в уголовном праве отчасти имеют императивную, обя-

<sup>25</sup> BGHZ 70, 1

<sup>26</sup> Председатель Высшего Земельного суда земли Хессен, Франкфурт на Майне, Распоряжение от 13.03.2009 – II L 1073 – DRiZ 2009, 191

<sup>27</sup> Высший Административный Земельный суд земли Райнланд-Пфальц, NVwZ-RR 2005, 21

<sup>28</sup> BGHZ 2007, 143 [144]

<sup>29</sup> BGHZ 2007, 143; BGN NJW 2006, 692; BGN NJW 1988, 421

<sup>30</sup> Решение Верховного Федерального административного суда, DRiZ 1983, 69

зательную форму, а в частном праве, как правило, представляют собой срок в три недели в форме предписания.

Таким образом, если не иметь дело с обязательными сроками, то вопросы, связанные с продолжительностью рассмотрения дела – как было разъяснено выше – не могут рассматриваться как нарушение обязанностей. Служебный проступок может иметь место только тогда, когда основная часть работы судьи и прикрепленного к нему персонала выполняется с опозданием, либо если в качестве следствия способа работы наблюдаются не единичные случаи нарушения функции правосудия, в частности наступление сроков давности наказуемых деяний и административных правонарушений, либо наступает необходимость освобождения из стражи из-за прохождения сроков. Однако, требования, предъявляемые к возможности обвинения судьи в этих вопросах, настолько высоки, что на практике подобные решения принимаются очень редко.

Если существуют – как в отношении объявления приговоров после завершения основного заседания в уголовном праве – обязательные процессуальные предписания касательно сроков – тогда в качестве исключения и опоздание представления письменного обоснования судебного решения определенного дела может стать основой дисциплинарной меры. Но и в этих вопросах практика очень ограничена.

с) Вынесение намеренно неправосудного приговора является согласно § 339 Уголовного кодекса Германии наказуемым деянием и одновременно представляет собой тяжелый служебный проступок.

Случай вынесения неправосудного приговора имеет место, если установлено элементарное нарушение существующего правопорядка<sup>31</sup>. В соответствии с этим считается, что судья вынес неправосудный приговор, если он сознательно и серьезным образом отдалится от закона и права. Судебная практика подчеркивает постоянно, что при толковании § 339 Уголовного кодекса Германии следует обязательно учитывать принцип независимости судьи<sup>32</sup>. Причина этого в том, что угроза уголовного наказания, тем более в форме состава уголовного дела, в несоизмеримо большей мере, нежели мера служебного надзора, или дисциплинарно-правовая мера, приспособлена для того, чтобы оказать влияние на судью в его действиях и тем самым подвергнуть угрозе его независимость. Поэтому проверка судейской деятельности с уголовно-правовой точки зрения ни в коем случае не должна заходить дальше уже представленного угла зрения

служебного надзора или дисциплинарного права. Поскольку в уголовном праве Грузии не существует (более) состава вынесения неправосудного приговора, поэтому не будем углубляться в принципы правовой практики Германии.

## 5. Дисциплинарные меры

Против судьи могут быть применены следующие меры дисциплинарного права:

а) Наиболее мягкой дисциплинарной мерой является замечание (ср. § 6 BDiszG). Замечание представляет собой письменное высказывание по поводу определенного поведения судьи. Неодобрительные высказывания как выговоры и порицания, которые не могут быть однозначно быть охарактеризованы в качестве замечания, не являются дисциплинарно-правовыми санкциями. Подобные меры, однако, – как уже изложено выше – недопустимы по отношению к судье, поскольку они не совместимы с § 26 Закона о судьях.

б) Денежный штраф может быть наложен в размере месячной оплаты судьи (ср. § 7 BDiszG).

с) Кроме того, предусмотрено сокращение месячной зарплаты судьи (ср. § 8 BDiszG). Это может быть произведено в форме пропорционального уменьшения зарплаты судьи на максимально пятую часть и на максимальный срок три года. Эта дисциплинарная мера, однако, не применяется для судей высших судей Федерации (§ 64 абз. 2 DRiG).

д) Особенностью судейского дисциплинарного права на службе федеральной земли может быть перевод его на место судьи с той же основной зарплатой (ср. § 41 абз. 3 Закона о судьях Саксонии). Эта дисциплинарная мера может быть связана с сокращением зарплаты судьи. Основанием этой дисциплинарной меры, применяемой только для судей – не для других чиновников – является специфика права служебного продвижения и оплаты судей Германии и поэтому здесь не будет рассмотрено более подробно.

е) Дисквалификацией согласно § 9 BDiszG является перевод судьи на другое место с более низкой основной зарплатой. Судья теряет все свои права из своего старого договора, включая связанные с ним выплаты и право ношения предыдущего титула. Эта дисциплинарная мера не применяется для судей высших судей Федерации (§ 64 абз. 2 DRiG).

ф) Наиболее тяжелой дисциплинарной мерой является освобождение от должности (§§ 10, 79 BDiszG). В результате применения этой меры кончаются трудовые отношения судьи; он теряет требование на зарплату и другие выплаты, а также право носить наименование своей старой должности и полученный в связи с этой должностью титул. С целью смягчения экономических результатов предусмотрены правила по выплате содержания, которое, как правило, предусмотрено на шесть месяцев и составляет 50% выпла-

<sup>31</sup> Решения Верховного Федерального суда Германии по уголовным делам 47, 105; 44, 258; 42, 247; BGH NSiZ-RR 2001, 243

<sup>32</sup> Решения Верховного Федерального суда Германии по уголовным делам 47, 105

чиваемой до этого зарплаты (§ 10 абз. 3 BDiszG). Если судья удаляется из службы вследствие нарушения запрета на получение подарков и вознаграждений, то выплата содержания может быть продлена, если он путем передачи своих знаний способствовал тому, чтобы другие предотвратили либо обличили другие уголовные деяния - прежде всего из области коррупции (§ 80 BDiszG – т.н. правило главного свидетеля обвинения). Кроме того, должно быть произведено дополнительное страхование судьи. Таким образом судья приравнивается на время своей службы служащему, который обязан иметь социальное страхование.

г) По отношению судей, находящихся на пенсии, дисциплинарные меры могут быть осуществлены только в форме сокращения либо отмены пенсионных выплат (§ 5 абз. 2 BDiszG, §§ 11, 12 BDiszG).

h) Особые правила действуют для судей на испытательном сроке, т. е. тех, которые работают первые три года судьями (ср. § 10 DRiG) и еще не названы судьями на неограниченный срок. Эти судьи согласно § 22 абз. 2 DRiG могут быть освобождены от должности судьи кадровым (не дисциплинарно-правовым) решением руководящего лица по службе при поведении, при котором против судьи, уже назначенного бессрочно, была бы применена судебная мера, которая в результате была бы более серьезной, нежели замечание. Против этого судья может пожаловаться в суд по делам судейской службы (ср. § 34 абз. 4d Закона о судьях Саксонии).

В результате этой статусно-правовой особенности против судьи на испытательном сроке могут быть применены только дисциплинарные меры в виде замечания или денежного штрафа (§ 5 абз.3 BDiszG).

### 6. Определение дисциплинарной меры

Дисциплинарную меру следует подбирать в соответствии с § 13 BDiszG на основе служебного усмотрения. При этом в первую очередь следует учитывать тяжесть служебного проступка судьи, но также и портрет судьи как личности. Кроме того, следует учесть то, в какой степени судья посягнул на доверие своего работодателя и общественности.

В отношении этих критериев оценки в Федеральной Республике Германии развилась довольно обширная судебная практика, которая, однако, в основном касается чиновников и поэтому не может быть перенесена без ограничения на судей. С учетом названных однозначно законом критериев – т.е. тяжесть служебного проступка, картина личности судьи, а также степень нарушения доверия, следует дополнительно принять во внимание<sup>33</sup>:

- Принцип ступенчатого повышения, что означает, что в случае повторного проступка после назначе-

ния мягкой меры следует применять более строгую меру,

- Степень вины, в частности в случае аффекта или при внезапном действии,
- Понимание вины и раскаивание,
- Оглашение и обличение,
- Отсутствие опасности повторения,
- Продолжительность дисциплинарного производства и его временное протекание.

Отказ от дачи показания не может быть оценен в ущерб лица. В ущерб судьи может, однако подействовать целенаправленное перенесение им своего неправомерного поведения на другие лица, в особенности на подчиненных ему служащих.

## III. Соблюдение принципа определенности в дисциплинарном праве Грузии

### 1. Критика Венецианской Комиссии по поводу недостаточной определенности

В отчете Венецианской Комиссии Европейского Совета от 16-17.03.2007 (ниже: Европейская Комиссия) критикуется прежде всего ст. 2 ч. 2а и 2i (ранее 2h) Закона Грузии и дисциплинарной ответственности судей общих судов Грузии и дисциплинарном производстве (ниже: дисциплинарный закон) из-за слишком неопределенной формулировки и связанной с этим правовой неуверенности. В этой связи Венецианская Комиссия указывает на то, что неясная формулировка ставит под угрозу независимость судьи. Она указывает на то, что в соответствии с практикой Европейского суда по правам человека законные правила должны быть выражены таким образом, чтобы затронутые лица понимали их обязанности и могли предсказать правовые результаты их нарушения.

### 2. Ситуация с точки зрения правового положения в Германии

Как видно из сказанного выше, служебные обязанности судей в немецком законодательстве сформулированы скорее в более общем виде, нежели в грузинском праве. Тем не менее, с точки зрения принципа определенности между Грузией и Федеративной Республикой Германии в настоящее время существует значительная разница. В Федеративной Республике Германия служебное судейское право могло осторожно и последовательно развиваться в течение многих лет и десятилетий. Благодаря этому было возможно, дать четкие контуры действительно в весьма общем виде изложенным нормам и обеспечить соблюдение принципа определенности, несмотря на оставленные открытыми нормативные положения. До этого состояния Грузия пока не дошла, поскольку фигура судьи претерпела в последние годы определенные измене-

<sup>33</sup> см. Эберт, как выше, с. 131 и посл.

ния и поэтому определенные принципы должны еще сформироваться. Тем не менее, проблематика принципа определенности заслуживает особое внимание, поскольку она очень важна для судейского служебного права.

а) В первую очередь нужно присоединиться к мнению Венецианской Комиссии в том утверждении, что в соответствии с основными принципами правового государства судья с самого начала должен быть в состоянии как можно более четко понимать, какие действия являются дисциплинарным проступком и каких санкций следует ожидать в случае нарушения им своих обязанностей. Эта правовая уверенность служит защите судейской независимости. Только тогда, когда начальнику по службе даются как можно более ограниченные рамки оценки и судья может быть уверен, что определенный тип поведения не может быть использован начальником по службе для применения мер служебного надзора, или дисциплинарных мер, можно избежать фактической зависимости или ощущения отношений начальника и подчиненного.

б) Для достижения этой цели в Европе существуют различные концепции. Некоторые государства создали довольно детальное законное регулирование правил поведения с целью обеспечения высокой степени предсказуемости. Однако и эти государства не могут избежать применения неопределенных правовых определений. В Германии было решено, наоборот, ограничиться нормативным регулированием только самого необходимого, а конкретное толкование в конкретных случаях предоставить судебной практике. Каждая из этих концепций имеет преимущества и недостатки. Критика Венецианской Комиссии, которая высказывается за конкретное законное регулирование оправдана, по крайней мере, не без ограничений.

аа) Уже из соображений реальности никогда не было бы возможно выразить в нормативном виде служебный проступок судьи в деталях.

Как профессиональная, так и личная жизнь судьи слишком многосторонни для того, чтобы судейские служебные обязанности можно были бы определить заранее в какой-либо конкретной форме. К этому добавляется то, что – по крайней мере в Федеративной Республике Германии – те немногочисленные случаи преследования в рамках служебного надзора или дисциплинарные производства касаются скорее нетипичных сфер. Как раз этого неоднородный спектр действительных событий невозможно всегда оптимально выразить терминологией служебного проступка.

bb) В правовом отношении ставится вопрос о том, какая государственная власть в государстве с разделением властей в идеальном случае должна быть

прежде всего ответственна за содержательное оформление правил поведения судьи.

Многое говорит за то, чтобы законодатель принял такие законные нормы в отношении всех вопросов, касающихся судейской независимости и судейского служебного права, которые необходимы для того, чтобы обеспечить принцип демократии, т. е. утвердить и в этой области, что как судья, так и его руководящее лицо, а также и органы, занимающиеся дисциплинарным производством, черпали свою власть из народа. В то же время, с точки зрения принципа разделения властей не является оптимальным передача законодателю полномочия конкретного определения правил поведения судьи. Поскольку законодательная власть вправе подробно определить правила поведения судьи, то она может в какой-то мере оказать влияние и на правосудную деятельность судьи и в первую очередь оказать влияние на формирование картины судьи. Поэтому применение общих правовых понятий в законном регулировании способствует упрочнению самостоятельности юстиции в качестве третьей ветви власти, а также упрочению независимости судей.

Сказанное, однако, не означает, что подвергается сомнению право и обязанность законодателя, определить определенные границы для действий судьи. Это необходимо уже потому, что любое государственное вмешательство в правовую сферу индивидуума – т.е. также и дисциплинарное преследование судьи, должно опираться на законное основание. И только таким образом можно – как выше уже было сказано – обеспечить то, что все официальные действующие лица будут обосновывать свои решения на основе собственной демократической легитимации и будут формировать как обязанности судьи, так и меры, принимаемые лицами и органами, ведущими дисциплинарное производство, в интересах народа.

Тем не менее, здесь нужно обязательно учесть очень чувствительную взаимосвязь: насколько, с одной стороны, необходимо законодательной компетенции для соблюдения требований демократии – настолько же с, другой стороны, необходимо автономной правомочности юстиции для обеспечения судейской независимости и поддержания принципа разделения властей.

Кроме то, развитие понимания профессии судьи и представления о фигуре судьи во имя защиты третьей власти должно быть максимально ограждено от подчас внезапных и противоречивых изменений в политической – и тем самым - и в законодательной областях. Только в том случае, если законодатель ограничится при определении понятия служебного проступка определенными данными, может юстиция под собственную ответственность приспособить право служебного надзора и дисциплинарное судейское право общественным изменениям. Она способна

справиться с этой задачей – исходя из существующего опыта – более осмотрительно и прямолинейно, нежели законодатель.

И, наконец, в более общей форме составленное определение служебного проступка судьи имеет то преимущество для юстиции, что правила служебного надзора над судьями и судейского дисциплинарного права довольно редко становятся предметом законодательных новаций. Возможно, частые изменения нормативной правовой ситуации и не влияют непосредственно на автономную ответственность юстиции и соблюдение принципа разделения властей, однако законодательное производство в области права служебного надзора над судьями и судейского дисциплинарного права несет с собой риск вовлечения судебной власти в политические конфликты. В случае возникновения подобных ситуаций невозможно исключить то, что в процессе законодательного производства будет принято во внимание не только то, что является положительным для юстиции, но в первую очередь то, что возможно в данный момент провести в политическом отношении, либо представляется нежелательным. По этой причине для упрочнения и усиления юстиции является полезным, если центральные области ее внутренней организации, и суда относятся и служебный надзор над судьями и судейское дисциплинарное право, будут подвергаться как можно более редко каким-либо законодательным изменениям.

сс) С учетом состояния на сегодняшний день для Грузии существует два способа действий:

Исходным пунктом для размышлений должно быть соображение о том, что в Грузии еще не существует прочных правовых принципов и поэтому использование исключительно неопределенных правовых понятий связано с опасностью правовой неуверенности. Этот вопрос можно решить таким образом – как это и предложила Венецианская Комиссия – что законодатель на данном этапе дефинирует понятие служебного проступка, а затем в среднесрочной перспективе даст судебной власти возможность, самой развить и сформировать статус судьи. С другой стороны существует также возможность, на основе существующих законных положений в порядке судебной практики сформировать и конкретизировать обязанности поведения судей. Если Грузия примет решение пойти по этому пути, то нужно обратить внимание на то, чтобы существующая на данный момент в некоторых областях правовая неуверенность не была использована в ущерб судей. Прежде всего следует принять меры для обеспечения того, чтобы дисциплинарная мера была принята только в том случае, если судья – несмотря на применение неопределенных правовых понятий – не имел обоснованных сомнений в нарушении им своих обязанностей и мог бы без труда распознать результаты своих действий. Для проведения этой концепции требу-

ется строгое соблюдение принципов правового государства при проведении дисциплинарного производства и четко выраженная функция правовой защиты суда. Для практики это бы означало, что дисциплинарные меры не могут быть применены или могут быть применены только наиболее мягкие из них, пока существуют сомнения в объективной правовой ситуации. В случае избрания этого пути следует и при существующей законодательной ситуации достигнуть того, чтобы принцип определенности – несмотря на в общем виде выраженные законные нормы – был соблюден и чтобы судье не были бы поставлены в положение, связанное с неоправданными рисками.

#### **IV. Закон Грузии о дисциплинарной ответственности судей с точки зрения правового положения в Германии**

##### **1. Общая оценка**

Закон Грузии о дисциплинарной ответственности судей был уже в момент своего принятия непрозрачным и чересчур сложным. Последующие законодательные изменения еще более уменьшили прозрачность закона. Содержание некоторых норм перемежается друг с другом; отдельные предпосылки составов дела трудно отграничить от других составов. Поэтому было бы полезно, если бы законодатель при первой же возможности несколько упростил и сократил текст и тем самым добился бы некоторой прозрачности данного закона.

##### **2. Соблюдение принципа определенности в отдельных нормах Закона Грузии о дисциплинарной ответственности судей.**

Закон Грузии о дисциплинарной ответственности судей допускает – по крайней мере при его дословном понимании – широкий спектр возможностей проверки и санкционирования правосудной деятельности судьи.

а) По ст. 2 ч. 2 Закона Грузии о дисциплинарной ответственности судей служебный проступок представляет собой грубое нарушение права и во время исполнения судьей своих судейских полномочий. Грубым нарушением права считается невыполнение обязательных норм конституции, международных договоров и законов.

Эта теперешняя редакция закона хотя и лучше прежней, по которой уже значительное нарушение законодательства представляло собой служебный проступок. Тем не менее, и новая формулировка должна применяться очень осторожно. Во-первых, таком случае необходимо будет принять во внимание принцип определенности. Во-вторых, только при очень сдержанном применении этой нормы возможно будет избежать возникновения угрозы или нарушения принципа независимости судьи. Поэтому следует рекомендовать применять ст. 2 ч. 2а данного Закона исключительно в случаях абсолютно несомненного



и грубейшего нарушения законных норм. Наряду с этим следует учитывать, что в качестве общественных интересов, заложенных в этой норме, действуют только интересы судебной власти.

b) В такой же степени проблематичным является то, что согласно ст. 2 ч. 2е Закона Грузии о дисциплинарной ответственности судей неисполнение, или ненадлежащее исполнение судьей своих обязанностей представляет собой служебный проступок. И тут также возможно соблюдение принципа определенности только если в правовой практике эта норма будет применяться очень сдержанно – как это было указано в отношении ст. 2 ч. 2а данного закона. То же самое следует заметить и по поводу ст. 2 ч. 2г и 2ж Закона Грузии о дисциплинарной ответственности судей. Последнее определение представляется к тому же с точки зрения его содержания сомнительным (см. по этому поводу 4б)).

### 3. Затянувшееся производство

a) При замедленном разборе дела грузинское право в ст. 2 ч. 2д названного закона позволяет дисциплинарное преследование в большем объеме, чем немецкое право. Эта разница еще более усиливается в практике, поскольку немецкое процессуальное право предусматривает намного меньше обязательных сроков, чем грузинское право, в частности, поскольку сроки в процессуальном праве Германии предусмотрены только между проведением устного разбирательства и объявлением, либо передачей решения (ср. выше II. 3б)).

b) С одной стороны в пользу грузинской концепции говорит то, что она в большей мере, нежели немецкое право, может на самом деле предотвратить затягивание процессов. Однако, с другой стороны, она открывает возможность для вторжения в независимость судьи. Поэтому здесь особенно трудно провести границу между судейской независимостью и проверяемыми руководящим лицом правилами поведения судьи.

Как с Европейской Хартией о статусе судей, так и с Конституцией Грузии совместимо более строгое регулирование этого вопроса, чем в Германии. Это подтверждается и тем, что здесь попадают в противоречие два конституционных принципа. С одной стороны судья должен быть защищен в своей независимости от вмешательств других властей власти. С другой стороны, конституционный принцип обеспечения правосудия<sup>34</sup> определяет, что судебное разбирательство представляет собой действенную правовую защиту и должно проводиться без затягивания. Учитывая это противоречие двух конституционных принципов, не приходится действительно, в общем подвергать критике то, что в Грузии в определенном объеме подвергается служебному надзору и дисциплинарному контролю и скорость рассмотрения отдельных дел.

Однако, исходя из существующего на сегодняшний день законодательного регулирования, следует на практике применять данные нормы очень ограниченно. В первую очередь следует применять данное в ст. 2 ч. 2д Закона Грузии о дисциплинарной ответственности судей полномочие проверки „основания“ затягивания разбирательства дела с целью защиты судейской независимости исключительно сдержанно. Она ни в коей мере не должна быть применена для проверки хода разбирательства с содержательной точки зрения, с точки зрения оправданности действий судьи. И, разумеется, нельзя оказывать влияния на судью в порядке дисциплинарных мер в вопросе определения им последовательности судебных разбирательств. Тут можно лишь сделать оценку того, существуют ли уважительные причины длительных фаз „ничего неделания“, как, например, перегрузка судьи, либо – установленная судьей, и поэтому, не подвергающаяся проверке со стороны руководящего лица – необходимость предпочтительного разбора вначале других дел.

### 4. Другие служебно-правовые обязанности судей

a) Не вызывает каких-либо противоречий предусмотренная ст. 2 ч. 2ж Закона Грузии о дисциплинарной ответственности судей дисциплинарная ответственность при нарушении запрета оглашения служебной тайны. Также непроблематичным является ст. 2 ч. 2в этого же закона, поскольку эта норма касается только названных в ст. 86 абз. 3 Конституции Грузии видов деятельности.

b) При очень ограниченной интерпретации возможно и не будут возникать какие-либо опасения по тому поводу, что по ст. 2 ч. 2з Закона Грузии о дисциплинарной ответственности судей игнорирование работы дисциплинарных органов или чинения препятствий в их работе представляет собой служебный проступок. Однако, подобная норма, особенно имея в виду принцип независимости судьи, вызывает по меньшей мере недоумение, поскольку создается впечатление, что дисциплинарные органы нуждаются в специальной защите от судей. Кроме того, эта норма может привести к сомнительному с точки зрения принципов правового государства фактическому урезанию активных стратегий защиты в рамках дисциплинарного производства. Поэтому следовало бы предложить, хотя бы с целью предосторожности, изъять эту норму. Тем более, что невозможно объяснить, почему не могут дисциплинарные органы - и в случае агрессивной и в другом смысле ненадлежащей форме защиты реагировать суверенно и спокойно.

c) С точки зрения представителей немецкой правовой системы особенно интересны приведенные в ст. 2 ч. 2и Закона Грузии о дисциплинарной ответственности судей случаи нарушения норм судейской этики.

Подобного кодекса поведения судей в Федеративной Республике Германии нет. О том, есть ли надоб-

<sup>34</sup> Решения Федерального Конституционного суда Германии 107, 395; 2008, 593; в NJW 2008,

ность в создании подобного кодекса, дискутировали в свое время и в Германии. На европейском уровне также существуют мнения о том, что следует создать подобный кодекс. Здесь важным является высказывание Европейского Совета судей (Consultative Council of European Judges, CCJE) под заголовком „Европейский стандарт судейской этики“ (можно найти в [www.drb.de](http://www.drb.de)). В некоторых европейских странах уже ввели подобные стандарты.

В данном случае речь не идет о надобности существования подобного кодекса – существуют аргументы „за“ и „против“, - а о том, могут ли быть использованы принятие членами Ассоциации судей Грузии в октябре 2007 года „Нормы судейской этики Грузии“ в качестве определения обязанностей судей в смысле дисциплинарного права. В этом отношении возникают два проблемных вопроса. Во-первых речь идет о том, имеет ли Ассоциация судей Грузии полномочия, в обязывающей – в нормативном плане – форме устанавливать правила поведения судей; во-вторых ставится вопрос о том, имеют ли эти нормы судейской этики дисциплинарно-правовое назначение. На оба вопроса следует ответить отрицательно. Полномочие нормотворчества Ассоциации судей Грузии передано не было. Также весьма сомнительно, что грузинский законодатель в такой форме выполнил свое полномочие нормотворчества, что он в динамичной форме указал на „Нормы судейской этики Грузии“. Прежде всего, они не могут нести в себе дисциплинарно-правовую нагрузку, поскольку они не должны устанавливать, какое поведение судьи является квалифицируется в качестве служебного проступка. Посредством названных норм устанавливаются скорее правила по поводу профессиональной этики, т. е. директивы для образцового поведения судьи.

## **V. Полномочия судей по правовой защите и процессуальное право в Германии**

### **1. Учреждение судов по делам судейской службы**

С целью защиты независимости судей в Германии учреждены особые суды по делам судейской службы, в которых разбираются исключительно дела споры между судьями и их начальниками по службе.

а) Правила об учреждении служебных судов находятся в соответствующих законах о судьях Федерации и федеральных земель (§§ 61 и посл., §§ 77 и посл. DRiG; §§ 33 и посл. Закона Саксонии о судьях).

В качестве судов первой инстанции служебные судейские суды учреждаются при земельных судах (ландгерихтах) федеральных земель, а для производства в апелляционной инстанции – при высших судах федеральных земель и при Верховном федеральном суде ФРГ. Суды по делам судейской службы подсудны для всех дел судей всех юрисдикций. Членами судов по делам судейской службы могут быть только судьи, уже назначенные судьями бессрочно. Они назначаются на определенное

время (в основном на 4 или 5 лет) президиумом, органом самоуправления судей, на основе списка предложенных кандидатов из отдельных юрисдикций. Таким образом исключается возможность того, чтобы вышестоящие лица в суде не могли оказать непосредственного влияния на состав судов по делам судейской службы.

б) Суды по делам судейской службы согласно § 78 DRiG прежде всего подсудны для всех дисциплинарных дел против судей и за проверку действий служебного надзора над судьями. Кроме того, к их компетенции относится решение всех вопросов статуса судей (например недействительность отзыва судьи, пенсионирования судьи из-за его неспособности выполнения служебных обязанностей; освобождение судьи во время пребывания его на испытательном сроке).

### **2. Подсудность в вопросах дисциплинарного преследования судей**

В судейском дисциплинарном праве следует делать различие между возбуждением и проведением дисциплинарного производства с одной стороны и компетенцией к принятию дисциплинарных мер с другой стороны. Тут существует значительное отличие дисциплинарного права судей от дисциплинарного права государственных чиновников, где руководители по службе обладают значительными дисциплинарными полномочиями. Конкретно действуют следующие правила:

а) Возбудить дисциплинарное дело согласно § 17абз. 1 BDiszG полномочны непосредственные руководители по службе – а таковыми являются в Германии председатели судов. Более высокие служебные инстанции могут, однако, дисциплинарное дело или расследование взять на себя (ср. § 17абз. 1, предл. 2, § 21абз.1, предл. 2 BDiszG). К этим высоким служебным инстанциям относятся для судей – министр юстиции и его заместитель, для судей судов первой инстанции – дополнительно председатели высших судов (высшего суда федеральной земли, высшего административного суда, земельного суда по социальным делам, земельного суда по трудовым спорам).

На практике, как правило, министерства юстиции - при подозрении в серьезном служебном проступке судьи – берут дисциплинарное дело на себя, принимая во внимание особую серьезность подобных дел. Кроме того, это имеет то преимущество, что дисциплинарное производство с самого начала ведется тем органом, который также ответственен за возбуждение дисциплинарного дела и за представительство в суде по делам судейской службы (см. внизу б)).

После возбуждения дисциплинарного дела необходимо провести соответствующее расследование для выяснения обстоятельств дела. при этом выясняются как отягчающие, так и облегчающие обстоятельства и обстоятельства, важные для определения дисциплинарной меры (ср. § 21абз.1 BDiszG). Проведение этих расследований проводит, как правило, не само руководящее

лицо – этим занимается специально назначенное третье лицо – это должен быть также судья (ср. § 43 абз. 1 Закона Саксонии о судьях). Правильный выбор этого лица, ведущего расследование, является на практике очень важным вопросом. Этот человек не должен находиться в кругу знакомых судьи, против которого ведется дисциплинарное дело, он должен пользоваться высокой личной репутацией и, по-возможности, обладать знаниями из области, касающейся служебного проступка судьи.

Лицо, ведущее расследование, должно собрать необходимые доказательства. Для этого оно может получить в первую очередь служебную информацию, допросить свидетелей и экспертов, или запросить от них письменные показания и заключения, потребовать выдачи документов и актов, либо ознакомиться с ними на месте (ср. § 24 BDiszG). Само разбирательство дисциплинарного дела урегулировано в законе более подробно, здесь мы его более не коснемся. В общем рассмотрении это производство носит довольно формальный характер и во многих областях очень схож с уголовно-процессуальными расследованиями. Так, судья настолько может быть вовлечен в данный процесс, насколько это не поставит под угрозу цель расследований. Судья не обязан давать показания по делу. Свидетели и эксперты – как и в уголовном процессе – имеют право отказа от дачи свидетельских показаний. По всем допросам и беседам следует составлять протоколы. После окончания расследования судья имеет право высказать свои соображения.

От расследований следует отказаться, как только обстоятельства дела разъяснятся в результате вошедшего в силу решения суда по уголовному делу либо по административному правонарушению, либо другим образом, например в результате проведения другого законного разбирательства (§ 21 абз. 2 BDiszG).

Первое объясняется тем, что – как уже было сказано – в соответствии с законами о дисциплинарной ответственности обстоятельства дела, установленные в порядке принятия вошедшего в силу уголовного решения, либо решения по административному правонарушению являются обязательными для дисциплинарного производства. Другой способ выяснения обстоятельств дела в смысле § 21 абз. 2 BDiszG имеет место, когда, к примеру, было проведено уголовное расследование, но, однако, из-за незначительности вины или по другим причинам дело было прекращено. То же самое относится к случаям, когда состав дела прост и признается самим судьей, или же если проступок судьи документирован письменным образом. Как правило еще дополнительным условием является то, что нет необходимости в принятии более серьезных дисциплинарных мер, нежели замечание и поэтому нет необходимости в вовлечении служебных судов (см. ниже b)).

b) Особенность судейского дисциплинарного права состоит в том, что определенные решения принимаются

не руководящими лицами по службе, а судами по делам судейской службы. Таким образом должны быть предотвращены попытки вторжения исполнительной власти в статус судьи и быть усилена независимость судей. Компетенции по решению подобных вопросов разграничены между руководителем по службе и судом по делам судейской службы следующим образом:

Руководитель по службе принимает решение о возбуждении дисциплинарного дела. На этой стадии служебные суды еще не вовлечены в процесс. проведение дисциплинарного преследования также находится в компетенции руководителя по службе, либо назначенного им лица, проводящего расследование. Служебные суды должны принимать решения по следующим вопросам:

- вопросы проведения обысков, наложения ареста и дачи указаний по выдаче документов (§§ 26, 27 BDiszG в связи с § 62 абз. 1 предл. 1 DRiG);
- вопросы предварительного освобождения судьи и прекращения выплаты ему зарплаты (§ 63 абз. 2 DRiG).

Руководитель по службе может назначить против судьи лишь одну меру наказания – замечание (§ 63 Аабз. 1 DRiG). все другие дисциплинарные меры являются исключительной компетенцией служебного суда. Таким образом, если руководитель по службе придерживается мнения, что замечание в качестве дисциплинарной меры недостаточно, то он должен обратиться в суд по делам судейской службы с соответствующим заявлением.

### 3. Общие процессуальные принципы в дисциплинарных вопросах

Дисциплинарные законы Федерации и федеральных земель Германии содержат самостоятельное процессуальное право, которое в последние годы было основательно реформировано и с этого времени освободится от существующих ранее общностей с уголовным процессуальным правом. Они заменяются определениями административного производства и административного процессуального права, т. е. положениями, действующими для других статусно-правовых производств публично-го права (ср. §3 DRiG). Дисциплинарное право Германии основано помимо прочего на следующих принципах:

- единое понятие всех служебных проступков (см. ниже a),
- принцип соответствия закону при возбуждении дисциплинарного дела (см. ниже b),
- приоритет уголовного дела (см. ниже c),
- право на судебное слушание (см. ниже d),
- принцип скорого проведения дисциплинарного процесса (см. ниже e),
- принцип соразмерности при определении дисциплинарной меры (см. ниже f).

a) Из единства служебного проступка следуют как материальные, так и процессуальные результаты. Во-

первых, все известные нарушения обязанностей судьей должны рассматриваться в одном дисциплинарном производстве – даже и тогда, когда между различными нарушениями не существует никакой внутренней связи. Во-вторых, принцип единства служебного проступка означает, что для всех нарушений, какого характера бы они не были, назначается одна-единственная дисциплинарная мера.<sup>35</sup>

С точки зрения процессуальной требования единого производства усиливается тем фактором, что текущее дисциплинарное производство может быть расширено на ставшие позже известными последующие нарушения (§ 19 BDiszG). Если производство уже начато в служебном суде, то оно должно быть расширено на эти новые обвинения (§ 53 BDiszG).

b) При принятии решения о возбуждении дисциплинарного дела ответственное руководящее лицо согласно § 17 BDiszG не обладает правом на собственное усмотрение (т.н. принцип легальности).

По этому принципу при наличии фактических обстоятельств служебного проступка руководящее лицо обязано возбудить дисциплинарное дело. Голые предположения или неопределенные аспекты не достаточны для возбуждения дисциплинарного дела. Если существуют признаки совершения служебного проступка, но они недостаточны для предпринимания указанных мер, тогда руководящее лицо может и должно в рамках данных ему полномочий по служебному надзору, принять меры по уточнению обстоятельств дела. Для этого допускаются все, допущенные в рамках служебного надзора, мероприятия, например, получение и проверка актов, проведение служебной проверки и проведение служебного опроса. Особое внимание следует обратить на то, чтобы во время проведения этих мероприятий не были игнорированы конституционные требования к служебно-надзорному праву. Выяснение обстоятельств дела в рамках общего служебного надзора должны прекратиться, как только признаки совершения служебного проступка усилятся и перейдут в подозрения в его совершении. С этого момента следует возбудить дисциплинарное дело при соблюдении всех необходимых формальностей.

Эти принципы действуют и в случае т. н. процесса по самореабилитации согласно § 18 BDiszG, который может инициировать сам судья с целью освобождения самого себя от подозрения в совершении служебного проступка.

с) Определенное ограничение налагается на самостоятельное расследование руководящего лица из-за прерогативы уголовного производства.

Из § 17 Abs. 2 BDiszG следует, что дисциплинарное производство после проведения уголовного производства может быть возбуждено только при наличии осо-

рых предпосылок. Эта норма дополняется тем, что по § 22 BDiszG уже начатое дисциплинарное производство должно быть прекращено, если по поводу того же состава дела возбуждено уголовное дело. Этот принцип в свою очередь дополняется тем, что согласно § 23 BDiszG установленные в уголовном разбирательстве факты являются для дисциплинарного разбирательства, посвященного тому же составу дела, обязательными.

Данные конституционно-правовые принципы находятся в тесной связи с материально-правовыми нормами § 14 BDiszG (см. выше II. 2b).

d) Конституционно-правовой принцип права на суд формирует и другие области дисциплинарного права. Он находит свое выражение во многих конкретных нормах. Главная норма - § 20 BDiszG – устанавливает правило, согласно которому затронутый судьей должен быть незамедлительно проинформирован о начале и развитии дисциплинарного производства, если это не создаст угрозу выяснения обстоятельств дела. При этом следует поставить его в известность по поводу служебного проступка, которое ставится ему в вину. Ему указывается также о том, что он вправе высказаться по данному поводу в устной либо письменной форме, либо воздержаться от дачи показаний и назначить своего представителя или уполномоченного.

e) Согласно § 4 BDiszG дисциплинарное производство следует провести в ускоренном темпе. Это определение является выражением закрепленного в Конституции принципа правового государства. Он обязывает руководителя по службе и суды по делам судейской службы, принять все возможные меры для того, чтобы в разумные сроки принять решение по поводу ставящегося в вину проступка<sup>36</sup>.

Этот принцип ускоренного производства призван защитить судью от того, чтобы он был нагружен дольше чем это необходимо – нередко неоправданными – представленными ему обвинениями. Таким образом, это является частью обязанности заботы о своих сотрудниках руководителя по службе. Для судьи принцип ускоренного производства имеет особое значение, поскольку он может в особой степени быть ущемлен в своей независимости, в осуществлении своих служебных обязанностей, а в особенности в своей судейской репутации в результате дисциплинарного производства против него. Эта опасность существует в особенности тогда, когда проведение дисциплинарного производства, несмотря на обязанность неразглашения, становится известным общественности – что иногда на самом деле случается.

Сам руководитель по службе – особенно в случае обвинения судьи – тоже должен быть заинтересован в ускоренном завершении дисциплинарного производства. С одной стороны под угрозу ставится репутация и признание самого судебного аппарата, если в случае нарушения

<sup>35</sup> Решения Верховного Федерального административного суда Германии 33, 162

<sup>36</sup> см. Эберт, как выше, с. 131 и посл.

судьей своих профессиональных обязанностей не будет произведено скорого и соразмерного реагирования со стороны юстиции. С другой стороны доверие участников процесса по отношению к судье, против которого ведется дисциплинарное производство, может быть утрачено полностью, чем дольше будет длиться неизвестность по поводу его личности.

С процессуальной точки зрения принцип ускоренного производства обеспечивается тем, что судья может внести в суд по делам судейской службы заявление о судебном назначении срока завершения процесса, если производство не будет завершено ведущим исследование руководителем по службе в течение шести месяцев после возбуждения дела (§ 62 BDiszG). Если не существует достаточного основания для продления дисциплинарного производства, тогда суд по делам судейской службы назначает срок, в течение которого руководитель по службе должен завершить дисциплинарное производство. Если оно не будет завершено в указанный срок, тогда суд принимает определение о прекращении производства по делу. Срок в шесть месяцев может быть приостановлен, если дисциплинарное производство будет приостановлено из-за уголовного процесса по тому же составу дела.

f) В то время, как при принятии решения о возбуждении дисциплинарного дела руководителю судьи по службе не дана возможность свободного усмотрения, зато она дана ему при принятии решения о применении соответствующей дисциплинарной меры (см. в деталях раздел II. 6).

Причина этого дифференцирования состоит в следующем: при принятии решения о возбуждении дисциплинарного производства речь идет о том, чтобы оценить фактические обстоятельства и определить правила поведения судьи. Эта область в основном отрегулирована в правовом отношении таким образом, что руководящему лицу не даются рамок действия. Профессиональное дисциплинарно-правовое преследование же, напротив, зависит от множества оценочных критериев, которые должны быть оценены и взвешены руководящим лицом. При принятии решения о соразмерной дисциплинарной мере часто не бывает „правильного“ и „ошибочного“ решения, поэтому руководящему лицу должна быть дана определенная свобода для принятия решения в рамках свободного служебного усмотрения.

#### 4. Правовая защита в вопросах служебного надзора

Каждому судье дается возможность в соответствии с § 26 абз. 3 DRiG запросить в суде по служебным делам принятие соответствующего судебного решения, если он считает себя ущемленным в своей судейской независимости из-за дисциплинарной меры, примененной руководящим лицом.

При этом в отношении обоснования факта ущемле-

ния судейской независимости не следует ставить особую строгих требований<sup>37</sup>. Достаточно того, если мнение судьи не будет полностью „высосано из пальца“<sup>38</sup>. В принципе не имеет также значения, какая именно мера привела к тому, что судья счел себя ущемленным в своей независимости. Речь может к примеру идти о формулировке служебной оценки<sup>39</sup>, о распоряжении по поводу закрытия здания суда в ночные часы или в выходные дни<sup>40</sup>, либо о заявлении для прессы председателя суда. В практике особенно проблематичными представляются высказывания руководителя по службе в рамках беседы „с глазу на глаз“<sup>41</sup>.

Федеральный суд по делам судейской службы в процессе своей долговременной практики определил<sup>42</sup>:

Под мерой служебного надзора понимается любая мера, которая исходит от органа служебного надзора, без учета того, осуществляется ли при этом с точки зрения формы и содержания осуществляемой меры надзорная деятельность как таковая... Достаточно проведения любой меры со стороны этого органа, которая направлена на деятельность судьи и оказывает – пусть даже и посредственное - влияние на эту деятельность.

Необходимо, однако, чтобы эта мера в какой-либо форме указывала бы на поведение одного или нескольких судей, являющееся следствием какого-либо конкретного конфликта<sup>43</sup>, либо чтобы она была способна оказать влияние на поведение судьи в будущем в каком-то определенном направлении<sup>44</sup>. Поэтому – в случае проблемы разграничения – общие, мотивированные каким-то определенным делом, правовые высказывания руководящего лица, не считаются служебно-надзорной мерой только по той причине, что судья придерживается другого мнения и не разделяет правовой оценки руководства<sup>45</sup>. Точно также не может считаться служебно-надзорной мерой обстоятельство, когда судебная власть не выполнит необходимых с точки зрения судьи требований по оснащению суда.

Суды по делам судейской службы принципиально проверяют только факт нарушения судейской независимости, а не то, правомерно ли действие само по себе с материально-административно-правовой точки зрения<sup>46</sup>. Наряду с этим действует общая административно-процессуальная правовая защита. Данная проблематика проявляется в основном в области оценки судьи. Если, например, в характеристике написано, что судья на-

<sup>37</sup> BGHZ DRiZ, 2003, 282

<sup>38</sup> Решение Верховного Федерального суда Германии от 08.11.2006 – RiZ 4/05

<sup>39</sup> BGHZ, 181, 268

<sup>40</sup> BGH DRiZ, 2003, 88

<sup>41</sup> BGHZ, 93, 238

<sup>42</sup> BGHZ, 162, 333

<sup>43</sup> BGHZ, 61, 374; 85, 145, BGHZ NJW 2002, 929

<sup>44</sup> BGHZ NJW, 2002, 929

<sup>45</sup> там же

<sup>46</sup> BGHZ DRiZ 2007, с. 143; BGHZ NJW 2006, с. 692; BGHZ DRiZ 2007 2003, с. 367; BGHZ NJW 2002, с. 359

ходит в бюро только в два рабочих дня в неделю и в другое время он практически недоступен по телефону для канцелярии, то суды по делам судейской службы могут проверить, нарушает ли данное высказывание независимость судьи. Если суд придет к отрицательному заключению, то в таком случае проверка правильности данного высказывания не является делом суда по делам судейской службы. Административные суды должны заниматься всем комплексом вопросов правомерности данного дела.

## **VI. Дисциплинарные наказания и дисциплинарные меры по грузинскому праву**

Приведенные в ст. 4-1 Закона Грузии о дисциплинарном производстве дисциплинарные наказания в основном не отличаются от имеющихся в праве Германии (см. Раздел II. 6). Статья в своем исходном пункте не вызывает сомнений и с точки зрения судейской независимости. Однако, пока не существует прочных и повсеместно признанных правовых основ для соизмерения дисциплинарных наказаний, из соображений принципа определенности и предсказуемости налагаемых санкций, представляется желательным, чтобы критерии оценки здесь были определены более конкретно. Ст. 54 данного Закона и последующие хотя и содержат в себе идущие в этом направлении тенденции, тем не менее, они остаются в некоторых областях чересчур общими.

### **1. Освобождение от должности председателя суда и других руководящих органов**

Особого внимания заслуживают предпосылки, при наличии которых согласно ст. 4, ч. 26 и ст. 55 Закона Грузии о дисциплинарном производстве могут быть освобождены от должностей председатель суда, его заместитель, а также председатели судейских коллегий и палат.

Именно председатели суда и другие судьи, осуществляющие одновременно задачи управления судом, находятся в особенно сложном положении. С одной стороны, в своей административной деятельности, они не подлежат защите с точки зрения судейской независимости и должны осознавать, что все совершенные ими в этой области действия, могут быть проверены в рамках дисциплинарного права в полном объеме. С другой стороны они представляют собой связующее звено между судебной властью и государственными властями и несут высокую ответственность в рамках судебной власти за охрану самостоятельности третьей власти. Эта специфическая функция требует от председателей судов, чтобы они решительно противостояли всяческим угрозам по отношению к судопроизводящей власти и чтобы они показывали себя в критических ситуациях защитниками судейской независимости. Поэтому освобождение от должности председателя суда с точки зрения судейской

независимости и разделения властей ни в коей мере не может быть рассматриваться в качестве непроблематичного действия. При более реалистичном рассмотрении этот шаг является весьма проблематичным, поскольку в персоне председателя суда как раз фокусируются всяческие конфликты между государственными властями. Чем серьезнее относится правовая система к вопросу независимости судебной власти, тем глубже решается вопрос о том, какие требования следует предпосылать увольнению председателя суда. Исходя из этого нам представляются ст. 4, ч. 26 и ст. 55 Закона Грузии о дисциплинарном производстве вызывающими беспокойство.

Приведенные в ст. 4, ч. 26 и ст. 55 Закона Грузии о дисциплинарном производстве дисциплинарные меры германскому законодательству неизвестны. Это объясняется тем, что служебный статус председателя суда отличается от статуса других руководящих органов. Так, все председатели судов и их заместители назначаются бессрочно (на срок жизни); поэтому они могут быть уволены только при наличии экстремально строгих предпосылок, при наличии которых и все другие судьи могут быть освобождены от должности. Председателей судебных коллегий в Германии не существует. Председатели палат не имеют особого статуса и подчиняются общим дисциплинарным нормам.

### **2. Другие дисциплинарные меры, неизвестные германскому праву**

Дисциплинарной меры, сравнимой с приведенной в ст. 54 ч. 1 Закона Грузии о дисциплинарном производстве, в Германии не существует. Здесь практически продолжается на санкционном уровне то, что было уже установлено на уровне состава дела в ст. 2 ч. 2а и в ст. 2 ч. 2е Закона Грузии о дисциплинарном производстве (см. выше IV. 2). Персональных рекомендательных писем судьям (ст. 19 Закона Грузии о дисциплинарном производстве) в дисциплинарном праве Германии не существует.

## **VII. Результирующая оценка правовой защиты**

Наибольшие расхождения между грузинским и германским правом состоят в определении компетенций для решения дисциплинарно-правовых вопросов, а также в регулировании судебной правовой защиты.

а) Как было уже подробно сказано выше в Разделе V., дисциплинарную власть над судьями в ФРГ в исходной стадии осуществляется их руководителем по службе, т.е. председателем суда, а на высшем уровне министром юстиции. однако, их полномочия по применению дисциплинарных мер ограничены на применение по отношению к судье замечания. Все другие дисциплинарные

меры могут быть применены исключительно судом по делам судейской службы. В этом суде могут быть также обжалованы все меры, примененные руководителем по службе.

Кроме того, в Германии каждый судья может обратиться с иском в этот суд, если он считает себя ущемленным в своей судейской независимости посредством меры, принятой руководителем. Состав суда по делам судейской службы не может подвергнуться влиянию руководителя данного судьи. Таким образом, конкретное регулирование судейской независимости и правил поведения судей, вплоть до формулирования основных принципов судейской этики, в Германии находится полностью в руках самих судей.

b) В Грузии существует определенный потенциал для развития как в области материальных требований по отношению к мерам, принимаемым по отношению к судьям, так и по отношению к правовой защите судей против мер, принимаемых руководителем по службе – будут ли это меры дисциплинарного права, либо меры в рамках служебного надзора.

Уже установленные в статье 6 Закона Грузии о дисциплинарном производстве основания для возбуждения дисциплинарного производства сформулированы расплывчато. Прежде всего, из самого текста невозможно установить однозначно, какие компетенции и какие обязанности по осуществлению соответствующей проверки присуждены органам, полномочным возбудить дисциплинарное дело в рамках ст. 7 данного Закона. Против судьи – с соблюдением необходимости защиты его независимости – может быть возбуждено дисциплинарное дело только и исключительно в том случае, если после тщательной предварительной проверки возникнет предположение о совершении им дисциплинарного проступка. Вопрос об источнике информации, вызвавших первоначальное подозрение, не является значительным. В первую очередь важно, чтобы не создалось впечатление, что основаниям, названным в ст. 6 Закона Грузии о дисциплинарном производстве придается каким-то образом особое значение, или что дисциплинарное дело может быть возбуждено уже потому, поскольку какой-либо орган считает это необходимым.

Поэтому представляется и ст. 8 ч. 1 Закона Грузии о дисциплинарном производстве проблематичной, так как эта норма может быть понята таким образом, что третьи лица путем жалоб, ходатайств или других действий могут оказать влияние на вопрос о возбуждении дисциплинарного дела. Как раз против подобных „инициатив“ третьих лиц нуждаются судьи в особой защите со стороны своего руководства. Руководители могут только в том случае принять жалобы, ходатайства и другие информации третьих лиц в качестве повода для проверки в рамках служебного надзора, или даже возбуждения дисциплинарного дела, если они после собственной проверки утвердятся в первоначальном подозрении.

Кроме того, приведенный в ст. 8 и посл. Закона Грузии о дисциплинарном производстве план проведения производства несколько нечетким. В первую очередь можно было бы себе представить более четкое процессуальное осуществление права на судебное слушание.

По вопросу состава дисциплинарной коллегии грузинский законодатель в введенной в 2009 году новелле ст. 23 и посл. Закона Грузии о дисциплинарном производстве уже показал свое особое понимание значительности судейской необходимости, так что действующая на данный момент редакция закона предположительно соответствует минимальным требованиям, приведенным в № 8 Европейской Хартии о статусе судей. Для усиления независимости судей было бы, однако, желательно, чтобы грузинский законодатель передал судебные компетенции в вопросах дисциплинарного судейского права уже на уровне первоначального решения в руки самих судей. Это был бы не только важный сигнал для внешнего мира с точки зрения упрочнения разделения властей, но это бы открыло и самой юстиции возможность, самой устанавливать характеристики фигуры судьи и в этом отношении освободиться от влияния других ветвей власти.

# Создание административной юстиции как средства правовой защиты в Азербайджане

Алийев Наби Маис оглу<sup>1</sup>

## I. Введение

*Необходимость эффективной защиты прав, свобод и законных интересов граждан требует формирования суда справедливости нового качества, который сможет выступить против действий государственной власти, государственных органов и органов местного самоуправления. Выполнение этой задачи в первую очередь, связано с учреждением института административной юстиции. Актуальность формирования системы органов административной юстиции подтверждают не только ученые административной правовой сферы, но и специалисты других сфер.<sup>2</sup>*

Административная юстиция – это административно-правовой институт, предусматривающий специальный процессуальный порядок судебного разрешения административно-правовых споров между гражданами и должностными лицами (орган исполнительной власти). Каждый гражданин, считающий свои права и свободы нарушенными в результате решений, действий или бездействия должностного лица, имеет право обратиться в суд и требовать отмены соответствующего решения или действия. В этом отношении, в государствах, где государственный аппарат играет большую роль, имеется особая необходимость в создании институтов административной юстиции. Таким образом, институт административной юстиции является одним из важнейших свойств современного правового государства, которое обеспечивает защиту прав и свобод граждан и юридических лиц как *de iure*, так и *de facto*. Административная юстиция – это процессуальный порядок рассмотрения и разрешения правовых споров, возникающих между гражданами и юридическими лицами с одной стороны, и административными органами с другой стороны в области административного управления, который осуществляется специально созданными для этого судами.

## II. Теоретические основы и существующие модели административной юстиции в мире

Административная юстиция охватывает споры, возникающие в области управленческой и процес-

суальной деятельности органов исполнительной власти.

В юридической литературе административная юстиция характеризуется как институт, предусматривающий порядок разрешения административных споров между гражданами и органом государственного управления.<sup>3</sup>

Важнейшей задачей настоящего времени является усиление судебного контроля над законностью деятельности административных органов с целью обеспечения реальной защиты субъективных прав граждан.

В настоящее время необходимость создания административной юстиции должна обосновываться приведенными ниже аргументами общего характера:

- во-первых, участие государства в широком масштабе в структурах гражданского общества для осуществления государственного регулирования;
- во-вторых, более предпочтительное отношение к континентальной (западно-европейской) правовой системе;
- в-третьих, освоение учеными-правоведами, до сих пор проводившими исследования, знаний по опыту организации административной юстиции во французской и немецкой системах;
- в-четвертых, необходимость дать судам право отменять акты органов госуправления;
- в-пятых, наличие слишком большого количества дел в судопроизводстве и допущение случаев произвольного нарушения прав граждан со стороны органов исполнительной власти.

Административная юстиция – это суд, осуществляемый в сфере деятельности административной власти (исполнительной власти), органов государственного управления и местного самоуправления, а точнее административная юстиция составляет административную ветвь суда справедливости. Цель административной юстиции – защита нарушенных прав и свобод граждан, обеспечение общественных интересов и правопорядка и эффективной и законной деятельности государственного и муниципального управления.

В административно-правовой науке отличают три модели организации административной юстиции:

1. англо-саксонскую модель;
2. французскую модель;
3. немецкую модель.<sup>4</sup>

В зависимости от судов, рассматривающих споры общеправового характера, считаем целесообразным различить два вида организации административной юстиции:

<sup>1</sup> Док. юридических наук, профессор Бакинского государственного Университета

<sup>2</sup> Асланов, М.С. Административная юстиция в Азербайджане. Автореф. дисс. кан. юрид.наук. Баку, 2005, с. 1 (21 с.); Садигов. Т.И. Стандарты международной организации труда и законодательство Азербайджанской Республики: вопросы соотношения. Автореф. дисс. кан. юрид. наук. Баку, 2007, с. 12 (31 с.)

<sup>3</sup> Асланов, М.С. Административная юстиция в Азербайджане. Баку: Азернешр, 2009, с. 34 (178 с.)

<sup>4</sup> Пилипенко А.Н. Административная юстиция в зарубежных государствах, Законодательство и экономика. 1996, № 3-4, с. 81



1. континентальную модель;
2. англо-американскую модель.

В некоторых странах функционирует смешанная модель административной юстиции. В действительности, в литературе классической моделью континентальной административной юстиции считается административно-судебная система, сформировавшаяся во Франции и Германии.

Административная юстиция означает судебную защиту прав и свобод граждан от их нарушения в результате решений и действий (бездействия) органов управления. Судебная защита граждан выступает в качестве одного из средств обеспечения законности в сфере государственного управления и местного самоуправления и осуществления судебного контроля над деятельностью исполнительной власти и органов управления.<sup>5</sup>

В случаях закрепления таких демократических принципов правового государства как разделение властей и независимость судов судебный порядок рассмотрения и разрешения административных споров должен четко регламентироваться законодательством. Только таким образом будет обеспечена правовая защита граждан от действий (бездействия) управленческих органов и должностных лиц, нарушающих или ограничивающих права и свободы граждан.

Административная юстиция имеет тесную взаимосвязь с составной частью административного права - административным процессом. Административный процесс - это судебный процесс, регламентируемый административно-процессуальными нормами и касающийся порядка рассмотрения и разрешения споров или конкретных дел индивидуального характера в административной сфере. Ю.Н. Стариков правильно отмечает, что введение института административной юстиции в структуру административного права делает разграничение независимой подотрасли под названием 'административный процесс' необходимым.<sup>6</sup>

### III. Формирование института административной юстиции в Азербайджане и перспективы его развития.

Конституция Азербайджанской Республики предусматривает создание как общих, так и специализированных судов в составе судебной системы. Так, согласно ст. 125(2) Конституции Азербайджанской Республики, судебную власть осуществляют Конституционный Суд Азербайджанской Республики, Верховный Суд Азербайджанской Республики, Апелляционный Суд Азербайджанской Республики, общие и другие специализированные суды Азербайджанской

Республики. Кроме того, согласно 3-му пункту той же статьи, судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского и уголовного судопроизводства и других форм, предусмотренных законом.<sup>7</sup> В процессе создания еще одной специализированной формы - административного судопроизводства - разграничение судебной подведомственности является одним из важных вопросов.<sup>8</sup> Институт административной юстиции находится в тесной взаимосвязи с судебными органами, обеспечивающими правовую защиту прав и свобод граждан.<sup>9</sup>

В юридической литературе до сих пор не сформировалось единое мнение по определению понятия юстиции. Так, административная юстиция интерпретируется в широком и узком смыслах. В широком смысле, административная юстиция означает суд справедливости, осуществляемый по обращению граждан и проверяющий законность решений и действий (бездействия) государственных органов и должностных лиц.<sup>10</sup> В узком смысле, административная юстиция - это рассмотрение судами жалоб граждан о решениях и действиях (бездействии) госорганов и должностных лиц. В общем, некоторые ученые считают административную юстицию судом по административным делам, отправляемым на основе гражданско-процессуальных норм.<sup>11</sup>

Административная юстиция выполняет специальную функцию. С целью обеспечения эффективного судопроизводства по административным делам считается более целесообразным относить административную юстицию к компетенции не административных органов, а судебных органов. Одной из основных причин, обуславливающих необходимость создания административной юстиции, является то, что круг деятельности административной юстиции не совпадает с кругом деятельности уголовных и гражданских судов, т.е. выступает в качестве самостоятельной отрасли.

Что касается проблемных аспектов административной юстиции, то, в первую очередь, необходимо отметить следующие:

1. порядок формирования административных судов, их состав и функции;
2. подведомственность дел (рассмотрение дел по обращению граждан и юридических лиц о действиях (бездействии) исполнительных органов, споров о компетенции исполнительных органов, дел о действиях государственных служащих);

<sup>7</sup> Конституция Азербайджанской Республики. Баку: Ганун, 2002, с. 40

<sup>8</sup> Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М.: Юридическая литература, 1997, с. 195

<sup>9</sup> Лазарев Л.В. Разграничение юрисдикции и взаимодействие судов в защите прав и свобод личности, РЮ, 1996, № 4, с. 15

<sup>10</sup> Бахрах Д.Н. Административное право. Учебник. Часть общая. М.: БЕК, 1993, с. 53

<sup>11</sup> Бахрах Д.Н. Юридический процесс и административное судопроизводство, ЖРП, 2000, №9, с. 14

<sup>5</sup> Стариков Ю.Н. Административная юстиция: Проблемы теории. Воронеж: Изд.-во ВГУ, 1998, с. 86.

<sup>6</sup> Стариков Ю.Н. Административная юстиция: Проблемы теории. Воронеж: Изд.-во ВГУ, 1998 с. 35

### 3. подведомственность других судов.

Недостатки в сфере создания административной юстиции оказывают негативное влияние на проведение мероприятий и реформ по формированию органов административной юстиции. Даже в первые годы создания СССР только те государственные институты и учреждения усовершенствовались, которые уже имелись в наличии в государстве. Так, армия, прокуратура и подобные учреждения были сформированы по модели предшествующего периода. В силу идеологических причин и несовершенного формирования в предшествующие периоды попытки по созданию органов вроде административных судов в составе государственного управленческого аппарата остались без результата. Только начиная с 30-х гг. XX века для обеспечения законности государственного управления был определен судебный порядок по рассмотрению административно-правовых споров. В общем, до распада СССР общие суды имели ограниченную компетенцию по осуществлению надзора над административными органами. В начале 90-х гг. общие суды имели возможность рассматривать дела о нарушении прав и свобод граждан решениями и действиями (бездействием) управленческих органов. При анализе соответствующего советского законодательства становится очевидным, что институт административной юстиции не был всесторонне развит: это подтверждают и специалисты.<sup>12</sup> В начале 90-х гг. после развала СССР несмотря на то, что в научных исследованиях было уделено широкое внимание проблеме создания административной юстиции, до сих пор нет необходимого опыта в данной области и соответственно административно-процессуальных гарантий.

Вопреки всему этому, можно констатировать факт, что система административной юстиции переживает процесс формирования с 2000-го года, и ее правоохранные элементы со временем развиваются. Такие явления, как судебное рассмотрение жалоб о незаконных решениях и действиях (бездействии) госорганов и должностных лиц, разрешение возникших споров в отдельных судах и т.п. иллюстрируют процессуальную активность субъектов административной юстиции, в том числе органов, осуществляющих судебную власть посредством административного судопроизводства в соответствии с Конституцией Азербайджанской Республики.

Закон Азербайджанской Республики «Об обжаловании в суде решений и действий (бездействия), нарушающих права и свободы граждан» от 18 июля 1999 г. можно считать первым практическим шагом, сделанным в направлении формирования административной юстиции.

Реформы, проведенные в Азербайджанской Республике с 2000 г. в сфере административного права, оказали положительное влияние на законодательство, регулирующее формы деятельности административных органов и отношения между гражданами и административными органами. В нашей Республике для применения института административной юстиции были приняты два законодательных акта фундаментального значения – Закон Азербайджанской Республики «Об административном судопроизводстве» и Административно-Процессуальный Кодекс Азербайджанской Республики. По нашему мнению, со вступлением в силу и применением этих актов будет решен вопрос, нормы какого – гражданского или административно-процессуального законодательства – должны регулировать деятельность судов по рассмотрению жалоб граждан на решения и действия (бездействие) госорганов и должностных лиц, нарушающих их права и свободы.

Главной целью Закона Азербайджанской Республики «Об административном производстве» является содействие обеспечению прав и свобод граждан со стороны административных органов и достижение верховенства закона. Административный акт, составляющий основу этого закона, является самым важным средством для административных органов для осуществления их деятельности и принятия ими решений с целью завершения административного производства. Поэтому закон предусматривает проверку условий для принятия административного акта, юридические обстоятельства и процессуальные принципы, которые административные органы должны принять во внимание при подготовке и принятии административного акта. Этот новый для Азербайджана закон предоставляет гражданам, считающим нарушенными свои права и свободы, права по отношению к административным органам, защиту нарушенных прав в судебном порядке. Применением этого закона восстанавливается равновесие между правами государственных органов и отдельных граждан.

Административно-Процессуальный Кодекс (АПК) Азербайджанской Республики, вступивший в силу с 1 января 2011 года, – комплексное законодательство, предусматривающее подсудность административных споров, процессуальные принципы и правила судебного рассмотрения и разрешения этих споров. Если законом не предусмотрен иной порядок подсудности, судопроизводство по административным спорам осуществляется судами по делам из административных и экономических споров и судебными коллегиями по делам из административных и экономических споров. В ст. 2 АПК предусмотрен перечень исков, рассматриваемых в порядке административного судопроизводства. В этом законе нашли свое закрепление по-

<sup>12</sup> Ремнев В.И. Социалистическая законность в государственном управлении. М.: Наука, 1979, с. 238

ложения о формах деятельности административных органов по отношению к гражданам, а также о соответствии порядка принятия административных решений общим и процедурным принципам и соответствии деятельности административных органов закону. Более того, закон предусматривает возможности для граждан защитить их права и свободы, обжалуя незаконные решения и требуя внесения изменения в них.<sup>13</sup>

Известно, что процессуальная деятельность в ходе административного производства составляет содержание административно-процессуальных отношений. Одной из разновидностей этой деятельности является отправление суда справедливости. Это административно-процессуальная деятельность, исходящая из административно-процессуальных отношений. Лишь поэтому можно согласиться с мыслью А.Т. Боннера о том, что «административно-правовые отношения прекращаются после подачи жалобы в суд, превращаясь в гражданско-процессуальные отношения и вновь принимая административно-правовой характер».

Обсуждения вокруг значения понятия административной юстиции сводятся в принципе к одному и тому же вопросу: считается ли процесс в общих судах по рассмотрению законности решений или действий (бездействия) госорганов или должностных лиц, нарушающих права и свободы граждан, гражданским или административным процессом? По мнению ученых, в силу того что в Гражданско-Процессуальном Кодексе предусмотрена специальная глава, предусматривающая применяемые для рассмотрения административных споров нормы, этот процесс можно считать гражданским. Поскольку суд применяет только гражданско-процессуальные нормы для рассмотрения дел соответствующей категории, в соответствии с действующим законодательством такой процесс должен считаться гражданским.<sup>14</sup>

Однако в процессе обсуждения таких вопросов, как обеспечение прав и свобод граждан в сфере управления, обжалование ими действий и решений индивидуального и нормативного характера, принимаемых органами управления и должностными лицами, а также осуществление судебного надзора над законностью управленческой деятельности, возникает вопрос, почему судебные-процедурные правила рассмотрения административных дел должны подчиняться гражданско-процессуальному праву, регламентирующему порядок рассмотрения гражданско-правовых споров? Согласно мнению, выраженному по этому поводу в научной литературе, если отнести административную юстицию толь-

ко к спорам, связанным с администрацией, в результате отрицается сам административный процесс.<sup>15</sup>

Отметим, что есть некоторые сходства между административно-судебным и уголовным процессами. Известный процессуалист В. Рязановский еще в 1920 году правильно отметил, что все три процесса, осуществляемые в суде, - уголовный, гражданский и административный - имеют одну и ту же основу и отличаются лишь с точки зрения свойств рассматриваемых дел.<sup>16</sup>

Другим проблемным вопросом административной юстиции является конституционное закрепление административного судопроизводства. Согласно ст. 125(3) Конституции Азербайджанской Республики, судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского и уголовного судопроизводства и других форм, предусмотренных законом.<sup>17</sup> Для сравнения отметим ст. 118(2) Конституции Российской Федерации 1993 года: «Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства».<sup>18</sup> Это вовсе не случайно, что административно-судебный процесс определен в конституционных нормах как отдельное судопроизводство. Законодательство в рамках административного судопроизводства, осуществляемого в общих и специализированных судах, может создать единую систему из административно-правовых норм различного характера, обеспечивающих защиту прав и законных интересов физических и юридических лиц.

Важной чертой, отличающей административный процесс от гражданского, является то, что в административном процессе одной из сторон выступает должностное лицо (представляющее административный орган). В гражданско-процессуальных отношениях стороной-субъектом выступают два собственника, представляющие себя. В административном процессе должностное лицо выступает не самостоятельно, а в качестве представителя своего учреждения. Жалобщик рассматривает обжалуемые действия как служебные действия, направленные на выполнение служебных обязанностей. Должностное лицо, выступая в качестве стороны процесса, обосновывает свои действия, ссылаясь на государственные интересы, и продолжает оставаться работником управленческого аппарата. Лишь действия, совершенные должностным лицом (умышленно или по неосторожности) вопреки тре-

<sup>13</sup> Каримов, С., Валиева, Г. Закон Азербайджанской Республики об административном производстве. Комментарий. Изд-во Иридикальная Литература. Баку, 2006, с. 11 (464 с.)

<sup>14</sup> Кудряшова А.И. Правовое положение лиц, обжалующих в суд действия должностных лиц, СГП, 1981, №3, с. 113, 121

<sup>15</sup> Демин А.А. Административный процесс в развивающихся странах. М.: Наука, 1987, с. 36

<sup>16</sup> Рязановский В.А. Единство процесса. Иркутск: 1992, с. 21

<sup>17</sup> Конституция Азербайджанской Республики. Баку: Ганун, 2002, с. 40.

<sup>18</sup> Конституция Российской Федерации: Научно-практический комментарий. - Под ред. Б.Н.Топорнина. М.: Юристъ, 1997, с.597

бованиям закона, квалифицируются как уголовное преступление, что прекращает отношения между должностным лицом и государственным аппаратом. В административном судопроизводстве суд считает действия должностного лица его личными действиями и в то же время рассматривает его в качестве представителя управленческого аппарата.

Должностное лицо, которое определяет свойство управленческой деятельности и участие которого в процессе придает этому процессу не гражданский, а административно-правовой характер, все время находится в связи с аппаратом управления.

Административно-судебный процесс по сути своей выступает методом отправления правосудия в сфере госуправления. В общем, и гражданский, и уголовный, и административный процессы выступают как различные способы единого правосудия, осуществляемые в области различных правовых отношений, и поэтому находятся в тесной взаимосвязи друг с другом. Все три процесса основаны на единых началах суда справедливости. Но то, что они являются подотраслями единого суда, вовсе не означает их сходство. Именно поэтому решение вопроса создания специальных административных судов выступает в качестве важного вопроса.

Формирование специализированных судов не нарушает принципа единства судебной системы. Формирование административного судопроизводства в административных судах облегчит сложный рабочий режим судей общих судов и тем самым создаст более нормальную рабочую обстановку, содействует более качественному рассмотрению дел и принятию законных и справедливых судебных решений.

При рассмотрении гражданских или уголовных дел судья должен знать гражданские или уголовно-правовые нормы. С этой точки зрения в условиях формирования нового административного законодательства и, в общем, учреждения административных судов возникает необходимость проведения специализирования по административным делам и создание специальных административных судов приобретает все большую актуальность. Судья, рассматривающий правовой спор между гражданином и властью, должен иметь опыт управления и право управления в соответствии с административным законодательством.

Одним из важных вопросов, возникающих в процессе рассмотрения жалоб граждан на решения и действия (бездействие) госорганов и должностных лиц, является независимость судей. Согласно ст. 127(1) Конституции Азербайджанской Республики, судьи независимы, подчиняются только Конституции и законам Азербайджанской Республики, несменяемы в течение срока своих полномочий. Это нельзя сказать в отношении исполнительных органов и должностных лиц, так как подчиненность нижестоящих

органов вышестоящим, обязательность выполнения указаний руководства и т.п. не всегда содействуют принятию законного решения по административным правоотношениям.

Как известно, ныне действующее административное законодательство представляет собой очень сложную систему. На практике часто встречаются сложные споры по финансовым и налоговым вопросам, жалобы на действия органов здравоохранения, земельного кадастра, санитарно-эпидемиологического контроля, внутренних дел, социального обеспечения, таможни. Наряду с общими судами, рассматривающими уголовные и гражданские дела, считается целесообразным создание специализированных административных и других судов для рассмотрения споров, возникающих из финансовых, банковских, налоговых, трудовых, социальных и т.д. отношений. И в юридической литературе, существует мнение, передать все споры, возникающие из административно-правовых отношений, вне зависимости от того, являются ли сторонами физические или юридические лица, в подведомственность административных судов.<sup>19</sup>

В то же время в юридической литературе высказывается мнение об облегчении процесса рассмотрения гражданских дел для разных субъектов права, т.е. о целесообразности и важности упрощения и дифференциального порядка рассмотрения гражданских дел.<sup>20</sup> Считаем, что если специализированные суды (судья) будут рассматривать споры, возникающие между гражданами и общими органами власти и отнесенные в настоящее время к категории гражданских дел, тогда идея дифференциации суда будет реализована на практике. Административное судопроизводство имеет отличающиеся свойства и в смысле процедурных правил. Так, в отдельных случаях могут назначаться сокращенные сроки для рассмотрения дел в суде: например, когда решение административного органа, вступая в силу, немедленно и реально нарушает права и свободы гражданина и причиняет ему ущерб.

Административный процесс связан с административным правом, гражданский процесс – с гражданским правом, и уголовный процесс – с уголовным правом. Когда говорится о единстве административного, гражданского и уголовного процессов, имеются в виду основные принципы и институты (прозрачность, непосредственность и т.п.), проявляющие себя в различных формах во всех трех процессах. Поэтому точно так же, как сходство между уголовным и гражданским процессами не обуславливает принятия единого кодекса, регулирующего оба процесса, сходство гра-

<sup>19</sup> Бушманов А. Судебной власти нужны специализированные суды, РЮ, 1994, №11, с. 13

<sup>20</sup> Яковлев В.Ф. Арбитражные суды России с позиций европейских правовых норм, ЖРП, 1997, № 7, с. 12

жданского и административного процессов не должно содействовать определению гражданско-процессуальных форм для рассмотрения административных споров. Нынешнее применение гражданско-процессуальных норм во время рассмотрения административных споров нужно оценить как временное явление, а точнее до принятия нового Административно-Процессуального Кодекса Азербайджанской Республики.

Фактически формирование административного судопроизводства создало логическую необходимость принятия Административно-Процессуального Кодекса Азербайджанской Республики.

Административно-Процессуальный Кодекс – это единый законодательный акт, предусматривающий нормы для регулирования порядка обжалования гражданами решений и действий (бездействия) госорганов и должностных лиц.

Таким образом, принятие и применение Административно-Процессуального Кодекса содействует решению проблемы формирования административно-процессуального права как подотрасли административного права, а в будущем и как самостоятельной отрасли права.

По нашему мнению, Административно-Процессуальный Кодекс должен охватить два вида судопроизводства, т.е. по административным жалобам и административным искам. Эти разновидности судопроизводства обуславливают научно обоснованную, логическую и с практической точки зрения оптимальную структуру Административно-Процессуального Кодекса.

Факт принятия и применения Административно-Процессуального Кодекса придает ясность научному определению административного процесса и обсуждениям о том, нужно ли трактовать понятие “административный процесс” в широком или узком смыслах.

В силу того, что деятельность по судебному рассмотрению административных споров осуществляется в форме административного судопроизводства, возможно рассматривать понятие “административный процесс” в узком смысле, точно как же как “уголовный” и “гражданский” процессы. Однако, в отличие от уголовного и гражданского прав предметом административного права выступает широкая и многосторонняя деятельность управления.

#### **IV. Заключение**

Анализ понятия «административный процесс» в широком плане вносит ясность в науку административного права и дает возможность посмотреть на все разновидности административного судопроизводства как на единую панораму. А это, в свою очередь, содействует последующему развитию теорий административного процесса и права.

# Процессуально-правовое значение разделения правовых форм деятельности административного органа

Паата Турава<sup>1</sup>

## Краткий обзор

*В работе автор анализирует важный институт Общего административного кодекса Грузии – правовые формы деятельности административного органа в разрезе защиты прав путем обращения в административный суд. В Грузии с первого же дня внесения административного правосудия стал актуальным вопрос о процессуально-правовом значении правовых форм деятельности. Установилась неоднородная практика с учетом того, что грузинское административное правосудие не имеет традиции. 10-летняя история развития свидетельствует о тенденции установления однородных подходов к отдельным институтам, усиленных правовой догматикой, в которую вносит важный вклад наука административного права. В работе рассматривается судебная практика Грузии и с учетом мнений, сформировавшихся в грузинской науке административного права, излагают взгляды автора на решение данной проблемы.*

## I. Введение

Общий административный кодекс Грузии (ОАКГ) устанавливает публично-правовые формы деятельности административного органа. С целью осуществления управленческих функций административный орган имеет свободу выбора правовых форм, если закон не устанавливает обязательство применения формы конкретной деятельности (напр. в полицейском праве). Административный орган не ограничен публично-правовыми формами деятельности, и он может применить также частноправовые формы деятельности (напр. гражданский договор)<sup>2</sup>.

ОАКГ устанавливает такие публично-правовые формы деятельности административного органа, как: индивидуальный административно-правовой

акт, нормативный административно-правовой акт, административный договор. Кодекс признает также такую правовую форму деятельности, как административный реалакт<sup>3</sup>.

Разделение правовых форм деятельности административного органа имеет четыре основные функции. Это: материально-правовая, производственно-правовая, процессуально-правовая и исполнительно-правовая функции<sup>4</sup>.

Процессуально-правовая функция правовых форм деятельности административного органа сразу же стала предметом неоднородной интерпретации практики грузинского административного правосудия. Суть проблемы заключается в том, что необходимую предпосылку установления процессуально-правового средства защиты права (правильная форма иска) представляет установление правовой формы деятельности. Административный

Процессуальный кодекс Грузии (АПКГ) устанавливает систему средства защиты права, которая основывается на установленных в ОАКГ правовых формах деятельности. Иск о признании недействительным административно-правового акта (статья 22 АПКГ) и иск об издании административно-правового акта (статья 23 АПКГ) зависят от существования индивидуального или нормативного административно-процессуального акта, однако когда предмет спора - реалакт, применяется иск об осуществлении деяния (статья 24 АПКГ). Статья 25 АПКГ устанавливает процессуально-правовые средства решения договорных споров. В случае установления подсудности спора судами общей юрисдикции стало проблемой установление той меры, которая осуществляется административным органом в форме индивидуального административно-правового акта и является по своей сути относящимся к области трудового права (напр., индивидуальный административно-правовой акт об освобождении работника от службы), и следовало ли относить её к категории административно-правовых споров.

Вопрос не связан с обеспечением защиты права путём суда. Несмотря на то, будем ли мы считать спор административным или гражданским спором,

<sup>1</sup> Паата Турава является доктором права, ассоциированным профессором юридического факультета Тбилисского государственного университета

<sup>2</sup> Свобода выбора правовых форм деятельности признается как наукой (см. Майя Копалеишвили, Нугзар Схиртладзе, Экатеринэ Кардава, Паата Турава, Учебник административно-процессуального права, 2008, с.196), так и судебной практикой Грузии (см. однородная практика определений Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии: №бс-312-304(г-08 от 5 июня 2008 г.; №бс-241-235(г-08) от 23 июля 2008 г.; №бс-901-867(г-08) от 13 ноября 2008 г.; №бс-998-962(г-08) от 13 ноября 2008 г.)

<sup>3</sup> В отличие от вышеперечисленных правовых форм деятельности, Кодекс не знает понятия реалакта, он не дает его дефиниции, но, так как тут речь идет об управленческом мероприятии, которое не подразумевает издания индивидуального правового акта, это указывает на то, что Кодекс допускает возможность осуществления простой управленческой деятельности – реалакта. Исходя из этого, грузинская наука административного права ввела термин «реалакт», который также был признан административным правосудием.

<sup>4</sup> Функции см. Зураб Адеишвили, Кетеван Вардосанидзе, Леван Изория, Нино Каландадзе, Майя Копалеишвили, Нугзар Схиртладзе, Паата Турава, Димитри Китошвили, Учебник общего административного права, Бона Кауза, Тбилиси, 2008, с.108-112

право не остается без защиты, но актуальность проблемы становится очевидной, если учитывать то обстоятельство, что в административном процессе законодатель предлагает нам другую систему в виде превентивных средств защиты права (автоматическая приостановка действия обжалованного акта в соответствии со статьей 29 и временным определением со статьей 31 АПКГ)<sup>5</sup>.

В сфере публичной службы представление иска относительно приказа об освобождении работника от службы вызывало приостановку действия обжалованного акта, что делало невозможным бесперебойное функционирование публичной службы. С целью решения этой проблемы Верховным судом был внедрён институт «односторонней административной сделки», который расценивал освобождение лица от службы как проявление односторонней воли учреждения, что исключало временное средство защиты права – применение суспензивного эффекта иска. Указанный подход стал предметом критики как со стороны самой судебной практики, так и грузинской административной науки. Судебная практика последних пяти лет отрицает существование указанного института и формирует другой подход к проблеме.

## II. Содержание правовых отношений как критерий определения природы спора

### 1. Практика административного правосудия Грузии

В практике административного правосудия сразу же стал актуальным вопрос о подсудности<sup>6</sup>, что было обусловлено тем обстоятельством, что любые отношения, в которых участвовал административный орган и формально был налицо индивидуальный административно-правовой акт, считались административно-правовым спором и по подсудности рассматривались в порядке административного судопроизводства. Указанный подход вызывал загруженность административного правосудия. С учётом проблемы встал вопрос о необходимости разделения правовой формы деятельности и содержания правоотношений.

Поскольку спор о подсудности дела решает Палата по административным и делам других категорий Верховного суда, постольку представляет интерес знакомство с установленной ею однородной практикой.

<sup>5</sup> Административное правосудие имеет две важные функции: оно служит защите субъективных публично-правовых прав и осуществляет объективный контроль над деятельностью административных органов, см. Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 2000, с.2-4

<sup>6</sup> Выяснение вопроса о подсудности связано с обеспечением реализации гарантированного Конституцией права; согласно пункту 2 статьи 42 Конституции Грузии, «Каждое лицо должно быть подсудно только тому суду, к юрисдикции которого относится его дело».

Для выяснения сути подхода суда к проблеме приведём два случая:

В первом случае предмет спора – приказ руководителя администрации Тбилисского государственного университета о проведении конкурса с целью подбора вспомогательного персонала и утверждении результатов конкурса<sup>7</sup>.

Во втором случае спор касается законности приказа ректора о назначении на академическую должность на гуманитарном факультете Тбилисского государственного университета<sup>8</sup>.

Для анализа проблемы указанные споры следует рассматривать, заостряя внимание на трёх вопросах. Это:

- правовая природа принимающего решение субъекта;
- правовая форма деятельности;
- содержание отношений, их правовая природа.
- В упомянутых выше обоих спорах суд признаёт, что налицо административный орган в лице ректора и руководителя администрации университета.
- Также бесспорен тот факт, что, с формально-правовой точки зрения, налицо индивидуальный административно-правовой акт, который удовлетворяет элементам легальной дефиниции. Правомочия ректора и руководителя университета издать административно-правовой акт упорядочиваются законом «О высшем образовании».
- Несмотря на то, что формально налицо изданный административным органом индивидуальный административно-правовой акт, суд считает, что, исходя из содержания, он утрачивает природу индивидуального административно-правового акта.

Как указывается в Определении Верховного суда, правовым основанием приказа руководителя администрации университета является Трудовой кодекс Грузии<sup>9</sup>. Таким образом, спор проистекает из трудового законодательства. Что же касается указанных статей закона «О высшем образовании» (как сферы административного законодательства), то, по мнению суда, он не даёт основания считать решение как имеющее административно-правовой характер. Согласно статье 32 Закона, в высшем учебном заведении существуют академические, административные и вспомогательные должности. Этот же Закон устанавливает

<sup>7</sup> См. Определение Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии №бс-864-831 (г-08); «Решения Верховного суда Грузии» по административным и делам других категорий», 2009, №7, с.3-10.

<sup>8</sup> См. Определение Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии №бс-130-129 (г-08); «Решения Верховного суда Грузии по административным и делам других категорий», 2009, №3, с.15-22

<sup>9</sup> Суд указывает на соответствующие статьи, что малоинтересно для целей данного труда и не представляет предмета спора.

лишает единый порядок занятия вакансий, называя необходимой предпосылкой для занятия академической и административной должностей проведение открытого конкурса. Что касается вспомогательного персонала, согласно подпункту «д» пункта первого статьи 24 этого же Закона, порядок его приёма на работу, объем труда, размер оплаты и условия работы устанавливает руководитель администрации. Исходя из указанного, суд заключает, что руководитель администрации осуществляет данные ему правомочия на основании трудового законодательства. С целью подбора квалифицированных кадров руководитель администрации правомочен создать укомплектованную по профессиональному признаку комиссию, цель которой установить соответствие конкурсанта требованиям вакансии. Учитывая заключения конкурсной комиссии, руководитель администрации принимает решение о назначении на вакантную должность победившего в конкурсе кандидата. Кассационный суд также заостряет внимание на том обстоятельстве, что решение конкурсной комиссии как внутриорганизационный акт издается на основании поручения руководителя администрации и представляет собой документ рекомендательного характера, который помогает ему в процессе принятия решения. Принимая во внимание указанное, Кассационный суд считает, что отношения, возникшие между истцом и руководителем администрации Тбилисского государственного университета, являются гражданско-правовыми. В частности, правовой приказ о труде руководителя администрации, изданный на основании законодательства, - это правовой акт, законность которого должна быть проверена в рамках гражданского судопроизводства на основании соответствующих норм гражданского права.<sup>10</sup>

В противоположность сказанному, приказ ректора Тбилисского государственного университета признан как упорядочивающий отношения акт, который имеет публично-правовое содержание. Такой подход обосновывается тем, что закон «О высшем образовании» относительно академического персонала устанавливает обязательство проведения конкурса, который придает этим отношениям публично-правовое содержание. С учётом этого, оспариваемый приказ представляет итоги проведённого в результате административного законодательства конкурса, по которому на соответствующие должности были назначены только победившие в этом конкурсе лица<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> См. Определение Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии №бс-864-831 (г-08); «Решения Верховного суда Грузии по административным и делам других категорий», 2009, №7, с.8-10.

<sup>11</sup> См. Определение Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии №бс-130-129 (г-08); «Решения Верховного суда Грузии по административным и делам других категорий», 2009, №3, с.20-22.

Это мнение суда опирается на принцип разделения правовой формы деятельности и содержания правовых отношений. Правомерность мнения подтверждается также тем фактом, что механизм подбора кадров - открытый конкурс - применяется также в частных структурах. Напр., банки, объявляя конкурс, создают конкурсные комиссии. И таким путём выявляют соответствующие, желательные кадры, однако это не придаёт отношениям административно-правового характера.

Мы не можем принять аргументы спорящей стороны по указанному делу. В соответствии с ними, руководитель администрации университета, который остановил свой выбор на этой форме подбора кадров и установил единые правила подбора кадров, добровольно поставил себя в административно-правовой режим и обязан оставаться до конца в этом режиме, или в случае спора его следует рассматривать как административно-правовой спор. Мы считаем, что правовую природу отношений определяет не выбор участвующего в отношениях субъекта, а законодательство. В сфере публичной службы, а также относительно юридических лиц публичного права законодатель устанавливает те случаи, где необходим подбор кадров в конкурсном порядке, и здесь правомочному на принятие решения субъекту не остаётся дискреции, наоборот, он обязан соблюдать это требование. Именно с таким случаем мы имеем дело относительно административного персонала университета, что, по заключению суда, не имеет места относительно принятого руководителем администрации университета решения<sup>12</sup>.

## 2. Форма или содержание управленческой меры?

Индивидуальный административно-правовой акт должен существовать объективно или требование должно быть обращено к нему, для того чтобы иск о признании акта недействительным или иск об издании акта был допустимым. Утверждение истца не существенно и недостаточно<sup>13</sup>. Согласно легальной дефиниции индивидуального административно-правового акта, важное значение имеет содержание упорядочения<sup>14</sup>, а не правовая форма<sup>15</sup>. Это даже и в том случае, когда правовая форма меры оказывает влияние на её содержание, или когда установленное зако-

<sup>12</sup> Указанный подход суда совпадает с высказанным в грузинской науке административного права мнением, см. Майя Копалеишвили, Нугзар Схиртладзе, Екатерина Кардава, Паата Турава, Учебник административно-процессуального права, 2008, с.307-310.

<sup>13</sup> Kopp-Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 1998, §42 Rdnrn. 20f.

<sup>14</sup> BVerwGE 7, 55; 60, 145, 147; BayVGh, BayVGI. 1987, 693; 1990, 719; OVG Koblenz, NJW 1990, 1194; Ule, VwGO, §42; Stelkens-Bonk-Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, §1 Rdnrn. 13 ff.

<sup>15</sup> Отправленное вне «формы» даже письмо может содержать административно-процессуальную правовую природу, см. Судебная практика Германии BVerwGE 57, 161



нодателем требование на правовую форму включает информацию о её содержании<sup>16</sup>.

### III. Правовая природа договорных споров

#### 1. Практика административного правосудия Грузии

Представляет интерес знакомство с практикой Верховного суда относительно установления правовой природы договора, заключенного между юридическим лицом публичного права Министерством внутренних дел Грузии – Департаментом полицейской охраны – и частными физическими лицами или юридическими лицами частного права. Предмет спора – договор, по которому полицейская охрана берет обязательство охранять вторую сторону договора, членов её семьи или имущество, а ответчик берет обязательство ежемесячно оплачивать оказанную услугу. Исковая сторона – полицейская охрана отмечает, что взятое обязательство было выполнено добросовестно, но со стороны ответчика было нарушено взятое обязательство – оплатить оказанную услугу<sup>17</sup>.

В результате рассмотрения возникшего в Кассационном суде спора о подсудности было вынесено определение, в мотивационной части которого даётся обоснование в связи с целесообразностью отнесения договора, заключенного между юридическим лицом публичного права – Департаментом полицейской охраны, к административному договору. Как отмечает суд, разделение административного и гражданского договоров возможно путём установления цели этого договора. Правовой статус сторон договора не имеет существенного значения. Тот факт, что одна из сторон договора – административный орган, не является исходным для существования административного договора. Решающим для выяснения вопроса о подсудности является то, заключен ли этот договор с целью входящей в непосредственную публичную компетенцию функции или для помощи в осуществлении непосредственной компетенции истца. Суд заключает, что для полицейских охранников охрана как государственных структур, так и частных лиц на основании договора в равной мере представляет публичное правомочие полицейской охраны и её непосредственную прямую функцию, или в этом случае она осуществляет публично-правовое правомочие и именно с этой целью заключен оспариваемый договор<sup>18</sup>.

Не можем согласиться с мнением Кассационного суда о том, что указанный договор может считаться административным договором. Как отмечает суд, правовой статус субъекта не существенен, а важна цель заключения договора. Следует учесть, что указанная функция – охрана государственных объектов или частных лиц, а также их имущества осуществляется также службами частной охраны<sup>19</sup>. Вопрос, представляет ли указанная функция публично-правовую функцию, не существенен для установления правовой природы договора. Предположим, что мы имеем дело с осуществлением публичной функции. Заключение суда о том, что поскольку полицейской охраной осуществляется публично-правовая функция, постольку заключенный при её осуществлении договор есть административный, неправомерно и противоречит укоренённой самим судом практике. По этой логике, все договоры, заключенные университетом, который выполняет публично-правовую функцию, со студентами или служащими (несмотря на их статус – академический, административный или вспомогательный персонал), следует считать административным договором. ТЭЛАСИ осуществляет публичную функцию – обеспечивает население электроэнергией, так же как Тбилгаз, Тбилводканал, Тбилисский автобус. Заключенный ими договор на услугу надо расценивать как административный договор. Учитывая указанное, суд не обосновывает, по какой причине вышеупомянутый договор был признан административным договором.

При ознакомлении с однородной практикой Кассационного суда бросается в глаза неоднородный подход к предмету спора. В качестве образца хотим привести два идентичных по содержанию случая, где суд даёт предмету спора разные оценки.

В первом случае предмет спора представляет договор, заключённый между Министерством финансов и индивидуальным предприятием «Панацея». По распоряжению правительства Грузии, из резервного фонда правительства в качестве кредитного ресурса было выделено 800 000 лари, которые должны были быть потрачены на закупку яблок у населения, проживающего на территории бывшей Юго-Осетинской автономной области. На основе открытого тендера был выявлен победивший индивидуальный предприниматель, с которым был оформлен договор о целевом кредите. Так как, по утверждению истца, указанный индивидуальный предприниматель не выполнял в должной мере взятые по договору обязательства, это стало предметом спора<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht* 2000, с. 72-73.

<sup>17</sup> См. однородную практику: определение Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии №бс-312-304 (г-08) от 5 июня 2008г.; №бс-241-235 (г-08) от 23 июля 2008 г.; №бс-901-867 (г-08) от 13 ноября 2008 г.; № бс-998-962 (г-08) от 13 ноября 2008 г.; «Решения Верховного суда Грузии по административным и делам других категорий» 2009, №3, с. 70-77, 125-132, 132-141.

<sup>18</sup> Аргумент суда идентичен относительно предмета аналогичных споров, перечисленных в примечании 17.

<sup>19</sup> Публично-правовая функция может осуществляться как организационное устройство в публично-правовой и частноправовой форме. Этот вопрос не является предметом нашего рассмотрения, так как он несущественен для установления правовой природы договора.

<sup>20</sup> См. Определение Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии №бс-1461-1395(г-09) от 17 декабря 2009г.; «Решения Верховного суда Грузии по административным и делам других категорий», 2009, №7, с. 162-170.

Во втором споре иск Министерства финансов касается невыполнения ООО «Х» взятого по договору обязательства. Договор об оспариваемом кредите был заключен в рамках средств, выделенных из резервного фонда правительства Грузии для финансирования государственной целевой программы «Мероприятия по финансовой поддержке винных заводов» в размере 45 300 лари<sup>21</sup>.

При решении вопроса о подсудности и в связи со спором между Министерством финансов и индивидуальным предпринимателем «Панацея» Кассационный суд толкует, что для разделения административного и гражданского договоров существенное значение придается не статусу участников договора, а цели договора. Административный договор заключается с целью осуществления публичного правомочия. Цель договора определяется исходя из его содержания. По мнению суда, решающее значение имеет содержание прав и обязанностей, возникшее в результате заключения договора и взятых сторонами договора обязательств. Кассационный суд указывает, что предмет спора представляет собой обязательственные отношения, вытекающие из заключенного между индивидуальным предпринимателем «Панацея» и Министерством финансов договора, согласно которому «Панацея» обязалась взамен соответствующей платы осуществить услугу – закупить у проживающего на территории бывшей Юго-Осетинской автономной области населения урожай яблок на сумму 800 000 лари. Договор об указанном кредите, по оценке суда, не вытекал из цели осуществления публичного правомочия публичного органа, ввиду чего, исходя из недолжного выполнения договора, спор не относится к категории рассматриваемых в порядке административного судопроизводства споров<sup>22</sup>.

В споре Министерства финансов с ООО «Х» Кассационный суд также отмечает, что при решении спора о подсудности существенное значение придается установлению характера самих спорных правоотношений. Суд считает необходимым анализ тех норм, которые дают возможность разделения административного договора и гражданского договора.

Административный орган при заключении административного договора не пользуется характерным для частных лиц правом автономии воли, так как заключение договора обуславливает осуществление им публичного правомочия. Одним из характерных признаков административного договора является

то, что в результате заключения договора соответствующее лицо наделяется публично-правовыми правами и обязанностями, тогда как при заключении гражданского договора стороны являются носителями чисто гражданско-правовых прав и обязанностей. Как указывается в решении, в указанном споре налицо имеем защиту требований договора, заключенного о передаче по соответствующему целевому назначению юридическому лицу частного права средств, предусмотренных законом Грузии «О государственном бюджете Грузии на 2007 год» и выделенных из резервного фонда правительства Грузии. Одну из сторон договора представляет Министерство финансов Грузии, в публично-правовое правомочие которого входит, в соответствии с требованиями Закона о бюджете, распоряжение бюджетными средствами и контроль над целесообразностью их трат. Участвующие в договоре стороны не пользуются характерным для гражданского договора принципом автономности воли, что, по мнению Кассационного суда, даёт основание считать этот договор административным договором<sup>23</sup>.

Анализ двух аналогичных случаев свидетельствует о том, что суд неправильно квалифицировал заключенный между Министерством финансов и индивидуальным предпринимателем «Панацея» договор, по которому произошло распоряжение выделенными из резервного фонда правительства средствами, целью которых была поддержка населения конкретного региона и закупка урожая яблок, что и было претворено Министерством финансов с целью осуществления его публичных правомочий. Цель выделения средств – это оказание помощи в преодолении экономического кризиса в регионе, с учётом специфической проблемы региона. Иначе было бы неоправданным выделение средств из резервного фонда правительства и к тому же только для одного конкретного региона. Несмотря на то, что вторая сторона договора была субъектом частного права, договор по своему содержанию удовлетворял характерный для административного договора признак – обеспечение осуществления публичной функции правительства.

## 2. Разделение административного и гражданского договоров

При выяснении вопроса о подсудности для определения административно-правовой природы спора должно быть подтверждено, что заключенный управляющим органом договор есть административный, а не частноправовой договор. Важное значение имеют объективная оценка (представления сторон сделки

<sup>21</sup> См. Определение Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии №6с-202-196 (г-09), 2009 г.; «Решения Верховного суда Грузии по административным и делам других категорий», 2009, №8, с.60-70.

<sup>22</sup> См. Определение Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии №6с-1461-1395(г-09) от 17 декабря 2009 г.; «Решения Верховного суда Грузии по административным и делам других категорий», 2009, №7, с.167-169.

<sup>23</sup> См. Определение Палаты по административным и делам других категорий Верховного суда Грузии №6с-202-196(г-09) от 28 мая 2009 г.; «Решения Верховного суда Грузии по административным и делам других категорий», 2009, №8, с.68-70.

не имеют значения), содержание упорядочения и, что главное, предмет упорядочения, или упорядоченные договором права и обязанности (т.н. «теория предмета упорядочения»)<sup>24</sup>.

Не представляет проблемы случай, когда в основе договора лежат особенные публично-правовые нормы, которые направлены самое меньшее на одну из сторон как субъекта – носителя публичного права. Если нет такого специального упорядочения, то следует обратить внимание на то обстоятельство, не заключен ли договор вместо издания нормативного акта<sup>25</sup>.

Указанная теория непригодна в том случае, когда административный орган имеет свободу выбора правовых форм деятельности. В этом случае мы можем, как исключение, исходить из воли сторон договора<sup>26</sup>.

Разделение административного и частноправового договоров становится проблемным, когда отношения характеризуются как публично-правовыми, так и частноправовыми элементами (договор смешанного характера). Старая судебная практика Германии заостряла внимание на точке тяжести упорядочения и если устанавливала, что в договоре существенной была публично-правовая часть, считала весь договор публично-правовым. Если подобное разделение было невозможно, суд делил договор на две части и рассматривал каждую из них в порядке подсудности правомочными судами. Указанная практика попала под огонь критики, что и вызвало её изменение. Согласно современной практике, с учётом правовой природы основной части спора, его административная часть поглощает гражданскую или наоборот, и спор в единстве рассматривает один соответствующий суд<sup>27</sup>.

В рассмотренных нами выше случаях для выяснения правовой природы договора следует обратить внимание на принадлежность упорядоченных договором отношений, или на отношение предмета договора к отрасли права<sup>28</sup>. Поскольку заключенным Министерством финансов договором упорядочивается целевое распоряжение средств из резервного фонда правительства, объект упорядочения относится к публичному праву, соответственно этот договор - административный.

Объект упорядочения договора, заключенного Департаментом полицейской охраны с частными лицами – оказание услуги частным лицам взамен соответствующей оплаты. Объект упорядочения имеет частноправовую природу и поэтому этот договор – частноправовой.

#### IV. Заключение

С целью выбора процессуально-правовых средств защиты права для оценки правовых форм деятельности административного органа следует обратить внимание на содержание правовых отношений, правовую природу упорядочивающих их норм. Недопустимо искусственное деление формы деятельности и содержания отношений. Именно содержание отношений определяет правовую форму деятельности административного органа. Осуществление публичного правомочия административным органом не является существенным критерием для определения правовой природы правовой формы деятельности, так как в пределах осуществления публичного правомочия административный орган может применять как публично-правовые, так и частноправовые формы деятельности.

Важна роль суда в решении указанной проблемы. Суд должен выработать однородный подход, что облегчит административным органам в осуществлении собственного правомочия формирование однородной административной практики и оказание помощи гражданам в выборе правильных средств защиты права.

Анализ судебной практики Грузии показывает, что суд не до конца справляется с этой проблемой, хотя, если учесть, что административному правосудию всего 10 лет, то следует положительно оценить эту тенденцию развития.

<sup>24</sup> См. Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2005, с. 348.

<sup>25</sup> См. Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht 2000, с. 37.

<sup>26</sup> См. Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht 2005, с. 348.

<sup>27</sup> См. Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht 2000, с. 37.

<sup>28</sup> См. т.н. «теорию предмета упорядочения» в примечании 24, а также Maurer, Allg. VwR 14 Rn. 10f.

# Принципы административного судопроизводства Республики Армения: принцип *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела

Арам Орбелян<sup>1</sup>

## Краткий обзор

Административное судопроизводство в существующем на данный момент виде является относительно новым явлением для армянской правовой практики. Как и для любого явления, так и для административного права его принципы дают общее представление о его характере. Хорошее понимание принципов дает возможность более глубоко и точно понять суть явления, а в нашем случае – более точно толковать нормы об административном судопроизводстве, понимать его институты.

Статья состоит из двух частей. В его первой части автор делает попытку определить основные принципы административного судопроизводства, их круг. Анализ законодательства указывает на то, что эти принципы не ограничиваются двумя позициями, описанными в соответствующей части Административно-процессуального кодекса Армении, а также включают в себя ряд принципов, вытекающих из основных гарантий Конституции РА, Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и ряда других источников, и являются общими для любого типа судопроизводства в правовом государстве. С другой стороны, принципы, указанные в Административно-процессуальном Кодексе, являются именно теми особенными принципами, которые характеризуют административный процесс и определяют его особенности.

Во второй части статьи автор анализирует принцип *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела судом. В статье раскрывается философско-теоретическое обоснование этого принципа, его содержание, сфера его действия и границы его применения. При этом автор раскрывает значение и содержание принципа, принимая во внимание разновидности процессов и исков, а также процесс доказывания в целом.

## I. Вступление

В рамках проходящей в Республике Армения реформы по усилению судебной власти, значительно изменению подверглась вся система судов. Основные изменения начались с принятия поправок к

Конституции Армении (вступили в силу 13.10.2005), которые кардинальным образом изменили полномочия и функции Конституционного и Кассационного Судов Республики Армения, и, как следствие, всей судебной системы. В процессе принятия изменений в Конституцию был принят ряд новых законов и были внесены значительные поправки в некоторые существующие. В частности, 1 июня 2006 г. Национальное Собрание Армении одобрило новый закон о Конституционном Суде (вступил в силу 01.07.2006); 21 февраля 2007 г. был принят Судебный Кодекс РА (вступил в силу 18.05.2007); 28 ноября 2007 г. - Административно-процессуальный кодекс<sup>2</sup> (действует с 01.01.2008). Также были внесены значительные изменения в Гражданско-процессуальный и Уголовно-процессуальный кодексы. В рамках реформы был упразднён Экономический суд и учреждён Административный суд, который был призван осуществить специализированный судебный контроль над деятельностью администрации.

Анализ указанных изменений даёт основание утверждать, что законодатель, исходя из особенностей национальной правовой системы и существующих реалий, в части контроля над администрацией предпочёл континентальную систему (контроль над деятельностью администрации производится специализированными судами (Германия) или трибуналами (Франция), с применением специальных процессуальных норм) англо-саксонской системе (контроль осуществляется судами общей юрисдикции в рамках «гражданского процесса»)<sup>3</sup>.

Указанное изменение предполагает не только изменение в судостроительстве – физическое отделение специализированных судов от судов общей юрисдикции, но также и разработку специальных процессуальных норм и новых принципов судопроизводства.

В данной статье автор даёт общее описание и определение принципов административного судопроизводства, специально анализируя новеллу законодательства в этой сфере – институт *ex officio* выяснения обстоятельств дела в рамках административного процесса<sup>4</sup>.

## II. Принципы административного судопроизводства.

Принципам административного судопроизводства посвящена Глава 2 (ст. 5-7) Административно-про-

<sup>1</sup> Арам Орбелян является партнёром юридической фирмы «Концерн-Диалог» ЗАО, преподаватель Российско-Армянского (Славянского) Университета, заместитель министра юстиции Армении, кандидат юридических наук.

<sup>2</sup> Текст закона и кодексов на армянском языке доступны в сетевой электронной правовой базе Арлис <http://www.arlis.am/>

<sup>3</sup> О разных концепциях и системах административного права см. например: Галлиган Д., Полянский В.В., Стариков Ю.Н. Административное право: история развития и основные современные концепции. – М.: Юрист, 2002.

<sup>4</sup> Принцип *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела является также основным принципом конституционного судопроизводства (ст. 5 и ст. 19 закона РА о Конституционном суде)

цессуального кодекса (далее по тексту АПК). Статья 5 закрепила принцип правового равенства сторон, статья 6 - принципа *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела, а статья 7 посвящена языку судопроизводства.

Однако, нельзя считать, что принципы административного судопроизводства ограничиваются указанными во второй главе двумя принципами.

По сути, к административному судопроизводству должны применяться общие принципы судостроительства, деятельности и организации суда, закреплённые в Судебном кодексе, принципы, выводимые из толкования норм конституции (в частности ст. 1, 18, 19 и др.) и некоторых международных договоров (в частности Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод – далее по тексту ЕКПЧ). Ряд принципов содержится также в других разделах АПК.

### 1. Конституция и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод

В соответствии со ст. 1 Конституции Республика Армения является правовым государством. В ст. 18 Конституции закреплено право каждого на эффективное средство правовой защиты, а в ст. 19 – право на справедливое и эффективное судебное разбирательство. Аналогичные по содержанию права закреплены в ст. 6 ЕКПЧ. Судебная практика и доктрина<sup>5</sup> дали подробное толкование данным положениям Конституции и ЕКПЧ. В частности, из их анализа можно выделить такие принципы судопроизводства (применимые, в том числе, и к административному процессу), как принцип законности, принцип равенства всех перед законом, принцип публичности судопроизводства, принцип свободы обращения в суд, принцип эффективности судопроизводства, принцип независимости суда и ряд других.

Принимая во внимание прямое действие Конституции и его верховенство, по сути, вся судебная система, включая административные суды, связана нормами конституции, и соответственно все конституционные принципы должны применяться, независимо от характера судопроизводства.

### 2. Судебный Кодекс Республики Армения

Глава 2 Судебного кодекса содержит принципы деятельности судебной власти, и некоторые из них, по сути, регулируют также деятельность суда в рамках административного судопроизводства. Кроме этого, в соответствии со ст. 2 АПК, административное су-

допроизводство проходит в соответствии с АПК и Судебным кодексом Республики Армения. А в случаях, предусмотренных в АПК, судопроизводство проходит и в соответствии с гражданско-процессуальным кодексом в той мере, в какой его нормы по своей сущности применимы (*“mutatis mutandis”*) к административному судопроизводству. Таким образом, те из указанных принципов, которые могут применяться к административному судопроизводству, за исключением случаев, когда Кодекс допускает и АПК регулирует вопрос иначе<sup>6</sup>, должны также считаться принципами административного судопроизводства.

В качестве таких принципов в соответствии с Судебным кодексом можно назвать

- Принцип осуществления правосудия в соответствии с **законом** (ст. 8),
- Принцип независимости судей и самостоятельности суда (ст. 11),
- Принцип **равенства** всех перед законом и перед судом (ст. 15),
- Принцип **эффективного** свершения правосудия (ст. 16),
- Принцип **публичности** судопроизводства (ст. 20),
- Дополнительное решение суда<sup>7</sup> (ст. 21).

### 3. Другие разделы АПК.

Анализ текста АПК показывает, что его другие части также содержат принципы, характеризующие административное судопроизводство. Таковыми, в частности, являются:

- особенности распределения бремени доказывания (ст. 26) – администрация (орган, должностное лицо) несёт основное бремя доказывания наличие законных основания своих действий, бездействий, принятого акта;
- обязанность предоставления всех доказательств (ст. 25): администрация обязана предоставить также доказательства, обосновывающие требования противной стороны, и ряд других.

Подробный и тщательный анализ этих норм / принципов показывает, что принципы, указанные в других частях АПК, в основном развивают основные принципы, приведённые выше (ст. 6 и 7 АПК). Эти нормы в данной

<sup>5</sup> См. Например. Հայաստանի Հանրապետության Սահմանադրության մեկնարկություններ / ընկանուր խմբագրությունը Գ Հարությունյանի, Ա. Վաղարշյանի. – Եր.: «Գրավոն», 2010. (на армянском); Гомьен ., Харрис Д., Зваак Л., Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. – М.: Изд-во МНИМП, 1998. и др.

<sup>6</sup> В частности, ст. 17 Судебного кодекса предусматривает, что судопроизводство в судах состязательное, за исключением случаев, предусмотренных законом, а АПК в качестве основного принципа указывает *ex officio* выяснение обстоятельств дела. Соответственно, так как законом (АПК) предусмотрен специальный принцип, принцип состязательности не применяется к административному процессу.

<sup>7</sup> В соответствии с этим принципом суд, при наличии оснований, обязан наряду с решением по основному делу (по уголовным и административным делам) принять дополнительное решение, с помощью которого он обращает внимание администрации на допущенные существенные нарушения на досудебных стадиях.

статье рассматриваются в рамках изучения элементов принципа *ex officio* выявления фактических обстоятельств дела.

Большинство приведённых общих принципов (принцип законности, равенства перед судом, эффективность судопроизводства и др.) по своему содержанию и действию являются общими для всех видов судопроизводства (гражданского, уголовного, административного и конституционного), и в рамках административного процесса не получают принципиально иного содержания. Поэтому, в данной статье автор ограничивается лишь их указанием, и не приводит более подробного анализа каждого из них. Их содержание раскрыто авторами множества исследований по гражданскому и конституционному процессу. В данной статье мы остановимся на новелле законодательства и постараемся подробно раскрыть содержание принципа *ex officio выяснения фактических обстоятельств дела*.

### III. Принцип *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела

Данный принцип закреплён в ст. 6 АПК<sup>8</sup>. Как уже указывалось выше, этот принцип является новеллой законодательства, и, по сути, ранее не существовал ни в одном из видов судопроизводства, применявшегося в Армении<sup>9</sup>, и соответственно он почти не исследован в отечественной науке. В настоящее время судебная система обратилась к этому принципу, и в частности Кассационный Суд РА уже в ряде своих решений применил изучаемый принцип и соответственно дал ему толкование.

В статье мы раскроем содержание указанного принципа, исходя из общих принципов толкования, научных концепций и правоприменительной (судебной) практики Кассационного Суда Армении. Основной акцент автор ставит на сравнительное изучение принципа *ex officio выяснения фактических обстоятельств дела* с некоторыми смежными институтами, в том числе с разновидностями исков (исковых заявлений), с

бременем доказывания, с обязанностью всеобщего и объективного изучения дела. В дополнение вышесказанному, автор рассматривает изучаемый вопрос в сравнительно-правовом контексте (в сравнении с немецким законодательством).

#### 1. Философско-теоретическое обоснование принципа *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела.

В исторической перспективе<sup>10</sup> и в теории права можно выделить две основные формы судопроизводства (с множеством подвидов), определённые разновидности которых применяются в современном обществе<sup>11</sup>: **состязательный** и **инквизиционный**.

Суть состязательного процесса заключается в том, что суд в нем имеет достаточно статичную роль, и по сути роль суда сводится к соблюдению процессуальных норм (регламентирующих деятельность сторон), и пассивной оценке доводов и доказательств, приведённых сторонами. Принцип состязательности достаточно долго считался гарантией защиты прав человека, так как основной смысл его заключался в отделении исполнительной и судебной власти. В силу принципа состязательности суд, как носитель судебной власти, перестал выступать совместно с обвинением – т.е. одной из сторон, тем самым укрепляя процессуальные гарантии сторон в споре.

Инквизиционный процесс, наоборот, предполагает более активную роль суда. Суд в таком процессе расследует дело, выясняет позиции сторон, если какие-то вопросы остаются неясными, при необходимости сам ищет дополнительные доказательства. Таким образом, суд выступает в активной роли, и старается определить все фактические обстоятельства дела, не ограничиваясь доказательствами, предоставленными сторонами. Выяснение истины является главной и высшей целью инквизиционного процесса.

По сути, современное административное судопроизводство в Армении, с закреплённым в законодательстве принципом *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела, является разновидностью инквизиционного процесса, где судья осуществляет достаточно активную роль.

Необходимо обратить внимание, что для государств континентальной системы права деление процесса

<sup>8</sup> 1. Фактические обстоятельство дела суд определяет по должности («*ex officio*»)

<sup>2</sup> Суд указывает те факты, которые, по его мнению, имеют существенное значение для решения спора, и в случае необходимости требует от сторон предоставить доказательства.

<sup>3</sup> Для формирования внутренней убеждённости, необходимой для решения дела, суд, не ограничиваясь ходатайствами сторон судопроизводства, доказательствами, представленными ими и другими материалами, имеющимися в деле, имеет право предпринять разумные меры, в частности востребовать материалы административной процедуры, информацию, доказательства, дополнительные разъяснения, приказать сторонам присутствовать на судебном заседании» (перевод с армянского языка автора – А.О.).

<sup>9</sup> Принцип был введён в законодательство для конституционного и административного судопроизводства почти одновременно.

<sup>10</sup> См. например: Графский В. Г. Всеобщая история права и государства: Учебник для вузов. — М.: НОРМА, 2003., Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Авт. кол. : Н. В. Варламова, В. В. Лазарев, В. В. Лапаева и др. ; Под общ. ред В. С. Нерсесянца. -М. :Норма, 2008., В. С. Нерсесянц. Философия права. Учебник для вузов. М.: Инфра-М-Норма, 1997 и др.

<sup>11</sup> Истории известны также такие разновидности процесса как «Божий суд» (применялся достаточно интенсивно в Древние Века и в Средневековье), принятие решения по жребию (применялись в греческих Полисах, также содержится в некоторых средневековых памятниках права) и др.

на разные формы осуществляется исключительно на основе особенностей уточнения **фактических обстоятельств дела**. По действующему ещё в Римском праве, и действующему по сей день общему принципу "*Jura novit curia*" (перевод с латыни «суд знает законы / право») стороны в споре не доказывают существование и действие какого-либо права или закона (за исключением иностранного права и обычаев, которые применяются в ограниченных случаях и крайне редко).

Философско-теоретический смысл применения инквизиционного процесса (*ex officio* выяснения фактических обстоятельств) заключается в том, что стороны административного процесса **в целом не являются фактически полностью равноправными**<sup>12</sup>, а закреплённый в ст. 5 АПК принцип равноправия сторон<sup>13</sup> распространяется исключительно на процесс судопроизводства. В дополнение к приведенному основанию, важно заметить еще, что решение Административного суда имеет значение не только для отдельного лица, но, как правило, и для государства / общества в целом, так как администрация в таком случае выступает именно как представитель государства / общества. Соответственно очень важно, чтобы суд смог сбалансировать *относительную незащищённость* лиц. Одновременно необходимо, чтобы суд имел возможность компенсировать имеющую иногда место в различных административных органах недостаточную квалификацию по процессуальным вопросам<sup>14</sup> (так как администрация, как правило, не имеет возможности нанимать внешних юристов и консультантов), другие возможные ошибки, недочёты администрации и тем более возможность коррупционных рисков. При этом, в соответствии с действующей системой стороны продолжают играть активную роль, и их право выступать в суде, давать объяснения, представлять доказательства по своему усмотрению и т.д. не только никак не ограничивается, но и специально гарантируется как ст. 5 АПК, так и Конституцией и ЕКПЧ.

2. Содержание принципа *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела. Бремя доказывания и принцип *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела.

Для правильного применения любой нормы (и принципа), необходимо точно определить и правильно тол-

ковать её содержание. В соответствии с правилами толкования, правовой акт должен толковаться в буквальном значении слов и выражений, содержащихся в нем, учитывая требования закона<sup>15</sup>. Также правовой акт должен толковаться исходя из принципов и целей данного акта и принимая во внимание другие уточняющие данную норму положения. А в соответствии со ст. 15 части 4 Судебного кодекса РА обоснования (соответственно и толкование норм закона), данные Кассационным судом по делам с аналогичными фактическими обстоятельствами, обязательны для судов.

Кассационный суд в ряде своих дел указал, что положения ст. 6 АПК, необходимо толковать и применять во взаимосвязи со статьями 22 и 24 АПК<sup>16</sup>.

С одной стороны, ст. 6 (часть 3) предусматривает **право (правомочие) Суда**, «не ограничиваясь ходатайствами сторон административного судопроизводства, доказательствами, представленными ими и материалами дела, предпринять разумные действия...».

С другой стороны ст. 22 (часть 1) АПК предусматривает, что «суд, через исследование и оценивание доказательств, собранных в порядке, предусмотренном данным кодексом, выясняет **все факты, имеющие существенное значение для решения дела**». В свою очередь ст. 24 (часть 1) АПК предусматривает, что «суд, непосредственно исследовав все доказательства, существующие в деле, решает вопрос о том, подтверждён ли факт, через своё **внутреннее убеждение, основанное на всестороннем, полном и объективном исследовании**». Более того, «суд в своём решении должен обосновать формирование такого убеждения» (ст. 24, часть 2 АПК).

Таким образом, последние два требования АПК, также общие принципы правового государства дают Кассационному суду основание утверждать, что **возможность** требовать представление дополнительных доказательств и другие действия, предусмотренные в части 3 ст. 6 АПК являются **не только правом, но и обязанностью** суда.

Указанные нормы (и их понимание и толкование кассационным судом) особенно интересны, если учесть особенности предоставления доказательств и распределение бремени доказывания по АПК.

В соответствии со ст. 25 АПК стороны обязаны представить в суд все доказательства, которые имеются у них и которыми они подтверждают свою позицию. Администрация, более того, должна предоставить также доказательства, которые подтверждают позицию другой стороны.

В соответствии со ст. 26 (часть 3) «Государственный

<sup>12</sup> См. например ст. 3 Закона РА об основах администрирования и об административной процедуре.

<sup>13</sup> Административный суд обязан обеспечить, чтобы стороны имели равные возможности на всем протяжении рассмотрения дела, в том числе он обязан предоставить полноценную возможность каждой из сторон выразить свою позицию относительно дела.

<sup>14</sup> В западноевропейских государствах в США по сути досих пор действует деление на юристов-консультантов (специалистов в определённых сферах права) и юристов-адвокатов (pleader) (лиц, специализирующихся в процессуальных нормах, и почти исключительно выступающих в суде.)

<sup>15</sup> См. например ст. 86 Закона РА о правовых актах.

<sup>16</sup> Основные дела, на которые часто ссылается Кассационный суд в своих последующих решениях, это: Решения по административным делам номер ВД3/0207/05/08 (2008 г.), номер ВД/5525/05/08 (2009), номер ВД3/0390/05/08 (2009) и др.

орган или орган местного самоуправления (должностное лицо), который принял оспариваемый акт или совершил оспариваемое действие или не совершил какое-либо действие, которое он, по мнению истца, должен был совершить, **несёт бремя доказывания фактических обстоятельств, обосновывающих решение, действие или бездействие».**

Соответственно, в тех случаях, когда при **состязательном** процессе низкая активность или бездействие или низкая процессуальная квалификация администрации означали бы решение суда в пользу истца<sup>17</sup>, рассмотрев дело в соответствии с принципом *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела, суд **обязан** будет потребовать от сторон предоставить (конкретные) доказательства, что в конечном итоге может существенно повлиять на его окончательное решение.

Одновременно, применение указанного принципа также облегчает бремя истца. Так, для защиты своих прав по широкому кругу дел (в частности, это дела по искам против дорожной полиции – когда в суде необходимо доказать наличие или отсутствие конкретного факта нарушения), лицо не обязано всегда нанимать адвоката, и может осуществить защиту своих прав лично<sup>18</sup>. В то же время, необходимо все же указать, что наличие соответствующих специалистов (адвокатов, консультантов) в рамках административного судопроизводства (особенно по сложным спорам, например из таможенного, налогового, трудового права) увеличит возможности лица защитить свои права в судебном порядке.

Из сказанного вытекает, что при выступлении в административном суде (в качестве представителя, или для защиты собственных прав), для наилучшей защиты собственных прав необходимо полное

раскрытие существующей у стороны информации. Также необходимо по возможности определить все существенные обстоятельства и попросить суд потребовать от административного органа представить соответствующие доказательства, в противном случае по кассационной жалобе самого административного органа или другого заинтересованного органа дело может быть направлено на новое рассмотрение в Административный суд.

### 3. Сфера действия и границы применения принципа *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела.

Даже в рамках инквизиционного процесса роль и возможности суда ограничены, что продиктовано в современном обществе необходимостью соблюдения прав человека, а также принципом правовой определённости и предсказуемости. В этой части проанализируем ряд проблем, связанных с разновидностями процессов, видов исков и процесса доказывания, и предложим решения, в том числе и с учётом зарубежного опыта.

#### *а. Разновидности процессов и ex officio выяснение фактических обстоятельств дела.*

АПК предусматривает некоторые разновидности судопроизводства, а именно:

- Исковое судопроизводство (как общее / основное судопроизводство, так и специальные процессы, которые также возбуждаются на основе искового заявления и проводятся устно),
- Письменное судопроизводство (судопроизводство по делам о правомерности нормативно-правовых актов),
- Производство по делам о вынесении приказа о взыскании.

В ст. 6 АПК отсутствует ограничение сферы применения принципа относительно различных форм процессов (например, только по отношению к устному процессу). С другой стороны, если применение изучаемого принципа в рамках устного и письменного разбирательств не создаёт каких-либо значимых проблем, его применение при производстве по делам о вынесении приказа о взыскании может создать определённые сложности.

Производство по делам о вынесении приказа о взыскании регулируется главой 27 АПК. В соответствии со ст. 154 фактическим основанием о возбуждении такого процесса является **наличие административного акта**, в соответствии с которым лицо обязано осуществить оплату, но не осуществило ее. В соответствии со ст. 155 АПК процессуальным основанием такого дела является исковое заявление административного органа, которому прикрепляется администра-

<sup>17</sup> Например, Кассационный суд РА, принимая решение по административному делу № ВД/5525/05/08 (2009 г.) по иску Арабкирской налоговой инспекции Комитета по государственным доходам при Правительстве РА (Инспекция) против «Джордж энд Брэндон» ООО, посчитал несоблюдение ст. 6 АПК достаточным основанием для удовлетворения жалобы заместителя генерального прокурора и вернуть дело на новое рассмотрение.

В соответствии с обстоятельствами дела, административный суд (суд первой инстанции) отклоняя требование Инспекции по части пени относительно подоходного налога и обязательных социальных отчислений указал, что письменными доказательствами, существующими в деле не доказано, ... что пени рассчитаны в соответствии с требованиями законодательства (1 абзац, ст 23 Закона о налогах). Административный суд, без того, чтобы потребовать предоставление соответствующих доказательств, посчитал указанное обстоятельство недоказанным. Кассационный суд РА, основываясь на положениях ст 6, а также 24 АПК, указал, что суд должен был потребовать указанные доказательства и соответственно кассационная жалоба подлежит удовлетворению, и дело было направлено на новое рассмотрение.

<sup>18</sup> Единственным значимым моментом, где пока крайне важно наличие квалифицированной помощи, остаётся выбор вида иска. Об этом см. ниже.



тивный акт, и специально указывается требование о вынесении приказа о взыскании. По сути, суд в данном случае не имеет возможность расследовать дело (не происходит разбирательства), и суд может только проверить соблюдение формальных вопросов (оформление искового заявления в соответствии со всеми требованиями АПК), но никак не содержание акта и своего решения. Более того, сложившаяся практика в РА однозначно указывает, что суды выносят приказ о взыскании без изучения конкретных обстоятельств дела.

Так как в ст. 6 АПК сфера применения изучаемого принципа никак не ограничена только устными формами производства, то, по сути, возможность и практика вынесения таких приказов (гл. 27 АПК) противоречит принципу *ex officio*. В противном случае, суд обязан был бы при производстве по делам о вынесении приказа о взыскании, также расследовать содержание административного акта, и при необходимости потребовать предоставления доказательств обоснованности акта. Однако, такое толкование процесса вынесения приказа о взыскании противоречило бы определению **административного акта**, как это дано в ст. 53 Закона РА о принципах администрировании и об административном процессе. В соответствии с указанной статьей «*административный акт - это решение, распоряжение, приказ или любой иной индивидуальный правовой акт, имеющие внешнее воздействие и принятые административным органом в публично-правовой сфере с целью улаживания конкретного дела и направленные на установление, изменение, упразднение или признание прав или обязанностей лиц*». Таким образом, административный акт **предполагает реальное изменение в статусе (правах и обязанностях) лица**. С другой стороны, если учесть, что в итоге реальные финансовые обязанности по административным актам могут наступить только по решению суда (приказу суда), то получается, что административный акт служил только основанием для принятия судом решения, но никак не основанием изменения статуса лица. Данное несоответствие усиливается при рассмотрении решения Кассационного суда по административному делу ВДЗ/0627/03/09. Кассационный суд в указанном деле установил, что понятие «*встречный иск*» по смыслу ст. 159 имеет автономное значение и он должен рассматриваться вне общего процесса подачи исков (включая сроки обжалования), что в конечном итоге искажает значение и смысл административного акта как акта, имеющего внешнее проявление.

С учётом вышесказанного можно резюмировать, что специальная форма производства по делам о вынесении приказа о взыскании в подавляющем большинстве случаев не может осуществляться административными судами эффективно, чтобы при этом не

нарушать принципа *ex officio* выяснения фактических обстоятельств дела. Более того, данная форма судопроизводства также искажает смысл административного акта.

*Автор статьи, таким образом, полагает, что указанную форму судопроизводства необходимо упразднить, как противоречащую основным принципам административного судопроизводства и искажающую основные понятия административного права, в том числе понятия административного акта. Как следствие, административный акт, который не был обжалован, должен иметь возможность быть принудительно исполнен, без того, чтобы прибегнуть к дополнительным судебным процедурам.*

*b. Разновидности исков и ex officio выяснение фактических обстоятельств дела.*

Другой особенностью административного права, по сравнению с гражданским правом, является более формализованный подход к судопроизводству. АПК более детально указывает на стадии процесса, на роль лиц в каждом из них (например, более детально описан сам процесс судебного следствия) и т.д. Одним из элементов «формализации» является наличие специальных видов исков, с помощью которых лица имеют право обращаться в административный суд<sup>19</sup>. Виды исков, как основание возбуждения судопроизводства, изложены в главе 11 (ст. 65-68) АПК. Таковыми являются:

- Иск об оспаривании,
- Иск об обязывании,
- Иск о совершении действия,
- Иск о признании.

При этом, неправильный выбор вида иска (например, предъявление иска о признании акта ничтожным вместо предъявления иска об оспаривании) может служить основанием отклонения требования. Например, административный суд *частично отклонил* иск по делу 4870/05/09 по иску Радеша Кумара против Управления по паспортам и визам полиции РА в части признания акта ничтожным (иск о признании), так

<sup>19</sup> Кроме указанных в данном разделе видов исков АПК предусматривает ещё несколько других разновидностей процессов / оснований процесса, в том числе и предъявляемое административным органом заявление о внесении приказа о взыскании, исковое заявление о признании нормативного акта не соответствующим вышестоящим актам / законам, заявления по избирательным вопросам и т.д. Несмотря на это, автор статьи акцентирует внимание на приведённых видах исков, так как они, будучи основанием для общего процесса, составляют основание большинства дел.

В данном деле представителем истца выступали коллеги автора из адвокатской компании «Нонцерн-Диалог». При подготовке дела достаточно долго обсуждался вопрос о конкретном виде иска, и в итоге, не решив однозначно вопрос, было принято решение предъявить иски по двум видам требований – иск об оспаривании и иск о признании. Указанный пример показывает, как даже квалифицированным юристам иногда сложно однозначно определить правильный вид иска.

как лицо могло воспользоваться правом оспаривания (иск об оспаривании) по тому же вопросу и соответственно не имело право воспользоваться **иском о признании** акта ничтожным. В рамках указанного дела<sup>20</sup> было предъявлено также требование об оспаривании и только благодаря этому исковое заявление не было отклонено полностью и Радеш Нумар таким образом получил возможность эффективно осуществить своё право.

Свою позицию по этому вопросу Кассационный суд выразил в своём решении по административному делу ВД/2514/05/09 (2010 г.). Кассационный Суд проанализировал статьи 64 («*В административном суде дело возбуждается на основании иска*»), 65 (иск об оспаривании), 68 (иск о признании), пункт 4 первой части ст. 113 (При вынесении судебного акта, решающего дело по существу, административный суд решает «*вопрос об удовлетворении иска полностью или в части, либо об отказе в иске*»), пункт 4 первой части ст. 114 (Административный суд выносит решающий дело по существу судебный акт «*о наличии или отсутствии правоотношений либо ничтожности административного акта полностью или частично*») и установил следующее: «*В административном суде дело возбуждается, расследуется и решается исключительно на основании иска и только в рамках иска. Поскольку АПК однозначно разграничивает два вида исков – иск об оспаривании и иск о признании [ничтожности], и соответственно административный суд имеет право полностью или частично удовлетворить или отклонить иск, но не имеет права по своему усмотрению изменить основание (вид) иска*».

Таким образом, согласно толкованию Кассационного суда РА, суд **не имеет права** менять основание иска, и если вид иска был выбран «неправильно», то суд имеет возможность только отклонить данный иск. В общем, соглашаясь с позицией суда, в том числе и по той причине, что защита своих прав, является именно правом лица, и лицо может потребовать рассмотреть дело именно в рамках его иска с целью получения конкретного правового результата (правовые последствия ничтожности и оспаривания административного акта могут значительно различаться) и не допустить изменения вида иска судом. Но, с другой стороны в большинстве случаев, лицо заинтересовано не в **правовом результате**, а в конкретном **фактическом результате** (например, вывод конкретного

акта из правового оборота и т.д.), и в этих случаях для стороны не будет иметь большое значение правовое основания такого результата.

В этом контексте достаточно интересен зарубежный (в частности немецкий) подход к проблеме. В соответствии со ст. 86 (части 3) Немецкого административного процессуального кодекса и его толкованием, данным правоприменительной практикой, суд **должен указать** истцу на возможные проблемы в форме выбранного им иска и предложить поменять указанный вид иска на иной. Но и здесь суд не имеет право менять вид иска самостоятельно, если сторона решает не менять вид иска<sup>21</sup>.

Таким образом, для более полного применения принципа *ex officio* необходимо, чтобы у суда была возможность и даже обязанность указывать сторонам на формальные проблемы выбора вида искового заявления. Таким образом, лицу будет предоставлена возможность исправить указанные формальные проблемы, в том числе поменять вид иска. В то же время, если сторона решает не исправлять указанные возможные ошибки, в частности решает не менять вид иска, то суд будет обязан решать спор в рамках существующего искового заявления и на его основании.

с. Доказательства и *ex officio* выяснение фактических обстоятельств дела.

Ещё одним существенным вопросом, связанным с принципом *ex officio* выяснения обстоятельств дела в рамках административного процесса является процесс доказывания в целом и применение определённых доказательств конкретно. Выше в этой статье уже указывалось, что суд имеет право и, по сути, обязан не ограничиваться доказательствами, предоставленными сторонами.

Суд имеет право потребовать от сторон представить дополнительные доказательства, разъяснения, может назначить экспертизу и предпринять все иные разумные шаги, чтобы получить достаточно доказательств для формирования своего внутреннего убеждения.

Процесс собирания доказательств в соответствии с АПК и практики его применения<sup>22</sup> указывают, что во время рассмотрения дела, суд для начала устанавливает те факты, которые будут иметь существенное значение для решения дела. Далее, он предлагает сторонам предоставить доказательства (при этом стороны свободны самостоятельно представлять доказательства, выражать свою позицию по предмету иска и т.д.). Если суд полагает, что конкретное обстоятельство

<sup>20</sup> В данном деле представителем истца выступали коллеги автора из адвокатской компании «Концерн-Диалог». При подготовке дела достаточно долго обсуждался вопрос о конкретном виде иска, и в итоге, не решив однозначно вопрос, было принято решение предъявить иски по двум видам требований – иск об оспаривании и иск о признании. Указанный пример показывает, как даже квалифицированным юристам иногда сложно однозначно определить правильный вид иска.

<sup>21</sup> См. например: Schenke Wolf-Ruediger. *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar* (13., neubearbeitete Auflage), München. 2003., с. 993-1021.

<sup>22</sup> См. например: Решение Кассационного суда по административным делам ВД/0051/05/10 (2010г.), ВД3/0390/05/08 (2009 г.) и др.

во может быть доказано только конкретным доказательством, то он может потребовать от соответствующей стороны представить нужное доказательство. Например, суд может решить, что фактом наличия решения о проведении налоговой проверки может служить только само это решение или его копия, и соответственно этот факт не может быть доказан другими доказательствами, например показаниями свидетелей. В любом случае решения суда о допустимости и применимости доказательств должно быть мотивированным.

В этом свете интересны следующие решения Кассационного суда РА: Решения по административным делам ВД/0283/05/09 (2009 г.) и ВД/5664/05/08 (2008 г.). В обоих случаях Кассационный суд указал, что, несмотря на то, что решение о назначении экспертизы для разъяснения сложных, требующих специализированных технических знаний вопросов является правом суда (ст. 36, часть 2, пункт 1 АПК), но в свете ст. 24 (всестороннее, полное и объективное исследование дела) это также **обязанность** Суда. Таким образом, если даже сторона, несущая бремя доказывания не ходатайствует о назначении экспертизы, суд в любом случае обязан востребовать все доказательства, и при необходимости назначить экспертизу.

#### IV. Заключение

Приведённый анализ практики применения принципа *ex officio* рассмотрение фактических обстоятельств дела, показывает, что административное судопроизводство коренным образом отличается от гражданского судопроизводства именно активной ролью суда. Автор полагает, что при административном судопроизводстве самой эффективной тактикой (в том числе и чтобы избежать пересмотра дела в дальнейшем), является открытая (необходимо представить все имеющиеся доказательства сразу) и активная позиция (попросить суд потребовать от административного органа все доказательства).

Также на основе анализа, автор показывает, что в существующем виде институт производства по делам о вынесении приказа о взыскании не соответствует как изучаемому принципу, так и другим нормам административного права и искажает значение административного акта в целом. Соответственно, указанный институт должен быть упразднён или изменён в значительной степени. Также автор делает вывод о том, что определённое изменение процесса судопроизводства, в силу которого у суда установится обязанность указать лицу на возможные проблемы, связанные с выбором конкретного вида исков, могло бы значительно усилить дейст-

вие изучаемого принципа. В итоге это привело бы к усилению эффективности и справедливости судопроизводства, и как следствие - увеличению уровня защищённости отдельных лиц и общества в целом.

## Толкование права собственности в практике Конституционного суда Грузии

Тинатин Цхведиани<sup>1</sup>

### I. Введение

Право собственности относится к числу тех естественных прав, которые создают базис демократического государства. Оно представляет собой основу достойной жизни каждого индивида и в то же время является предпосылкой функционирования рыночной экономики, гражданского оборота и предпринимательских отношений.

Интересно, что ни Международный пакт гражданских и политических прав<sup>2</sup> и ни Международный пакт экономических, социальных и культурных прав,<sup>3</sup> которые практически дали правовую силу Всеобщей Декларации прав человека,<sup>4</sup> не предусмотрели права собственности<sup>5</sup>. Ввиду невозможности достижения консенсуса между государствами, оно не нашло отражения и в основном тексте Конвенции защиты прав человека и основных свобод.<sup>6</sup> Хотя, в конце концов, первая статья Первого Дополнительного протокола Европейской Конвенции<sup>7</sup> утвердила право собственности, признав право каждого индивида на беспрепятственное пользование своим имуществом.<sup>8</sup>

Право собственности гарантируется и Конституцией Грузии<sup>9</sup> – данные в преамбуле принципы демократическо-

го общественного строя, экономической свободы, социального и правового государства – первейшие гарантии этого права. Оно подразумевается и 7 статьей Конституции среди признанных прав и свобод, которые государство признает и защищает как непреходящие и высшие ценности и которые имеют силу прямо действующего права. Статья 21 Конституции отражает непосредственную конституционную гарантию права собственности.

Конституционный суд Грузии накопил богатую практику относительно права собственности. В своих решениях он касается множества таких вопросов, о которых не говорится прямо в 21 статье. Цель представленной работы, исследовать, как толкуются права собственности в практике Конституционного суда, однородны ли его интерпретации, какие основные проблемы выявляются в его решениях и как влияет на мотивацию суда Европейский суд по правам человека. Структура работы ориентируется на систему существующей общей оценки вмешательства в права человека, чтобы последовательно выявить позиции суда на каждом этапе толкования права собственности. Соответственно, в первую очередь, рассматриваются сфера защиты права собственности, характер вмешательства в неё и легитимная цель, в конце же анализируется подход Конституционного суда с точки зрения оценки пропорциональности вмешательства.

### II. Защищённая правом собственности сфера

#### 1. Право собственности как институт и личное право

Статья 21 Конституции Грузии защищает собственность как институт и в то же время как личное право. Из указанного вытекают обязательства государства – обеспечивать защиту собственности как института, предоставлять возможность каждому индивиду беспрепятственно пользоваться собственностью (позитивное обязательство) и в то же время не вмешиваться самовольно и неоправданно в право собственности (негативное обязательство). Главнейшая цель конституционно-правового понятия собственности заключается именно в защите от государственного вмешательства. Такой подход, в свою очередь является проявлением свободы личности.

Вопрос о существовании государственных позитивных обязательств стал предметом обсуждения Конституционного суда по делу «Гражданин Грузии Анзор Тевзая против Парламента Грузии».<sup>10</sup> Это ре-

<sup>1</sup> Тинатин Цхведиани является юристом в Министерстве обороны Грузии

<sup>2</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1966.

<sup>3</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 1966.

<sup>4</sup> Universal Declaration on Human Rights (UDHR), 1948 (для Грузии в силу постановление Парламента Грузии №31940 от 12 мая 1999 года).

<sup>5</sup> The Right to Property under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its Protocols, Human Rights Handbooks, #10, Council of Europe, 2007, 5.

<sup>6</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), 1950 (для Грузии в силу постановление Парламента Грузии № 10 от 12 мая 1999 года), впоследствии Европейская Конвенция.

<sup>7</sup> Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 20.III. 1952 (ратифицирован постановлением Парламента Грузии №1243 от 27/12/2001 года), впоследствии Первый Дополнительный протокол.

<sup>8</sup> см. The Right to Property under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its Protocols, Human Rights Handbooks, #10, Council of Europe, 2007, 5-6.

<sup>9</sup> принята 24 августа 1995 года.

<sup>10</sup> Решение Конституционного суда №1/5/224 от 16 ноября 2004 года.

шение интересно не только тем, что касается непосредственно вопроса гарантии собственности, но и потому, что на эту, на первый взгляд, ясную тему были зафиксированы радикально противоположные мнения со стороны судей. Постановлением от 27 декабря 2001 года Парламент ратифицировал Первый Дополнительный протокол Европейской Конвенции, хотя не распространил его действие на граждан Абхазии и бывшей Южной Осетии. Истец поставил вопрос о конституционности указанного договора относительно разных статей, и в том числе статьи 21. Конституционный суд не удовлетворил иска ввиду разделения голов между судьями. С учётом решения Европейского суда по правам человека по аналогичному делу<sup>11</sup> вызывает удивление, что судьи не смогли занять единую позицию. Часть судей Конституционного суда оправдывала отсрочку государством своих обязательств на определенное время на основании спорного договора, как фиксирование с его стороны положения *de facto*.

Эта позиция части судей может быть разделена в меньшей степени, поскольку на основании спорной нормы государство фактически отказалось от позитивного обязательства – осуществлять действия по гарантии собственности относительно определенной территории, находящейся под его юрисдикцией. Соответственно, право собственности как жителей этой территории, так и беженцев осталось вне конституционно-правового пространства. Положение *de facto* не может быть аргументом для отказа от своих позитивных обязательств как государства. Невозможность защиты прав человека в сепаратистских регионах не дает государству возможности отказываться от гарантии этих прав, поскольку таким подходом оно реально отказывается от суверенитета отдельных территорий. Несмотря на то, что часть судей разделяла практику Европейского суда, в целом судом не был выработан единый подход.

## 2. Субъекты права собственности

Статья 21 распространяется только на собственность субъектов частного права – физических и юридических лиц частного права. Это логично, так как норма ориентирована на защиту от вмешательства государства. С первого взгляда, выяснение адресата права собственности не составляет особого труда, хотя практика свидетельствует о том, что Конституционный суд часто ошибочно определяет правомочное на представление иска лицо – во многих решениях смешивается собственность физических

и юридических лиц. Непонятно, какими критериями руководствовался Конституционный суд по делу «Граждане Грузии Иракли Тугуши, Лонда Сихарулидзе и другие против президента Грузии»,<sup>12</sup> когда принял иск неправомочных лиц для существенного рассмотрения. Как видно, суд разделял позицию истцов, что они как члены профсоюза имели право собственности на имущество профсоюза. Аналогичная позиция была зафиксирована в решении по делу «Граждане Грузии Леван Шарашенидзе, Давид Циклаури, Тенгиз Гачечиладзе и Тенгиз Чхаидзе против президента Грузии»,<sup>13</sup> где суд вновь признал право собственности на имущество членов юридического лица. То, что к тому периоду юридические лица не имели права предъявлять иск в Конституционный суд, не могло стать основанием принятия иска от неправомочного субъекта.

Юридическое лицо – независимый субъект права и на него полностью распространяются гарантии, установленные статьёй 21. Имущественная независимость<sup>14</sup> – первый признак, характерный для юридического лица. Ясно, что субъект права не может находиться под собственностью другого субъекта права.<sup>15</sup> Соответственно, право члена юридического лица на долю чётко должно быть отделено от собственности юридического лица. Рассмотрение предприятия как собственности основателя – абсолютный нонсенс, который, к сожалению, был зафиксирован в практике Конституционного суда по делу «Гражданин Грузии Валери Гелашвили против Парламента Грузии».<sup>16</sup> Суд считает партнёра-владельца 100%-ной доли собственником юридического лица.

Интересно, что вопрос разделения собственности юридических и физических лиц был несколько раз поставлен перед Европейским судом по правам человека, который исключил возможность требования акционерами возмещения ущерба, нанесенного компании.<sup>17</sup> Он считал целесообразным возможность т.н.

<sup>12</sup> Конституционный суд Грузии, №/6-58, 60, 62, 67 от 15 июля 1998 года.

<sup>13</sup> Конституционный суд Грузии, №1/3/113 от 25 декабря 2001 года.

<sup>14</sup> «Юридическое лицо – это созданное для достижения определенной цели, имеющее собственное имущество, организованное образование, которое несёт ответственность своим имуществом и под собственным именем обретает права и обязанности, заключает сделки и может выступать в суде как истец и ответчик». (Гражданский кодекс Грузии, ст.24.1).

<sup>15</sup> Зоидзе Бесарион, Теоретические и практические вопросы современного корпорационного права, ред. Лилуашвили Г., Тб., 2009, 82-83.

<sup>16</sup> Решение Конституционного суда Грузии, №1/2/378 от 13 июля 2006 года.

<sup>17</sup> Следует учесть, что по делу «Агротэксим» против Греции» Европейский суд развил другой подход и считал возможным для целей первой статьи Первого Дополнительного протокола Конвенции признать потерпевшим владельца большинства акций ввиду причинения вреда юридическому лицу (см. Прецедентное право Европейского суда по правам человека, Ассоциация молодых юристов Грузии, Тб., 2004, 379-380).

<sup>11</sup> «Илашку и другие против Молдовы и России». *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, 48787/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, 8 July 2004, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/414d9df64.html> [accessed 26 February 2010].

«открытия корпоративной завесы»<sup>18</sup> только в исключительных случаях, когда компания не может добиться удовлетворения своих требований посредством представительских органов или при ликвидации посредством ликвидаторов.

### III. Возможность вмешательства в защищенную сферу и его формы

#### 1. Возможность вмешательства

Право собственности не есть абсолютно обеспеченное право, его ограничения как института права, являются его характерными свойствами и неотъемлемы от его субстанции. Социальная функция собственности подразумевает и обязательства по отношению к ней. Соответственно, в ряде случаев государство правомочно осуществлять вмешательство в защищенную правом собственности сферу. Европейская Конвенция предоставляет государствам возможность, при наличии определенных предпосылок, осуществлять изъятие имущества и контроль над использованием собственностью. Конституция Грузии, со своей стороны, признает два вида вмешательства в право собственности: ограничение собственности и лишение собственности.

Конституционный суд неоднократно обсуждал вопрос о вмешательстве в право собственности, хотя анализ решений свидетельствует, что в большинстве случаев он руководствуется гражданско-правовым, а не конституционным содержанием права собственности, в котором проявляются гарантии защиты собственности. Целый ряд решений был принят так, что Конституционный суд не обсуждал, осуществляется ли вмешательство в защищенную спорной нормой сферу права собственности, если да, то какова форма вмешательства, служит ли она легитимной цели и, наконец, пропорционально ли вмешательство данной цели. Вместо ответа на эти вопросы, суд даёт частноправовое толкование содержания права собственности и ориентируется на положение Гражданского кодекса, согласно которому собственник в рамках законных или договорных обязанностей владеет или пользуется имуществом.<sup>19</sup> Соответственно, в большинстве решений внимание Конституционного суда обращается на частноправовые категории и не выявляется цель общественной необходимости, которая неотъемлема от конституционного понятия собственности. Взамен указанного суд пытается путем дефинирования гражданско-правового содержания понятия собственности установить правомерность вмешательства.

Наглядный пример этого «Леван Пурцхванидзе против Парламента Грузии»,<sup>20</sup> где истец требовал

признать неконституционной ту статью Жилищного кодекса Грузии, которая устанавливала ограничения для аннулирования договора о найме жилого дома. В указанном решении прямо отражается неопытность Конституционного суда. С одной стороны, суд заявляет, что ограничение права собственности недопустимо, а с другой стороны, отмечает, что предпосылка ограничения обусловлена необходимостью для общественной нужды, которой не существует в этом случае, «поскольку Конституция Грузии уже не обязывает государство обеспечивать граждан жилой квартирой». Соответственно, суд, чтобы установить цель для необходимой общественной нужды руководствуется наличием-отсутствием конкретного обязательства государства. Небольшое, но содержащее противоречия рассуждение, приведенное в решении, свидетельствует о том, что Конституционный суд не только не проясняет характера вмешательства в право собственности, но и в сущности ошибочно понимает конституционно-правовое понятие права собственности.

Подобный подход проявился и по делу «Гражданин Грузии Акаки Сагирашвили против Парламента Грузии»,<sup>21</sup> где истец требовал признать неконституционной статью 529 Гражданского кодекса<sup>22</sup> на том основании, что возможность упразднения в одностороннем порядке дарителем договора дарения в указанном случае противоречило цели необходимой общественной нужды и, соответственно, вызывало неоправданное вмешательство в права собственности. Конституционный суд, довольно детально рассматривая особенности договора дарения, обходит стороной конституционное содержание права собственности. В этом решении абсолютно игнорируется также система оценки вмешательства в право. Как должна оцениваться оспариваемая норма в отношении статьи 21 этот вопрос Конституционным судом в решении не обсуждается. Выяснению характера вмешательства отводится незначительное место, где прямо исключается отнесение его к категории лишения: «Нельзя рассматривать как лишение собственности тот случай, когда возврат имущества обуславливается договорным отношением».<sup>23</sup> Несмотря на то, что указанное заключение правомерно, Конституционный суд прерывает рассуждение и вновь возвращается к оценке специфики дарения, на основании которой устанавливает, что спорная норма не противоречит статье 21.

<sup>18</sup> Piercing of the Corporate Veil

<sup>19</sup> Гражданский кодекс Грузии, ст.170 (опубликована в Ведомостях Парламента Грузии №31,1997).

<sup>20</sup> Решение Конституционного суда, №2/31-5 от 25 марта 1997 года.

<sup>21</sup> Решение Конституционного суда Грузии, №2/155 Тбилиси, от 1 апреля 2003 года.

<sup>22</sup> Согласно пункту 1 указанной статьи, дарение может быть отменено, если одаряемый нанесет тяжелое оскорбление или проявит большую неблагодарность по отношению к дарителю или его близкому родственнику.

<sup>23</sup> там же, 3. 111.

## 2. Разделение форм вмешательства

Лишение собственности, или экспроприация, которая предусматривается пунктом 3 статьи 21, характеризуется строгими формальными признаками и для её применения необходимо наличие следующих условий:

- прямо установленный законом случай или установленная органическим законом неотложная необходимость;

- решение суда;
- цель для необходимых общественных нужд;
- соответствующая компенсация.<sup>24</sup>

Пункт 2 статьи 21 же предусматривает предпосылки ограничения права собственности:

- определенный законом случай и установленный порядок;
- цель для необходимых общественных нужд.<sup>25</sup>

Перед Конституционным судом не раз возникал вопрос о необходимости проведения грани между формами вмешательства в право собственности. Имеющееся в Конституции терминологическое обилие оказалось для суда проблемой, что проявилось в неоднородности интерпретации. Это в определенной мере обусловлено несовпадением понятий, данных в Европейской Конвенции и Конституции. Кроме того, игнорирование конституционно-правового содержания собственности Конституционным судом значительно воспрепятствовало пока ещё нечёткому разделению форм вмешательства.

Первое решение, которое провело строгую грань между ограничением собственности и её лишением, касалось конституционности нормы закона Грузии «О предпринимателях»,<sup>26</sup> и в частности, обязательной продажи акций. Здесь уже чётко сформулировано конституционно-правовое понятие собственности и в значительной мере отражаются практика и рекомендации Европейского суда.

В вышеуказанном решении суд правомерно заявляет, что лишение собственности для целей пункта 3 статьи 21 не подразумевает любые случаи утраты собственности против воли лица. Порядок и условия экспроприации исчерпывающе определены по т.н. принципу *numerus clausus* в законе Грузии «О порядке лишения собственности для необходимых общественных нужд».<sup>27</sup> Его анализ свидетельствует о том, что

лишение собственности есть публично-правовой акт, на основании которого между собственником и властью устанавливаются публично-правовые отношения. В это время государство для достижения публичных целей не только устанавливает правовой режим, но и само выступает как участник отношения. Непосредственное участие государства – одно из определяющих для лишения собственности условий. Это одностороннее мероприятие вмешательства в собственность, которое обязательно осуществляется взамен компенсации.

В решении по поводу обязательной продажи акций суд на основании частноправовых отношений прямо исключил утрату права собственности из сферы пункта 3 статьи 21. Утрата права собственности на основании частноправовых отношений не указана в законе «О порядке лишения собственности для необходимых общественных нужд» как основание лишения собственности, и не может быть таковым, исходя из его правовой природы. Непосредственное участие государства и сформировавшиеся между собственником и властью публично-правовые отношения отличают экспроприацию от другой формы вмешательства в права собственности. «Несмотря на то, что при заключении сделки игнорируется воля акционера меньшинства, мы всё же не можем отождествлять её с диаметрально отличающимся и «имеющим правовую природу правительственным актом».<sup>28</sup>

Аналогичную позицию суд зафиксировал по делу «Граждане Грузии Давид Джимшелеишвили, Тариэл Гветадзе и Нели Далалишвили против Парламента Грузии»,<sup>29</sup> которое касалось конфискации орудия преступления. Суд рассмотрел конфискацию имущества государством с точки зрения пункта 2 статьи 21. В решении указывается, что лишение имущества не всегда подразумевает экспроприацию, а оно может быть результатом ограничения права собственности, для определения которого необходимо принять во внимание цель, содержание и форму вмешательства в право.

Указанное было прогрессивным заявлением со стороны Конституционного суда, поскольку в его практике неоднократно игнорировался вопрос об идентификации форм вмешательства. Как в случаях обязательной продажи акций, так и конфискации имущества собственник утрачивает право собственности и, на первый взгляд, налицо противоправное лишение, хотя, как было отмечено, строгая оценка формальных и материально-правовых предпосылок этой формы вмешательства говорит о противоположном.

<sup>24</sup> Согласно изменению, осуществленному конституционным законом №3710 от 15 октября 2010 года, вместо «соответствующего вознаграждения» часть 3 статьи 21 предусматривает условие «предварительного, полного и справедливого вознаграждения».

<sup>25</sup> Согласно изменению, осуществленному конституционным законом №3710 от 15 октября 2010 года, для ограничения была установлена дополнительная предпосылка – она не должна нарушать суть права собственности.

<sup>26</sup> Граждане Грузии Заур Элашвили, Сулико Машия, Русудан Гогия и другие и народный защитник Грузии против Парламента Грузии», №1-370, 382, 390, 402, 405 от 18 мая 2007 года.

<sup>27</sup> Опубликован в «Саканонмдебло мацнэ» («Законодательном вестнике»), №40(47), 1999.

<sup>28</sup> Решение Конституционного суда Грузии «Граждане Грузии Заур Элашвили, Сулико Машия, Русудан Гогия и другие и народный защитник Грузии против Парламента Грузии», №1-370, 382, 390, 402, 405 от 18 мая 2007 года.

<sup>29</sup> Решение Конституционного суда Грузии, №1/2/384, Тб., 2 июля 2007 года.

Следует учесть, что в отличие от обязательной продажи акций, где налицо частноправовые отношения, конфискацию, лишение имущества осуществляет государство на основании решения суда. Соответственно, существует большое сходство с предпосылками пункта 3 статьи 21, хотя Конституционный суд правомерно исключил вмешательство, предусмотренное спорной нормой, из контекста экспроприации. Лишение собственности обуславливается не действиями собственника, а не зависящими от него, объективно существующими обстоятельствами, которые создают необходимые общественные нужды.<sup>30</sup> Поэтому в это время не происходит даже оценки действий собственника, тогда как конфискация имущества полностью основана на противоправном действии собственника или законного владельца. Несмотря на то, что в мотивационной части решения Конституционный суд не представил прямо указанный аргумент, он категорически исключил конфискацию из категории лишения и указал, что экспроприацией считается только такое лишение, которое полностью удовлетворяет требованиям закона Грузии «О порядке лишения собственности для необходимых общественных нужд».

Необходимо отметить, что этот подход основывается на практике Европейского суда по правам человека. По делу «Агос против Соединенного королевства»<sup>31</sup>, где вырисовывалось почти аналогичное обстоятельство, Европейский суд отметил, что, бесспорно, конфискация есть посягательство на мирное пользование имуществом согласно содержанию первого предложения статьи первой Первого Дополнительного протокола Конвенции, хотя оно выражается не в экспроприации имущества, а в контроле за использованием.

Следует отметить, что при определении лишения собственности Европейский суд ориентируется на установление факта лишения собственности *de facto* даже в том случае, когда за собственником остаётся юридическое право на имущество. Исходной точкой для суда является выяснение того, не стало ли право собственности настолько неприменяемым, чтобы считать его экспроприированным. Таким образом, Европейский суд делает акцент не на формальную сторону, а на выявление реальных условий создавшегося положения.<sup>32</sup> Конституционный суд пока ещё не рассуждал о случаях экспроприации *de facto*.

В своих двух важных решениях Конституционный суд оценил лишение имущества против воли лица в контексте ограничения собственности. Что подра-

зумекает непосредственно термин «ограничение» и каковы его рамки? Это те вопросы, на которые неоднократно, но не однозначно отвечал Конституционный суд.

Ограничение не может быть понято как негативное содержание. Оно несёт и позитивную нагрузку, что выражается в установлении государством правовых рамок. В отличие от лишения собственности, необязательно, чтобы государство участвовало прямо или косвенно в отношениях. Если налицо одноразовый акт, то ограничение может продолжаться в течение определенного периода. Как правило, в это время законодателем устанавливаются общие рамки пользования собственностью, которые распространяются на круг конкретных лиц до тех пор, пока не будет достигнута намеченная цель.<sup>33</sup> Конституционное ограничение собственности не подразумевает тех законных или договорных путей, которые указаны в статье 170 Гражданского кодекса. Соответственно, такое ограничение не может стать предметом рассмотрения Конституционного суда.

Вообще собственность должна быть ограничена так, чтобы сохранилась её субстанция. В результате осуществленных 15 октября 2010 года конституционных изменений это прямо предусматривается в пункте 2 статьи 21. Конституционный принцип сохранения сути собственности – это определитель оценки вмешательства в любое право и, соответственно, и в отношении также права собственности. Собственность должна быть ограничена минимально, чтобы проявиться максимально. Исходя из этого, классическое понимание ограничения собственности подразумевает сохранение объекта собственности, ввиду чего утрата права собственности остаётся специфическим случаем.

Необходимо отметить, что пункт 2 статьи 21 не предусматривает компенсации за ограничение, которая устанавливается лишь в случае лишения. Это одно из важнейших отличий от практики Европейского суда, который для установления правомерности вмешательства в право собственности руководствуется именно существованием компенсации. С этой точки зрения в практике Конституционного суда выявляется ошибочное направление. Суд в деле по конфискации имущества указывает, что компенсация для цели ограничения может осуществляться только «в исключительных случаях», тогда когда она необходима для сохранения справедливого баланса. Таким образом, суд рассматривает компенсацию за вмешательство, предусмотренную пунктом 2 статьи 21 не как её неотъемлемую часть, а как исключение из общего правила,

<sup>30</sup> Зоидзе Б., Теоретические и практические вопросы современного корпоративного права, ред. Лилушвили Г., Тб., 2009, 118-120.

<sup>31</sup> *Agos v. United Kingdom*, A108 (1986), п. 52.

<sup>32</sup> Указанное ясно было зафиксировано по делам: *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, A52, 1982; *Papamichalopoulos and others v. Greece*, A260-B, 1993; *Brumarescu v. Romania*, #28342/95, ECHR 1999-VII.

<sup>33</sup> Зоидзе Б., Теоретические и практические вопросы современного корпоративного права, ред. Лилушвили Г., Тб., 2009, 105-106.



что в определенной степени объясняется и самой формулировкой конституционной нормы.

В статье первой Первого Дополнительного протокола Европейской Конвенции не говорится о компенсации, хотя суд прямо указывает, что компенсация – показатель для установления правомерности вмешательства, в противном случае право собственности будет иметь иллюзорный характер. Она необходима не только в случае лишения имущества, но и в случае сравнительно лёгкого посягательства на право собственности.<sup>34</sup> Несмотря на это, не существует обязательства полного возмещения – главное, чтобы размер компенсации был в разумной связи со стоимостью имущества.<sup>35</sup>

#### IV. Рамки вмешательства

##### 1. Конституционно-правовая цель вмешательства

Как показывает анализ статьи 21, необходимая общественная нужда – это та легитимная цель, которая оправдывает вмешательство в право собственности как в форме ограничения, так и экспроприации. Однако, Конституционный суд, как по делу обязательной продажи акций, так и по делу о конфискации правомерно разделяет друг от друга цели для необходимых общественных нужд в пунктах 2 и 3 статьи 21 и отмечает, что при лишении собственности необходимые общественные нужды подчиняются строгому и конкретному толкованию. Закон «О порядке лишения имущества для необходимых общественных нужд» указывает на те легитимные цели, на основании которых осуществляется экспроприация. Хотя в рамках ограничения собственности, его содержание должно пониматься в широком смысле. Насколько возможно усмотреть частные интересы в «необходимых общественных нуждах»?

Конституционный суд в решении об обязательной продаже акций цитирует Европейский суд и указывает, что принудительная передача собственности от одного частного лица ко второму частному лицу может соответствовать законной цели в интересах общества. Конституционный суд полностью опирается на позицию Европейского суда и считает допустимым на основании частного интереса вмешательство в право собственности. На первый взгляд, столь широкое толкование необходимой общественной нужды умаляет частные интересы, поскольку право собственности не должно рассматриваться как категория, идентичная социальной функции. Но где кончается чисто частный интерес и начинается общественный? Частный инте-

рес какого характера подразумевает суд в контексте общественных нужд?

Само понятие «необходимые общественные нужды» довольно широкое и всеобъемлющее явление. Его содержание зависит от объекта права собственности, природы или социальной нагрузки. Во всех случаях оно подразумевает не только общий публичный интерес, но также и частный интерес. Необходимые общественные нужды могут подразумевать как необходимость защиты общества<sup>36</sup> от конкретных отрицательных результатов, так и позитивные цели. Верно что каждое вмешательство в права собственности должно осуществляться на основе закона, но в контексте ограничения законодатель не должен детально регламентировать необходимые общественные нужды. Они устанавливаются в результате толкования нормы<sup>37</sup>.

Интересно, что Европейская Конвенция также предусматривает вмешательство в право собственности, исходя из публичных и общих интересов. Как отмечает Европейская комиссия, законодательный орган каждой страны имеет широкие рамки оценки для определения подобного интереса, однако, важно, чтобы этот интерес имел действительно разумное основание. Поэтому государству дается право самому устанавливать, что необходимо для контроля за использованием имуществом или для лишения имущества<sup>38</sup>.

Таким образом, понятие необходимой общественной нужды неотъемлемо от конституционно-правового содержания собственности, хотя, к сожалению, Конституционный суд только в течение последних лет начал ориентироваться на него.

##### 2. Пропорциональность

Европейский суд по правам человека придаёт решающее значение пропорциональности вмешательства в защищенную сферу, указывая на необходимость установления справедливого баланса между общими интересами общества и требованиями защиты фундаментальных прав личности. Справедливый баланс исключается, если на лицо налагается «индивидуальное и особое бремя, которое могло быть законным только в том случае, если бы лицо имело бы право на сокращение сроков или требование компенсации»<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Для примера см. «Шасанью и другие против Франции» (Chasagnou and others v. France) (1999-III, п.82).

<sup>35</sup> Прецедентное право Европейского суда по правам человека. Ассоциация молодых юристов Грузии, Тб., 2004, 399.

<sup>36</sup> Как было, например, по делу «Граждане Грузии Давид Джимшелеишвили, Тариэл Гветадзе и Нели Далалишвили против Парламента Грузии» (№1/2/384 от 2 июля 2007 года): из спорной нормы прямо вытекала цель вмешательства в защищенную правом собственности сферу – борьба с преступностью, предупреждение преступности. Хотя, как было уже отмечено, не во всех случаях цель столь прямо определяется законодателем.

<sup>37</sup> Зоидзе Б., Теоретические и практические вопросы современного корпоративного права, ред. Лилуашвили Г., Тб., 2009, 100-103.

<sup>38</sup> Прецедентное право Европейского суда по правам человека, Ассоциация молодых юристов Грузии, Тб., 2004, 389-390.

<sup>39</sup> Спорронг и Лоннрот против Швеции (Sporrong and Lonroth v.

Таким образом, вмешательство оправдано только тогда, если оно служит легитимной цели и в то же время соблюдается пропорциональность между целью и применяемым средством.

В практике последних лет Конституционного суда определение пропорциональности – центральный вопрос, хотя подход к нему неоднородный, что опять же обуславливается смешением частного и конституционно-правового содержания собственности. В решении об обязательной продаже акций правомерно оценивается вопрос о соразмерности, так как здесь внимание заостряется на таких темах, как справедливая цена выкупа акций и справедливая процедура. Суд исходит из единства интересов участников отношения, считает показателем пропорциональности в каждом конкретном случае обоснование целесообразности обязательной продажи акций и возможность акционера миноритария, вне злоупотребления своими правами, максимально защитить себя от злоупотребления властью акционера мажоритария.

К сожалению, по делу о конфискации имущества Конституционный суд возвращается к частноправовому содержанию собственности и для оценки пропорциональности вмешательства вновь руководствуется частноправовыми категориями. Суд указывает, что «Для полной и эффективной защиты права собственности необходимо существование адекватных, совершенных и детально расписанных процедур, чтобы собственник мог оспорить правомерность лишения собственности», Таким образом, он соглашается, что справедливый механизм защиты собственника – это важнейший фактор для определения пропорциональности вмешательства в сферу, защищенную правом собственности. Хотя совершенно алогично он прерывает рассуждение об адекватности процедур по той причине, что истцом не был поставлен этот вопрос: «Детальное изучение вопроса о возможном отсутствии таких процедур или о существовании недостаточных или неэффективных процедур и конституционная оценка выходят за рамки оценки спорной нормы с точки зрения статьи 21 Конституции Грузии». К сожалению, в этой части мотивации вообще теряется цель общественной нужды, теоретические аспекты которой рассматриваются довольно детально, но реальное содержание конфискации в отношении данного реального случая игнорируется. Суд не даёт оценки того вопроса, который практически должен определить, пропорционально ли вмешательство, и уделяет место проблемам законодательной техники и оценке договорных рисков. Сказанное является очередным примером ошибочного осмысления конституционно-правового понятия собственности.

## V. Заключение

Приведенный анализ свидетельствует о том, что практика Конституционного суда в вопросах интерпретации права собственности неоднородна, что главным образом обуславливается смешением конституционного и частноправового содержания этого права. Вместо того, чтобы оценивать необходимую общественную нужду с точки зрения цели, суд пытается вновь определить правомерность вмешательства частноправовыми категориями. В большинстве решений не видно, происходит ли вообще вмешательство спорной нормой в защищенную сферу, какой характер носит вмешательство и насколько оно пропорционально легитимным целям. Указанное же подразумевает игнорирование судом существующего принципа оценки вмешательства в право собственности. Исходя из анализа практики, можно сказать, что суд не имеет единого сформировавшегося подхода в связи с таким вопросом, как позитивная обязанность государства. В отдельных решениях неправильно определяется также субъект права собственности, хотя есть и исключения, где Конституционный суд ориентируется на детальное, мотивированное, последовательное и, что самое главное, конституционно-правовое понятие собственности. Было бы желательно, чтобы подобные исключения стали общим правилом, поскольку Конституционный суд имеет важное значение как в сфере повышения правового сознания общества, так и законодательного совершенствования.

# Подсудность административному суду при обжаловании некоторых административных актов

Мери Джапаридзе<sup>1</sup>

*Согласно действующему законодательству Грузии, общие суды осуществляют правосудие посредством трех видов судопроизводства: гражданского, административного и уголовного судопроизводства<sup>2</sup>. Соответственно, все споры правового характера попадают в какую-либо из этих категорий судопроизводства и должны рассматриваться в судах соответствующей подсудности. Вопрос о том, какому суду подсуден тот или иной спор, как правило, определяется процессуальным кодексом соответствующей судебной отрасли. Хотя установленный тем или иным процессуальным кодексом ареал подсудности может не являться всеобъемлющим или, наоборот, быть настолько общим, чтобы требовать адекватного толкования посредством других законодательных актов и/или анализа сути спора.*

Согласно статье 2 Административно-процессуального кодекса Грузии, предметом административного спора в суде может быть соответствие административного акта законодательству Грузии<sup>3</sup>. Исходя из этого, можно было бы подумать, что любой административный акт должен быть обжалован в административном суде. Однако это мнение будет неверным. Отнесение спора к административному судопроизводству только по тому признаку, что обжалуется административный акт, недопустимо. Для наглядности приведу несколько примеров:

Решение любого суда представляет собой административный акт. Например, судебный приговор, вынесенный по уголовному делу, так же, как и определение Коллегии по гражданским делам о мере обеспечения иска по своей сути административные акты, но это не значит, что эти решения мы обжалуем в административном суде. Возьмём хотя бы принятое следователем постановление о начале или прекращении уголовного преследования лица. Любой юрист подтвердит, что указанное постановление также административный акт, хотя обжалование и этого акта не происходит в порядке административного судопроизводства.

Норма Общего Административного кодекса, согласно которой административный акт – это изданный

административным органом на основании законодательства правовой акт<sup>4</sup>, подразумевает в этой категории абсолютно все решения любого содержания и характера, принятые государственным органом или служащим. Хотя и из приведенных выше примеров ясно, что вопрос о соответствии каждого административного акта закону не рассматривается в административном суде, несмотря на подпункт «а» статьи 2.1 Административно-процессуального кодекса.

В приведенных выше для наглядности примерах спор по вопросу подсудности практически исключен, постольку и так ясно, что обжалование судебных решений происходит не в порядке административного судопроизводства, а посредством соответствующих судебных инстанций (решение Коллегии по гражданским делам обжалуется в Палате по гражданским делам Апелляционного суда, Коллегии по уголовным делам – в Палате по уголовным делам и т.д.), а обжалование постановления следователя, как это установлено Уголовно-процессуальным кодексом, – у прокурора. Хотя, в отличие от этих примеров, встречаются и такие случаи и административные акты, решение о подсудности которых, на первый взгляд, не столь уже просто и которое может стать предметом острых споров и рассуждений-обсуждений внутри судебного корпуса. Ниже как пример сказанного я буду говорить о двух видах административных актов, вопрос о подсудности которых стал проблемой в практике сегодняшнего суда и в то же время моей как адвоката.

Первый такой акт – это принятый исполнителем акт об описи и аресте имущества должника, а второй – об аукционе, устроенном с целью реализации арестованного имущества<sup>5</sup>. Оба вышеупомянутых акта следуют из закона Грузии «Об исполнительных производствах» и связаны с исполнением вступивших в силу судебных решений.

Рассмотрим очень распространённые в практике случаи применения и последующего обжалования этих актов: исходя из обязательно-правовых отношений, судебный спор завершился в пользу кредитора и против должника был выдан исполнительный лист. Исполнитель явился в квартиру проживания должника, описал и арестовал находящееся в квартире движимое имущество. Затем был устроен аукцион, на котором было продано имущество, а результаты аукциона, естественно, были зафиксированы в протоколе аукциона. Оказалось, что определенная часть реализованного имущества представляла собственность третьего лица. Возникает вопрос, как и что можно обжаловать: 1) Акт об аресте имущества (до реализа-

<sup>1</sup> Мери Джапаридзе является юристом н/о «Статья 42 Конституции Грузии» и АО «Тбилиси Централ»

<sup>2</sup> Органический Закон Грузии об общих судах, 4 декабря 2009 г.

<sup>3</sup> Подпункт «а» части 1 статьи 2 Административно-процессуального кодекса Грузии.

<sup>4</sup> Подпункт «в» части 1 статьи 2 Общего Административного кодекса Грузии.

<sup>5</sup> По мнению некоторых юристов, протокол аукциона не представляет собой административного акта, но, поскольку это не является предметом рассмотрения данной статьи, в дальнейшем мы не будем продолжать рассуждения об этом вопросе.

ции имущества)? 2) Протокол аукциона, но уже после реализации имущества? В порядке гражданского или административного судопроизводства?

На первый выход из создавшегося положения указывает статья 32 закона «Об исполнительных производствах», которая однозначно устанавливает, что если лицо предъявляет претензию на арестованное, а впоследствии реализованное имущество, оно может подать иск в первом случае против должника и кредитора, а во втором случае – также против тех лиц, которые приобрели имущество<sup>6</sup>. А это, в свою очередь, указывает на подсудность гражданскому суду, так как в административном судопроизводстве частное лицо не может быть ответчиком<sup>7</sup>.

С другой стороны, если вспомнить, что акт исполнителя об аресте имущества и протокол аукциона представляют собой индивидуальные административно-правовые акты (оба акта принимаются административным органом на основании административного законодательства и упорядочивают, изменяют или подтверждают права и обязанности лица или ограниченного круга лиц)<sup>8</sup>, то их обжалование в порядке административного судопроизводства вполне правомерно.

Обе вышеописанные позиции имеют свои аргументы и, естественно, можно о них спорить, хотя, по моему мнению, первая из них более разумная и юридически выверенная, что и постараюсь обосновать ниже.

В первую очередь, следует отметить, что и закон Грузии «Об исполнительных производствах», и Общий Административный кодекс указывают на то, что обжалование актов, связанных с исполнением судебных решений, неподсудно административному суду. Как мы уже говорили выше, статья 32 закона «Об исполнительных производствах» однозначно устанавливает, что лицо, имущество которого было незаконно арестовано или продано, должно обратиться в суд против должника и кредитора, а также тех лиц, которые приобрели имущество, что подразумевает подсудность гражданскому суду. Что касается Общего Административного кодекса, с этой стороны, внимания заслуживает статья 3, со-

гласно которой действие Общего Административного кодекса (кроме связанных с публичной информацией норм) не распространяется на ту деятельность органов исполнительной власти, которая связана с исполнением вошедших в законную силу судебных решений, актов, предусмотренных законом «Об исполнительных производствах»<sup>9</sup>. Исходя из этого, процесс исполнения вообще выведен из сферы действия Общего Административного кодекса. Соответственно, мы не можем рассматривать вопрос применения Административно-процессуального кодекса там, где законодатель не даёт возможности применения материальной нормы.

Кроме привлечения законодательных актов и норм, что само по себе очень важно, считаю, что для правомерного установления подсудности спора, в первую очередь, необходимо проанализировать правовую природу и суть спора. Когда третье лицо заявляет претензию на арестованное и/или уже реализованное имущество и доказывает, что взамен имущества должника было арестовано принадлежащее ему имущество, суть спора представляет собой установление права собственности на имущество, и основная задача суда в этом споре - установить действительно ли принадлежало третьему лицу арестованное и впоследствии реализованное имущество. Только после разрешения этого основного вопроса суд может принять решение по делу. В случае установления того, что имущество было собственностью третьего лица, суд может отменить акт об аресте, но если имущество уже реализовано, вернуть его собственнику. Соответственно, вопрос об упряднении акта полностью зависит от наличия-отсутствия права собственности.

Следует отметить, что Верховный суд Грузии занял абсолютно правильную позицию относительно вопросов подсудности споров указанной категории и справедливо постановил, что обжалование третьим лицом акта описи и ареста подсудно именно гражданскому, а не административному суду. Верховный суд в одном из своих определений указывает:

«Иск, возбуждённый об освобождении от ареста имущества, относится к гражданской категории, поскольку собственность - институт частного права, конкретно упорядоченный Гражданским кодексом, по которому можно допустить возбуждение гражданского иска, что подлежит рассмотрению именно процедурой гражданского судопроизводства на основании статьи 11 ГПК Грузии.

Кассационный суд считает, что данное правоотношение не имеет основного элемента, характерного для публично-правового отношения, в частности, спор не связан с тем правовым отношением, которое следует из законодательства административного права, а то обстоятельство, что один из ответчиков представ-

<sup>6</sup> Статья 32 закона Грузии «Об исполнительном производстве»: 1. «Если третье лицо утверждает, что имеет право на предмет исполнения, тогда оно может возбудить иск в том суде, на территории действия которого происходит исполнение. Суд рассматривает такой иск в порядке искового производства (иск об освобождении имущества от ареста). 2. Иск об освобождении имущества от ареста предъявляется должнику и кредитору. 3. Если арестованное имущество уже реализовано, иск предъявляется также тем лицам, которым было передано имущество. В случае удовлетворения иска о возвращении реализованного имущества спор между приобретателем имущества, кредитором и должником рассматривается в судебном порядке».

<sup>7</sup> В административном процессе ответчиком всегда является административный орган.

<sup>8</sup> Толкование индивидуального административно-правового акта, подпункт «г» части 1 статьи 2 Общего Административного кодекса Грузии.

<sup>9</sup> Подпункты «в» и «в» 1 части 4 статьи 3 Общего Административного кодекса Грузии.

лен административным органом – Тбилиским исполнительным бюро, не дает основания признать спор административным»<sup>10</sup>.

Несмотря на то, что в вышеприведенном определении Верховный суд очень ясно толкует те аргументы, в силу которых обжалование административного акта не может быть подсудно административному суду только на том основании, что обжалуется административный акт и/или в качестве ответчика представлен административный орган, в связи этим вопросом практика общих судов всё же не однозначна.

Для примера приведу дела, где предмет спора был протокол того аукциона, на котором вместо имущества должника произошло отчуждение имущества третьего лица, в частности, это два дела, где я лично представляла интересы двух истцов. Исковое требование представляло собой требование о возвращении собственнику реализованных вещей и признание недействительными аукциона и его результатов. Оба спора были абсолютно идентичны, иски также были вместе представлены в Коллегию гражданских дел, где было выдвинуто требование об объединении дел, хотя иски были записаны за двумя разными судьями. Один из судей вообще не принял иска в судебное производство и указал, что он подлежит рассмотрению в порядке административного судопроизводства<sup>11</sup>. А второй судья разделил требования и принял в производство ту часть иска, по которой требовалось возвращение вещей, но не принял требования в части признания аукциона и его результатов недействительными, указав на то, что эта часть иска подсудна административному суду<sup>12</sup>. (Несмотря на то, что оба этих требования были существенно и неотъемлемо связаны друг с другом и признание недействительными результатов аукциона целиком определяло решение вопроса о возврате вещей). Оба решения были обжалованы в апелляционном суде, где жалобы вновь были отписаны палатам разного состава. Одна из палат согласилась с мнением, что та часть требования, которая была связана с признанием недействительности результатов аукциона, была подсудна административному суду и, соответственно, оставила определение в силе<sup>13</sup>. Вторая палата отменила определение, основываясь именно процитированном выше определении Верховного суда, и растолковала, что

«Юридический интерес права представляло возвращение собственных вещей ...Соответственно, сле-

дует установить, представляли ли реализованные в результате аукциона вещи собственность истца. Собственность же - институт частного права, по которому допустимо возбуждение гражданского иска и который подлежит рассмотрению с применением процедур гражданского судопроизводства»<sup>14</sup>.

Несмотря на полную идентичность фактических и правовых обстоятельств исков, четыре суда разного состава приняли три взаимоисключающих решения по указанным делам, что, по моему мнению, следовало из того, что некоторые судьи, решая вопрос о подсудности, основывались только на сухой и в какой-то мере поверхностной интерпретации административно-процессуального законодательства, а некоторые опирались в своём решении на анализ правовой сути спора и юридический интерес истца. Если вдуматься, то второй подход более справедлив, поскольку спор полностью вытекал из частнособственнических отношений и не был связан с осуществлением публичной власти и/или подготовкой норм, установленных административным законодательством, и изданием административного акта. Соответственно, рассмотрение спора и вынесение решения по делу было бы значительно проще и справедливее для гражданского суда, чем административного.

По моему мнению, подсудность суду не может определяться только дословным толкованием соответствующей нормы процессуального кодекса. Часто правовой спор имеет комплексный характер, объединенные в нем требования следуют из разных правовых норм, и они так тесно взаимосвязаны, что, на первый взгляд, очень трудно разделить их и ограничиться лишь одной правовой отраслью или кодексом. Хотя в результате тщательного анализа как норм материального законодательства, так и содержания спора всегда можно установить, каково основное требование, определяющее суть и характер дела, и, соответственно, компетентный суд. Я думаю, что решение вопроса о подсудности только на основании таких формальных критериев, как требование недействительности административного акта и/или указания в качестве ответчика административного органа, будет мешать судебной системе в правильном установлении содержания судебного спора и его решении, а правильная идентификация правоотношения и спора, вытекающего из него, решение вопроса о его подсудности на этом основании сократит затрачиваемый на дело объём ресурсов и будет способствовать росту эффективности исполнения правосудия.

<sup>10</sup> Определение Палаты по административным делам Верховного суда Грузии от 23 июня 2009 г., №бс-805-769 (г-09).

<sup>11</sup> Определение Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 27 апреля 2010 г., дело №2/3148-10.

<sup>12</sup> Определение Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 28 апреля 2010 г., дело №1117-10.

<sup>13</sup> Определение Тбилисского апелляционного суда от 28 июня 2010 г., дело №2/6-1758-10.

<sup>14</sup> Определение Тбилисского апелляционного суда от 17 сентября 2010 г., дело №26/1975-10

# Отчет о судебной практике Европейского Суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб против Азербайджана, Армении и Грузии за 2010 г. (период подотчетности: 01.09.2009 по 31.12.2010)

Доктор Норберт Бернсдорфф<sup>1</sup>

Настоящий отчет является продолжением предыдущего отчета о судебной практике первого издания периодического журнала SCLJ (N 01/2010; период подотчетности: 01.01.2009 до 31.08.2009). Целью данного отчета является краткий обзор (порой без комментариев) судебных решений Европейского суда по правам человека, принятых на основании Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод против Азербайджана, Армении и Грузии. Рассматриваются только те судебные решения, в которых Европейский суд по правам человека допустил индивидуальную жалобу к рассмотрению, придя к выводу, что нарушена конкретная норма Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод или ее Дополнительных Протоколов. Настоящий отчет не рассматривает те решения, при которых Европейский суд по правам человека счел недопустимыми индивидуальные жалобы граждан. Не рассматриваются также дела, которые были изъяты из Реестра Европейского суда по правам человека. Решения Европейского суда по правам человека доступны на сайте [www.echr.coe.int.-case-law-hudoc](http://www.echr.coe.int.-case-law-hudoc) на английском и французском языках.

Для сравнения: За тот же период Европейским судом по правам человека было принято против Германии 44 решения, против Великобритании – 24 решения, а против Франции – 57 решений.

1. За период с 01.09.2009 до 31.12.2010 Европейский суд по правам человека установил в девяти случаях факты нарушения положений Конвенции со стороны **армянских авторитетов**. В семи случаях суд счел недопустимыми жалобы или же изъял дела из Реестра (23693/03, 15371/07, 20289/09, 8213/06, 42702/05, 43334/05 и 4523/04).

В упомянутых судебных решениях установлены, в основном, нарушения ст. 3 (Запрещение пыток), ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность), ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство), а также ст. 1 Первого Дополнительного

Протокола (Защита собственности) и ст. 2 Седьмого Дополнительного Протокола (Право на апелляцию по уголовным делам).

## Дело Баятяна против Армении (Решение 27.10.2009, дело 23459/03)

Жалобщик является гражданином Армении и свидетелем Иеговы. Весной 2001 г. он был призван к военной службе. Однако, жалобщик отказался от военной службы по религиозным соображениям и предложил пройти альтернативную службу. Поскольку альтернативная служба в то время не была предусмотрена законодательством Армении, жалобщика принудили к военной службе. Изначально жалобщик скрывался, был однако потом задержан и освобожден лишь 10 ½ месяцев спустя.

Европейский суд по правам человека не обнаружил фактов нарушения ст. 9 (Свобода мысли, совести и религии) Конвенции по той простой причине, что законодательство Армении не предвидело тогда уклонения от военной службы по религиозным соображениям.

## Дело Карапетяна против Армении (Решение 27.10.2009, No. 22387/05)

и

## Дело Степаняна против Армении (Решение от 27.10.2009, No. 45081/04)

Оба дела касались административных штрафов, которые были возложены обоим жалобщикам – гражданам Армении – которые были на них наложены из-за их высказываний и прочих действий во время президентских выборов в феврале 2003 г. (ст. 182 Кодекса об административных правонарушениях). Оба жалобщика были задержаны, переведены в полицейский участок и оказались под административной стражей отрезанными от окружающего мира в течение 10 и 6 дней. Жалобщик Карапетян находился в общей камере площадью в 1,25<sup>2</sup>. Помимо этого, в общей камере не было дневного света, отсутствовали возможности ночлежки и гигиенические санитарные условия.

Европейский суд по правам человека обнаружил нарушения со стороны армянских компетентных органов ст. 3, ст. 6 ч. 1 и 3б, а также ст. 2 Седьмого Дополнительного Протокола Конвенции.

## Дело Хачатряна против Армении (Решение 01.12.2009, No. 31761/04: нарушение ст. 6 ч. 1 и ст. 1 Первого Дополнительного Протокола Конвенции, Компенсация: 365 и 380, а также 1 000 евро)

## Дело Асатряна против Армении (Решение 09.02.2010, No. 24173/06: нарушение ст.

<sup>1</sup> Доктор Норберт Бернсдорфф является судьей Федерального суда Германии по социальным делам, г. Кассель

**5 ч. 1в Конвенции,  
Компенсация: 2 000 евро)**

**Дело Мамиконяна против Армении  
(Решение 16.03.2010, No. 25083/05: нарушение ст.  
6 ч. 1 Конвенции,  
Компенсация: 1 000 евро)**

**Дело Ашота Арутюняна против Армении  
(Решение 15.06.2010, No. 34334/04)**

Жалобщик, являющийся гражданином Армении, был задержан в мае 2003 г. по подозрению в обмане своего коммерческого партнера и в подделке документов, признан виновным и приговорен к семи годам лишения свободы. Во время допросов при апелляционном производстве его держали в железной клетке. Тяжелобольному жалобщику, страдающему сердечным заболеванием, было отказано в проведении операции во время нахождения под стражей. Не проводилось также систематических медицинских обследований. В январе 2009 г. жалобщик скончался в заключении от сердечного приступа.

Европейский суд по правам человека установил факт нарушения ст. 3 Конвенции, поскольку жалобщик находился в железной клетке во время судопроизводства, и не был обеспечен необходимым медицинским обслуживанием. Дочь жалобщика получила компенсацию в размере 16 000 евро.

**Дело Хованисяна против Армении  
(Решение 20.07.2010, No. 5065/05)**

**и**

**Дело Ераносяна и других против Армении  
(Решение 20.07.2010, No. 13916/06)**

По обоим делам 11 граждан Армении подали жалобу в Европейский суд по правам человека, опираясь на право на собственность, и ссылаясь на то, что их земельные участки и дома в Ереване были отчуждены вопреки требованиям Конвенции. Планировалось осуществление крупных проектов.

Европейский суд по правам человека решил, что отчуждением нарушены требования ст. 1 Первого Дополнительного Протокола Конвенции. Компенсации судом в пользу жалобщиков в данном деле предусмотрены не были.

2. Европейский суд по правам человека вынес решения за период от 01.09.2009 до 31.12.2010 по 22 делам по фактам нарушения Конвенции **азербайджанскими авторитетами**. В шести случаях суд счел недопустимыми жалобы (Nos. 5763/07, 4582/06, 36084/06, 16133/08, 36122/06 и 4242/07). Остальные шесть дел

были изъяты из Реестра (Nos. 20889/05, 13648/06, 26216/08, 26287/06, 46193/08 и 11916/06).

В упомянутых судебных решениях установлены, в основном, нарушения ст. 2 (Право на жизнь), ст. 3 (Запрещение пыток), ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность), ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство), ст. 10 (Свобода выражения мнения), ст. 11 (Свобода собраний и объединений), а также ст. 1 (Защита собственности) и ст. 3 Первого Дополнительного Протокола (Право на свободные выборы).

**Дело Тебиети против Азербайджана  
(Решение от 08.10.2009, No. 37083/03)**

Жалобщица является некоммерческой организацией в сфере защиты окружающей среды, действующей в Азербайджане с 1995 по 2002 г. На основании определенных нарушений азербайджанского права и собственного Устава она была упразднена судебным решением в марте 2003 г.

Европейский суд по правам человека установил по данному делу ввиду несоразмерности меры – отсутствия независимого судебного следствия – факт нарушения ст. 11 Конвенции. Жалобщице была выплачена компенсация в объеме 8 000 евро.

**Дело Максимова против Азербайджана  
(Решение от 08.10.2009, No. 38228/05,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции)**

**Дело Сейдзадэ против Азербайджана  
(Решение от 03.12.2009, No. 37700/05)**

Жалобщик является гражданином Азербайджана, который подал заявление в Центральную Избирательную Комиссию на допуск в качестве кандидата к парламентским выборам в ноябре 2005 г. Он долгое время выполнял полномочия в наблюдательном совете мусульман Кавказа. Несмотря на то, что он уже не осуществлял профессиональных религиозных обязанностей, Центральная Избирательная Комиссия, а впоследствии и суды, отказали ему в регистрации в качестве кандидата.

Европейский суд по правам человека решил, что исключение данного кандидата от участия в парламентских выборах было нарушением ст. 3 Первого Дополнительного Протокола к Конвенции, определив жалобщику компенсацию в размере 7 500 евро.

**Дело Гумбатова против Азербайджана  
(Решение от 03.12.2009, No. 13652/06,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции)**  
**и**

**Дело Мирзаева против Азербайджана  
(Решение от 03.12.2009, No. 50187/06,**

**нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции)****Дело Михаила Маммадова против  
Азербайджана  
(Решение от 17.12.2009, No. 4762/05)**

Жалобщик является этническим азербайджанцем и вынужденно перемещенным лицом из Нагорного Карабаха. Во время выселения из нелегально занятого его семьей жилого помещения супруга жалобщика покончила жизнь самоубийством, облив себя керосином. Жалобщик утверждает, что полиция спровоцировала самоубийства, во всяком случае ничего не сделала, чтобы предотвратить его, хотя могла это.

Европейский суд по правам человека установил факт нарушения ст. 2 Конвенции, однако только в той части, что во время судебного следствия не были исследованы фактические обстоятельства для выявления виновной ответственности государства. Жалобщик получил компенсацию величиной в 20 000 евро.

**Дело Джафарова против Азербайджана  
(Решение от 17.12.2009, No. 4762/06,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции)****Дело Намата Алиева против Азербайджана  
(Решение от 08.04.2010, No. 18705/06)**

Азербайджанский жалобщик был кандидатом оппозиционной партии «Азадлык» во время парламентских выборов в ноябре 2005 г. Согласно протоколу Центральной Избирательной Комиссии, он получил в одном из избирательных участков всего 14,19% голосов. Жалобщик говорил о многочисленных нарушениях во время парламентских выборов, подтвержденных также наблюдателями ОБСЕ. Центральная Избирательная Комиссия и суды отказали ему ввиду необоснованности своих требований.

Европейский суд по правам человека установил нарушение ст. 3 Первого Дополнительного Протокола к Конвенции, поскольку поведение Центральной Избирательной Комиссии и судов было недостаточным обеспечением защиты его пассивного избирательного права.

**Дело Фатулаева против Азербайджана  
(Решение от 22.04.2010, No. 40984/07)**

Жалобщик – гражданин Азербайджана – является учредителем и главным редактором двух ежедневных газет, в том числе, русскоязычного издания «Реальный Азербайджан». Он известен своим крайне критическим отношением к правительству. Из-за

опубликования политических статей в газете «Реальный Азербайджан» он по двум уголовным делам был приговорен в общей сложности к 8 ½ годам лишения свободы. Суд по гражданским делам присудил ему опровержение статьи и выплату возмещения вреда в размере 17 000 евро.

Европейский суд по правам человека установил в уголовных делах нарушение ст. 10, ст. 6 ч. 1 и 2 Конвенции.

**Дело Пульмаммадовой против Азербайджана  
(Решение от 22.04.2010, No. 38798/07,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции и ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции,  
компенсация: 4 800 евро)  
и****Дело Михаила Гасанова против Азербайджана  
(Решение от 22.04.2010, No. 50757/07,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции и ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции,  
компенсация: 4 800 евро)****Дело Гараева против Азербайджана  
(Решение от 10.06.2010, No. 53688/08)**

Жалобщик, являющийся гражданином Узбекистана, был задержан в апреле 2008г. в обвинении в шестикратно убийстве и членовредительстве трупов и взят под депортационную стражу. Он утверждал, что в случае депортации в Узбекистан ему грозило бы – как и в прошлом – преследование и пытки. Жалобщик утверждал, что решение о депортации не соответствовало закону и не было проверено судом.

Европейский суд по правам человека установил, что в случае депортации была бы нарушена ст. 3, а также ст. 5 ч. 1 и ч. 4, ст. 13 Конвенции. Суд определил также компенсацию в размере 16 000 евро.

**Дело Галиевой против Азербайджана  
(Решение от 08.07.2010, No. 50766/07,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции и ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции,  
компенсация: от 1 600 до 4 800 евро)  
и****Дело Исгандарова и других против  
Азербайджана  
(Решение от 08.07.2010, No. 50711/07,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции и ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции,  
компенсация: от 1 600 до 4 800 евро)****Дело Джафарли и других против  
Азербайджана  
(Решение от 08.07.2010, No. 36079/06,**



**нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции и ст. 1 Первого Дополнительного Протокола к Конвенции)****Дело Керимовой против Азербайджана  
(Решение от 30.09.2010, No. 20799/06)**

Жалобщица, которая является гражданкой Азербайджана, была кандидатом от оппозиционной партии «Азадлык» на парламентских выборах в ноябре 2005 г. Согласно избирательному протоколу, она победила на своем избирательном участке. После того, как стало известно о подделке избирательных протоколов, голоса были пересчитаны заново. Несмотря на то, что количество полученных жалобщицей голосов сократилось после пересчета, она, тем не менее, осталась победителем на своем избирательном участке. После этого итоги выборов на данном избирательном участке были признаны недействительными.

Европейский суд по правам человека счел несправедливым и произвольным факт признания недействительным итогового протокола избирательного участка, установив факт нарушения ст. 3 Первого Дополнительного Протокола к Конвенции. Жалобщица получила также 50 000 евро в качестве возмещения материального вреда и 1 600 евро – в качестве возмещения нематериального вреда.

**Дело Сафаровой и других против  
Азербайджана  
(Решение от 14.10.2010, No. 35507/07,  
нарушение ст. 6 ч. 1, ст. 13 Конвенции и ст.  
1 Первого Дополнительного Протокола к  
Конвенции)****Дело Фархада Алиева против Азербайджана  
(Решение от 09.11.2010, No. 37138/06)**

и

**Дело Салаева против Азербайджана  
(Решение от 09.11.2010, No. 40900/05, не  
вступал в законную силу)**

Жалобщики – граждане Азербайджана: Фархад Алиев, бывший министр экономического развития и Салаев, бывший президент Академии наук Азербайджана. Фархад Алиев был задержан по обвинению в государственном перевороте и в попытке захвата власти изначально на несколько часов, а в последствии в течение нескольких дней в предварительном заключении без судебного определения. После принятия судебного определения жалобщик находился в общей сложности два года и шесть дней в предварительном заключении. Адвокат не присутствовал на допросах. Салаев был вызван по данному делу в качестве свидетеля, находясь в течение семи часов в предварительном заключении без судебного определения.

Европейский суд по правам человека установил в части условий содержания в предварительном заключении нарушение ст. 5 ч. 1, 3 и 4, а также ст. 6 ч. 2 Конвенции.

**Дело фирмы Фабэр и Джафарова против  
Азербайджана  
(Решение от 25.11.2010, No. 3365/08,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции и ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции,  
компенсация: 4 800 евро)****Дело Марадвердиева против Азербайджана  
(Решение от 09.12.2010, No. 16966/06)**

Жалобщик, являющийся гражданином Азербайджана, был задержан в качестве свидетеля при парламентских выборах Азербайджана в ноябре 2005 г. по обвинению в государственном перевороте и находился в течение одного года и девяти месяцев в предварительном заключении. Предварительное заключение было неоднократно продлено. В октябре 2005 г. до осуждения стало известно, что жалобщик был задержан по обвинению в государственном перевороте, который он готовил в конспиративном объединении совместно с другими высокопоставленными государственными лицами.

Европейский суд по правам человека установил факт нарушения ст. 5 ч. 3 Конвенции из-за длительности пребывания в предварительном заключении, а также нарушение ст. 6 ч. 2 Конвенции по части предварительного публичного осуждения.

**Дело Измайловой против Азербайджана  
(Решение от 09.12.2010, No. 18696/08,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции и ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции).**

3. Европейский суд по правам человека обнаружил в шести случаях за период от 01.09.2009 по 31.12.2010 факты нарушения Конвенции **грузинскими авторитетами**. В шести остальных случаях жалобы были признаны недопустимыми (Nos. 55793/09, 44328/05, 40091/04, 9297/08, 21519/05 и 46365/06). Девять дел были изъяты из Реестра (Nos. 19358/09, 14127/05, 16956/09, 32553/04, 52196/08, 28263/07, 6024/10, 9934/10 и 43253/08).

В упомянутых судебных решениях установлены, в основном, нарушения ст. 2 (Право на жизнь), ст. 3 (Запрещение пыток), ст. 5 (Право на свободу и на личную неприкосновенность), ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство), ст. 8 (Право на уважение частной и семейной жизни), а также ст. 1 (Защита собственности) Первого Дополнительного Протокола (Право на свободные выборы).

**Дело Горгиладзе против Грузии  
(Решение от 20.10.2009, No. 4313/04)**

Жалобщик, являющийся гражданином Грузии, был приговорен в 2003 г. по обвинению в убийстве к 18 годам лишения свободы и отбывает наказание в Тбилиси. С одной стороны, он обжаловал неудовлетворительные условия заключения, а, с другой стороны, перегрузку камеры и отсутствие элементарных гигиенических условий. Помимо этого, жалобщик утверждал, что состав судебной палаты первой инстанции был незаконным.

Европейский суд по правам человека обнаружил факт нарушения ст. 3 и ст. 6 ч. 1 Конвенции, выплатив жалобщику компенсацию величиной в 5 000 евро.

**Дело Панджикидзе и других против Грузии  
(Решение от 27.10.2009, No. 30323/02)**

Жалобщики, которые являются гражданами Грузии, были задержаны в мае 1999 г. В декабре того же года им было предъявлено обвинение за участие в заговоре и в подготовке государственного переворота. В ноябре 2001 г. Палата по уголовным делам Верховного суда Грузии, состоящая из одного профессионального судьи и двух судебных заседателей, приговорила каждого подсудимого из-за государственной измены к трем годам лишения свободы. В январе 2002 г. Палата по уголовным делам Верховного суда Грузии, состоящая из трех профессиональных судей, оставила в силе данный приговор.

Поскольку полномочия судебных заседателей не были в должной степени урегулированы законом, Европейский суд по правам человека обнаружил факт нарушения ст. 6 ч. 1 Конвенции.

**Дело Клауса и Юрия Киладзе против Грузии  
(Решение от 02.02.2010, No. 7975/06)**

Оба жалобщика – граждане Грузии – являются братьями и жертвами политических репрессий советского периода. В 1998 г. они потребовали возмещения причиненного им за этот период материального и нематериального ущерба в соответствии с действующим законом. Им было отказано в выплате компенсации.

Европейский суд по правам человека установил факт нарушения ст. 1 Первого Дополнительного Протокола к Конвенции, удовлетворив требование братьев о выплате им компенсации величиной в 4 000 евро.

**Дело Сагинадзе и других против Грузии  
(Решение от 27.05.2010, No. 18768/05)**

Истцом является грузинская семья, которая состоит из вынужденно переселенных лиц из Абхазии. В рамках занимаемой должности в Министерстве внутренних дел Грузии глава семьи получил квартиру на окраине Тбилиси. В июне 2004 г. жалобщик был освобожден от занимаемой должности, а в ноябре 2004 г. семья была выселена из квартиры отрядом специального назначения, состоящим из 60 человек. Гражданское судопроизводство и уголовное дело не принесли успеха. В июне 2006 г. глава семьи был задержан и переведен в предварительное заключение. С 2007 г. он отбывает семилетнее наказание ввиду злоупотребления должностными полномочиями.

Европейский суд по правам человека установил факты нарушения грузинскими авторитетами прав жалобщика по ст. 5 ч. 3 и 4, ст. 8, а также ст. 1 Первого Дополнительного Протокола к Конвенции, выплатив ему компенсацию в 15 000 евро.

**Дело Чичинадзе против Грузии  
(Решение от 27.05.2010, No. 18156/05,  
нарушение ст. 6 ч. 1 Конвенции и ст. 1 Первого  
Дополнительного Протокола к Конвенции,  
компенсация: 5 000 евро)****Дело Хаиндрава и Дзамашвили против Грузии  
(Решение от 08.06.2010, No. 18183/05)**

Жалобщики являются супругами и гражданами Грузии. В 1997 г. из-за семейной вражды на супруга было совершено покушение посредством заказных убийц. Жалобщик захватил совершающих нападение и передал их компетентным государственным правоохранительным органам, которые отказались проводить следствие в 2000, 2001, 2002 и 2004 годах. Вместо этого был задержан сам жалобщик и приговорен к семи годам лишения свободы с целью предотвращения кровной мести.

Европейский суд по правам человека определил, что грузинские правоохранительные органы недостаточно исследовали факт покушения на жизнь жалобщика и установил факт нарушения ст. 2 Конвенции в части процессуально-правовых аспектов. Жалобщику также была удовлетворена выплата компенсации в размере 12 000 евро.

## Особенности решения вопросов, возникающих в грузинском административном судопроизводстве в процессе рассмотрения споров, вытекающих из отношений трудового права

Нино Кадагидзе<sup>1</sup>

### I. Предисловие

*Динамичность публичного права, сложность системы юрисдикции, отсутствие чёткого разграничения между публичным и частным правами обусловили то обстоятельство, что спустя десять с лишним лет со дня введения Общего Административного и Административно- процессуального кодекса и сегодня актуален вопрос о подсудности предмета. В соответствии со статьей 42 Конституции Грузии, каждое лицо должно быть осуждено только судом, к юрисдикции которого относится его дело. Исходя из указанного конституционного принципа, подсудность дела тому или иному суду приобрела принципиальное значение. Предлагаемая статья представляет попытку представить несколько аспектов той проблемы, перед которой оказалась судебная система в процессе решения вопроса о подсудности.*

### II. Административное судопроизводство в Грузии

Современное грузинское право, подобно системе романо-германского права, подразделяется на публичный и частный правопорядки. Нельзя сказать, чтобы вопрос разделения частного и публичного прав был чужд грузинскому праву. В Грузии на всех этапах развития права рассуждения и дискуссии проходили на теоретическом уровне. Путём принятия регулирующих различные публично-правовые отношения актов была предпринята попытка разделить эти отрасли на законодательном уровне. Но следует отметить, что в Грузии разделение этих двух отраслей произошло практически после того, как был принят Общий Административный кодекс Грузии.

Принципиальное отличие административно-правовых отношений от частноправовых, вертикальный характер регуляции отношений между государствен-

ным органом и гражданином и построенная на неравноправии лиц природа способствовали актуальности введения в стране режима дифференцированного судопроизводства.

Согласно Конституции Грузии и органическому закону Грузии «Об общих судах», в Грузии действует единая система общих судов (районные (гражданские) суды, апелляционные суды и Верховный суд Грузии), которая не предусматривает существование отдельно административного суда как такового. Но тем не менее существует «административный суд», который руководствуется Административно-процессуальным кодексом, основанном на других принципах судопроизводства и функционирует как органическая часть единой судебной системы в виде отдельных палат и коллегий в гражданских, апелляционных и кассационных инстанциях.

На первом же этапе введения административно-процессуального законодательства в судебной практике болезненным стал вопрос об обязательности рассмотрения дела с соблюдением правил подсудности. Рассмотрение дела неподсудным судом считалось рассмотрением дела незаконным составом и с указанием на подпункт «а» статьи 394 Гражданско-процессуального кодекса Грузии как абсолютное основание вызывало отмену дела.

Вопрос о том, насколько правомерны были столь строгий подход и отмена решения с указанием того мотива, что дело рассмотрено «незаконным составом суда», стал предметом обсуждения среди судей. Возник вопрос, можно ли объявить суд «незаконным составом» только потому, что он вольно или невольно рассмотрел неподсудное ему дело.

В конце концов, по указанному вопросу был достигнут консенсус и принято решение, что незаконный состав суда – это внутренний характерный признак этого состава. В любом случае он останется таким, несмотря на то, будет ли он рассматривать дело с соблюдением порядка подсудности или нет. Незаконный состав суда никогда не сможет стать законным, если не будет искоренена та причина, которая обусловила незаконность этого состава.

Правда, уже нет указания об отмене дела, рассмотренного с нарушением порядка подсудности, по причине указанного обстоятельства. На этом этапе подход к делу изменился таким образом, что считается недопустимым рассмотрение дела в правопроездственном порядке, построенном на разных принципах, и само по себе то обстоятельство, что правосудие свершилось с использованием тех принципов судопроизводства, которые не должны были быть

<sup>1</sup> Нино Кадагидзе является судьей Верховного суда Грузии

использованы, считается нарушением процессуального законодательства, из которого вытекает отмена решения.

Не отвергая правомерности такого решения вопроса, считаю, что указанное решение не снимает с повестки дня ряд проблем. Например, возникает вопрос, нет ли противоречия между таким фундаментальным принципом права, как диспозиция сторон, и принципом состязательности. Суд обязан, строго соблюдая принцип законности, исполнить тот заказ, который ему дали стороны. Суд не может выйти за рамки требования сторон и поэтому находится в строгих рамках требования. В тех условиях, когда сторона не требует отмены решения с указанием на мотив, что её дело рассмотрел неподсудный суд, а её претензия заключается только в неправильном присуждении правовых категорий со стороны суда, насколько суд правомочен только с указанием на тот мотив, что дело рассмотрено в порядке правопроизводства, построенного на других принципах, отменить решение, даже в той обстановке, когда очевидны правильность решения и правовая бесперспективность требования? Думается, что это решение отрицательно действует на экономичность процесса.

Следует отметить, что в Грузии переход на новый законодательный процесс и другие правовые регуляции не прошёл без проблем. Ряд вопросов в связи с рассмотрением споров, вытекающих из отношений трудового права, актуален по-прежнему и по сегодняшний день. Прежде чем коснуться проблемы подсудности, которая возникает относительно споров указанной категории, хочу остановиться на вопросе, который появился на повестке дня с того момента, когда административное законодательство предложило обновлённую дефиницию «административного акта» и в грузинское законодательное пространство вошло новое понятие «административный договор».

Возник вопрос, на какие нормы должно опираться решение споров, вытекающих из трудовые отношения. В частности, вопрос о том, должно ли рассматриваться возникновение и прекращение трудовых отношений между сторонами на основании договорных норм, или их следовало оценивать под углом законности акта?

Разнобой мнений и несовпадение практики привели к тому, что Палата по административным делам Верховного суда Грузии сочла необходимым поставить вопрос на обсуждение Верховного суда Грузии.

21 октября 2002 года Большая палата Верховного суда Грузии приняла решение, в котором указала, что принятый приказ об освобождении от должности государственного чиновника, хотя, с формально-материальной точки зрения, и содержит все элементы легальной дефиниции административного акта, предусмотренные пунктом «г» первой части статьи 2 Общего

административного кодекса, но результат приказа - прекращение публично-трудовых отношений, поэтому приказ о приёме на работу и освобождении от работы работника не является административным актом, а представляет собой одностороннее проявление воли административного органа, которая направлена на возникновение, смену или прекращение публично-трудовых правоотношений.

Исходя из указанного, Большая палата Верховного суда Грузии постановила, что споры о законности принятых приказов, связанных с приёмом-освобождением на службу, должны были рассматриваться в комплексном единстве, как связанные с заключением-расторжением административного договора, и суд должен был рассуждать не об административном акте, а о законности прекращения административного договора (дело №3г-ад-23г-02.21.10.2002 г.<sup>2</sup>).

Несмотря на вышеуказанное решение Большой палаты Верховного суда Грузии, не прекращалась дискуссия о том, было ли правомерно заключать трудовые споры в рамках регуляции договорных отношений, в результате чего указанный вопрос вновь встал на повестку дня, и Большая палата Верховного суда Грузии повторно вернулась к рассмотрению указанного вопроса 7 октября 2005 года (дело №бс-713-300 (к-05) 07.10.2005 г.<sup>3</sup>). Следует отметить, что последнее решение совершенно изменило судебную практику.

Большая палата Верховного суда Грузии указала, что для установления формы проявления воли административного органа достаточен факт издания в виде правового акта (приказа, распоряжения и т.д.), даже тогда, когда административный орган в противовес требованиям законодательства избирает неправильную форму деятельности. Судебная власть не имеет права (возможности) исправить недостаток посредством изменения его названия и предложить субъекту (адресату) административного акта другое средство защиты его права.

Большая палата Верховного суда указала, что сделка есть проявление односторонней, двухсторонней и многосторонней воли, которая направлена на возникновение, изменение или прекращение правовых отношений. Когда возникновение, изменение или прекращение правовых отношений зависит от воли одного лица, то это называется односторонней сделкой. При прекращении трудовых правовых отношений проявление воли административного органа вытекает не из желания заключения или прекращения сделки, а из законного правомочия осуществить публично-правовое отношение и при выполнении этой управленческой функции он осуществляет проявление воли не

<sup>2</sup> Решения Большой палаты Верховного суда, 2003-2004, с.73-823

<sup>3</sup> Решения Большой палаты Верховного суда, 2003-2004, с.73-823

в форме договора, а принятием административного акта, который обязателен к исполнению.

На основании всего вышесказанного Большая палата Верховного суда Грузии сочла, что приказы о возникновении-прекращении трудовых отношений следовало рассматривать не как административную сделку, а как индивидуальный административно-правовой акт и проверка его законности должна была происходить именно с этой точки зрения.

После решения Большой палаты Верховного суда Грузии грузинское правосудие оценивает решение, принятое об освобождении публичного служащего от службы, именно с точки зрения соответствия индивидуальному административно-правовому акту. Думается, такой подход помимо правовой корректности, даёт более высокие гарантии защиты публичного служащего. В частности, суд изучает не только законность принятого решения об освобождении, но и проверку правильности процедур принятия этого акта с формальной точки зрения, т.е. законность издания акта. Это, со своей стороны, обязывает административный орган в каждом конкретном случае обосновать путём административного производства правомерность принятого им решения. Вместе с тем, в тех условиях, если суд установит, что нарушены формальные требования, установленные для издания акта, суд признаёт акт недействительным с формальной точки зрения и обязывает административный орган изучить обстоятельства дела и после исследования спорного вопроса принять новый индивидуальный административно-правовой акт. В таких условиях считается, что акт вовсе не был принят, и до издания нового акта лицу будут возмещены вынужденный простой.

Несмотря на укоренившуюся практику, существует и противоположное мнение, согласно которому считается, что признание акта формально недействительным не может стать основанием для восстановления лица в первоначальных правах, хотя бы временного, и не должно стать предпосылкой возмещения вынужденных прогулов. В противном случае будет стерта грань между признанием акта недействительным по существу и признанием акта формально недействительным.

Не разделяя вышеуказанного мнения, считаю, что, исходя именно из неоднородной природы, которая характерна для административного законодательства, административный орган обязан действовать в рамках законности, что сведёт к минимуму своеволие административного органа и обеспечит возможность полностью задействовать судебный контроль. Можно сказать, что это является своего рода механизмом наказания административного органа ввиду того, что он не задействовал в полной мере и в частых случаях вовсе не использовал процедуру административного производства, не дал возможности физическому лицу

защитить себя, не выслушал его соображения и аргументы и решил вопрос только с использованием своего доминирующего положения.

Думается, что такой подход к вопросу со стороны суда будет способствовать полноценному внедрению культуры административного производства и сделает более действенными те правовые механизмы, без которых невозможно представить развитие правового государства.

Надо отметить, что в стране по-прежнему актуален вопрос разделения споров, вытекающих из гражданских трудовых отношений, и трудовых споров, вытекающих из административно-правовых отношений. Несмотря на то, что общие критерии довольно чётко сформулированы, по сегодняшний день вызывает спор, например, правовая природа споров, вытекающих из трудовых отношений сотрудников, занятых в юридических лицах публичного права.

В соответствии со статьёй 2 закона Грузии «О юридических лицах публичного права», юридическое лицо публичного права - это организация, созданная по соответствующему закону, указом президента Грузии или административно-правовым актом органа государственного управления на основании закона, которая под контролем государства независимо осуществляет политическую, государственную, социальную, образовательную, культурную и другую деятельность.

Ясно, что чаще всего юридические лица публичного права создаются именно с целью осуществления функций управленческого характера. Несмотря на это, сотрудник юридического лица публичного права не удовлетворяет критерии, установленные для чиновника законом Грузии «О публичной службе». Согласно указанному закону, чиновник - это гражданин Грузии, который по установленному законом порядку и в соответствии с занимаемой должностью осуществляет вознаграждаемую деятельность в государственном учреждении или учреждении местного самоуправления.

В процессе толкования нормы суды сформулировали мнение, что недопустимо считать чиновником то лицо, которое не вменяется в легальную дефиницию публичного служащего, регламентированную законом «О публичной службе». Суды постановили, что спор об освобождении от службы рядового сотрудника юридического лица публичного права и возмещении вынужденного простоя не относится к спорам, подсудным административному правопроизводству ввиду трёх основных причин; 1. приказ об освобождении от службы сотрудника юридического лица публичного права издаётся, как правило, на основании Трудового кодекса, который представляет собой законодательный акт частного права; 2. статья 2 закона Грузии «О публичной службе» регламентирует понятие казённо-

го (бюджетного) учреждения и даёт исчерпывающий перечень тех государственных учреждений, деятельность в которых считается публичной службой, но в нём не упоминается указанное юридическое лицо публичного права; 3. сотрудники юридического лица публичного права (юлпп) не входят в современный «Реестр публичных служащих».

Следует принять во внимание, что различный подход к руководителям юлпп сформировался на основании того, что руководителя юлпп, в отличие от рядового сотрудника, назначает на должность и освобождает от должности президент Грузии или установленный законом (указом президента) государственный орган управления. И в то же время деятельность руководителя юлпп носит управленческий характер, а также включает в себя элементы государственного контроля, а также государственного ограничения власти руководителя на определенные виды деятельности. Соответственно, назначение на должность и освобождение от должности руководителя юлпп происходит посредством индивидуального административно-правового акта, принятого административным органом.

С точки зрения легального толкования норм, думается, что такое разделение не должно создавать проблем, хотя есть определенные сомнения: не происходит ли разделение по чисто формальному признаку актов о назначении-освобождении сотрудника и руководителя юлпп; насколько возможно, ввиду неполного законодательного пространства, чтобы суд заполнил это пространство на основании толкования и присвоил руководителю юлпп один статус, а рядовому сотруднику другой. В этом случае, может быть, отправной точкой должна стать правовая природа того самого юридического лица, где занято физическое лицо. Фактом является, что главное различие между юридическими лицами частного и публичного права заключается в свободе осуществления цели. На возникновение и деятельность юридического лица частного права полностью распространяется принцип частной автономии. Оно является полноправным членом гражданского оборота и имеет право осуществлять разрешённую законом любую деятельность, даже в тех условиях, когда в его уставе нет специального указания на эту деятельность, чего нельзя сказать о юлпп. Государство создаёт его для достижения определённой конкретной цели. На протяжении своего существования оно остается под контролем государства и не является полноправным членом гражданского оборота. Таким образом, в отношении юлпп мы имеем дело с построенными на государственном контроле отношениями, ввиду чего, думается, во все сферы функционирования юлпп глубоко вторглись элементы публичного права, с регуляциями, характерными для последнего. Учитывая это, подчинение дел, связанных с указанными юридическими лицами суду, построен-

ному на других принципах правопроизводства, может представлять собой определенное несоответствие. Поэтому, будет лучше, если разделение спорного вопроса произойдёт на законодательном уровне, чтобы довести до минимума возможность свободной интерпретации норм.

# Европейский суд по правам человека: Дело Хаиндрава и Дзамашвили против Грузии (№ 18183/05)

Елена Филеева<sup>1</sup>

8 июня 2010 года Европейский Суд по правам человека, рассмотрев иск Хаиндрава и Дзамашвили, вынес очередное решение против Грузии<sup>2</sup>. Данное дело следует отметить с точки зрения последовательного развития практики Европейского Суда в отношении статьи 2 Конвенции. Суд в данном деле в своих высказываниях еще больше утвердился в мнении, что при попадании в опасные для жизни обстоятельства имеет место нарушение предусмотренного Конвенцией права на жизнь, а кроме того, он указал на действие Конвенции по отношению к имеющим место до ратификации Конвенции Грузией нарушениям, подтвердив ее действие.

Заявители - Гиви Хаиндрава и его жена - Мари Дзамашвили - проживали в г. Тбилиси. В 1997 году на заявителя и заявительницу в их собственном доме в г. Мартвили (регион Грузии) произошло нападение. Нападающие жестоко избили и также ударили обоим оружием по голове; в результате удара оба оказались на полу.

На следующий день семья заявителя внесла заявление в прокуратуру, но со стороны правоохранительных органов не последовало никакого реагирования. Нападавшие после неудачной попытки убийства продолжали угрожать заявителю и предлагали встретиться. После этого сам пострадавший 24 сентября 1998 года назначил им встречу таким образом, чтобы у прокурора и следователя была возможность допросить их. Данная встреча была также заснята заявителем. На видеозаписи запечатлено, что нападающие удостоверили совершенное ими нападение и объяснили это тем, что организатором данного дела был некто А.Г. (как выяснилось впоследствии, между заявителем и заказчиком преступления существовала долготлетняя вражда). В случае смертельного исхода заявителя им было обещано вознаграждение в 50 000 долларов, а в случае, если Хаиндрава останется в живых - сумма в 1 500 долларов. На пленке также была запечатлена информация о нападающих, которые находились в розыске за совершение различных преступлений, в том числе, за убийство и похищение. Один из них разыскивался по причине побега из тюрьмы. Кроме того, выяснилось, что криминалы действо-

вали при поддержке одного из сотрудников полиции. Во время встречи заявитель выразил прокурору свое мнение о том, что теперь пришло время для действий со стороны прокуратуры, и она ответственна за любые последствия, которые могут иметь место в дальнейшем. После этого со стороны районного прокурора к криминалам последовало предложение - в качестве гуманного жеста прекратить деяния в отношении заявителя, на что последовал отказ.

Впоследствии, в 2000 году заявитель был задержан по обвинению в вымогательстве, незаконном транспортировании оружия и незаконном задержании одного из детей А.Г. (проследшем в 1994 году). По мнению Хаиндрава, реальной причиной задержания явился тот факт, что дети А. Г. (двое его детей занимали посты в полиции) опасались мести заявителя и задержали его, чем обеспечили безопасность отца. Задержанию предшествовала встреча Хаиндрава с А. Г., но содержание происшедшего между ними разговора осталось неизвестным.

Спустя некоторое время, при производстве другого уголовного дела третье лицо, некто К. заявил, что, с двумя остальными нападающими, с целью нападения на Хаиндрава, в ночь нападения он также присутствовал в доме Хаиндрава. По утверждению К., двое остальных нападающих объявились в доме Хаиндрава по своему собственному желанию, а не по заказу А. Г., а то, что они указывали на А. Г. причиной этому явилось то, что Хаиндрава нашел их и после избиения потребовал, чтобы они указали на А. Г. как на заказчика наемного убийства. Впоследствии, К., уже находясь в заключении, из тюрьмы обратился к судебным и следственным инстанциям и известил их о том, что он дал подобное показание под принуждением А. Г..

По жалобе второй заявительницы - Дзамашвили - в Генеральную прокуратуру и по ее указанию, прокуратура Мартвили рассмотрела материалы дела, включая видеозапись. Были проведены некоторые процессуальные действия, в том числе допросы. Но заявитель и К. отказались от дачи показаний, а также не высказались о том, что у них имелись некоторые сомнения в независимости и непредвзятости проводящего расследование прокурора. Что касается А.Г., он отрицал свое участие в данном инциденте по неимению оснований для убийства. Само собой, дело было закрыто, но в дальнейшем, по решению Генеральной прокуратуры, производство по делу, с целью проведения нового расследования, было возбуждено заново. Генеральная Прокуратура переслала дело для дальнейшего расследования в региональную прокуратуру, но дело и на этот раз не продвинулось. После опубликования женой заявителя открытого письма на имя Президента Грузии, были допрошены участвующие во встрече 24 сентября 1998 года прокуроры, которые показали, что когда они вернулись в

<sup>1</sup> Елена Филеева является юристом н/о «Статья 42 Конституции Грузии», адвокат с общей специализацией, член правления организации.

<sup>2</sup> Адвокатами заявителей являются Заза Хатиашвили (председатель Ассоциации Адвокатов Грузии) и Цира Джавахишвили (юрист организации «Статья 42 Конституции Грузии»).

тот день после встречи, один из них словестно извещил о проследшем регионального прокурора.

После этого жена заявителя обратилась к прокурору Мартвили с целью принятия мер в отношении мужа. Сам Хаиндрава тоже обратился в Генеральную Прокуратуру с требованием возбуждения уголовного дела. Он заявлял, что у новой власти (пришедшей после т. н. «революции роз» в 2003 году) наблюдается политика расследования дел старых государственных служащих, обвиненных в злостном злоупотреблении должностями. Он высказывал надежду, что теперь, возможно, произойдет расследование его дела. Однако, прокуратура не исполнила его требования. Бездействие было опротестовано Хаиндрава в административном порядке по факту бездействия должностных лиц, но безрезультатно. Материалы данного производства не были представлены впоследствии Правительством Грузии перед Европейским Судом по его просьбе.

Исчерпав свои надежды на опротестование на национальном уровне, Хаиндрава и Дзамашвили обратились в Страсбургский Суд. Перед Европейским Судом по правам человека они ссылались на нарушение статей 2, 3, 6 и 13 Европейской конвенции по правам человека.

#### **Суд следующим образом рассмотрел данный иск:**

Опираясь на уже существующую практику Европейского Суда<sup>3</sup>, Суд в данном деле повторил, что в рамках целей статьи 2, обязанность проведения эффективного расследования представляет собой отдельный аспект. С этой точки зрения, государство, в рамках статьи 2 Конвенции, имеет неотъемлемую обязанность по расследованию преступления, даже если оно имело место до присоединения Грузии к Конвенции<sup>4</sup>. Более того, исходя из требований статьи 2, он также посчитал, что им в данном деле тщательно должна быть рассмотрена обязанность государства по проведению эффективного расследования.

Суд последовательно пришел к следующим выводам. Опираясь на предыдущие решения, в частности, *McCann et autres c. Royaume-Uni* (27 septembre 1995, §§ 161-163, serie A n° 324), он повторил, что у него не вызывал сомнений тот факт, что несмотря на то, что заявитель остался жив, его жизнь по причине нападения находилась в опасных для жизни обстоятельствах. Суд напомнил значение данного права, гарантированного Конвенцией: «Первое предложение статьи 2 обязывает государство не только воздерживаться от незаконного лишения жизни, но и также принять все необходимые меры для защиты жизни. Данное представляет главнейшую обязанность государства,

обеспечить право на жизнь созданием соответствующего законодательства, на основании которого будет действовать механизм превенции, пресечения и наказания (*Karagiannopoulos c. Grece*, n° 27850/03, § 53, 21 June 2007). Европейский Суд посчитал, что статья 2 также включает обязанность государства по принятию мер практического характера в отношении лиц, чья жизнь находится в опасности (*Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, n° 41773/98, § 51, 7 fevrier 2006).

Суд напомнил, что в свете статьи 2 Конвенции, обязанность защиты права на жизнь в комбинации со статьей 1 («...в рамках своей компетенции обеспечить определенные Конвенцией права и свободы...») означает и подразумевает то, что, когда разговор идет о факте насильственной смерти, должно быть обеспечено проведение официального расследования в любой форме (*Tahsin Acar c. Turquie* [GC], n° 26307/95, § 220, CEDH 2004-III).

Суд в данном деле тщательно расписал формулу расследования, которое должно иметь место при рассмотрении дела. Суд еще раз подчеркнул уже существующее в практике Суда мнение, что расследование по делу должно быть всесторонним, непредвзятым и соразмерным (*McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, §§161-163, serie A n° 324 и др.) а также независимым, доступным для членов семьи и эффективным с точки зрения темпа расследования и стремления к нему. Кроме того, оно должно давать обществу возможность наблюдения и, в идеальных случаях должно закончиться идентификацией ответственных лиц и их наказанием (*Varnava et autres c. Turquie* [GC], n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, § 191, CEDH 2009; *Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, § 88, CEDH 1999-III).

Суд высказал также свое мнение о качестве проведения расследования, высказавшись, что любой недостаток, который мог помешать выявлению ответственных лиц, может стать причиной неэффективности расследования в целом (*Aktaş c. Turquie*, n° 24351/94, § 300, CEDH 2003-V). Несмотря на то, что при расследовании дела существуют трудности и препятствия, быстрое реагирование и ответная реакция органов расследования по вопросу жизни и смерти является главнейшим фактором сохранения доверия общества к правосудию и способом предотвращения впечатления об его участии в незаконных актах (*McKerr c. Royaume-Uni*, n° 28883/95, §§ 111 et 114, CEDH 2001-III; *Brecknell c. Royaume-Uni*, n° 32457/04, § 65, 27 novembre 2007).

Суд посчитал, что в данном деле факты посягательства на жизнь были предоставлены в достаточном объеме как самим заявителем, так и его женой в прокуратуру, которая являлась компетентным в данном вопросе органом, но не отреагировала соответственно. Также, после допроса К., у прокуратуры имелись

<sup>3</sup> *Silih v. Sloveny*, 3 71463/01]] 148-151, 2009, *Moldovan et autres, et Rostas et autres c. Roumanie*, 3 41138/98 et 64320/01, 2001)

<sup>4</sup> Присоединение к Конвенции имело место 20 мая 1999 года



достаточные основания для соответствующего реагирования, чего не последовало.

Суд дал оценку этим действиям, отметив, что когда допросили К., в апреле 2000 года, представители прокуратуры заново были извещены о нападении на заявителя и угрозе для его жизни, но, несмотря на это, никакого реагирования не последовало. Дополнительно, заявитель потребовал проведения расследования по факту бездействия должностных лиц. Без ответа также остались заявления заявителя об отводе прокурора. Запрошенные страсбургским судом процедурные документы по административному делу, которое предположительно имело место при ведении уголовного дела, правительством Грузии не были предъявлены Суду.

Суд посчитал, что со стороны правоохранительных органов должны были последовать более активные действия, так как в их обязанность входит, в случае необходимости, проверка информации в любое время. Сотрудники государственной власти, с целью сбора необходимых доказательств, обязаны принять все имеющиеся в их компетенции разумные меры. На обязанность возбуждения уголовного дела не повлияла и правовая реформа 25 марта 2005 года<sup>5</sup>. Несмотря на повторную просьбу заявителя, со стороны представителей государственной власти не последовало никакого реагирования, кроме происшедшей между прокурором и предполагаемыми преступниками встречи. Действительно, прокуроры встретились с предполагаемыми преступниками, но после этого не последовало соответствующего реагирования.

Генеральная прокуратура же, по мнению Суда, оказавшись налицо с фактом бездействия регионального прокурора, несмотря на попытку последнего обеспечить сотрудничество, не среагировала эффективно, несмотря на настоятельные требования заявителя.

Суд отметил, что из материалов дела выясняется, что заявитель, нападающие, предполагаемый организатор нападения, районный прокурор и его заместитель хорошо знали друг друга. Прокуроры были связаны с известной в обществе фигурой и выбрали позицию бездействия в ответ на законные требования заявителя. Страсбургский Суд высказал сожаление в отношении того, что невыполнение обязанностей со стороны определенных органов способствовало личной вражде, завершившейся заключением заявителя в тюрьму.

Исходя из этого, Суд пришел к мнению, что Правительство Грузии не обеспечило исполнения обязательств по проведению эффективного расследования по факту нападения на заявителя, чем нарушило позитивное обязательство, налагаемое Конвенцией.

Суд единолично посчитал, что имело место нарушение процедурного аспекта статьи 2 Конвенции.

Однако, тщательным образом рассмотрев статью 2, Суд не посчитал необходимым рассмотрение дела в свете статей 3, 6 и 13 в отношении заявителей, высказавшись, что признание нарушения по статье 2 заменяет признание всех остальных нарушений.<sup>6</sup> Данная позиция Суда вызывает сожаление, так как не высказано его мнение в отношении непроведения расследования - нарушение статьи 3, и косвенного отказа правоохранительных органов на требование возбуждения уголовного преследования - нарушение права на справедливое судебное разбирательство в свете статьи 6 Конвенции, в сочетании со статьей 13 Конвенции.

С учетом статьи 41 Конвенции, рассматривающей вопрос справедливого возмещения, Суд посчитал, что правительство обязано выплатить заявителю в качестве возмещения морального ущерба сумму в 12000 евро.

<sup>5</sup> В уголовное законодательство вошли изменения, но это не коснулось обязанности государственных органов по расследованию преступления

<sup>6</sup> дословно: «С установлением нарушения по статье 2 Конвенции Суд считает, что он рассмотрел в данной жалобе главный правовой вопрос» (§ 72)

# Европейский суд по правам человека: Дело Хаиндрава и Дзамашвили против Грузии

Нана Мчедлидзе<sup>1</sup>

## I. Введение

Судебное решение по делу «Хаиндрава против Грузии» представляет собой второе решение Европейского суда по правам человека в отношении нарушения права на жизнь одним из государств Южного Кавказа. Суд единогласно констатировал факт нарушения Статьи 2 Европейской Конвенции о защите прав человека в ее процессуальном аспекте, несмотря на то, что Суд не мог рассмотреть содержательный аспект статьи как несоответствующий критерию *ratione temporis*. Хотя Суд подтвердил прогрессивное изменение в своей судебной практике за последнее время, он не считал необходимым отдельно рассмотреть жалобы заявителя в связи со статьями 3, 6 и 13 Конвенции и разрешить существующие противоречия в этом отношении. Постановление приобрело статус окончательного решения в соответствии со статьей 44.2 Конвенции. Оно доступно только на французском языке.

На сегодняшний день существует только несколько постановлений Европейского суда по правам человека (далее «Суд») в отношении нарушений права на жизнь в пределах юрисдикции трех стран-членов Совета Европы, расположенных на Южном Кавказе. Первое такое постановление было принято по делу «Михаил Маммадов против Азербайджана» в 2009 году<sup>2</sup>, которое касалось нарушения прав на жизнь в деле о самоубийстве. Год спустя было принято еще одно решение по делу «Хаиндрава и Дзамашвили против Грузии», которое касалось неспособности властей расследовать покушение на жизнь физического лица<sup>3</sup>. Решений по поводу нарушения права на жизнь в отношении Армении пока принято не было.

Постановление суда по делу Хаиндрава имеет историческое значение. Это первое постановление, констатировавшее нарушение права на жизнь со стороны Грузии.<sup>4</sup> Оно было принято одиннадцать лет спустя после 20 мая 1999 года, когда в отношении Грузии вступила в силу Конвенция о защите прав человека и основных свобод («ЕКПЧ»).

Постановление по делу Хаиндрава примечательно тем, что оно поддержало избранный Судом за последнее время подход к рассмотрению процессуального аспекта Статьи 2 обособлено от ее содержательного аспекта. Это означает, что Суд может воспользоваться временной юрисдикцией над процессуальным аспектом этой статьи даже в тех случаях, когда ее содержательный аспект неприемлем как несоответствующий требованию *ratione temporis*. Этот подход был в значительной степени подтвержден в отношении эффективности расследования действий частных лиц. Далее, несмотря на то, что в деле Хаиндрава не имел места фактический смертельный исход, Суд считал, что процессуальные обязательства должны вступить в силу.

Суд с максимальной тщательностью применил свое прецедентное право в отношении статьи 2 к производству по делу внутри страны. Однако, он не считал необходимым рассматривать жалобу на неэффективность внутреннего расследования с точки зрения статей 3, 6 и 13.

Постановление по делу Хаиндрава уже послужило прецедентом в последующей судебной практике Суда, в частности, по делу Цинцабадзе.<sup>5</sup> Учитывая актуальность вопросов временной юрисдикции и эффективного внутреннего расследования в особо важных делах об убийстве в данном регионе, весьма вероятно, что постановление по делу Хаиндрава вновь послужит прецедентом, ссылая на который будет сделана в ждущих рассмотрения делах против государств Южного Кавказа.

В данной статье приводится анализ постановления по делу «Хаиндрава и Дзамашвили против Грузии», основанный на критическом анализе процессуального аспекта Статьи 2 ЕКПЧ и ее связи со статьями 35.1, 3, 6 и 13. Ниже приведены обстоятельства дела, основание для судебного решения, история развития процессуального аспекта статьи 2, а также противоречия в юрисдикции суда в отношении процессуальных обязательств, налагаемых на государства.

## II. Дело «Хаиндрава и Дзамашвили против Грузии»

### 1. Обстоятельства дела

В суд обратились два заявителя, Гиви Хаиндрава и его супруга, Мари Дзамашвили, с требованием вынести решение по поводу заявленной заявителями неспособности грузинских властей расследовать покушение на жизнь Хаиндрава и констатировать нарушение статей 2, 6 и 13 Европейской Конвенции.

В 1997 году на г-на Хаиндрава в его собственном доме было совершено нападение, его избивали нога-

<sup>1</sup> Нана Мчедлидзе является экспертом по правовым вопросам, Программа развития ООН.

<sup>2</sup> ЕСПЧ, заявл. №4762/05, Решение от 17 декабря 2009 г. С этим и другими цитируемыми ниже решениями можно ознакомиться на сайте: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>3</sup> ЕСПЧ, заявл. №18183/05, Решение от 8 июня 2010 г.

<sup>4</sup> Недавно было принято второе Решение в отношении Грузии: ЕСПЧ, «Цинцабадзе против Грузии», заявл. №35403/06, Решение от 15 февраля 2011 г.

<sup>5</sup> Там же, § 97.

ми и били по голове прикладом автомата. После нападения в компетентные местные органы был подан иск. Поскольку никаких действий предпринято не было, в 1998 году сам заявитель выследил нападавших, привез их домой, устроил встречу с районным прокурором и его заместителем, и снял беседу на пленку. Нападавшие выдали имя организатора преступного сговора, посулившего им награду за убийство заявителя или нанесение ему несмертельных травм. Организатор нападения, у которого был длительный конфликт с заявителем, приходился отцом двум высокопоставленным сотрудникам местной полиции. После состоявшейся встречи никаких действий предпринято не было. В январе 2000 года г-н Хаиндрава был арестован по обвинению в многочисленных преступлениях и приговорен к семи годам лишения свободы, предположительно, с целью воспрепятствовать мести с его стороны. По неоднократным требованиям заявителя несколько раз было заведено, а затем закрыто уголовное дело о покушении на его жизнь, однако в целом никаких действий предпринято не было. Столько же безрезультатным оказалось в 2004 году и обращение заявителя к новому генеральному прокурору, назначенному после «Революции роз».

В свете характера и тяжести нападения, суд счел возможным применить Статью 2. Содержательный аспект права на жизнь не рассматривался, поскольку выходил за пределы временной юрисдикции Суда. Суд рассмотрел вопрос об исчерпании местных средств судебной защиты и сделал заключение об отсутствии препятствий в рассмотрении данного дела по существу. Суд постановил, что государство оказалось неспособным провести эффективное расследование факта покушения на жизнь г-на Хаиндрава, и констатировал нарушение статьи 2 в ее процессуальном аспекте. Жалобы заявителя о нарушении статей 3, 6 и 13 отдельно не рассматривались. Суд постановил выплатить г-ну Хаиндрава 12000 евро в качестве компенсации за нематериальный ущерб в соответствии со статьей 42 ЕКПЧ. Эти решения были вынесены судом единогласно.

## 2. Процессуальные аспекты права на жизнь

Право на жизнь, определенное в Статье 2, в прецедентном праве Европейского суда истолковывается как налагающее материально-правовые и процессуальные обязательства на договаривающиеся государства. Материально-правовые обязательства включают в себя как негативное обязательство государства воздерживаться от преднамеренного и противоправного вмешательства в право человека на жизнь, так и положительное обязательство принимать надлежащие меры к защите человеческой жизни. С другой стороны, процессуальную обязанность государств в соответствии со статьей 2 составляет так называ-

емый «процессуальный аспект», который по своей природе является положительным обязательством.<sup>6</sup> Это подразумевает обязательство проводить надлежащее и эффективное расследование обстоятельств, связанных с вмешательством в право на жизнь.

Предполагается, что расследование должно быть направлено на «обеспечение эффективного исполнения внутреннего законодательства, защищающего право на жизнь, а также, в случаях, касающихся государственных представителей или органов, гарантию привлечения их к ответственности за случаи смерти, имевшие место в пределах их компетенции». Хотя государство сохраняет право выбора средств для исполнения этого обязательства, оно должно соблюдать требования к расследованиям, изложенные в процессуальном праве, применяемом Судом.<sup>7</sup>

Процессуальный аспект права на жизнь в статье 2 ЕКПЧ был впервые отмечен в деле «Макканн и другие против Соединенного Королевства»<sup>8</sup>. Европейская Комиссия по правам человека постановила, что обязательство государства защищать право на жизнь должно включать в себя «процессуальный аспект».<sup>9</sup> Суд подтвердил, что обязательство государства в соответствии со статьей 2, толкуемое в связи с общим обязательством в соответствии со статьей 1 Конвенции, подразумевает обязательство проводить эффективное официальное расследование по делам о лишении жизни в результате применения силы со стороны, помимо прочих, государственных представителей.<sup>10</sup> Суд сослался на Принципы ООН в отношении незаконных казней<sup>11</sup> и Принципы ООН в отношении применения силы и огнестрельного оружия<sup>12</sup>.

Позднее в прецедентном праве был поддержан и далее развит процессуальный аспект статьи 2. Помимо убийства, совершенного представителями государства, должны расследоваться все случаи незаконных убийств, предполагаемых столкновений, смерти в ме-

<sup>6</sup> «Руководство для юристов – право на жизнь в соответствии с Европейской конвенцией о правах человека», Interights, 2008 г. (Manual for Lawyers - the Right to Life under the European Convention on Human Rights, Interights, 2008).

<sup>7</sup> ЕСПЧ (Большая палата), дело «Ильхан против Турции», заявл. №22277/93, Решение от 27 июня 2000 г., § 63.

<sup>8</sup> ЕСПЧ (Большая палата), заявл. №18984/91, Решение от 27 сентября 1995 г.

<sup>9</sup> Европейская комиссия по правам человека, заявл. №18984/91, доклад от 4 марта 1994 г.

<sup>10</sup> Там же, § 161.

<sup>11</sup> Принципы эффективного предупреждения и расследования незаконных, произвольных и суммарных казней, принятые 24 мая 1989 г. Резолюцией 1989/65 Экономического и Социального Совета Организации Объединенных Наций, статья 9. Источник: www1.umn.edu [последнее посещение - 7 февраля 2011 г.].

<sup>12</sup> Основные принципы применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка, принятые 7 сентября 1990 года на Восьмом Конгрессе Организации Объединенных Наций по предотвращению преступности и наказанию правонарушителей, статья 22. Источник: www1.umn.edu [последнее посещение - 7 февраля 2011 г.].

стах заключения, исчезновений, покушений на жизнь или абортов. В то время как в деле Макканна суд счел, что имело место нарушение содержательного аспекта статьи, а не нарушение ее процессуального аспекта, в деле «Мехмет Кайя против Турции», несмотря на то, что факт совершения преднамеренного убийства силами служб безопасности (содержательный аспект статьи) не был установлен, Суд счел, что имело место нарушение ее процессуального аспекта.<sup>13</sup>

При том, что содержательный и процессуальный аспекты «легко отделимы друг от друга»<sup>14</sup>, только в 2009 году налагаемое статьей 2 обязательство о проведении эффективного расследования было впервые истолковано отдельно от содержательного аспекта той же статьи, в контексте временной юрисдикции Суда. В деле Шилиха неоспоримым являлся тот факт, что Суду не хватало временной юрисдикции над содержательным аспектом статьи 2, поскольку факты, приведшие к смерти сына заявителя, имели место до вступления Конвенции в силу в Словении. Однако Суд констатировал нарушение статьи 2 в ее процессуальном аспекте на основании непроведения эффективных процессуальных действий в стране с целью установления причины смерти и ответственности за нее – т.е. на основании обстоятельств, сохраняющихся и после вступления Конвенции в силу. Большая палата констатировала, что процессуальное обязательство переросло в «отдельную и автономную обязанность»<sup>15</sup>.

До дела Шилиха считалось, что, поскольку факты отдельного дела имели место до вступления Конвенции в силу в соответствующем государстве, они, соответственно, выходят за пределы временной юрисдикции Суда, и, как следствие, разбирательство, происходящее из этих фактов, является неприемлемым *ratione temporis*. В самом постановлении Палаты по делу Шилиха 2007 года Суд вынес решение в пользу временной юрисдикции только на основании того, что следствие было начато вновь и гражданское дело было заведено после вступления Конвенции в силу<sup>16</sup>.

### 3. Применение этих принципов в деле Хаиндрава

В деле Хаиндрава позиция государства была довольно слабой, поскольку оно опиралось на решение по делу Молдована и обратилось в суд с просьбой

отклонить иск в силу *ratione temporis*. Согласно заявлению государства, факты, на которых основывается процессуальная ответственность в соответствии со статьей 2, имели место до 20 мая 1999 года<sup>17</sup>. Естественно, Суд подтвердил подход, заявленный Большой палатой в деле Шилиха, и постановил, что его временная юрисдикция распространяется на действия и/или бездействие процессуального характера, имевшие место после 20 мая 1999 года<sup>18</sup>.

Суду пришлось решить, имело ли место эффективное расследование в понимании установленного прецедентного права. Расследование должно было быть проведено полноценно, беспристрастно и надлежащим образом. Государство обязано было предпринять все реально доступные ему меры с целью получения доказательств и установления истины. Несмотря на то, что заявитель предоставил всю необходимую информацию для начала судебного преследования, местные власти бездействовали даже после того, когда заявителю пришлось принять меры в частном порядке. Даже если бы заявитель не подал жалобы, информация о нападении была получена в ходе допросов нападавших по поводу совершенных ими правонарушений. Государство не представило ни одного документа об административном расследовании. И региональная, и генеральная прокуратура бездействовали. Следует отметить, что, помимо прочего, в деле «Маммадов против Азербайджана» Суд вновь заявил, что, хотя нормы в отношении эффективности расследования действий частных лиц менее детальные, существуют определенные минимальные требования, которые необходимо соблюдать<sup>19</sup>. Суд строго применил свое прецедентное право к фактам дела и заключил, что власти не сумели провести эффективное расследование фактов, связанных в покушением на жизнь заявителя<sup>20</sup>.

### 4. Исчерпание внутренних средств судебной защиты

Процессуальная часть статьи 2 тесно связана со статьей 35.1, которая требует использовать все имеющиеся в стране средства судебной защиты, прежде чем обращаться в ЕСПЧ. Если эти средства носят исключительно номинальный характер и неэффективны, нет необходимости исчерпывать их до представления иска в Европейский суд. Этот подход был недавно подтвержден в деле Маммадова, в котором все возражения заявителя приводили к повторяющимся результатам, и он был освобожден от ответственности в соответствии со статьей 35.1<sup>21</sup>.

<sup>13</sup> ЕСПЧ, заявл. №158/1996/777/978, Решение от 19 февраля 1998 г., § 92.

<sup>14</sup> Корфф, Д. «Право на жизнь. Руководство по применению статьи 2 Европейской конвенции о правах человека», Совет Европы, 2006 г., с. 40. (Korff, D. The Right to Life, A Guide to the Implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2006, p. 40).

<sup>15</sup> ЕСПЧ (Большая палата), дело «Шилих против Словении», заявл. №71463/01, Решение от 4 апреля 2009 г., § 159.

<sup>16</sup> ЕСПЧ, дело «Шилих против Словении», заявл. №71463/01, Решение от 28 июня 2007 г., § 134.

<sup>17</sup> Дело Хаиндрава, процитированное выше, § 36.

<sup>18</sup> Там же, §§ 39-41.

<sup>19</sup> Дело Маммадова, процитированное выше, § 102.

<sup>20</sup> Дело Хаиндрава, процитированное выше, § 70.

<sup>21</sup> Дело Маммадова, процитированное выше, §§ 89-90.

В деле Хаиндрава суд изучил этот вопрос, хотя государство четко не заявляло о неисчерпании внутренних мер судебной защиты в соответствии со статьей 35.1. Однако государство сообщило Суду, что уведомление о закрытии дела было предъявлено заявителю в 2002 и 2006 годах, но последний не воспользовался судебными и административными средствами для обжалования этого решения. Заявитель, со своей стороны, сообщил Суду, что уведомление было доставлено ему только в 2006 году, когда он уже не мог обжаловать его. В отличие от дела Мумладзе, в котором государство представило доказательства доставки документа, чего, тем не менее, оказалось недостаточным для того, чтобы убедить Суд, что уведомление было действительно доставлено заявителю, в деле Хаиндрава государство не представило никаких доказательств факта доставки уведомления о закрытии дела.

В свете этого обстоятельства, а также с учетом множества заявлений г-на Хаиндрава об отсутствии коммуникации со стороны властей, Суд заключил, что уведомление не было доставлено в 2002 году, когда его можно было обжаловать. Соответственно, в этом деле никаких проблем в связи с неисчерпанием всех имеющихся средств не возникло.

##### 5. Статьи, оставленные без рассмотрения

Изучив факт нарушения статьи 2 Конвенции, Суд удовлетворился рассмотрением основного правового вопроса, затронутого заявителем. Не вдаваясь в дальнейшие детали, Суд заявил об отсутствии необходимости вынесения отдельных решений в отношении жалоб на нарушение статей 3, 6 и 13 ЕКПЧ. Единственным прецедентом, на который сослался Суд в этой связи, стало дело «Камель Узун против Турции», в котором была применена та же формулировка в отношении соответствующих статей 6 и 13<sup>22</sup>.

Интересно было бы обсудить связь между процессуальным аспектом статьи 2 и статьями 3, 6 и 13. Суд высказался по этим вопросам в предыдущем прецедентном деле. Ниже приведены соответствующие аргументы, представленные в постановлениях Суда, которые также могут быть актуальны и в деле Хаиндрава.

а. Заявитель заявил, что явный отказ властей в уголовном порядке преследовать нарушителей являлся нарушением статьи 6<sup>23</sup>. Соответствующая часть ее гласит:

«1. Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела...».

Суд, наряду с другими прецедентами, справедливо

отметил в деле Рамсеахи, что факт заведения дела в отношении нападавших не имеет решающего значения с точки зрения гражданских прав или обязанностей заявителя и не ущемляет права на гражданское производство. Таким образом, статья 6 не может быть применена в ее гражданской части в таких делах, как дело Хаиндрава. Что касается уголовной части статьи 6, она предусматривает гарантии для лиц, против которых выдвинуто уголовное обвинение, и таким образом, и статья 6 не может быть применена<sup>24</sup>. Ранее в 2004 году Суд еще более подробно разъяснил, что Конвенция не дает никому права на «личную месть» и *actio popularis*; «право добиваться преследования или осуждения третьих лиц за уголовное преступление не может отстаиваться самостоятельно: оно должно быть неотделимо от реализации пострадавшим своего права, гарантируемого национальным законодательством, добиться производства, которое было бы гражданским по своей природе, даже если это делается исключительно с целью обеспечить символическую компенсацию или защитить гражданское право»<sup>25</sup>. Это и есть аргументация, которой, должно быть, руководствовался суд, отказав в рассмотрении жалобы на нарушение статьи 6.

б. Заявитель заявил, что не проводилось никакого расследования факта жестокого обращения с жалобщиком во время упомянутого нападения.

В контексте данного дела, постановление по делу «Опуз против Турции» имеет значение *mutatis mutandis*. Это дело также касалось насилия со стороны частного лица, которое привело к нарушению права на жизнь матери заявительницы. Суд также констатировал нарушение статьи 3 с учетом неспособности властей принять меры к защите от бывшего мужа заявительницы.

С учетом постановления по делу Опуз, возможно, имело смысл рассмотреть жалобу заявителя в отношении статьи 3. К сожалению, Суд не изучал этот вопрос, и *a fortiori* не привел никаких причин для его нерассмотрения. Такой же подход был применен в деле Цинцабадзе, в котором Суд сослался на постановление по делу Хаиндрава<sup>26</sup>.

в. По словам заявителей, они пострадали от нарушения статьи 13 Конвенции, поскольку были лишены возможности оспорить бездействие прокуратуры в суде страны.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> ЕСПЧ [Большая палата], дело «Рамсеахи и другие против Нидерландов», заявл. №52391/99, Решение от 5 мая 2007 г., §§ 359-360.

<sup>25</sup> ЕСПЧ [Большая палата], дело «Пауль Перес против Франции», заявл. №47287/99, Решение от 12 февраля 2004 г., § 70.

<sup>26</sup> Дело Цинцабадзе, процитированное выше, § 97.

<sup>27</sup> Основные принципы применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка, принятые 7 сентября 1990 года на Восьмом Конгрессе Организации Объединенных Наций по предотвращению преступности и наказанию правонарушителей, статья 22. Источник:

<sup>22</sup> ЕСПЧ, заявл. №37410/97, Решение от 10 мая 2007 г., § 64.

<sup>23</sup> Дело Маммадова, процитированное выше, § 71.

Соответствующая часть статьи 13 гласит:

«Каждый, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты в государственном органе...»

В своем более раннем постановлении об экстрадиции в деле против Грузии, Суд констатировал нарушение статьи 13, поскольку, например, заявители оказались неспособны подать жалобы в национальные органы в соответствии со статьей 2<sup>28</sup>. Хотя Суд единогласно постановил, что Грузия не нарушала статьи 2 в отношении пяти заявителей, подвергшихся экстрадиции, Суд констатировал нарушение статьи 13 во взаимодействии со статьей 2<sup>29</sup>.

По мнению некоторых комментаторов, Суд был «более или менее» последователен в вынесении решения о нарушении процессуального аспекта статьи 2 в связи со статьей 13<sup>30</sup>. Сложно согласиться с этим мнением в свете растущего числа вынесенных позднее решений, в которых Суд постановил, что жалобы заявителей о нарушении статьи 13 совпадают с их жалобами по процессуальному аспекту статьи 2, и ограничился вынесением решения только по последней статье. Таким образом, Суд счел, что в делах Рамсахая, Макарациса<sup>31</sup>, Начовой<sup>32</sup>, Медовой<sup>33</sup>, Ангеловой<sup>34</sup>, Ченику<sup>35</sup>, Бакан<sup>36</sup> и многих других отсутствовал отдельный предмет спора, подпадающий под статью 13. В деле Маммадова заявитель оспаривал способность властей расследовать смерть его жены в соответствии со статьей 13 наряду со статьей 2 Конвенции. Однако, суд постановил, что будет рассматривать только заявленные недостатки национального судопроизводства в соответствии со статьей 2<sup>37</sup> (за исключением статьи 2, никаких постановлений в отношении Армении в соответствии со статьей 13 пока что вынесено не было).

Можно заключить, что произошло кардинальное

изменение привычного подхода Суда, и теперь он полностью отказывается рассматривать требование к эффективности в соответствии со статьей 13. По-прежнему есть множество постановлений, согласно которым неэффективное расследование обстоятельств, связанных с незаконными нарушениями права на жизнь, привело в одновременно нарушению процессуального аспекта статьи 2 и статьи 13. Например, в постановлении 2008 года по делу «Ибрагимов и другие против России»<sup>38</sup> была использована одна и та же аргументация в вынесении решений по этим двум статьям – неспособность властей провести эффективное уголовное расследование факта исчезновения Ризвана Ибрагимова<sup>39</sup>.

Проблема непоследовательности прецедентного права в отношении связи между статьями 2 и 13, к сожалению, не была решена и в деле Хаиндрава. Следует также отметить, что из постановления суда неясно, была ли статья 13 применена исключительно в связи со статьей 2, либо также в связи со статьей 3.

### III. Заключение

Как отмечалось в начале, существует три постановления о нарушениях статьи 2 государствами Южного Кавказа. Это может означать либо малочисленность случаев нарушения права человека на жизнь на Южном Кавказе, либо низкую осведомленность о нормах Суда, заложенных в статье 2 Европейской Конвенции. Целью данной статьи является анализ некоторых ключевых аспектов судебной практики в отношении права на жизнь, гарантированного Статьей 2 Конвенции на примере одного постановления.

Постановление по делу Хаиндрава имеет большое значение в плане подтверждения недавних прогрессивных изменений в практике суда по расширению пределов временной юрисдикции для включения в нее процессуальных аспектов статьи 2 в отношении частных лиц. Суд еще раз тщательно изучил обязательства, налагаемые Конвенцией, и оценил национальные средства правовой защиты в свете собственных стандартов эффективности.

Хотя нет причин не согласиться с мнением Европейского суда в отношении статьи 6, очевидно, что аргументация ЕСПЧ со временем сводится к минимуму, а цитируемое прецедентное право порой также

www1.umn.edu [последнее посещение - 7 февраля 2011 г.].

<sup>28</sup> ЕСПЧ, дело «Шамаев и другие против Грузии», заявл. №36378/02, Решение от 12 апреля 2005 г.

<sup>29</sup> Там же, §466.

<sup>30</sup> Ван Дийк, П., Ван Хуф, Ф., Ван Рийн, А., Зваак, Л. (ред.), «Теория и практика Европейской конвенции о правах человека», 4-ое издание, Intersentia, 2006 г., с. 1013-1014. (Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A., Zwaak, L. (eds) Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, fourth edition, Intersentia, 2006, pp. 1013-1014).

<sup>31</sup> Дело Маммадова, процитированное выше.

<sup>32</sup> ЕСПЧ (Большая палата), дело «Начова и другие против Болгарии», заявл. №№43577/98, 43579/98, Решение от 6 июля 2005 г.

<sup>33</sup> ЕСПЧ, дело «Медова против России», заявл. №25385/04, Решение от 15 января 2009 г.

<sup>34</sup> ЕСПЧ, дело «Ангелова и Илев против Болгарии», заявл. №55523/00, Решение от 26 июля 2007 г.

<sup>35</sup> ЕСПЧ, дело «Ченику против Греции», заявл. №21449/04, Решение от 5 июля 2007 г.

<sup>36</sup> ЕСПЧ, дело «Бакан против Турции», заявл. №50939/99, Решение от 12 июня 2007 г.

<sup>37</sup> Дело Маммадова, процитированное выше, § 86.

<sup>38</sup> ЕСПЧ, заявл. №34561/03, Решение от 29 мая 2008 г., §§ 100 и 135.

<sup>39</sup> См. также, помимо других прецедентов, дело «Абуева и другие против России», заявл. №27065/05, Решение от 2 декабря 2010 г.; «Контрова против Словакии», заявл. №7510/04, Решение от 31 мая 2007 г.; «Динк против Турции», заявл. №№ 2668/07; 6102/08 ; 30079/08; 14 сентября 2010 г.; «Лянова и другие против России», заявл. №№ 12713/02 ; 28440/03, источник: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

не содержит смыслового обоснования постановлений Суда. Что касается решений в отношении нарушений статьи 13 в связи со статьей 2, в деле Хаиндрава не рассматривалась проблема непоследовательности судебной практики Суда в этом отношении. Формулировка судебного постановления в отношении жалоб на нарушение статьи 2 столь же неудовлетворительна, и эта же формулировка была повторно использована в деле Цинцабадзе. В свете предыдущей судебной практики, которая рассматривалась выше, отклонение этих жалоб на нарушения статей 3 и 13 может быть явно оспорено в Суде. Следует надеяться, что существующие противоречия будут должным образом устранены в последующих постановлениях Большой палаты ЕСПЧ.

# Европейский суд по правам человека: Дело Саномы Уитгерверс против Нидерландов

Нана Мчедлидзе<sup>1</sup>

## Краткий Обзор

*Решение суда от 31 марта 2009 года, принятое по делу Саномы Уитгерверс против Нидерландов, было первым в истории Европейского Суда по Правам Человека, оправдывающим вмешательство в конфиденциальность источника журналиста. Впоследствии, дело было передано Большой Палате, которая вынесла решение о том, что вмешательство не соответствовало закону и поэтому означало нарушение статьи 10 Европейской Конвенции. Несмотря на то, что аргументы Суда были довольно убедительны в отношении качества закона, с научной точки зрения, заслуживает сожаления то, что Суд не вышел за рамки установленного прецедентного права для оценки критериев «законной цели» и, что наиболее важно, для оценки критериев «безотлагательной социальной необходимости». Настоящая статья анализирует законодательное регулирование защиты источника журналиста в трех государствах Южного Кавказа в свете судебной юриспруденции.*

## I. Введение

Проблемы, связанные со средствами массовой информации (СМИ), на Южном Кавказе отличаются от проблем Западной Европы. Несмотря на то, что эти различия понятны с исторической точки зрения, Армения, Азербайджан и Грузия довольно долгое время являются членами Совета Европы и взяли на себя обязательство соблюдения ценностей демократии, одним из основных аспектов которой является свобода самовыражения. После ратификации Конвенции по Правам Человека и Фундаментальным Свободам (ECHR), следуя рекомендациям Совета Европы, страны Южного Кавказа начали постепенное внедрение стандартов Конвенции и юриспруденции Европейского Суда по Правам Человека («Суд») в соответствующее законодательство и административную практику. Настоящая статья описывает законодательное регулирование защиты источника информации журналиста на Южном Кавказе, что составляет значительный компонент свободы самовыражения.

31 марта 2009 года Суд (третий отдел), принял решение по делу Саномы Уитгерверс против Нидерландов и определил, что компания-заявитель не нарушала права на свободу самовыражения, как о том было

заявлено<sup>2</sup>. Последнего обязали передать национальным властям диск, который мог идентифицировать источник журналиста. Дело было передано Большой Палате, которая установила, что такого рода вмешательство в право свободы самовыражения заявителя не соответствовало закону в силу отсутствия процедурных гарантий; таким образом, это составляет нарушение статьи 10 Конвенции<sup>3</sup>.

Настоящая статья рассматривает и критически анализирует национальное законодательство государств Южного Кавказа, регулирующих защиту источников информации журналистов и приобретенных материалов. Анализ проводится на примере дела Саномы и прецедентного права Суда, а также на основе соответствующих рекомендаций Совета Европы<sup>4</sup>.

## II. Защита источников журналистов по прецедентному праву Суда<sup>5</sup>

Свобода самовыражения является основанием демократического общества. Наличие адекватных гарантий очень важно для прессы. Защита источников журналиста является наиважнейшим условием свободной прессы. Отсутствие такой защиты может оказать охлаждающий эффект, так как источники могут отказаться предоставлять информацию по вопросам общественного интереса. В свою очередь, это может повредить роли наблюдателя прессы и внести ограничения возможности журналиста на представление точной и надежной информации обществу.

Несмотря на то, что для прессы и свободы самовыражения очень важно иметь источники, в соответствии с Конвенцией, сами источники не пользуются абсолютной защитой. Источник и материал могут быть разглашены в соответствии с законом в случае наличия законной причины (цели) и необходимости вмешательства в демократическом обществе для достижения легитимной цели. Тем не менее, не существует окончательного решения Суда о том, что вмешательство было законным.

<sup>2</sup> ECHR, заявление № 38224/03; это и другие упомянутые решения опубликованы на сайте <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>3</sup> ECHR [GC], заявление № 38224/03, решение от 14 Сентября 2010 года

<sup>4</sup> Приведенные комментарии основываются на неофициальном переводе армянского и азербайджанского законов; автор не берет на себя ответственности за ошибки, допущенные из-за неправильного перевода

<sup>5</sup> См. документы Совета Европы по защите журналистских источников на основе прецедентного права: Резолюция по Журналистской Свободе и Правам Человека, принятая во время Конференции Министериала Европы по Вопросам СМИ (Прага, 7-8 Декабря 1994 года); Резолюция Европейского Парламента о Конфиденциальности Журналистских Источников (18 Января, 1994 года) Официальный Журнал Европейских Комитетов № C44\34; Рекомендация № Р (2000) 7, принятая 8 Марта 2000 Комитетом Министров Совета Европы

<sup>1</sup> Нана Мчедлидзе является экспертом по правовым вопросам, Программа развития ООН.



В деле Гудвин против Великобритании<sup>6</sup>, по распоряжению суда журналиста обязали идентифицировать источник, который предоставлял журналисту информацию на неофициальной основе. На журналиста наложили штраф за невыполнение распоряжения суда. Суд принял решение о том, что распоряжение об идентификации источника представляет собой нарушение права на свободу самовыражения.

В делах Румен и Шмидт против Люксембурга<sup>7</sup>, Эрнст и другие против Бельгии<sup>8</sup> и Тиллак против Бельгии<sup>9</sup> Суд определил, что обыски, проведенные в домах журналистов и на их рабочих местах с целью определения тех государственных служащих, которые передали журналисту информацию конфиденциального характера, представляет нарушение прав, гарантированных статьей 10.1. Во всех трех решениях было указано, что не был соблюден баланс интересов, и вмешательство было непропорциональным.

В деле Воскил против Нидерландов<sup>10</sup> было установлено нарушение прав журналистов, гарантированных в статье 10, так как посредством заключения журналиста принудили назвать имя лица, предоставившего ему информацию о нарушениях офицеров полиции в уголовном расследовании. Суд установил, что для достижения законной цели вмешательство было непропорциональным.

Дело Саномы, наверное, является наиболее значительным в смысле защиты журналистских источников. Заявление было подано компанией с ограниченной ответственностью, специализирующейся на издании и маркетинге голландских журналов. Компания имела фотографии незаконных автомобильных гонок; фотографии были получены из анонимного источника. Заявитель был принужден передать компакт диск с оригиналами фотографий национальным властям, что, как заявляли, приравнивалось к нарушению свободы самовыражения, гарантированной Конвенцией.

Отмечая, что принцип обязательной передачи журналистских материалов может оказать охлаждающий эффект на использование свободы самовыражения журналистами, Суд напомнил, что национальным властям не возбраняли соблюсти равновесие между противоречащими интересами, включая уголовное преследование лиц, совершивших преступления, которые пользовались защитой журналистских привилегий. Суд, в частности, установил, что информация на диске, который компания обязана была передать властям, была релевантной и возможно было опре-

делить виновных в совершении других преступлений, расследуемых полицией; что власти используют данную информацию только для тех целей, и, посему, четырьмя голосами против трех, Суд установил, что в данном случае не было нарушения положений 10-й статьи<sup>11</sup>.

Дело Саномы передали Большой Палате. В отличие от Палаты, Большая Палата установила, что вмешательство не соответствовало предписаниям закона из-за характера закона, указывающего на процедурные гарантии, и, поэтому, такое вмешательство представляет нарушение статьи 10. Решение о разглашении было вверено государственному обвинителю, а не независимому судье. Что касается процедурной стороны, государственный обвинитель был «стороной» в деле и невозможно было считать его объективным и непредвзятым. Ситуация не исправилась и после вмешательства следственного судьи, который исполнял только функцию консультанта. Суд установил, что не существовала соответствующая процедура законных мер защиты компании-заявителя, что позволило бы провести независимую оценку того, превысили ли интересы следствия общественные интересы защиты источников журналистов<sup>12</sup>. Суду не требовалось убеждения в том, что вмешательство преследовало цели, декларированные в статье 10.2, также как и в том, что вмешательство было необходимо для демократического общества<sup>13</sup>.

### III. Национальное законодательство и практика

В соответствии с Законом Грузии о Свободе Слова и Самовыражения, источник информации журналиста пользуется абсолютными привилегиями. Ответчика в суде не могут просить разглашения источника конфиденциальной информации. Конфиденциальная информация не может быть опубликована без разрешения ее владельца или без соответствующего обоснованного решения суда в случаях, определенных законом. Суд только может вынести распоряжение о разглашении конфиденциальной информации, если такое разглашение необходимо. Информация может быть использована только для целей ее разглашения<sup>14</sup>.

Согласно Закону Армении о распространении массовой информации, «лица, выполняющие деятельность СМИ, а также журналисты, не обязаны разглашать источник информации»<sup>15</sup>. Тем не менее,

<sup>6</sup> ECHR [GC], *Goodwin v. the United Kingdom*, заявление № 17488/90, Решение от 27 Марта 1996

<sup>7</sup> ECHR, заявление № 51772/99, Решение от 25 Февраля 2003 года

<sup>8</sup> ECHR, заявление 33400/96, Решение от 15 Июля 2003 года

<sup>9</sup> ECHR, заявление 20477/05, Решение от 27 Ноября 2007 года

<sup>10</sup> ECHR, заявление № 64752/01, Решение от 22 Ноября 2007 года

<sup>11</sup> Выше упомянутое дело Саномы, параграфы 55-63

<sup>12</sup> Выше упомянутое дело Саномы, параграфы 88-100

<sup>13</sup> *ibid.* параграф 101

<sup>14</sup> Закон Грузии о Свободе Слова и Самовыражения, принят 24 июня 2004 года, статья 11

<sup>15</sup> Закон Республики Армения о Распространении Массовой Информации, принят 14 января 2005 года, статья 5 (неофициальный перевод)

существуют и исключения. «Информация может быть разглашена на основании решения суда в процессе уголовного расследования с целью раскрытия тяжких и особо тяжких преступлений, и в случаях, когда все другие способы защиты общественных интересов исчерпаны. В таких случаях, по просьбе журналиста, судебное слушание должно проводиться в присутствии камер»<sup>16</sup>.

Согласно Закона Азербайджана о СМИ «редакторской коллегии СМИ или журналисту не разрешается разглашение информации в новостях и материалах, предоставленных конфиденциально, а также не разрешается называть лицо, представившее такого рода информацию. Суд должен обязать редактора или журналиста огласить источник информации

- для защиты человеческой жизни;
- с целью предотвращения тяжкого преступления;
- для защиты лица, обвиненного или подозреваемого в совершении тяжкого преступления»<sup>17</sup>.

Совершенно очевидно, что только законодательство Грузии содержит значительное различие между источником информации и информацией как таковой. В частности, источник информации не может быть разглашен ни при каких обстоятельствах и пользуется абсолютной защитой. В армянском и азербайджанском законодательствах учтены законные интересы, которые могут перевесить важность сохранения конфиденциальности источника информации и могут рассматриваться в качестве легитимной цели в рамках значения статьи 10.2 Конвенции.

Разглашение источника информации может иметь более негативный эффект, чем обнародование информации в силу разглашения личности. Тем не менее, в некоторых случаях, не существует четкого разграничения между источником и информацией как таковой. Это может быть случай, когда информация может выдать личность источника. По юриспруденции Суда, в случаях, когда источник информации и информация могут быть разграничены, источник информации должен пользоваться большей защитой; вмешательство (требование) разглашения источника требует большего обоснования, чем обнародование материала, полученного от источника. В то время как в армянском или азербайджанском законодательствах не существует четкого указания на подобные положения, закон Грузии применил другую крайность обеспечения абсолютной защиты источников журналистов и в то же время установил основания для вмешательства (разглашения) конфиденциальной информации.

Как указано выше, во всех делах, рассмотренных Европейским Судом и касающихся разглашения источников журналистов, установлено нарушение

положений статьи 10 Конвенции. Суд, тем не менее, не утверждает, что источник журналиста никогда не может быть разглашен, и это было даже оправдано в решении Палаты по делу Саномы. Нарушения имели место или из-за качества закона, позволяющего разглашение источников, или отсутствия соответствующих механизмов защиты. Противоречащие защите источника журналиста интересы могут быть вполне легитимными, хотя в рассмотренных на сегодняшний день делах общественный интерес не перевешивал важности защиты конфиденциальности источника.

Тем не менее, законодательство Грузии полностью игнорирует общественный и личный интерес разглашения источника журналиста. Любая законная цель, упомянутая в параграфе 2 статьи 10, может таким образом подвергнуться риску в случаях, когда речь идет о разглашении защищенной конфиденциальной информации. Факт того, что конфиденциальность журналистского источника гарантирована безусловно, не обязательно означает, что Грузия предлагает более высокий стандарт защиты прав человека. Гарантируя с одной стороны абсолютную защиту права, которая не позволяет производить вмешательство даже в исключительных случаях, в то же время игнорируются и лишены защиты интересы противоположной стороны.

Страсбургский Суд неоднократно отмечал сложность установления законами границ свободы самовыражения с абсолютной точностью. Взамен этого законы должны допускать определенную долю гибкости, для того, чтобы национальные суды могли развивать юриспруденцию<sup>18</sup>. Закон Грузии о Свободе Слова и Самовыражения нуждается в большей гибкости и устанавливает очень строгие стандарты в смысле защиты журналистских источников.

#### IV. Заключение

В деле Саномы Европейский Суд по Правам Человека подчеркнул важность защиты источников журналистов. Тем не менее, решение еще раз подчеркивает тот факт, что такая защита не является абсолютной; Суд также отмечает, что необходимость снятия защиты должна быть соразмерна защите интересов. В решении Палаты интерес защиты источника журналиста перевешивался законной целью наказания преступников, пользующихся журналистскими привилегиями. В отличие от армянского и азербайджанского законов, закон Грузии устанавливает строгие стандарты защиты журналистских источников посредством недопущения исключений ни при каких об-

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Закон Азербайджанской Республики о СМИ, принят 7 Декабря 1999 года, статья 11

<sup>18</sup> Решение Гудвина, см. выше, параграф 33

стоятельствах. Несмотря на то, что такие положения могут привести к неограниченной поддержке прессы в смысле информирования общества по интересующим его вопросам, законная цель разглашения таких источников не гарантирована, что может привести в определенных случаях к игнорированию общественного и личного интереса.

## Южный Кавказ на пути к верховенству закона: обзор

Саломе Церетели-Стивенс<sup>1</sup>

*„Правовое государство означает не просто формальную законность, которая обеспечивает регулярность и последовательность в достижении и поддержании демократического порядка, но и справедливость, основанную на признании и полном принятии высшей ценности человеческой личности и гарантируемую учреждениями, образующими структуры, обеспечивающие ее наиболее полное выражение.“ (Копенгагенский Документ, 1990<sup>2</sup>)*

Реформа в сфере верховенства закона – это цель, которой страны Южного Кавказа привержены со времени независимости от Советского Союза. После почти 20 лет активности Немецкого международного сотрудничества в регионе, стоит рассмотреть достижения и тенденции на этом пути с точки зрения разных международных источников.

GIZ – в прошлом GTZ, начало свою деятельность в Грузии в 1993 с консультаций реформ гражданского, а позже административного права. После успешного осуществления проектов в Грузии, GIZ открыло проекты по реформам права в Армении и в Азербайджане, что привело в частности к формированию систем административных судов в Армении (2009) и в Азербайджане (2011).

В рамках двухсторонних проектов, – которые позже переросли в региональную программу с единым подходом в рамках Кавказской Инициативы Немецкого правительства - GIZ уже давно поддерживает институциональное развитие, проводит активную работу по информированию и просвещению населения в сфере юстиции и верховенства закона. За последние несколько лет сотни профессионалов юридической сферы – в том числе судьи, прокуроры и сотрудники судов, а также журналисты и студенты прошли обучение в рамках проектов и региональной программы GIZ. Множество телепередач и несколько сотен газетных статей дали возможность населению региона, ознакомиться с информацией и новостями касающихся их прав и правовых реформ. Переведено несколько немецких законов на местные языки, а местное

законодательство тщательно изучается немецкими экспертами во время совместной разработки законопроектов, их слушания и принятия парламентами трех стран. Комиссия по пересмотру Конституции Грузии пользовалась интенсивной поддержкой GIZ при пересмотре основного юридического документа государства. Судьи, сотрудники судов и юристы имели возможность,

самим ознакомиться с Европейской правовой системой посредством личного опыта и впечатлений. Более ста круглых столов и рабочих встреч прошло в регионе на тему правовой реформы, институционального развития, просвещения и поднятия правосознания, с акцентом на поощрение диалога между тремя странами. Культура правового диалога в регионе состоялась и упрочняется посредством новых источников научной полемики на юридические темы, в том числе профессионально-критического анализа решений местных и европейских судов.

Чтобы поддержать усилия прошедших лет, международное сообщество активно поддержало создание новых учебников и учебных программ для юристов ВУЗов Южного Кавказа. Разные обменные программы и научные стипендии доступны студентам и учёным в области юридических наук из Грузии, Армении и Азербайджана. Так как время является важным критическим фактором для определения влияния программ, осуществленных в такой комплексной сфере, как правовая реформа, данная статья предлагает лишь обзор и анализ прогресса на пути к верховенству закона на Южном Кавказе.

Европейская комиссия по эффективности правосудия (CEPEJ) каждые два года публикует статистику стран Совета Европы, включая Грузию, Армению и Азербайджан, которая дает хорошую базу для сравнения и наблюдения над процессом развития в регионе. Кроме того, различные местные и международные организации проводят исследования, нацеленные на измерение и идентификацию прогресса, который был проделан странами на пути к установлению стойкой системы правосудия.

Правовые реформы, о которых делается резюме в последнем отчете Комиссии (CEPEJ),<sup>3</sup> охватывают широкий спектр, включая планы реформ, менеджмент и рабочие методы судов, прокуратуру, реформы в сфере гражданского, уголовного и административного права и процесса, а также эффектив-

<sup>1</sup> Саломе Церетели-Стивенс является экспертом Мониторинга региональной программы GIZ - Консультация реформ права и юстиции на Южном Кавказе.

<sup>2</sup> Документ Копенгагенского совещания конференции СБСЕ по человеческому измерению, секция 1 (2). Копенгаген, 29 июня, 1990.

<sup>3</sup> CEPEJ. отчет 2010 г., данные на 2008 года. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ%282010%29Evaluation&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>

ность правосудия и длительность рассмотрения дел, улучшение в сфере изучения общественного мнения и удовлетворение судебных пользователей, повышение квалификации и юридического образования.

Нужно отметить, что модернизация системы правосудия, повышение квалификации и усовершенствование электронных баз данных, форм и систем – это те сферы, в которых страны Южного Кавказа получили особое признание.

Один из четких показателей приверженности правовой реформе и верховенству закона странами Кавказа, является растущий бюджет сферы судопроизводства в Евро.

Страна	2006	2008	Рост в %
Армения	8 851 162	14 622 030	65,2
Азербайджан	53 517 697	60 305 580	12,7
Грузия	19 813 558	24 940 020	25,9

В данном случае не играет никакой роли тот факт, что из этих сумм в Армении, Азербайджане и Грузии меньше чем 10 € на душу населения отводится на бюджет судов, систему прокуратуры и правовую помощь – сумма, близкая к аналогичным бюджетам Молдовы, Албании и Украины. В Совете Европы всего четыре страны, которые отводят более 100 € на душу населения<sup>4</sup>: Нидерланды, Люксембург, Швейцария и Монако. Если взять долю средств, отведенных на все суды, прокуратуру и правовую помощь в сравнении с валовым внутренним продуктом (ВВП) на душу населения, то она составила в 2008 году в Армении и Азербайджане 0.20%, а в Грузии 0.31%. Бюджетные расходы как процент ВВП становятся наиболее сравнимыми с Нидерландами – 0.32%, Люксембургом – 0.16%, Швейцарией – 0.31% и Монако – 0.34%. Эти данные показывают, что страны Южного Кавказа прилагают немалые усилия для дальнейшего развития системы правосудия.

Согласно рейтингу, предложенному в отчете комиссии за 2008 г., Грузия и Азербайджан относятся к категории среднего уровня компьютеризации систем правосудия, а Армения – к категории низкого уровня компьютеризации.<sup>5</sup> С 2008 года крупные проекты при поддержке Всемирного Банка, GTZ, USAID и других международных организаций и стран-партнеров, были инициированы и осуществлены с целью улучшения инфраструктуры в целом и модернизации судебных систем трех стран. Согласно отчету 2010 года, по сравнению с 2008

годом, уровень компьютеризации систем и пользования информационными технологиями в Армении значительно повысился. Грузия и Азербайджан все еще на среднем уровне развития технического оборудования. Одним из возможных причин этому СЕРЕЖ считает недостаточность финансирования. Однако, возможно предположить, что текущие проекты должны позитивно повлиять на рейтинг стран Южного Кавказа.

Согласно СЕРЕЖ, дополнительно к Европейской Конвенции Прав Человека и прецедентного права Страсбургского Суда, Совет Европы поощряет стран-членов Конвенции, развивать систему правовой помощи. Совет Европы принял несколько рекомендаций и резолюций в этой сфере: Резолюция 76 (5) о помощи в гражданских, коммерческих и административных делах; Резолюция 78 (8) о правовой помощи и юридической консультации; Рекомендация 93 (1) об эффективности доступа к правосудию для бедных; и Рекомендация 2005 (12), которая содержит форму заявления на правовую помощь за границей для использования в рамках Европейского соглашения о передаче заявлений о правовой помощи (STCE N° 092) и её Дополнительный протокол.

В пояснительной записке схемы оценки СЕРЕЖ правовая помощь определяется как помощь, оказанная государством лицам, которые не имеют достаточных материальных средств, чтобы защитить себя перед судом (или подать исковое заявление). По этому определению, правовая помощь в основном касается представительства перед судом. Однако, правовая помощь подразумевает также юридическую консультацию, так как не все граждане пойдут путем судебного производства – в особенности, если существуют альтернативные способы решения споров. В любом случае, правовая помощь является одним из гарантов защиты прав человека.

На Южном Кавказе судебные расходы и плата за судебные услуги остаются помехой с точки зрения доступа к правосудию. Согласно Global Integrity Report, вышедшим в свет в 2010<sup>6</sup>, доступ к правовым системам для граждан со средним доходом остается трудным. Механизмы апелляции часто слишком дорогостоящи для обычных граждан. Хотя этот отчет не имеет конкретных данных об Армении на тот же период, экономическое состояние страны не сильно отличается от соседних государств. Отчет предоставляет информацию 2009 года об уровне коррупции и верховенства закона для Азербайджана и Грузии и оценивает эти сферы в Азербайджане 69 баллами (слабое), а в Грузии 73 баллами (среднее). В частности, в Грузии сфера верховенства за-

<sup>4</sup> С учетом экономического благосостояния каждой отдельной страны можно более конкретно оценить приверженность правительств к реформе судебной системы, прокуратуры и правовой помощи. Показатель на душу населения надо рассматривать с учетом ВВП.

<sup>5</sup> Данные 2006 года

<sup>6</sup> <http://report.globalintegrity.org/>

кона оценивается 80 (сильное) и в Азербайджане 63 (слабое) баллами<sup>7</sup>.

В то же время, исследование, опубликованное Transparency International<sup>8</sup>, дает оценку общественно-го мнения об усилиях правительств в области борьбы с коррупцией. Результаты по странам Кавказа отличаются друг от друга, но общий взгляд дает интересную картину на фоне текущих реформ в регионе.

Как оценили бы вы усилия вашего правительства в сфере борьбы с коррупцией в стране?			
Страна	Не эффективно	Никак	Эффективно
Армения	53%	20%	27%
Азербайджан	26%	9%	66%
Грузия	12%	11%	77%

Источник: Transparency International Global Corruption Barometer 2010. Цифры взвешенные.

Дополнительные показатели прогресса касательно верховенства закона представлены в отчете Всемирного Банка Governance Matters Indicators 2009 Worldwide Governance Indicators, который охватывает 212 стран и территорий и определяет шесть компонентов правления с 1996 по 2008 год: Право голоса и подотчетность (Voice and Accountability), Политическая стабильность и отсутствие насилия/терроризма (Political Stability and Absence of Violence/Terrorism), Эффективность правительства (Government Effectiveness), Качество власти (Regulatory Quality), Верховенство закона (Rule of Law), и Контроль коррупции (Control of Corruption).

Эти индикаторы основываются на сотнях конкретных отдельных переменных величин, которые касаются разных направлений правления, берутся из разных источников, предоставленных различными организациями. Эти данные отражают мнения населения, гражданского общества, частного сектора и экспертов НПО, а также респондентов общественных и экономических опросов<sup>9</sup>. Рейтинг стран Южного Кавказа приведен ниже в таблице с указанием числа источников. Среди источников - Индекс Трансформации Бертельсманна (Bertelsmann Transformation Index), Countries at the Crossroads, отчет Freedom House, Мировой опрос Галлапа (Gallup World Poll), Political Risk Services International Country Risk Guide, World Economic Forum Global Competitiveness Report, Политические и институциональные оценки по странам Азиатского Банка Развития, Cerberus Corporate Intelligence Gray Area Dynamics и другие.

<sup>7</sup> Там же

<sup>8</sup> Global Corruption Barometer, 2010 [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/gcb/2010/results](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/gcb/2010/results)

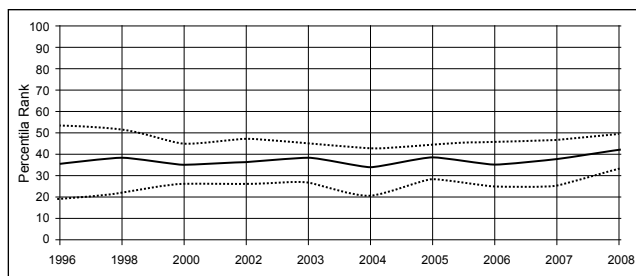
<sup>9</sup> World Bank Governance Matters Aggregate and Individual Governance Indicators – 1996 – 2008. Kaufmann, Kraay, Mastruzzi. The World Bank Development Research Group. Macroeconomics and Growth Team. June 2009 [www.govindicators.org](http://www.govindicators.org)

Страна	Источники	Год	Процентный рейтинг (0-100)	Показатель улучшения гос. правления (-2.5 - +2.5)
Армения	19	2008	42.6	-0.36
Азербайджан	18	2008	40.6	-0.76
Грузия	18	2008	44.0	-0.34

Сравнение развития за последние двенадцать лет в сфере верховенства закона, представленное ниже в графиках<sup>10</sup> по странам<sup>11</sup>, показывает, что эти три страны прошли схожий путь восхождений и падений в сфере верховенства закона и в настоящее время имеют восходящую тенденцию. За последнее время Грузия осуществила более быстрый и резкий скачок, чем соседние страны, Азербайджан остается в том же диапазоне с 2003 года с небольшими изменениями, рейтинг Армении в 2008 году впервые превысил 30-40 процентный диапазон.

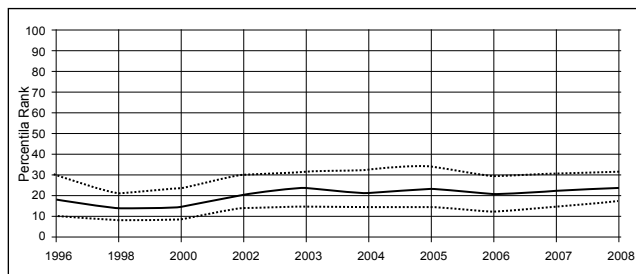
#### Армения, 1996 - 2008

Совокупность индикатора: Верховенство Закона



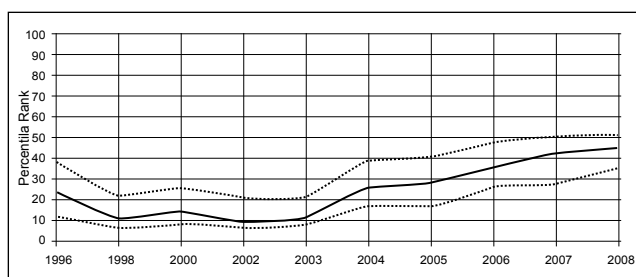
#### Азербайджан, 1996 - 2008

Совокупность индикатора: Верховенство Закона



#### Грузия, 1996 - 2008

Совокупность индикатора: Верховенство Закона



<sup>10</sup> Там же

<sup>11</sup> Синие черточки отражают пределы с учетом предела погрешности.

Несомненно, все три страны Южного Кавказа должны и в дальнейшем оставаться преданными реформам правосудия, обеспечивать независимость судей и гарантировать верховенство закона. Следует отметить, что прогресс на этом пути очевиден. Если защита прав и свобод человека останутся приоритетами правительств стран Южного Кавказа, конфликты будут решаться мирным путем и институциональное развитие будет гарантировано при поддержке множества международных организаций, таких как GIZ, USAID, ОБСЕ, Всемирный Банк, Совет Европы и других, а также стран-партнеров: Германии, США, Норвегии и других. При этих условиях прогноз следующих лет на пути к установлению верховенства закона может быть оценен как позитивный.

## Basic Provisions of the Law of Armenia “On the Fundamentals of Administrative Activities and Administrative Proceedings”

Dr. G. Tovmasyan, G. Muradyan,  
LL.M. (Heidelberg), V. Poghosyan, M.A. (Bonn)<sup>1</sup>

*The adoption of the law “On the Fundamentals of Administrative Activities and Administrative Proceedings” was momentous; it constituted a manifest break with Soviet doctrine, post-soviet traditions, and the realities of administrative law—that is, in short, with the law of unlimited administrative coercion. The new, revolutionary law, drafted in consideration of the best European achievements and innovations, is in harmony with the principles of a contemporary jural state and will become a stabilizing force in the relationship between individuals and executive power. The following sheds light on the background to the law, its structure and area of application, and the fundamental principles of the common administrative law and of such primary events as “administrative acts”.*

### I. Codification of the General Administrative Law

#### 1. The Place and Role of the Law in the Legal System

Since Armenia's 1991 independence, hundreds of laws have been adopted in the country, initiated and written by a large number and wide variety of people; these laws were supposed to regulate all areas of the country's ever changing public life. Among the laws, some particularly stand out in terms of defining and symbolizing the transition from the past to the future—the transition to a new mindset, a new type of relationship between the individual and the state. For instance, the Elections Code of the Republic of Armenia, the law on Constitutional Law, the law on the President of Armenia (no longer valid) can be viewed as such. Jumping ahead, we can already note that the law of the Republic of Armenia “On the Fundamentals of Administrative Activities and Administrative Proceedings”<sup>2</sup> will take its place among such laws as it embodies the transition from

lingering soviet approaches to an anthropocentric civil society. In this respect, the way in which the Law regulates public life, the Law's content, and the decisions pertaining to it all have great importance.

Armenia's detachment from the process of scientific development and from modern state and legal practices was a great hindrance to the country; it failed to fully grasp the significance of the state as an organization that is established to provide dignity, success, and security to the individual. In fact, public development in Soviet Armenia had been going in the opposite direction: achievements in the sphere of political science were denied with the aim of establishing a new soviet-type state. In the process, proponents of the soviet ideology distorted the very essence of the state. They failed to realize that the state is not an end in itself—that citizens fight for statehood, form state bodies, and grant authority to officials only as a mean to providing a dignified and secure life for society.

Indeed, for many years, power itself dominated, the theory of natural rights was considered a bourgeois luxury and the jural state and jural law was deemed fiction, acquisition and loss of power depended not on the public vote, but on pipe-laying. It is no easy task to jettison such ingrained tendencies in a short period of time. Despite the fact that soviet rule ended almost twenty years ago, the idea that the enjoyment of this or that right depends on those in power persists as today's reality. In many cases, it matters little which official you approach or how much you are prepared to pay. Such theory and practice not only pervaded every sphere of life but also developed and evolved; due to changing conditions they were re-established in various forms.

I think that everyone of us can tell many stories of bureaucracy and can testify to how bureaucracy unchecked is conducive to corruption and impedes economic development. Bureaucratic staff just continues to grow and officials “will create obstacles until a citizen realizes that it is better to pay...”<sup>3</sup>

In the past, Armenia failed to value some simple truths - that officials themselves cannot be a source of power, that officials are mere mediators between the people, are inseparable from people-power, and are nothing more than that, that their powers are not their birthright nor an indivisible part of them, that their powers are endowed by the only power-bearers in a democratic society, the citizens, and can thus be changed or terminated at any time if those officials act inappropriately or inadequately fulfill their function of ensuring fundamental human rights and freedoms.

The Constitution grants power to the state, its bodies, and its officials according to the type and extent neces-

<sup>1</sup> G. Tovmasyan is the Minister of Justice of the Republic of Armenia, G. Muradyan is the First Deputy Minister of Justice of the Republic of Armenia, V. Poghosyan is a team leader of the GIZ Program “Advice on Legal and Judicial Reform in the South Caucasus” in Armenia.

<sup>2</sup> Hereafter referred to as ‘the Law’ unless otherwise indicated.

<sup>3</sup> Karl Ekstein “Administrative procedure – basis of administrative process” Constitutional law: East European Review. 2002, # 4, p.147



sary for ensuring the protection and promotion of human rights and freedoms. However, an unwritten law, was (and still is) in force: it defined the relationship between individuals and the state in such a way that the state is ‘the winner’. Bureaucratic conditions ensured that everything in the state served the will of those in power, resulting in some quite ‘curious’ situations in terms of the relationship between the state and the individual. Indeed, it is these conditions that gave rise to the Russian expression “prove that you are not a camel”. In order to enjoy basic rights, a citizen would often spend years (at best) battling for them. After many years of such struggles, however, many caved in to the idea that it was pointless to fight against the state.

In Armenia, tens of legal acts that regulated the activities of administrative bodies often contradicted each other and failed to represent an appropriate guarantee for the protection of the rights and freedoms of natural and legal entities. The experience of developed jural states showed that there was but one solution: to adopt a single codified act that would regulate relations between natural or legal persons and administrative bodies.

In comparison to civil and criminal law, codification of administrative law is a relatively new phenomenon<sup>4</sup>. In many states of Europe, reforms of administrative law were accompanied by its codification. On the one hand, legal content—formed over the years from judicial practice and the influence of administrative political science—was systematized; on the other hand, administrative legislation was being constantly refined. For instance, in Germany, where the main principles and norms of general administrative law developed over decades, the law was adopted as late as 1976. At the time, critics argued that the adoption of the law would excessively restrict administration<sup>5</sup>. Indeed, in France, where such codification still does not exist, opponents (not only the legislature, but also specialists of administrative law) are afraid that incorporating principles and rules for administrative procedures into law will become an obstacle to the further development and refinement of administrative and judicial practices.

However, the situation in Armenia was completely different. After attaining state independence, the country had no progressive judicial practice in the area of administrative law. In fact, the sector was itself equal to the law, regulating administrative offences. Moreover, some attempts to restrict the regulation of relations between the citizen and the state in the Soviet Union (at the end of the 1960s) had not yielded any tangible results. Thus, at the beginning of 2001, when Armenia decided to launch a major reform of the general administrative law, in accordance with principles of the jural state (established by the 1995 Constitu-

tion), the Armenian legislature had to start from scratch. In this case, it is entirely reasonable that the legislature relied solely on the examples of developed countries to prove the law’s viability.

## 2. Aims of the Law

The adoption of any law implies the regulation of certain relationships, and the law “On the Fundamentals of Administrative Activities and Administrative Proceedings” is no exception. However, each law is adopted for a specific purpose, and the legislature sets certain objectives and expects certain results. The objectives of the Law may be summarized as follows:

1. Regulate the relationships between natural and legal entities and administrative bodies in a single legal act.
2. Ensure that administrative activities are publicized.
3. Prevent administrative bodies from acting in an arbitrary way.
4. Prevent corruption.
5. Ensure that administrative bodies work effectively.

It is noteworthy that such goals have even been set in countries that are not contemplating the codification of general administrative law. For instance, N. Salisheva and E. Abrosimova, when speaking about the problems of forming the Russian Federation’s Institute of Administrative Proceedings, state the following goals for the federal law “On Administrative Procedures”:

- Define a model of legal regulation with regulatory limits
- Devise the main concepts that will apply to each relevant area of legal regulation
- Determine the ratio of federal to regional (subjective) regulation of administrative procedures, their content and the relevant legislative tasks
- Define and make known the meaning of the major principles of administrative procedures
- Form general principles of jurisdiction for administrative cases
- Define the legal status of subjects to administrative cases
- Regulate the process of proving and evaluating such cases
- Establish deadlines for the implementation of administrative procedures
- Regulate the revision of decisions that are adopted as a result of administrative proceedings<sup>6</sup>

## II. Structure and Scope of the Law

### 1. Relations Regulated by the Law

The role of administrative law in any state’s legal system is inherently specific. The legal system can be described as the sum of all the legal rules that individuals abide by, in relation-

<sup>4</sup> For more details on the content and function of codification, see O. Luchterhandt/R. Rubel/W. Reimers, *Leitfaden zum Allgemeinen Verwaltungsrecht*, Jerewan 2008, S.11ff.

<sup>5</sup> Carl Hermann Ule, Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrensrecht*, 4., neubearbeitete Auflage, Köln 1995, S.38

<sup>6</sup> See Salisheva, Abrosimova “On problems of formation of the Russian Federation Institute of Administrative Proceedings”, *Constitutional Law: Eastern European Review*, 2002, # 4, p.131.

ship with other persons, a community, or the state. Despite its holistic nature, the legal system is subdivided into various areas, the most fundamental division of which is public and private law.

Private law regulates the individual's relations with other individuals, while public law regulates the relationship of the individual to the state (as bearer of public authority). The key field of public law is constitutional law, which establishes foundational principles and rules that govern the relations between all state bodies or local governance agencies (bodies of public authority) and natural or legal persons. These principles and rules are mandatory not only for other fields of public law but also for all areas of private law.

However, all such laws are general in nature and thus they require precise definition in order that they will be properly applied. In the area of public law, such clarification is primarily provided via administrative law, the main purpose of which is to ensure the legal regulation of relationships between executive power agencies and natural or legal persons. It is widely known that natural and legal persons very often have substantial interests in the regulation of such relations and that these relations can become an axis of communication between natural or legal persons and public authority.

The constitution of the Republic of Armenia, adopted in 1995 (still in force after amendments introduced on November 27, 2005) contains the fundamental principle of 'the rule of law' in the country. Indeed, it is embedded in whole the constitutional system and represents one of the constitutional and legal features of the Republic of Armenia (article 1 of the Constitution of Armenia). However, when the significant reforms of Armenia's legal system took place with the adoption of this new Constitution, little changed in terms of regulating relations between citizens and administrative bodies. It should also be mentioned that the Constitution of Armenia has a direct action (part 1, article 6 of the Constitution of Armenia).

Decisions, very often affecting natural or legal persons' vital interests, were received by administrative bodies as a result of multiple laws or other legal acts. Some of these were pre-constitutional acts, which attempted to provide for both the previous and developing legal systems. The perfunctory unity of all these bills failed to establish a platform or system that could hammer out the requirements of the Constitution and improve the relationship between natural or legal entities and administrative bodies. Indeed, the large-scale corruption that has occurred demonstrates how administrative bodies have continued—or, even 'better', multiplied—the "best" bureaucratic traditions of the Soviet era. Such trends have clearly demonstrated the urgent need for a radical, respectful, modern constitutional system that regulates relations between natural or legal entities and public authority bodies. The principle of "one area, one law" or even "one issue, one law", along with the

tendency of the legislature to take purely situational decisions, cannot ensure the unified implementation of constitutional provisions in practical areas of everyday life. Quite the opposite, in fact – the substance of such provisions is often distorted.

The only solution was to develop unified principles and guidelines for the activities of all administrative bodies and shape those into legislation. Only this could form a foundation for general administrative law so that the general starting point of the activities of each and every administrative body would be properly regulated. Thus, the law "On the Fundamentals of Administrative activities and Administrative Procedures" was developed, the first article of which establishes the scope of regulation.

The law seeks to: establish the starting point of administrative activities; regulate the order for adopting administrative acts and appeals as well as the administrative bodies' actions or inaction; regulate the relationship between administrative bodies and natural/legal persons as related to the execution of administrative acts, administrative expenses, and compensation for losses incurred due to administrative activities (article 1).<sup>7</sup>

Subjects regulated by the law are on the one hand natural and legal persons, and, on the other hand, administrative bodies. This includes not only Armenian citizens but also foreign citizens residing on the territory of Armenia as well as stateless persons. The parties to such relationships are active legal persons in Armenia.

An axiom of the law is that Armenia's legislature specifies certain provisions of the Constitution of the Republic of Armenia and then establishes corresponding principles that are fundamentally applied to all administrative bodies. The law establishes provisions about the adoption, enactment, and coercive execution of individual administrative acts (aimed at natural and legal persons) issued by administrative bodies as a result of administrative procedures.

For instance, in all cases when a citizen approaches an administrative body over a certain right—such as issues relating to receiving permission for entrepreneurial activities—and in all cases when an administrative body has taken the initiative to fine a citizen—for the violation of traffic rules, for

<sup>7</sup> In contrast to the law of Germany on administrative procedures – the key ideas of which served as a stimulus for the creation of the draft Armenian legislation—the law contains principles that govern all administrative activities and regulates compensation for losses caused by administrative activities. It contains universal provisions, which in Germany derive *per se* from the constitutional law or were discovered from judicial practice. Nevertheless, German teaching on administrative acts, including administrative procedure, was received and was considered during the drafting of Armenia's law. Indeed, an approach which combines the general principles of the jural state has been, quite remarkably, applicable to administrative activities and was practiced in some countries of Western Europe, namely in Iberian and Eastern European countries. Compare Karl-Peter Sommermann, "Konvergenzen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrecht europäischer Staaten", DÖV, 55 Jahrgang, Heft 4, Februar 2002, S. 139.

example—administrative procedures start. As a result, an administrative act aimed at a certain citizen is adopted and it is during these administrative proceedings that the Law, in addition to their material rights, provides the citizen with specific procedural rights (such as examination of the materials of the administrative case or the right to be listened to). This allows the citizen to be protected from an arbitrary approach by administrative bodies and enables the citizen to be actively involved throughout the process. On the other hand, having fulfilled the requirements of the law, the administrative body has the right to expect and require the citizen to comply with the conditions of the relevant administrative act, regardless of how unfavorable that may be for the citizen (for instance, the act may require the removal of an illegally constructed garage)—unless, of course, the citizen is planning to initiate an administrative appeal or take legal action.

It is not uncommon that the activities of an administrative body do not correspond with the adoption of the relevant administrative act; in fact, other actions are taken, or, vice versa, the body fails to respond to the citizen's issue (for instance, when an administrative body leaves the request-application of a citizen unanswered). The law regulates such cases as well.

Administrative bodies are also often seen to be violating the rights of natural or legal persons not only by administrative acts, actions or inaction, but also by normative and legal instructions. Thus, the law establishes an unprecedented set of detailed and distinct mechanisms that will ensure responsibility and accountability and exclude the possibility of negligence or cover-up.

## 2. Scope of the Law

The law is structured with a deductive-inductive symmetry. After regulating most of the general and fundamental issues related to any activity of all administrative bodies (Chapter I), the law moves on to specific issues and regulates only those activities that lead to the adoption of relevant administrative acts (Chapters II-IV). It then summarizes the content of the previous chapters in terms of how it relates to all administrative bodies in a separate chapter, which establishes the grounds and order of responsibility for any incurred damages, including methods of compensation (Chapter VII).

The structure of the law, therefore, dictates the scope of the Law's application. For example, the legal provisions on basic starting points of administration and the responsibility of administrative bodies (Chapters II and VII) apply to any activity of an administrative body that is performed in the area of public law (article 2.1). On the other hand, Chapters II-VI of the law—administrative proceedings, administrative acts, proceedings based on complaints, coercive execution, and administrative expenses—apply to the kind of administrative activities that result in administrative acts being adopted. Moreover, Chapters IV-VI apply to ad-

ministrative bodies' actions (or 'inactions') that lead to real consequences for natural or legal persons (article 2.2).

In addition, while the law defines a number of legal relations to which the law does not apply, the legislature deemed the principle of *lex specialis derogate legi generali* (specific law prevails over the general) important and this is specifically stressed in the law. The legislature incorporated a clause that states: "features of administrative proceedings according to separate cases shall be established by the law and international treaties of the Republic of Armenia" (article 2.3). Such features can be provided by following the laws such as "On Licensing", "On Urban Development", and "On Administrative Offences". This means that in all cases where administrative proceedings have begun, the administrative body shall determine if the issues being addressed under the procedures are regulated by any other special law. If it determines that another law provides adequate regulation, then during proceedings the administrative body is governed only by the provisions in Chapters I and VII of the Law - the legal provisions on administrative proceedings (Chapters II-VII) shall not be applied.

However, specific laws that regulate the activities of administrative bodies in various areas lack the kind of universal and comprehensive regulation that the new law contains. The Law distinctively addresses such principles of administrative proceedings (not to be confused with the basic principles of administrative activities) as the obligation of administrative bodies to function in a prompt manner and their obligation to properly listen to all parties involved in the proceedings.

Such an approach, of course, does mean that during administrative proceedings the administrative body should be preoccupied with an analytical comparison of the provisions of the (general) Law with those of specific laws, and—in any case and despite the facts—try to solve problems (i.e. fill gaps) in special laws via provisions of the general Law. While some quantitative comparison is surely necessary to ensure proper identification of issues that are not regulated by specific laws, the most important task is the following: to address how the general provisions of the Law must be applied in specific administrative proceedings. For that purpose, the administrative body should clearly know key provisions of specific laws. Thus, it is unnecessary to include such laws in the chapter of "Principles"; it is sufficient that they govern the content of other provisions of the Law. If, for instance, a special law envisages key provisions that exclude the principle of an administrative body functioning promptly, then, naturally, this general principle should not be applied in solving the specific case.

As mentioned above, the legislature has noted legal relations to which provisions of the Law do not apply. Such relations are regulated by provisions of the procedural law (parties to which are different from those regulated by the Law); in addition, the subject being regulated differs from the subject regulated by the Law. Procedural relations are

regulated in Armenia by Civil Procedures and Criminal Procedures Codes, the law on Constitutional Court, and, since January 2008, by the Administrative Procedures Code.

The aforementioned demonstrates the sensitivity required by legal bodies in applying the Law so that they correctly compare various areas of the application of the Law and ensure unified legal practice. Law enforcement agencies must always remember—in each and every circumstance—that the fact that the scope of the law may differ in certain cases does not imply its structural fragmentation. For a clearer understanding of the complex structure of the Law, one should always bear in mind that Chapter I of the Law “absorbs” all other chapters. This means that the scope of that chapter applies to all the relations that are regulated by other chapters. In addition, it is noteworthy that Chapters II and III are more general than Chapters IV and V; thus if rules envisaged by Chapter II are missing from the latter, then the general rules of Chapter II shall be applied to the more specific relations regulated in the latter.

In other words, the scope of the Law is like a multilayered pyramid. The wide base is formed by the general provisions of the first chapter. The general provisions of the second and third chapters then narrow to the more specific provisions of the fourth and fifth chapters, while the seventh chapter represents the apex. The sixth and eighth chapters are also very important: in the former administrative expenses are regulated, while the latter addresses the enactment of the Law and covers other related matters.

One more issue should also be mentioned: since the entire Law (with all its general and more specific provisions) is more general in nature than other laws that govern specific areas of administrative law—such as legislation regulating town planning and social welfare—then the legal provisions in Chapters I and VII, as well as some provisions in Chapter II, will not correspond with those specific laws for some time. This is because such legislation lacks similar provisions and is unable to include them; however, the same cannot be said for all the other chapters.

### III. Overview of the Law’s Content

#### 1. Major Principles Guiding Administrative Activities

As it has already been noted, Armenia’s adoption of the Law recorded the key principles of administrative law in one place and in a concrete form (the general chapters) for the first time—they form the fundamental principles of administrative activity. A large number of the principles derive from provisions in the Constitution of the Republic of Armenia; however, the principles were specifically modified for the purpose of administrative bodies and acquired features of administrative law. The purpose for establishing such principles is to incorporate jural state principles into administrative law.

So, what ideas were embodied in a concise reformu-

lation of Article 1 of Armenia’s Constitution—the article stating that Armenia is a country under the rule of law? More specifically, what does it mean for executive powers at national and local levels? It means that **administrative bodies are governed by major human rights and freedoms, that administrative activities are legal, that citizens are entitled to dispute decisions within the framework for administrative bodies as well as in courts, that arbitrary decisions are prohibited, and that the scale and type of administration is appropriate.** It makes it clear that these key principles are manifest in other provisions of the law, especially in principles relating to administrative proceedings, which are less important for ensuring legality since it is already secured in the framework of administrative procedures.

Moreover, since the resolution of specific issues is pivotal for relations between individuals and administrative bodies, and is made possible through the adoption of individual (administrative) acts, it is apparent that the role of the key principles within administrative proceedings will be properly valued. It is also clear that provisions which define and elaborate on abstract and extremely abridged constitutional provisions could not be termed “fundamental”, even though such a title reflects the fact that the corpus of Armenia’s post-Soviet general administrative law was codified for the first time. It is no secret that, prior to the adoption of the Law, the common understanding of administrative law was that it was limited to administrative offences and administrative arrests of natural persons. For specialists, administrative law represented a haphazard collection of legal acts and bylaws (to put it mildly) that regulated executive bodies’ multi-faceted activities, while the Code on Administrative Offences of the Republic of Armenia was simply an add-on to those.

#### *a. The Principle of Legality*

This principle represents one of the foundations of the jural state; if a state’s executive power disregards the law and acts arbitrarily, then the call to observe such principles loses all meaning and the state—not just in part but in its entirety—becomes unlawful and anti-democratic.

Thus, *legality of administration means that administrative bodies are not free to determine their actions but are governed by the Law.* This can be manifest in two ways: first, the absolute primacy of the law; and, second, the existence of relevant clauses (exceptions) to it.

#### *b. The Principle of Prohibiting the Abuse of Formal Requirements*

Administrative bodies’ exploitation of formal requirements represents one of the most glaring, and probably one of the most frequent, expressions of “bureaucratic red tape”. It is the kind of phenomenon that leads to an atmosphere of mistrust and uncertainty and the “estrangement” of the public from the authorities (although such approaches are inherent not only to administrative bodies).

Of course, formal, procedural requirements are necessary; however their application must not become an end in itself. Administrative bodies should not meticulously follow formal procedures unless they are required by the circumstances of the case or do not excessively hinder the exercise of an individual's rights.

*c. The Principle of Restricting Discretionary Authority*

Very often the legislature allows administrative bodies to use discretion in specific cases for which there is more than one possible lawful course of action. Nevertheless, the discretionary authority given to administrative bodies must not be viewed as grounds for arbitrariness, and the discretion itself must not be interpreted as absolute freedom of action for the administrative body. Indeed, without this principle, administrative bodies could act arbitrarily and set unwarranted goals for and limits on activities—something that is impermissible in a jural state.

*d. The Principle of Prohibiting Arbitrariness*

The principle of prohibiting arbitrariness means that administrative bodies are not allowed to approach identical factual circumstances differently, unless there are sufficient grounds to do otherwise; and, vice versa, they must approach substantially different factual circumstances on their individual merits. In other words, there must be a common approach to identical things and a distinct approach to different things. The practical importance of this principle becomes especially apparent when administrative bodies are exercising their discretionary authority.

*d. The Principle of Proportionality*

The incorporation of the proportionality principle into the Law is another instance of fundamental constitutional provisions being enshrined within the field of general administrative law. The principle, in its entirety, is incorporated into the Law for the first time and encompasses four elements: *correspondence to rights connected with the goal of administrative action*, as well as the *applicability, necessity and adequacy* of remedies chosen in order to achieve that goal. Thus, the requirements of the law, according to which administrative bodies can apply remedies to achieve a goal, as defined by the Constitution, shall be apply in all cases; that is to say, only those remedies that can clearly be deemed to achieve the relevant goal may be considered. If there are several remedies that may be applied, then the ones that most effectively facilitate the achievement of the goal shall be selected (and of those, the least rigid one). In addition, of such remedies available, the one which is most adequately achieves the goal should be selected—this element of adequacy can be described as the obligation to achieve the goal with the “least shedding of blood” or as the rule of “not shooting sparrows from the cannon”.

*e. The Principle of the Greater*

The Law establishes a principle of ‘the greater’ as well, which echoes well known a *major ad minus* principle of Roman times—that is, “the greater contains the smaller”. In contemporary times, this means that an individual has guarantees that an administrative body will not require him or her to perform certain (detailed) actions if the need for such actions has been covered by (broader) actions already performed.

*f. The Principle of Presuming Authenticity*

The purpose of presuming authenticity is to create mutual trust between administrative bodies and individuals and strengthen the equality between them. Any document issued by an administrative body shall be trusted as much as the applications or statements of any individual. At the same time, both parties—the administrative body and the individual—can be held to account for falsification of documents or other abuses of that kind.

The law states that “any data or information submitted to an administrative body shall be considered true and valid unless otherwise proved by the administrative body” and that “it is prohibited to require the individual to submit documents or additional information in order to certify the data or information provided”.

*g. The Principle of Thrift*

Since the activities of administrative bodies are funded by taxes, fees and other duties paid by natural or legal persons, it is clearly in the public's best interests that administrative activities are carried out effectively and efficiently. Thus, this principle foresees that administrative bodies must achieve the goals of their administrative activity with a reasonable economy of resources and minimized expense. However, caution should be taken that this principle does not have a detrimental impact on the effective functioning of administrative bodies.

**2. The Principle of Trust in Administrative Proceedings**

Confidence in administrative acts stems from administrative bodies acting in accordance with the principle of thrift by adopting only lawful and warranted administrative acts. In this case, individuals will view administrative bodies positively—as those who have been vested with authority so that every activity, including the adoption of administrative acts, has its basis in the authority and responsibility of public power. Indeed, it is then possible to be confident in the lawfulness of administrative acts, since the lawful activities of public bodies represent a simple constitutional obligation. It derives from article 5.2 of the Constitution, which directly envisages that state bodies, as well as bodies of local self-governance and other officials, shall perform only those activities envisaged by the Constitution or legislation.

Therefore, the confidence of private persons in administrative acts shall be protected, and is protected, by the law. It also means that the legal consequences of recognizing administrative acts as invalid or void (however favorable for the individual) are not usually applied to the execution of the act and are subject to protection. The only exceptions are cases listed in the law, such as when an individual achieves adoption of administrative acts by unlawful methods or when, in specific cases, public interests prevail over the private interests of the individual subject to the administrative act.

### 3. Administrative Proceedings

#### a. *The Concept of Administrative Proceedings*

Administrative proceedings represent the process of carrying out management activities and leading them to their logical completion (i.e. an administrative act). It is a vital principle of proceedings that not only their major result (the act) should be lawful but that the whole process should be as well.

*In legal language ‘administrative proceedings’ is the activity of administrative bodies that is aimed at the adoption of an administrative act* (article 19 of the Law). This definition highlights that it is only those activities that are aimed at the adoption of the administrative act that may be deemed administrative activity. Any other activity—for example, the adoption of a legal and normative act—is a real act but is not included in the concept of administrative proceedings (although it is covered by a broader concept of administration). The activities of administrative bodies are performed within these limits and the purpose of such actions is to solve the internal organizational issues of the given body (for instance, the institution of disciplinary sanctions for employees, or actions aimed at logistics and financial provision, etc).

The Stages of administrative proceedings, stipulated by article 20 of the Law, are:

- a. Institution stage
- b. Current stage
- c. Final stage

The institution stage starts the moment the application of a private person on the adoption of a relevant administrative act is filed. If an administrative act is to be adopted at the initiative of the administrative body, then administrative proceedings are considered instituted from the moment such initiative is expressed by the administrative body. At the current (ongoing) stage of administrative proceedings, the administrative body performs actions that are necessary for the adoption of the administrative act. For example, it researches the facts of the case, appoints an inquiry or conducts inspections (if established by law or deemed necessary), interviews witnesses, and acquires additional documents from other administrative bodies. The final stage of administrative proceedings is the adoption of the admin-

istrative act itself by which an application (complaint) is either sustained or rejected. The administrative act shall be adopted in cases when administrative proceedings were instituted at the initiative of the administrative body; if during the ongoing stage, the administrative body reaches the conclusion that the administrative act is no longer required, then it does not adopt it or announces the termination of administrative proceedings.

Given certain objective circumstances—for instance, when it is necessary to prevent immediate danger or deal with the aftermath of an emergency—administrative proceedings may omit the first two (institution and current) stages and move immediately to the final stage.

#### b. *The Grounds for Commencing Administrative Proceedings*

In accordance with the law, the grounds for instituting administrative proceedings are: (a) an individual application or complaint; and (b) the initiative of the administrative body.

As mentioned above, for the purposes of law, the term “person” denotes natural and legal persons who file applications with administrative bodies on the adoption of an administrative act. In the case of complaints, the same persons may file a complaint on an adopted administrative act or action (or inaction) with the agency adopting the act or with an agency superior it (article 30 of the Law).

Administrative proceedings that are instituted at the initiative of the administrative body itself may appear as the immediate adoption of a the relevant administrative act; if its adoption demands some time, however, then it must be adopted according to the general procedure and relevant parties must be notified that proceedings have commenced.

#### c. *Timeframes for Administrative Proceedings*

The law states that the maximum time for administrative proceedings should not exceed 30 days; however, it also provides that other laws may define shorter or longer periods. Such an approach reflects that unless there are grounds to suspend or extend administrative proceedings, the general 30-day limit is reasonably adequate (even in complex cases) for the kind of comprehensive study needed to reach a conclusion about the adoption of a decision on an administrative case.

Indeed, the period is envisaged as a maximum (article 47 of the Law); an administrative body can adopt an administrative act prior to the expiration of the 30 days or the period established by a special law. Thus, article 36 of the Law states: *if after instituting administrative proceedings, the administrative body possesses all documents necessary for the issuance of the administrative act, if it has sufficiently verified and established all circumstances of the case, then the administrative body shall issue the administrative act within reasonable time after the establishment of the afore-*

*mentioned circumstances without awaiting a general or specific deadline.*

Previously, cases of administrative bodies not meeting deadlines for the issuance of administrative acts were quite frequent and applicants were left frustrated. The legislature adopted a relatively strict approach to combat this. In order to halt such practices, increase the responsibility of administrative bodies and officials, and consistently protect those who have requested assistance from administrative bodies, article 48 of the Law states that if the relevant administrative body fails to issue an administrative act within the established deadlines, the requested administrative act shall be deemed issued. In such cases, the applicant may then exercise the rights that the administrative act was expected to grant him or her.

#### *d. The Diversity, Comprehensiveness and Objectivity of Administrative Proceedings*

Article 37 of the Law is dedicated to diversity, comprehensiveness and objectivity of administrative proceedings. It stipulates that the *administrative body shall ensure a diverse, comprehensive and objective review of the facts of the case, investigating all circumstances, including those that are favorable for the applicant. A Diverse, comprehensive and objective review of the case means that the issues related to the subject of administrative proceedings are clearly determined.*

It should be noted that the principle of a diverse, comprehensive and objective review of the case means that the relevant administrative body has a certain responsibility—it is obliged not to limit itself to information (evidence) submitted by the parties to the proceedings; indeed, objective administrative proceedings presuppose that administrative bodies, at their own initiative and independently of the parties to the administrative proceedings, shall take necessary measures in order to collect relevant information on the case.

#### *e. Hearings*

Embedded in the Law are a number of procedural instruments, one of which is a full hearing of the parties to administrative proceedings. This is a new institution in the administrative law of the Republic of Armenia which excludes the possibility of adopting an administrative act without first hearing the parties to proceedings. Prior to the Law, issuance of relevant decisions without hearing the parties involved was considered quite lawful and acceptable. However, in order to establish all the circumstances of the case, substantiate them, and, therefore, adopt a lawful decision, it is vital that the administrative body listen to the parties ('stakeholders') to the proceedings, especially if the passing of an administrative act will not be in favor of the applicant. The Law ensures that this process happens.

#### *f. One-stop-shop principle*

Cases in which individuals have to approach several administrative bodies to obtain different types of permission so that the relevant administrative act can be passed are frequent. It is no simple task to visit multiple bodies to acquire such official papers—it usually causes time losses and increases corruption risks.

Taking this into consideration, the Law envisaged a procedure which can be described as a "one-stop-shop". The idea is that any official papers that are issued by various administrative bodies and are required for the adoption of the final administrative act, must be received by the administrative body where the application was filed. Through inter-agency assistance, the relevant administrative body will acquire any necessary permission paperwork from other administrative bodies. Moreover, such agencies are obliged to provide the administrative body in charge of the proceedings with any interim acts (in accordance with the general rules of the Law) regardless of whether they are favorable for the applicant.

Thus, the "one-stop-shop" principle releases the individual from the obligation of acquiring documents from other administrative agencies so that the administrative act can be adopted; that responsibility now rests with the administrative body in charge of issuing the final administrative act.

## **4. Administrative Act**

### *a. The Concept of the Administrative Act*

An administrative act is the chief outcome of an administrative body's work; the issuance of an administrative act completes administrative proceedings. The administrative act is, therefore, one of the major concepts of administrative law and represents a key instrument of unilateral regulation for governing bodies. That is why it is important to clearly define what an administrative act is and how it differs from other outcomes of governance.

Article 53.1 of the Law states that an "administrative act is a decision, ordinance, decree, order, or any other legal act with external effect, which is adopted by the administrative body in the area of public law with the purpose of establishing, changing, terminating or recognizing the rights and obligations of a group of people. An administrative act may be addressed to a group of people with distinct individual features". Such a definition establishes a number of important aspects of an administrative act:

- The agency adopting the administrative act shall be an *administrative body*;
- It applies to a *concrete person or a group of people with distinct individual features*;
- It has an *external effect*;
- It applies to the field of *public law*;
- It *establishes, changes, terminates or recognizes the rights and obligations of persons*.

Such features mean that an administrative act substantially differs from a normative act and from action or inaction (real acts) since these cause factual (not legal) consequences for private persons. Unlike a normative act, an administrative act regulates specific issues and this is why it is addressed to certain individuals or a group of people with individual features. The major difference between a real act—such as payment of money, issuance of reference, provision of information, notification, warnings, or physical actions—and an administrative act is that the real act lacks regulatory power. While it may have legal significance, a real act does not regulate a specific issue (and thus does not establish any rights or obligations).

*b. Adoption, Notification, and Enactment of the Administrative Act*

Article 58 of the Law states when an administrative act can be considered finally adopted: for written acts, it is the day of signing; for oral acts (or other forms of administrative acts) it is the time of its publication. Once adopted, those whom it applies to are notified, as prescribed by article 59 of the Law; notification is either delivered in person or published in accordance with the rule, except in cases when the law or the administrative act prescribes otherwise.



# The Claim on Recognition

Ekaterine Kardava<sup>1</sup>

## Abstract

*This paper reviews a legal tool of administrative procedure – a claim on recognition. The author pays special attention to the significance of this tool and outlines its key features. Discussion of this topic is particularly relevant due to various approaches and attitudes deployed within Georgian legal practice. The paper stresses that in order to introduce and establish this legal tool, it is first necessary to correctly understand it – then the legislator can play its important role in it by refining certain legal provisions. The aim of the article is to encourage the correct introduction of this mechanism into legal practice.*

## I. Introduction

The chief aim of the provisions in force in procedural law is to protect rights. Depending on the legal procedure being dealt with, more specific goals may be identified. For instance, provisions in civil procedures serve the purpose of protecting subjective rights, while provisions in criminal law procedures are aimed at the protection of public interests, the rehabilitation of the accused and the protection of victims' rights through the procedure of establishing the truth. As for the aims of the administrative procedure, they are diverse; however, first of all it is necessary to highlight the goal of protecting subjective rights – provisions in administrative procedure represent guarantees and tools for the exercise of these rights. In addition to this specific goal, administrative procedure is also aimed at controlling executive power and the swift resolution of administrative disputes with minimum expenditure.<sup>2</sup>

The achievement of the goals of administrative procedures is made possible through the application of legal forms that protect the relevant rights, namely via types of claims. Georgian administrative legislation deploys four procedural tools that are aimed at the protection of rights: 1. A claim/action on the declaration of an administrative legal act as null and void (Article 22 of the Administrative Procedure Code – APC); 2. A claim for the issuance of an administrative legal act (Article 23 of the APC); 3. A claim on the performance of an act or the failure to act (Article 24 of the APC); 4. A claim on recognition/declaration (Article 25 of the APC).

The recognition/declaration claim has the most complex structure; in comparison to the other three tools, it

is more difficult to grasp. Nevertheless, it is one of the strongest and most solid legal institutes among methods of rights protection – since the recognition/declaration claim does not derive from the immediate exercise of the claimant's material rights<sup>3</sup>, its scope is broader, providing the claimant with a wider spectrum of rights protection, and specification of legal relations is not always necessary. Thus, the recognition/declaration claim is a key tool in determining (recognizing/declaring) of rights and obligations<sup>4</sup>.

## II. Historical Overview

As a legal tool, the recognition/declaration claim is new not only to the Georgian Administrative Procedures Law but is also relatively new to the European administrative process as well. The concept was introduced into the single Administrative Procedure Code of the Federal Republic of Germany in 1960, although records show that this tool was already being used in the separate lands of Germany at the beginning of the 20<sup>th</sup> century<sup>5</sup>.

Reaction to the introduction of the recognition/declaration claim into Germany's legislation was not positive at first; as often happens when an innovation is introduced, this innovation too was greatly criticised<sup>6</sup>. Criticism mainly centred on the fact that the recognition/declaration claim established abstract legal relations and protected people from normative unlawful actions. However, over time the recognition/declaration claim was gradually established within the science and practice of administrative law – specialists of administrative law agreed that the protection of rights was possible via the recognition/declaration claim even though its content is more complicated than any of the other types of claims.<sup>7</sup>

Such complexities basically arose from the possibility of protecting rights via preventive recognition/declaration claims. Initially, it was understood that the protection of rights via the recognition/declaration claim was only possible once a certain act had been issued and not prior to that<sup>8</sup>; that is, the initiation of a recognition/declaration claim for the purpose of preventive protection of rights was initially rejected by scientists of administrative law.

<sup>1</sup> Ekaterine Kardava is a Doctor of Legal Sciences and Professor at the University of Georgia

<sup>2</sup> Thomas Würtenberger – *Verwaltungsprozessrecht*, 2. Aufl. 2006, S. 1-7f.

<sup>3</sup> Peter Tettinger/Volker Wahrenndorf – *Verwaltungsprozessrecht*, 2. Aufl. 2001, S.166.

<sup>4</sup> M.Kopaleishvili, N. Skhirtladze, E.Kardava, P.Turava – *Text book on Administrative Procedure*, 2008, page 359.

<sup>5</sup> Wolf Selb – *Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage*, Diss. 1997, S.17.

<sup>6</sup> Wolf Selb – *Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage*, Diss. 1997, S.18.

<sup>7</sup> Wolf Selb – *Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage*, Diss. 1997, S.18.

<sup>8</sup> Wolf Selb – *Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage*, Diss. 1997, S.17.

### III. Interpretation of the Recognition/Declaration Claim

Article 25 of Georgia's Administrative Procedures Code (APC) stipulates the meaning and content of the claim by stating that "a recognition/declaration claim/action may be initiated for the purpose of establishing the existence/absence of legal relations and the declaration of the annulment of an administrative act". German legislators interpret the concept in a similar way, although the exact interpretation in the APCs of both countries differs.

The first difference is clear: the Georgian legislation states that the recognition/declaration claim allows for the establishment of a right as well as the establishment of whether legal relations existed, while Paragraph 43 of the German APC states that the recognition/declaration claim/action may only be initiated in order to establish the existence/absence of legal relations. Thus, the Georgian legislation views the recognition of the existence/absence of a right separately; it is not included within the scope of legal relations. This creates many difficulties in Georgia's judicial practice<sup>9</sup> and requires further scientific and working analysis. The second difference concerns the second half of the definition of a recognition/declaration claim – the Georgian legislation states that the recognition/declaration claim allows for an individual administrative act to be recognised as null and void. In contrast, German law deploys other procedural tools to accomplish this – the so-called 'control over norms', such as the verification of the legality of normative acts<sup>10</sup>.

Overall, the legal content of the recognition/declaration claim/action is such that it allows the claimant to initiate action and request that the absence of legal relations or a right be established (a negative recognition/declaration claim) or request that the existence of legal relations or a right be established (a positive recognition/declaration claim). As such, the claim provides individuals with a broader spectrum of protection. For instance, a claimant may want to establish (declare) that he/she does not represent a party to specific tax relations and thus is not obliged to pay a certain tax. Alternatively, a claimant may take the opportunity to request declaration of the fact that he/she represents a party to a specific legal relationship and this may become the purpose of the recognition/declaration claim.

### IV. Establishing the Existence/Absence of Legal Relations

Since one of the aims of the recognition/declaration claim is to establish the existence/absence of legal rela-

tions, it is necessary to define what is meant by the latter. Rights, obligations and legal facts all represent elements of legal relations and legislative acts and the legal literature often use the term "legal relations". However, no law contains a strict legal definition.

The literature explains legal relations from the material and procedural point of view<sup>11</sup>. Some legal experts define legal relations from a material point of view as "daily relations regulated by legal norms"<sup>12</sup>, while others insist that legal relations represent "legal threats" connected with legal subjects<sup>13</sup>. Yet others believe that legal relations concern specific relations between specific individuals or specific relations towards specific things based on provisions of public law<sup>14</sup>: "Legal relations represent connections, based on the norms of law between individuals who bear certain rights and obligations imposed by such norms"<sup>15</sup>.

Despite these different formulations and interpretations, taken together they all still represent a unified concept of legal relations – the idea that legal relations are regulated by legal norms and that the aim of legal relations is to establish (regulate) those relations<sup>16</sup>. In addition, subjective rights represent a significant part of legal relations – in fact, no legal relations may exist without them and any obligations or responsibilities that conflict with those rights also represent an element of legal relations.

As for the procedural interpretation of legal relations, legal experts believe that legal relations originate from legal facts, namely, as a result of action or inaction<sup>17</sup>. Thus, from a procedural point of view, it is necessary that the legal relations originate from concrete facts and are not merely assumed<sup>18</sup>.

### V. What Follows from Establishing the Existence/Absence of Distinct Elements of Legal Relations due to the Recognition/Declaration Claim

As mentioned above, Article 25 of the Georgian APC states that the recognition/declaration claim may request not only that certain legal rights be established, but also that the existence/absence of certain rights be established. The Georgian legislation views the latter as a distinct element within legal relations, whereas German legislation only allows the claimant to establish the existence/absence of legal relations. Thus, Article 25 of the Georgian APC allows the claimant a broader spectrum of rights protection.

<sup>9</sup> M.Kopaleishvili, N. Skhirtladze, E.Kardava, P.Turava – Text book on Administrative Procedure, 2008, page 360.

<sup>10</sup> Thomas Würtenberger – Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, S. 156.

<sup>11</sup> Wolf Selb – Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, Diss. 1997, S.21.

<sup>12</sup> Wolf Selb – Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, Diss. 1997, S.22.

<sup>13</sup> Larenz – Allgemeiner Teil BGB, Kommentar 1989, §19 I.

<sup>14</sup> Hufen – Verwaltungsrecht, 4. Aufl. München, 2000, S.349.

<sup>15</sup> T.Alfaidze – Introduction to the Science of Law, 2008, page 288.

<sup>16</sup> Wolf Selb – Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, Diss. 1997, S.23.

<sup>17</sup> T.Alfaidze – Introduction to the Science of Law, 2008, page 306.

<sup>18</sup> Kopp – Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, §43.

Frequently claimants need a right to be declared and have no interest in questioning the legal relations aspect. In such cases, the claim is specified such that there is a clear indication of what the claimant wishes to establish – the entire legal relations or only elements of legal relations or rights. At the same time, Georgian legislation considers the demand to establish one specific element of legal relations as a separate demand that is says nothing about recognising/declaring other elements of the legal relationship. For instance, can the issue of responsibility – an element of legal relationships – become a matter to establish under the recognition/declaration claim or is it a legal fact as a specific action or inaction? An example from Georgian judicial practice well illustrates this issue of establishing legal facts based on a recognition/declaration claim – namely, the decision of the Administrative Collegium of the Tbilisi City Court from 16 January 2008 on the claim of T.A. to establish only the legal facts of the case and not the entire legal relationship (the claimant requested recognition of the facts of the candidate's dissertation defence). Unfortunately the court did not review the admissibility of recognizing a fact based on the recognition/declaration claim and decided that the claimant's demand was beyond the scope of a recognition/declaration claim and that the right should have been protected under Article 22 of the Georgian APC.

It is interesting to consider how German administrative science and judicial practice handle the abovementioned issues. Despite the fact that German legislation does not officially view the establishment of a right as an object of a recognition/declaration claim, legal theory and judicial practice consider it acceptable to establish the existence/absence of a distinct right as part of a recognition/declaration claim. The recognition/declaration claim may request not only that the existence/absence of the specific legal relationship be established but may also request that the existence/absence of a specific element of the legal relationship be established<sup>19</sup>. Despite judicial practice and such interpretations, a counter-view can be found in the German legal literature. For instance, Tettinger indicates that one separate element of the legal relationship may not become the object of a recognition/declaration claim<sup>20</sup>. However, the author states that specific elements of the legal relationship may become an object to be protected under the recognition/declaration claim if the rights and obligations of the relevant individual are related to this element. For instance, we can assume that via a recognition/declaration claim it would be acceptable to establish (declare) the membership of an individual in a commission since the rights and obligations of the individual are related to

the establishing of facts and may be related to the issue of establishing commission membership as fact.

Those legal experts who object to establishing the existence/absence of separate elements of legal relations argue that if a recognition/declaration claim can allow for the establishment of the existence/absence of specific legal relations, in the future it will allow claimants to file claims related to the issuance of an act. This would result in the recognition/declaration claim being used for the detection and resolution of insignificant matters that really represent components of one claim<sup>21</sup>.

Despite these varying opinions, contemporary judicial practice and legal science consider it acceptable to establish the existence/absence of a distinct element of legal relations even though German legislation does not view it as a separate issue<sup>22</sup>.

## VI. Conclusion

Analysis of the recognition/declaration claim represents a difficult and complex task both in terms of legal theory and in working practice. This article has attempted to explore the meaning of this type of claim with regard to legal relations and its various elements. The general description of the recognition/declaration claim shows that it implies not only establishment of the existence/absence of legal relations but also the declaration of an act as null and void and the preventive protection of rights. The broad meaning of the recognition/declaration claim creates strong guarantees of rights protection. We have seen that claimants shall not be limited to demanding that the existence/absence of specific legal relations be established (declared) but shall also be able to demand only that the existence/absence of rights, obligations, or legal facts be established.

This treatment of the right as a distinct category to be protected under the recognition/declaration claim serves the purpose of ensuring comprehensive protection of the claimant's rights. To some extent, however, this approach restricts and calls into question the possibility of declaring the existence/absence of other elements. In our opinion, Georgian legislation certainly allows that the existence/absence of other elements in legal relations be established despite the fact that legal practice did not adopt this approach. As mentioned above, the court deems it unacceptable to establish the existence/absence of separate elements of legal relations (see the particular example above) and very often considers such claims inadmissible.

We conclude that, at the legislative level, it is not necessary to view the relevant right as a separate object of the recognition/declaration claim – on the contrary, this may only create confusion. In order to further refine the is-

<sup>19</sup> Wolf Selb – Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, Diss. 1997, S.28.

<sup>20</sup> Peter Tettinger/Volker Wahrenndorf – Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. S. 166.

<sup>21</sup> Henke – Feststellungsklage der ZPO-Grundfragen, JA 1997, S.465-467.

<sup>22</sup> Schwabe – Verwaltungsprozessrecht, S. 57; Eyermann/Fröhler – VwGO, §43, Rn.3.

sue, we think that the right, as a separate object, should be removed from Article 25 of the Georgian APC and that the possibility of establishing the existence/absence of specific elements within legal relations should be defined together with the establishment of the existence/absence of legal relations. If formulated in this way, confusion in the area of the recognition/declaration claim would be fully eliminated as the problem would be regulated both in terms of legislation and legal practice. In this case, the courts would not face problems in deciding on the admissibility of a claim and claims of this nature would not be considered inadmissible. Indeed, such a solution would facilitate the comprehensive protection of citizens' rights and citizens would have the opportunity to effectively protect their rights under Article 25 of the Administrative Procedure Code of Georgia.

# Administrative Discretion and its Regulation in the Legislation of South Caucasian Republics

Farhad Mehdiyev<sup>1</sup>

## Abstract

*Public and social administration is generally conducted via regulations and orders issued by administrative bodies, such as boards, commissions, departments, and authorities.<sup>2</sup> Under the rule of law, the “principle of legality” requires that administration be organized and implemented according to legal statutes—orders and acts that put a person under obligation, especially those that restrict fundamental rights and freedoms, must only be issued in cases when legislation (legal statutes) provides the possibility of such restriction.<sup>3</sup> Although the rule of law and the principle of legality have received criticism from some scholars who argue that the two principles are excessive and impractical,<sup>4</sup> the widespread acceptance of discretionary powers means that the principles are still vital if arbitrariness is to be prevented. Indeed, legislation and judicial practice must include standards that will prevent arbitrary decisions in public administration.*

## I. Former Soviet Republics and the Concept of Discretionary Powers

The South Caucasian republics, the three former Soviet republics of Azerbaijan, Armenia and Georgia, have declared democracy to be their political system and are attempting to establish the rule of law in public administration. The rule of law puts some limitations on state authorities and protects people from unjust and arbitrary rulings by administrative bodies. Nobody will argue that the supremacy of law has not been accepted in these countries in principle; the issue is what kind of legal means will be most effective for maintaining such a principle.

During the years of Soviet government, the principles of supremacy of law and the legality of administration were absent from Soviet jurisprudence, legislation, and legal practice. The principle of legality was added to the Azerbaijani Constitution by a referendum held on March 18,

2009, when relevant articles (71 and 72) were amended. In fact, the principle was provided by Article 11 of the Administrative Procedure Act<sup>5</sup> of Azerbaijan. Article 11 of the Law stipulates that “administrative bodies must obey all legal provisions” and that “administrative bodies may only restrict a person’s rights and freedoms in cases prescribed by law”.

One way in which administrative powers are classified is by differentiating between binding (formal) powers and discretionary powers.<sup>6</sup> Binding powers do not give administrative bodies the freedom to choose a reason for, the content of, or a procedure for administrative action because the issue is already regulated by a legal norm. Thus, binding power can be deemed as obligation or duty, and judicial review of such actions creates no serious problems for jurisprudence—the judge simply identifies whether the factual or legal elements of the disputed administrative act were evident.

Discretionary powers, however, are significantly different. While legislation stipulates the the scope and aim of the administrative body’s discretion, it is allowed some freedom in determining reasons to act, methods of acting, or the content of its decision.<sup>7</sup> Administrative discretion is also informal administrative power, even though discretionary powers might fall within formal authority.<sup>8</sup> Informal discretionary powers mean acting to or omitting from “initiating, prosecuting, negotiating, settling, contracting, advising, concealing, dealing, planning, recommending and supervising”.<sup>9</sup> Indeed, all legislative bodies throughout the world provide for it, without exception.<sup>10</sup> In brief, discretionary powers entail that there is “freedom for administration to choose among several options in solving a certain matter”.<sup>11</sup> These options may relate to both substantive and procedural matters. Since the exercise of discretionary powers will affect rights and interests to various degrees, there are different safeguards and conditions attached to such powers.

The Committee of Ministers of the Council of Europe (CoE) adopted Recommendation R (80)2 “Concerning The Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities”. According to the Recommendation, the term “discretionary power” means a power which leaves an administrative authority some degree of latitude as regards the decision to be taken—it may choose, from among sev-

<sup>1</sup> Dr. Farhad Mehdiyev is the Director of the Department of International Law at Qafqaz University, Azerbaijan, and is currently a Fulbright exchange scholar at the Law School of George Washington University, USA.

<sup>2</sup> Jowell Jeffrey, *Law and Bureaucracy, Administrative Discretion and the Limits of Legal Action*, Dunellen Publishing Company, 1975, p.1.

<sup>3</sup> Gozubuyuk Seref, Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), 1 Cild, p.33.

<sup>4</sup> Davis Kenneth C., *Discretionary Justice*, University of Illinois Press, 1973, p.31.

<sup>5</sup> The Law was passed on October 21, 2005, but is yet to come into force.

<sup>6</sup> Mehdiyev Farhad, “İnzibati mülahizə səlahiyyətinin hüquqi rejimi”, *Journal of Qafqaz University*, Number 18, 2006, p.62.

<sup>7</sup> Akyılmaz, Sezginer, *İdare Hukuku Dersleri*, (Konya: Mimoso Kitabevi, 2003), p.69.

<sup>8</sup> Warren Kenneth F., *Administrative Law* (St.Paul Minnesota: West Publishing Co, 1982), p.312.

<sup>9</sup> Davis Kenneth C., *Administrative Law: Cases-Text-Problems* (St. Paul Minnesota: West Publishing Co, 1977), p. 441.

<sup>10</sup> Davis, *Discretionary Justice*, p.36.

<sup>11</sup> I.P.Massay, *Administrative Law* (LUCKNOW: EASTERN BOOK COMPANY, 2001), p.54.

eral legally admissible options, the decision which it finds to be the most appropriate. Even authorities appreciate that the latitude conferred by such legislation must be exercised in a just and fair manner and should not be abused or used in an arbitrary way.<sup>12</sup> Otherwise, there would be no difference between lawful and arbitrary administration. As the European Court of Human Rights (ECtHR) often notes, in this case the distinction between lawfulness and arbitrariness would be “illusory”.

Unfortunately, neither the USSR's legal theory nor its legal practice (case law), provides any clarity about the legal regime and the limitation of discretionary powers. It is difficult to judge whether Soviet rulers considered that discretionary powers shouldn't or couldn't be restricted; there is no clarity on this issue. Nowadays, the courts are reluctant to enforce judicial review of decisions taken under administrative discretion and fail to make use of supervisory standards. Such a situation compels us to formulate standards and limits for administrative bodies to comply with while issuing and acting upon their decisions.

## II. The Need for Administrative Discretion

The purpose of administrative actions is to safeguard public interests by satisfying common and general social needs.<sup>13</sup> The principle of the legality of administrative powers is similarly meant to serve public interests.<sup>14</sup> In reality, however, it is impossible to predict and prescribe all circumstances of public life and all possible remedies (regulatory measures). Thus, legislation usually allows administrative bodies some margin of flexibility, affording them the opportunity to choose what they consider to be most clearly in the public's interest.<sup>15</sup> Moreover, since legal language is sometimes ambiguous and vague, which can also lead to gaps in legislation, administrative bodies sometimes need to take swift and decisive action.

Technological developments, such as internet interaction, affect public administration as well; in public services technology is used not as an end in itself but as a means to an end. Since technology is evolving day by day, it is not appropriate to legally prescribe the means by which public services are implemented—indeed, administrative bodies have more means and better knowledge of technology than does the legislative body. Thus, for affordable, effective, and sustainable public services, it is wiser to allow administrators leeway in how they implement and realize their administrative functions.

Elimination of all discretionary power is both impossible and undesirable. As Davis says, to fix a goal of eliminating all discretion on all subjects would be utter insanity.<sup>16</sup> It should also be noted that democracies need to hold public officials accountable *inter alia*; the principle of personal responsibility requires that officials have some degree of discretion in order to keep them liable for their deeds.<sup>17</sup>

The ECtHR also deems discretionary powers for national authorities as necessary; such powers are valued, to some extent, as a means of satisfying public interest or determining “strict social need”.<sup>18</sup> Thus, it can be stated that administrative discretion is a necessity for effective public administration that could not be conducted without a certain freedom in decisions, regulations, and adjudications.

## III. The Purpose of Administrative Discretion

In European law the general rule is that discretionary powers must be provided for by statutes.<sup>19</sup> Such authorization can be expressed in words like “for the purpose of the leisure of the residents” or “for protecting the rights of others”. Sometimes the concept is not expressly stated, however, and in such cases the purpose of administrative discretion may be interpreted from the *ratio legis* of the law. Moreover, the ultimate goal of administrative activity is the realization of public interest<sup>20</sup> and this applies to all cases and even those laws that fail to prescribe a specific kind of public interest such as “public order”, “public health”, “national security” or “morality”.

Verdicts of the ECtHR show that it determines whether a restriction was lawful by checking if the administrative act pursued a legitimate goal or not. Thus, authorities are not free to pursue any aim they wish but only those legitimized and prescribed by law; any deviation from this norm is unlawful and constitutes arbitrariness.<sup>21</sup> In the case of the European Convention on Human Rights, the justification for providing discretionary powers is always clearly stated—“national security”, “public order”, or “general health and morality” for Articles 8, 9, 10 and 11. For additional Protocol 1 Article 1 (right to property) regarding acts of deprivation from possession, such as expropriation, authorities could justify decisions on the general basis that they are in the interests of the public.

<sup>12</sup> ECtHR, *Handyside v. the UK*, 07.12.1976, para.49.

<sup>13</sup> Mehdiyev Farhad, *Inzibati Idareetme Huququ*, (Baku, Qafqaz University Press, 2008), p.126.

<sup>14</sup> Woehrling Jean-Marie, *Judicial Control over the Administration in Europe: Progressive Construction of a Common Model*, Sigma Publications, February 2005, p.5, available at: <http://www.sigmaxweb.org/dataoecd/33/40/35676763.pdf>

<sup>15</sup> ECtHR, *Olsson v. Sweden*, 24.03.1988, para.61(a)

<sup>16</sup> Davis, *Discretionary Justice*, p.43.

<sup>17</sup> John Pfiffner and Robert Prethuis, *Public Administration*, Ronald Press Co New York 1953, 3rd edition, p.523.

<sup>18</sup> Sunday Times judgment of 26 April 1979, para. 59.

<sup>19</sup> In the USA, there was the famous “Chevron case”; case law says that an administrative body has power to regulate or adjudicate only if the language of the law is ambiguous or vague (no discretion may be exercised if laws expressly state that no powers are provided for administration).

<sup>20</sup> Mehdiyev, *Inzibati Idareetme Huququ*, p.132.

<sup>21</sup> Seyyad Kerimov, Gunes Veliyeva, *Inzibati İcraat Haqqında Qanun Kommentariyası*, Bakı 2006, p.152.

#### IV. Spheres in which Discretionary Powers may be Implemented

The use of discretionary powers may interfere with individual and legal rights. Therefore, certain natural (human) rights—like the right to freedom or the right not be forced into compulsory labor—cannot be restricted on the basis of an administrative act alone. Administrative bodies should not be interfering with or regulating such rights; any restrictions should only be carried out if there is a judicial (court) warrant, as in the case of detention. While some rights—like the right to privacy, freedom of religion, expression and association—could be restricted on the basis of a legitimate goal (e.g. public morality), these rights as so important in democracies that strict rules on their limitation exist under the ECtHR.<sup>22</sup>

However, most rights are viewed not as “human” but as “legal”—they are granted by the state and are subject to restriction according to relevant legislation. The right to business, fair competition, and anti-trust regulations are good examples of legal rights. In such cases, administrative discretion is usually applicable and its purpose quite clear—to provide fair competition and quality services and protect the rights of customers or the security of markets. Judicial review regulates administrative decisions, interprets the *ratio legis* and applies it to certain situations. If the relevant law says nothing about the limits, scope and standards of the required discretion, rules should be issued by the relevant administrative agency in order to give effective grounds for judicial review in court.<sup>23</sup>

#### V. The Scope of Discretionary Powers

While discretionary powers are deemed to be necessary, rules for how they should be applied and judicially reviewed are the subject of much debate.<sup>24</sup> The rule of law assumes that certain standards will govern discretionary powers in order to ensure that public administration is legitimately conducted. In reality, however, legislators often fail to ensure such safeguards and delegate rule-making power to administrative bodies.

In different legal systems the necessary standards are either stipulated by legislation or determined by case law. For instance in the USA, the Administrative Procedure Act (APA) § 706 provides such standards, together with the rulings of DC District Court and US Supreme Court, while in the UK the House of Lords has worked out a relevant procedure for review.<sup>25</sup> In Swedish law, courts reviewing

administrative discretion applied standards such as ‘failure to observe the statutory procedures’, ‘violation of the person’s rights’, or ‘application of powers for an improper purpose’.<sup>26</sup>

Even if standards of judicial review are not officially formulated, courts have to face the issue, as is seen in the case law of the French Council D’état. The abovementioned recommendation of the CoE Committee of Ministers expressly mentioned the importance of judicial review. However, courts must not interfere with the role and duties of executive powers by ruling with specific instructions—this would contradict the principle of the separation of powers<sup>27</sup>; judicial review must focus only on examining whether an executive body’s use of discretionary power was lawful and not on the merits (appropriateness) of the discretionary decision.<sup>28</sup> Indeed, standards for discretionary decisions must be formulated by administrative bodies and not the courts (the function of courts is limited due to the provisions of higher legal norms). In the most ambiguous cases, the purpose for which discretion was applied and consideration of relevant laws are still the main standards for evaluating the legitimacy of a body’s use of discretionary power.

It is worth exploring in more detail what standards may be applied for the use administrative discretion (if statutes do not provide such standards). First, common European standards will be considered and then standards from Azerbaijani law will be noted.

As previously mentioned, the CoE Committee of Ministers issued a relevant statement in 1980 in the form of a Recommendation.<sup>29</sup> The recommendation contains important criteria for the application of discretionary powers, which may be briefly summarized as follows:

- a) Authorities have not pursued a purpose other than that for which the power has been conferred.
- b) Discretionary powers have to be exercised with due objectivity and impartiality.
- c) The principle of equality before the law and non-discriminatory rules must be applied.
- d) Proportionality as a proper balance to counter any adverse affect must be taken into consideration.
- e) Discretionary powers must be exercised in reasonable time.
- f) Consistent administrative practice prescribed by administrative guidelines must be maintained and the particular circumstances of each case must be considered. If the administrative body deviates from established administrative practice, the person who was adversely affected must be informed about the reasons for such deviation.

<sup>22</sup> ECtHR, *Grande Oriente d’Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy*, 2.02.2001, para. 19-21; *Sisse v. France*, (2002), paraq. 44-46; *Lingens v. Austria*, 08.07.1986.

<sup>23</sup> Davis, *Discretionary Justice*, p.58.

<sup>24</sup> Warren, p.327.

<sup>25</sup> Orucu Esin, *İngiltere’de Idarenin Sorumluluğu ve Yargısız Denetimde Kullanılan Baslıca Idare Hukuku İlkeleri*, Onar Armagani (Istanbul: Fakülteler Matbaası, 1977), p.660.

<sup>26</sup> ECtHR, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23.09.1982, para. 43.

<sup>27</sup> İlhan Özay, *Günişigında Yönetim* (Istanbul: Filiz Kitabevi, 2004), s.458.

<sup>28</sup> Özay, p.459.

<sup>29</sup> Recommendation No. R(80)2, “Concerning The Exercise Of Discretionary Powers By Administrative Authorities”, (Adopted by the Committee of Ministers on 11 March 1980 at the 316th meeting of the Ministers’ Deputies).

- g) The procedural rules for taking administrative decisions must be accessible to the public or provided to the person at his request.
- h) The legality of the exercise of discretionary power is subject to the review of the courts or other independent bodies that are competent to obtain the information needed to regulate the relevant administrative act.<sup>30</sup>

The approach of the ECtHR differs slightly. In various decisions, it was noted that national authorities should enjoy a concrete margin of discretion, under the supervision of the ECtHR. However, the 'concrete margin' does not imply arbitrariness; otherwise, the protection of rights under the European Convention would be illusively abstract.

The standards that the ECtHR uses to review administrative discretion are not applied in all cases—in fact, it can be said that review occurs in few cases, especially since the Court only examines issues related to the violation of natural (human) rights and most discretionary decisions are made in other matters. But the broad interpretation of the right to property and the right to privacy makes it important to elaborate on these standards.

The Court takes the following approach. Once it has been established that a right has been restricted, the Court examines whether such a restriction was in pursuit of a legitimate goal and prescribed by law. The concept "prescribed by law" has a special meaning for the ECtHR—it does not mean that discretionary powers have to be legally stipulated but that the legal language is unambiguous and that the results and ensuing means of implementing the legal provisions are predictable for and comprehensible to the public. Thus, such legislative provisions must include effective safeguards and remedies for personal protection against the arbitrariness of administrative bodies. Otherwise, national legal provisions will fail to meet the standard "prescribed by law".<sup>31</sup>

Next, the Court examines whether the imposed restriction meets the standard "necessity in a democratic society". This standard has two aspects: first, there must have been a "pressing social need" for the action; second, there must be proportionality between the pursued (legitimate) goal and the restriction under review.<sup>32</sup> In the case of *Handyside v. the UK*, the Court noted that "necessary" means neither "indispensable" or "absolutely/strictly necessary", as is worded in other Articles of the Convention, nor "admissible", "ordinary",

"useful", "reasonable" or "desirable".<sup>33</sup> The proportionality test requires that the "minimum restriction possible" to achieve the legitimate goal was prescribed—if a lighter restriction could have been prescribed to achieve the desired goal, then the action under review must be considered excessive and unlawful.<sup>34</sup> In the case of *Olsson v. Sweden* (1988), the Court pointed out that "necessity" requires "pressing social need" which, in turn, means that pursuit of the legitimate aim is proportionate.<sup>35</sup> The other requirement of the proportionality test is that a due balance is struck between the interests of the person affected by the discretionary powers and the relevant interests of the general public. Such an assessment must take many factors into account—for instance: Which interests of the public are being pursued by the discretionary decisions? What is the scope of the administrative decision? What is the specific 'pressing social need' which called for the restriction in question?<sup>36</sup>

## VI. The Legislation of Caucasian Countries on Administrative Discretion

General principles of public administration and some Constitutional provisions, as well as legislation on civil service and regulations on the functions of executive bodies, stipulate some rules on the exercise of administrative discretion.

Years of Soviet government excluded the rule of law from public administration, but after the collapse of the USSR, its republics started to establish essential *Reichsstaat* institutes. Reforms established not only key foundational principles of lawfulness and legality but also generated an overhaul of administrative law. Georgia adopted the "General Administrative Code" Act in 2000, Armenia adopted the "Law on the Fundamentals of Administrative Activities and Procedures" in 2004 (both of which subsequently entered into force), and Azerbaijan adopted the "Law on Administrative Procedure" in 2005 and the "Administrative Procedure Code" in 2009, both of which came into force on September 1, 2010. These laws provide norms that are directly related to the issue of discretionary powers.

In the first articles of the Azerbaijani and Georgian laws it is expressly stated that the aim of the law is "to ensure respect by administrative bodies for human rights and freedoms, public interests, and the rule of law." It should be noted that these Laws were prepared in cooperation with the German GTZ organization. In fact, some parts of the Law are very similar to part II and III of the German *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Administrative Procedure Act) law.

<sup>30</sup> Karahanoğulları Onur, "İdari takdir yetkisinin kullanılmasına dair R(80) sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulunun Tavsiye Kararı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, Sayı 14, Ankara 1996, s.327.

<sup>31</sup> ECtHR, *Olsson v. Sweden*, 24.03.1988, para.61(c).

<sup>32</sup> Aliyev İntiqam, *Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi, Şərhlər və Normativ Aktlar* (Baku: GISO Enterprise, 2006), p.527.

<sup>33</sup> ECtHR, *Handyside v. the UK*, 07.12.1976, para.48.

<sup>34</sup> Mehdiyev, *İnzibati İdarəetmə Hüququ*, p.150.

<sup>35</sup> ECtHR, *Olsson v. Sweden*, 24.03.1988, para.67.

<sup>36</sup> Aliyev, p.371, 372.



Article 14 of the Azerbaijani Law—"Exercise of discretionary powers"—provides that administrative bodies must exercise their discretionary powers within the limits prescribed by law. Although this provision sets no objective measure for this, it does symbolically enshrine the important principle that discretionary powers are not arbitrary and must have limits and be subject to legal control. The article then provides a more practical criterion by noting that discretionary powers must be applied in a way that is appropriate to the purpose for which such powers were granted. Indeed, it is quite possible to determine on reasonable grounds the purpose for which discretionary powers were granted<sup>37</sup> and similar requirements are made in the Armenian Law (Articles 6) and the Georgian Administrative Code (Article 6).

Article 14 also prohibits administrative discretion that unreasonably restricts the rights and interests of an individual or those of related parties—i.e. the other element of the proportionality test. In fact, the principle of proportionality is expressly stated in Article 17 of the Azerbaijani Law; it stipulates that any restrictive measures taken by administrative bodies must be proportionate (necessary and useful) to the pursued goal, in terms of content, scope, timeframe and location. The equivalent Armenian Law (Article 8) and Georgian Code (Article 7) contain similar provisions.<sup>38</sup>

Discretionary powers must be exercised according to specific objective standards, situations, and facts—only then can administrative decisions be subjected to judicial review.<sup>39</sup> Thus, Azerbaijani Law (Articles 24 and 61) demands that discretionary administrative acts must be justified by facts. For example, if discretionary powers are granted on the condition that "necessity requires it", the administrative decision must contain facts and objective propositions to justify that 'necessity'. Clearly, such a provision is essential; otherwise, regulatory bodies would be deprived of the opportunity to judge whether discretionary powers were applied unreasonable or arbitrarily.<sup>40</sup> According to Article 47.2 of the Law, if a person or interested party inquires of the grounds for an administrative decision, the administrative body must provide a written response. The Armenian Law (Article 57) and the Georgian Code (Article 53) provide similar regulations.

The application of the principle of equality is also mandatory—Article 10 of the Law states that administrative procedure is exercised due to the rule of law and commonly accepted principles of the law. Article 12, called the "Principle of Equality", also stipulates this principle with certain criteria for administrative practice. The Law says that an administrative body cannot issue different decisions for cases that have the same factual basis nor follow different procedural rules and guidelines in the exercise of their powers. These safeguards effectively provide protection against arbitrariness. Similar provisions can be found in the Armenian Law (Article 7) and Georgian Code (Articles 4, 8).<sup>41</sup>

The abovementioned "minimum restriction rule" is provided in Articles 14.3 and 17 of the Azerbaijani Law—these articles stipulate that during the exercise of discretionary powers, administrative bodies should avoid the unnecessary and unwarranted restriction of persons' rights and interests. Terms of proportionality are recorded there as well.

Since the Azerbaijani Law is more recent than the Georgian and Armenian equivalents, some degree of interested persons' participation in the process of the issuing of discretionary decisions is provided. Article 16 of the Law says that an interested person may claim for proper application of discretionary powers. While the law does not define how "proper" application should be determined, the concept of "balance of interests" is an appropriate measure which could be used in this regard.

## VII. Conclusion

Administrative activities are one of the essential functions of a State and are closely connected with the constitutional and political system. While legislation on administrative procedure in Caucasian countries now bears similarities to German law, it cannot be asserted that, in practice, administrative activities in these states reflect German practice.

Armenia and Azerbaijan suffer from a general lack of legality in public administration. Georgia has better experience and practice in implementing the relevant Law. However, there is still much skepticism about democracy and the rule of law in all three countries.<sup>42</sup> Indeed, a report prepared by the Center for International Private Enterprise notes that even Georgia has a long way to go before the Law is adequately implemented.<sup>43</sup> Moreover, institutions of the Council of Europe have also issued documents that express concern over issues of human rights and democracy in the South Caucasus.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> Kerimov, Veliyeva, p.149.

<sup>38</sup> Schultz D., "Administrative Law and Performance Reform of Government Agencies in Communist and Post-Communist States," e-journal Gosudarstvennoe Upravleniye, no:18, March 2009, p.6. Available at: <http://e-journal.spa.msu.ru/images/File/2009/18/Schultz.pdf>

<sup>39</sup> Funk William, Shapiro Sydney, Weaver Russel, Administrative Procedure and Practice, West Group, St.Paul, Minnesota 2001, p.311.

<sup>40</sup> Levy Richard, Shapiro Sydney, "Government Benefits and the Rule of Law: Toward a Standards-Based Theory of Judicial Review", in Administrative Law Review, Volume 58, Number 3, Summer 2006, p.502.

<sup>41</sup> Schultz, p.5.

<sup>42</sup> Philip P. Pan, "Georgia, a Nation Stalled On the Road to Democracy", Washington Post, Monday, March 9, 2009

<sup>43</sup> <http://www.cipe.org/pdf/publications/fs/PSI.pdf>

<sup>44</sup> See Doc. 11995, 17 July 2009, the Committee of Ministers, adopted at the 1063rd meeting of the Ministers' Deputies (8 July 2009); the Parliament Assembly, Resolution 1609 (2008); Doc. 11117, 20 December 2006, Report of Monitoring Committee.

Of course, the Caucasian countries are in a state of transition—they are moving toward democratic society. The essential foundations for such a society, where rule of law is maintained and good governance is administered, are an independent judiciary, anti-corruption measures, transparency, the implementation of international obligations and commitments, as well as respect for human rights.<sup>45</sup> The Council of Europe and the European community can certainly provide much help as these countries seek to establish more effective public administration.

In short, the positive impact of regulating administrative practice can be anticipated in the Caucasus, but only if these countries pay attention to all related principles of the rule of law.

---

<sup>45</sup> International Finance Corporation, "Georgia: After Three Tears of Licensing Reform", Tbilisi 2008, p.10.

# Analysis of How the Principle of Protecting Confidence in the Legal System is Reflected in the Administrative Law of the Republic of Armenia

Gor Hovhannisyan<sup>1</sup>

## I. The nature of the principle of the protection of confidence

### 1. The Constitutional Basis for the Principle of the Protection of Confidence

The principle of the protection of confidence refers to a legal principle requiring that citizens' confidence in the legal system be protected. Some academics view it as part of the broader principle of **legal security**, which itself is based on the principle of the **rule of law**, while others see it as a corollary of the principle of **good faith**.<sup>2</sup> Moreover, in legal literature there are references to the principle of a **social state, especially** fundamental rights such as the right to personal development, right to property, and right to inheritance, as well as equality before the law.<sup>3</sup> The principle of protecting confidence in German law proceeds from the constitutional principle of the **rule of law state** (Article 20 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany), while, for example, in Swiss law the principle of the protecting confidence in the legal system is based on the prohibition of **arbitrariness** (Article 9 of the Federal Constitution of Switzerland). In Armenian law, the constitutional basis for protecting confidence in the legal system, which serves as the grounds for the legal enactment of legal acts (including administrative acts), regardless of any errors that may occur, is the principle of legal security, which stems from the principle of the rule of law as enshrined in Article 1 of the Constitution of the Republic of Armenia.

### 2. Expression of the Principle in Public Law

The principle of protecting confidence in the legal system is reflected in public law by the fact that citizens are entitled to confidence in the existing legal situation – i.e. they may be sure that any future amendment to legislation that exacerbates their legal status may not be applied retroactively. Everyone must have full confidence that a lawful act may not, under any circumstances, **subsequently** entail negative consequences for them (the protection of confidence)<sup>4</sup>.

## II. The Principle of the Protection of Confidence in Administrative Law

### 1. General Provisions

The constitutional principle of protecting confidence in the legal system is reflected in almost every area of law – in criminal law (*nulla poena sine lege*), in civil law (the concept of good faith acquirer), in tax law (*nullum tributum sine lege*), and others. In administrative law, the principle primarily means that administrative acts that improve the legal status of a person (a favourable act) may only be considered null and void as it applies to the future (*ex nunc*) and may not be applied retroactively (*ex tunc*) to part of the action or in cases that will undermine confidence in the system.<sup>5</sup>

According to previous legislation and the requirement of administrative legality, unlawful administrative acts could generally be considered null and void at any time. However, from the 1950s, German case law adopted a radically different approach – the possibility of declaring favourable legal acts as null and void was greatly limited on the basis of upholding the principle of protecting confidence in the legal system<sup>6</sup>.

A citizen and an administrative body have different interests in the sphere of administration: a citizen's interests are in the validity of administrative acts that are favourable to them and in the annulling of acts that interfere with their rights, even when such acts cannot be formally contended; on the other hand, the administrative body's interests are in striving to ensure that all unlawful administrative acts are declared null and void (even if this happens later), regardless of whether the annulment relevant act was favourable for the citizen involved. Thus, a citizen will tend to see their confidence in the legal system as related to the improvement of their legal status (even if a certain act was unlawful), while an administrative body will try to restore the legality of administration even if this may result in the exacerbation of a citizen's legal status. We do, therefore, view protection of confidence **contra legality**.<sup>7</sup>

These two conflicting principles have an impact on the issue of declaring favourable administrative acts null and void. The *principle of legality of administration*, which requires the restoration of a citizen's lawful status and accordingly the declaration of an unlawful administrative act as null and void, deserves respect as always. Yet, this principle is counteracted by an equally valid *principle of the protection of confidence*<sup>8</sup>, which requires an affected parties' confidence in the binding nature (immutability) of an

<sup>1</sup> LL.M. (Mag. Jur., Yerevan) Gor Hovhannisyan is Master of Public Administration (Mag. Rer. Publ., Speier, Germany), Senior Expert of the Expertise and Analysis Department of the Legal Advice Department of the Constitutional Court of the Republic of Armenia. Doctor of Humboldt University in Berlin.

<sup>2</sup> Bull, Hans Peter/Mehde, Veith: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2005, S. 344.

<sup>3</sup> Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 291.

<sup>4</sup> Bull, Hans Peter/Mehde, Veith: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2005, S. 74.

<sup>5</sup> Id., p. 344.

<sup>6</sup> Maurer, Haronut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 291.

<sup>7</sup> Bull, Hans Peter / Mehde, Veith: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2005, S. 343.

<sup>8</sup> The realization of this was the reason for the change of judicial practice.

adopted administrative act and thus that even an unlawful administrative act be left in force<sup>9</sup>

In any case, the annulment of an administrative act is not only a matter of legality but also a matter of protecting confidence in the legal system. Given that in cases of **unlawful favourable** administrative acts these two principles are in conflict, it is necessary to weigh these principles against each other on a *case by case basis* and determine which principle – legality or confidence – should take precedence in deciding whether to grant or reject (wholly or partially) the request to declare the administrative act null and void. Therefore, an administrative body may declare an *unlawful favourable* administrative act null and void only if the principle of the protection of confidence does not prevent such a resolution.<sup>10</sup>

## 2. The Principle in the Armenian Law on the Basics of Administration and Administrative Procedure (LBAAP)

### (a) LBAAP Article 63(3)

Under Armenian administrative law, an unlawful administrative act, whether ‘favourable’ or ‘restrictive’ for a citizen, may at any time be declared null and void wholly or partially (Article 63(5), Article 64(1)) both in the future (*ex nunc*) and in the past (*ex tunc*). The extent of declaring an administrative act null and void – both in terms of content and time – is thus left **to the discretion** of the administrative body. The principle of freedom to declare administrative acts null and void is based on the principle of limiting the powers of state bodies to the powers vested in them by the Constitution or legislation (Article 5(2) of RA Constitution).

The so-called freedom (within the scope of discretionary powers) to declare **favourable** administrative acts (the law does not expressly provide for ‘favourable’ although a provision should be included) null and void is, in any case, significantly **restricted** by Article 63(3), according to which an unlawful administrative act may not be recognized null and void if the addressee of the act has legitimate confidence in its existence, and the outcome of the administrative act cannot interfere with the rights of an individual, the Republic of Armenia, or a local authority. Thus, Article 63(3) makes fulfillment of the principle of protecting confidence in the legal system contingent on two preconditions: 1. The addressee of the administrative act has *the right to confidence* in its existence; 2. The ongoing effect of the administrative act in question must not interfere with the rights of an individual, the Republic of Armenia, or a local authority.

The first condition is completely ambiguous: it is unclear what “legitimate confidence in the *existence*” of a legal act means. There is no need to have confidence in the *existence*

of an administrative act since an individual is either **aware** or **unaware** that the administrative act in question *exists*; for example, protecting confidence in the legal system would be impossible if the beneficiary of the administrative act has no confidence when they **have not been informed of the existence of the administrative act**.

The constitutional principle of protecting confidence in the system requires that the law protect the confidence of an affected person in the ‘**stability**’ (binding nature) an administrative act rather than its **existence**. Thus, in each particular case, it is necessary to ascertain if the person concerned had **confidence** in the *stability* of the administrative act in question, and if they did, then to what extent. The affected person may have confidence in the binding nature of the (unlawful) administrative act if the flaws in the administrative act were outside their scope of responsibility or if they did not know or if there was no obligation that they be informed about the unlawfulness of the legal act.<sup>11</sup>

Article 63(3)(2) of the LBAAP states that *the addressee of an administrative act has the right to confidence in the existence of the administrative act* “if he or she has used or disposed of that which was obtained on the basis of the administrative act as well as if the return of that which was obtained on the basis of the administrative act may have a detrimental impact on them”. Article 63(4) continues: “the addressee of an administrative act **does not have the right to confidence** in the existence of the administrative act if they (a) achieved the adoption of the administrative act in question through bribery, threats or deliberate misleading of the official of the administrative body, or (b) achieved the adoption of the administrative act in question through submitting false documents or withholding certain documents, or (c) had prior knowledge of or, based on the information available to them must have had prior knowledge of, the unlawfulness of the administrative act in question.

There seems to be a clear conflict here between the provisions of LBAAP Articles 63(3)(2) and 63(4): if the addressee of the administrative act (in the event that the conditions of Article 63(4) are met) does not have the right to confidence in the existence of the administrative act, then they *will have the right to confidence in its existence if these circumstances are absent, that is, as noted above, “if the unlawfulness of the administrative act is outside the scope of their responsibility” or “if the person did not know or there was no obligation to inform them about the unlawfulness of the act.”* Consequently, in the existing legislation, it remains unclear whether the addressee of the administrative act has the right to confidence in the existence of the administrative act if the conditions provided by both Article 63(3)(2) and Article 63(4) are present – that is if the person in question has already used what was obtained on the basis of the administrative act and if the adoption of the act was achieved, for example, through bribery or submis-

<sup>9</sup> Maurer, Haronut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 291.

<sup>10</sup> Maurer, Haronut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 292.

<sup>11</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 41.

sion of false documentation.

From the above, it follows that Article 63(3)(2) should refer not to *the right to confidence in the existence of an administrative act* (entirely ambiguous language) but to the need to restrict the possibility of annulling an unlawful *favourable* administrative act *insofar* as the addressee of the act in question had **confidence in the binding nature** of the act, provided that such confidence **merits protection**.

As a rule, confidence merits protection if the beneficiary has used the benefits provided or disposed of property that he or she is now unable to return, or the return of which would entail unreasonably high costs. In Article 63(3)(2) legislators, based on dubious logic, provided as a condition *for the right to confidence* in the existence of the administrative act a frequently encountered example when an individual's confidence is simply considered sufficient to **merit protection**. However, this typical example does not exclude other cases when confidence should be protected; it only sets the reference point to be used in assessing other cases.<sup>12</sup>

As for the second condition ("the ongoing impact of the administrative act must not interfere with the rights of an individual, the Republic of Armenia, or a local authority"), it should be noted that, by including it as a mandatory prerequisite for protecting confidence in the system, the legislators entirely stripped the constitutional principle of the protection of confidence of its meaning. As mentioned above, an individual's confidence is protected from the **public interest** inherent in declaring an unlawful administrative act null and void. In other words, if an administrative act is **unlawful**, both state and society are **always** interested in declaring it null and void and restoring a lawful situation, i.e. the simple existence of an unlawful administrative act is **always** in conflict with the interests of state and society. The essence of applying the principle of protecting confidence in the system is in balancing conflicting interests whenever confidence that merits protection exists,<sup>13</sup> and, depending on which interests carry greater weight, to rule in favour of those prevailing interests. The decision whether public interest in restoring legality should *prevail* over the confidence of the interested person in the immutability of the administrative act should be made *on a case by case basis*; for, in principle, neither public interests nor individual interests prevail over each other *per se*.

The above noted conditions are not required to declare restricting administrative acts null and void; annulment of such administrative acts always improves the status of interested parties, and therefore there is no conflict of interests between parties.

<sup>12</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 150.

<sup>13</sup> That is the interest of society in declaration of the unlawful act as invalid and the interest of the interested person in the unlawful act remaining in force.

#### (b) *Preconditions for the Protection of Confidence*

A precondition of protecting confidence is determining whether the beneficiary of the administrative act had **confidence** in the ruling (the binding nature of the act) and whether this confidence **merits protection** over the public interest in declaring the administrative act null and void.<sup>14</sup> That is to say, from a **subjective viewpoint**, the relevant person must have had confidence in the binding nature of the administrative act and must establish that confidence, while from an **objective viewpoint**, that confidence must *merit protection*. It is also a necessary precondition that no other means exists by which the interested person's interests may be protected other than by protecting the binding nature (immutability) of the administrative act in question<sup>15</sup>.

In deciding on the issue of protecting confidence, the following questions must be answered in the given order. In the event of a negative answer to any of the questions, or the existence of any of the excluding circumstances, the issue of protecting confidence ceases to be relevant and the remaining questions need not be answered<sup>16</sup>.

(1) *Did the beneficiary of the administrative act indeed have confidence in the binding nature of the act?*

For example, if the beneficiary had no knowledge of the existence of the administrative act, this question must receive a negative answer.

(2) *Do any of the excluding circumstances provided for by Article 63(4) exist?*

This would be the case if the person in question (a) achieved the adoption of the administrative act in question through bribery, threats or deliberate misleading of the official of the administrative body in question, or (b) achieved the adoption of the administrative act in question through submitting false documents or withholding certain documents, or (c) had prior knowledge of, or, based on the information available to him or her at the time, must have had prior knowledge of, the unlawfulness of the administrative act in question.

(3) *Has the beneficiary already used the benefits obtained, or has he or she disposed of the property so that it can no longer be returned or return of which would entail unreasonably high expenses?*

If such an expression of confidence exists, then the person must be entitled to the protection of that confidence; it is necessary that the **cause-and-effect relationship** between the use of benefits obtained or the disposal of property and the beneficiary's confidence in the binding

<sup>14</sup> Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 295 f.

<sup>15</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001,

<sup>16</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 146

nature of the administrative act be maintained.<sup>17</sup> At the same time, it should be noted that even though the lack of such an expression of confidence does not **generally** exclude the protection of confidence **as a rule**, such protection would, on the whole, not be granted due to the fact that confidence was not damaged in any way.

(4) Does the interest in protecting the beneficiary's confidence prevail over public interests?

Comparison of the two interests at stake depends on the circumstances of each specific case and their relative importance: i.e. the consequences for the beneficiary should the administrative act be declared null and void versus the consequences for the public and third persons should the administrative act not be declared null and void; the type of the administrative act and the form of its adoption (the more formalized the administrative procedure is, the more the individual can have confidence in its binding nature); the degree of unlawfulness of the administrative act and the time that has elapsed since its adoption.<sup>18</sup>

(c) LBAAP Article 64(2)

In accordance with LBAAP Article 64(2)(1) a favourable unlawful act that results in non-recurring<sup>19</sup> or recurring property **obligations** or serves as a condition for the emergence of such **obligations**, "shall lose its effect only from the moment of its declaration as null and void (*ex nunc*), if the beneficiary of the act, based on his or her confidence in the administrative act, has already **obtained** the benefit in question or disposed of the property, due to which either these benefits cannot be returned or their return would entail significant losses for the beneficiary."

In connection with the quoted provision, it should be noted that a **favourable** administrative act creates rights rather than obligations for the beneficiary (LBAAP Article 53(2)(a)). An administrative act that creates obligations is a restrictive administrative act and not a favourable one (LFAAP Article 53(2)(b)). Therefore, the provision in question should refer only to **rights**.

Furthermore, the **fact of obtaining** the benefits provided by the administrative act cannot serve *per se* as a **reason** for the impossibility of their return. The impossibility of return may result from *consuming* the benefits obtained, as, for example, is the case with the impossibility of return of property – it correctly stems from the beneficiary **disposing** of such property rather than obtaining it. Moreover, consumption is deemed to have taken place if the property provided was used without adding to the beneficiary's assets. For example, no 'consumption' takes place

if the benefit obtained on the basis of the administrative act was used for purchasing property or paying off debts. However, if the benefit obtained was used to improve the individual's living conditions, then it may be considered 'consumed'.<sup>20</sup>

Finally, as has already been noted, the circumstances provided for by the article represent only a *typical* example for the protection of confidence. This means that in this very case, annulment of the relevant administrative act would generally be **unacceptable** since the person in question did have **confidence** in the binding nature of the favourable administrative act and this confidence **merits protection**.<sup>21</sup> The only exception to this rule is when, even in the event that confidence merits protection, an unlawful administrative act may be declared *ex nunc* as null and void. This concerns ongoing long-term payments from public funds (e.g. pensions, grants to cover tuition fees, rental fees). In the case of *regular payments of social benefit from public funds* the interest of the interested person must concede to the public interest in restoring legality.<sup>22</sup> However, the principle of protecting confidence may still be applied in certain cases that allow continued payments of unlawfully received social benefits if the interest of the beneficiary in receiving such benefits in the future **prevails** over the public interest in restoring legality.<sup>23</sup> Such a situation would occur if the beneficiary of the administrative act, having had confidence in the binding nature of the administrative act, had **radically and irreversibly** changed their living conditions such that if the administrative act in question were annulled then the beneficiary's life would have to be drastically altered – for example, the beneficiary would need to change their residence.<sup>24</sup>

### III. Conclusion

The analysis above reveals that the **extant wording** of LBAAP Article 63(3) and Article 64(2)(1) is in conflict with the constitutional principle of protecting confidence in the legal system – a principle that *derives from* the principle of the rule of law state, enshrined in Article 1 of the Constitution of the Republic of Armenia. The discrepancy occurs because:

- Article 63(3) does not mention that it refers exclusively to **favourable** administrative acts;
- The clause "if the addressee of the act may have the right to confidence in the existence of the administra-

<sup>17</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 146.

<sup>18</sup> Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, S. 293.

<sup>19</sup> Here, legislators probably meant immediate.

<sup>20</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 147.

<sup>21</sup> Because the person has already consumed the benefits provided or has already disposed of the property and is not able anymore to return it or will incur unacceptable losses if forced to return it.

<sup>22</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 39, 116, 145.

<sup>23</sup> German Federal Administrative Court decision BVerwG 19, 189.

<sup>24</sup> Sachs, Michael, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.): Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 2001, §48 Rdnr. 41.

- tive act” is problematic; the following wording should be used: “**insofar** as the addressee of the act had *confidence in the binding nature* of the administrative act”;
- The legislation does not stipulate that the person’s confidence **must merit protection over and above the public interest in declaring the act null and void**;
  - The legislation fails to stipulate the **preconditions that merit protection** of a person’s confidence in the binding nature of the administrative act;
  - A mandatory precondition for the protection of confidence, in order to ensure the ongoing effect of a favourable unlawful administrative act, is that there is no risk that the rights of an individual, the Republic of Armenia, or a local authority will be interfered with; and confidence must be protected precisely where such a risk is present. This means, conversely, that such interference is **imminent**.
  - The provision of Article 64(2)(1) that the relevant administrative act (i.e. acts resulting in non-recurring or recurring property *rights* or those that serve as a condition for such rights) can lose their effect from the moment of being declared null and void (*ex nunc*) is problematic; it should provide that such acts **cannot be recognized null and void** in cases where confidence that merits protection exists.

# Comparative Analysis of the Features of Civil and Administrative Procedures

Mubariz Huseynov<sup>1</sup>

*Since its independence, Azerbaijan has carried out radical reforms in its legal system. Built on the national, cultural and historical traditions of the Azerbaijani nation, the reforms are, above all, aimed at the more effective protection of human rights. In fact, a third of the legal provisions in the Constitution, which was drafted in accordance with democratic values and principles and adopted through a national referendum in 1995, are related to human rights and freedoms. The Constitution is deemed to be one of the world's democratic constitutions and has laid a strong foundation for a democratic state governing by the rule of law and has thus provided fertile ground for further legal reforms.*

*Due to the judicial and legal reforms implemented under the auspices of the President of the Republik of Azerbaidshan Heydar Aliyev, the country's legal system was completely overhauled. The reforms embraced the adoption of progressive laws, codes and other legal acts, all of which reflected democratic principles and international legal standards. An independent, three-tier judicial system consisting of first instance, appellate and cassation courts was also established within the framework of the reforms.*

The Constitution of the Republic of Azerbaijan (of 12 November 1995) sets the protection of citizens' rights and freedoms and the provision of good living standards as the state's chief goal and declares that the rights and freedoms that are in accordance with international treaties that the Republic of Azerbaijan has acceded to must be applied. To this end, Azerbaijan has conducted radical and ongoing reforms aimed at providing better enjoyment of those rights and freedoms. Indeed, as a component of judicial and legal reform, the Law of the Republic of Azerbaijan on "Administrative Procedure" and the Administrative Procedural Code of the Republic of Azerbaijan were adopted and other legal acts were passed in order to enable the implementation of these laws. This created a legal framework more conducive to the protection of human rights and freedoms, the regulation of governance-related legal issues on the basis of democratic principles, and governance that complied with constitutional principles.

The adoption of the aforementioned Law and Code, as well as the measures employed to implement them should be deemed as one the Republic of Azerbaijan's greatest achievements.

The Law of the Republic of Azerbaijan on "Administrative Procedure" defines principles and procedural rules which administrative bodies apply to the adoption, implementation and abrogation of administrative acts. In one document, it systematizes the various norms of different legal acts related to the regulation of governance, thus creating the basis for the formation of unified administrative practice. As noted, the Law on "Administrative Procedure" applies to the activities of administrative bodies whereas the Code on "Administrative Procedure" provides for procedural principles and rules, *inter alia*, jurisdiction, proceedings and dispute resolution, applicable to disputes which arise from the aforementioned activities. Under the relevant Law and Code, an applicant has a real chance to defend his or her rights in a body of higher authority as well as in a court.

Despite the fact that such disputes are heard by courts of general jurisdiction in many countries of the world, the adoption of the new Code has established specialized courts for administrative disputes. It demonstrates the commitment of the Republic of Azerbaijan to the ideals of the rule of law, democracy and the protection of human rights and freedoms as well as the measures it has undertaken to uphold those ideals.

Further orders have also been issued to facilitate the implementation of these laws and the Law of the Republic of Azerbaijan (22 August 2010) "On Amendments to the Laws of the Republic of Azerbaijan 'on Courts and Judges' and 'on Judicial-Legal Council'", the decree of the President of the Republic of Azerbaijan (09 August 2010) about "Certain Changes in the Judicial Structure, General Number of Judges and Territorial Jurisdiction of Courts". Moreover, the necessary impetus has also been given to start the activities of the administrative and economic courts that were established within regional economic courts.

According to Article 13 of the Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms, every individual whose rights and freedoms have been violated shall have access to effective legal remedies. The Republic of Azerbaijan has created a necessary legal framework for the protection of those rights and freedoms by adopting the aforementioned laws as well as by providing specialized courts to hear such cases.

Under the Law of the Republic of Azerbaijan on "Administrative Procedure" and the Administrative Procedural Code, courts that deal with administrative disputes shall have comprehensive knowledge of the relevant legislation. This suggests, we believe that it is possible to discern the characteristic features of this new field of administrative law by analysing the similarities and differences between civil and administrative procedures.

At the outset, it is clear that administrative procedures have more in common with the procedural principles of civil law than with the procedures of any other legal field. At times, some procedural norms are even same. Thus,

<sup>1</sup> Mubariz Huseynov is a judge in the Sheki Economic Administrative Court.



Article 1.2 of the Administrative Procedural Code of the Republic of Azerbaijan (APC) says that if the APC does not prescribe otherwise and if there will be no conflict with the procedural principles of the APC, then administrative courts may apply provisions of the Civil Procedural Code of the Republic of Azerbaijan to administrative disputes. Indeed, both Codes are aimed at: providing for every legal and physical person's rights and legal interests stemming from the Constitution of the Republic of Azerbaijan, its laws and other acts; establishing the rule of law and public order; and inculcating citizens with a spirit of respect for law.

Despite these similarities, the legislation gives due account to the fact that parties to administrative and civil proceedings differ – something that is reflected in terms of the different regulations on court proceedings, the collecting of evidence, and the issue of decisions and decrees.

Under Article 14.2 of the Civil Procedural Code of the Republic of Azerbaijan (CPC), a court shall only investigate and use evidence that has been presented by the parties to the case – a court does not have the right to decide to initiate the collection of further evidence. In contrast, since one of the parties to administrative disputes is an administrative body, the legislation imposes certain obligations both on the parties and the court, namely a judge hearing an administrative dispute is entitled to take an active role *ex officio* (e.g. collect evidence, involve third persons in the proceedings, alter the claim etc.) In fact, according to Article 12.1 of the APC of the Republic of Azerbaijan, courts shall, *ex officio*, undertake comprehensive investigation of the facts of the case in addition to statements, requests, proposals and evidence presented by the parties to the proceedings; a court is to collect all necessary evidence either *ex officio* or at the request of one of the parties.

Thus, it can be concluded that while civil procedure sets to determine the formal truth of a case by the civil court taking a decision on the basis of the evidence presented by the parties, administrative procedure seeks to establish objective truth.

Since either the applicant or respondent initiates court proceedings in civil cases, they accordingly bear the burden of proof. Under Article 77.1 of the CPC of the Republic of Azerbaijan, each party presents evidence in order to support his or her claims and objections, while Article 77.2 provides that if the case is about the validity of an act issued by state authorities, executive or other governmental bodies, then the latter shall bear the burden of proof for the adoption of the relevant act.

In administrative procedure, however, the burden of proof is determined differently. Article 14 of the APC determines the burden of proof as follows: the administrative body that has issued the disputed act shall present all factual evidence that proves the necessity of the issuance of such an act. Moreover, even infringed rights and freedoms that do not directly arise from the issuance of the administrative act shall be proved by the relevant administrative

body. The applicant shall bring forth factual evidence in cases when he or she is to prove the necessity of issuing the enforcement of an act that he or she seeks. However, if an administrative body refers to circumstances that exclude the possibility of issuing such an act, it shall bear the burden of proof (i.e. that those circumstances exist). Clearly, the legislation seeks to justly provide real chances to the parties to defend their rights and legal interests.

The legislation also entitles a judge hearing an administrative case to reverse the burden of proof in certain circumstances. According to Article 12.4 of the APC of the Republic of Azerbaijan, parties are prohibited from destroying evidence, concealing facts or deterring investigation of those facts in any way. In cases when this legal provision is violated, a court may insist that the burden of proof be reversed. Thus, even though the law provides that the burden of proof lies with the applicant in cases when he or she seeks the enforcement of a certain act (as described above), the abovementioned circumstances may lead the judge to take a decision that places the burden of proof on the relevant administrative body.

Another interesting point of comparative analysis is the involvement of third parties in civil and administrative proceedings. Third parties are persons participating in the proceedings who possess relevant material to the case or have procedural interests in the outcome of the proceedings. Thus, for cases when a court's decision is likely to affect the rights and legal interests of persons not involved in the case, legislation sets out certain provisions for including those persons in the proceedings.

Under Article 55.1 of the CPC of the Republic of Azerbaijan, third parties with independent claims related to the disputed object of the case may enter into the proceedings by filing a claim against one or both parties in the case, provided that this is done prior to the court's ruling. Third parties without independent claims, according to Article 57 of the CPC of the Republic of Azerbaijan, may enter into proceedings on the side of one of the parties to the proceedings until the court of first instance issues its ruling and only if that ruling is likely to affect their rights and legal interests. They can join proceedings only if one of the parties submits an application for their involvement or if the court seeks their involvement.

According to Article 28.1 of the APC of the Republic of Azerbaijan, until a court's decision enters into force, or while a higher instance court is hearing the case, a court can involve as third parties those whose rights or legal interests will be affected by the decision, either *ex-officio* or at those persons' request. Moreover, if a court deems the involvement of third parties necessary after it has declared a decision and that ruling has not yet entered into force, the court may reverse the decision and decide to rehear the case.

Clearly, in both cases the legislation seeks to provide courts with the right to involve third parties in a case. What

is noteworthy is that whereas in civil procedure, third parties may enter into proceedings up to the point when a court declares a decision, in administrative procedure, third parties may enter into proceedings right up until the point that the ruling enters into force.

The inclusion of third parties in administrative proceedings also has one new condition. Under Article 28.2 of the APC of the Republic of Azerbaijan, once the nature of third party participation in the disputed legal relations stipulates that a uniform decision will be applied to both the parties of the case and the third party, then the court shall draw that third party into proceedings ('mandatory involvement'). This means that if court proceedings initiated on the basis of a claim against an administrative body are likely to concern the rights and legal interests of third parties (as well as the rights and legal interests of the parties to the case), then those persons must be included in the proceedings.

Furthermore, administrative law provides for the right of third parties to enter into the legal proceedings by filing a request. It follows from Article 28.5 of the APC of the Republic of Azerbaijan that if the court has failed to involve third parties in proceedings at its own initiative, then those persons may enter into the proceedings by filing a request as long as it can be reasonably assumed that the decision to be taken by the court will likely affect their legal interests.

According to Article 29.5 of the same Code, third parties included into proceedings via mandatory involvement may raise separate claims if they are within the scope of the claims filed by the parties to the case. If their involvement in the proceedings is 'ordinary' and not mandatory (i.e. they enter into proceedings at their own initiative or at the request of one of the parties), then they are entitled to avail themselves of legal remedies and procedural actions to defend the interests that are within the scope of one of the parties' claims.

Thus, it can be stated that although the rights and duties of third parties bringing independent and dependent claims (ordinary or mandatory) in administrative procedure have been somewhat synchronized with those of third parties entering into proceedings in civil procedure, there are some important differences.

Both civil and administrative procedures provide that a claim can be changed; an applicant can avail himself or herself of this opportunity in the course of proceedings. This legal provision seeks to prevent: the same claims from reaching a court; parties or other persons from being interrogated repetitively; and the waste of time. According to Article 53 of the CPC of the Republic of Azerbaijan, an applicant has the right to change either the grounds or the object of his or her claim, increasing or reducing the amount of the claim, until the court reaches its final decision.

The object of the claim is the request an applicant directs to a respondent – for example, the cancellation of a contract, or eviction. The grounds of a claim imply the legal facts an applicant relies on in order to justify his or her

claim – for example, the end of the term of a lease agreement, non-payment in spite of the fact that the due date of a credit agreement has passed. The amount of the claim refers to the monetary value of the claim. As stated, the CPC legislation does not allow for a change in both the grounds and the object of the claim at the same time – this would be an entirely new claim.

In contrast, Article 54.1 of the APC of the Republic of Azerbaijan stipulates that if parties to the proceedings are in agreement, or if a court deems a change of claim reasonable, then the applicant may change the claim – its grounds, object or amount. This provision is grounded in the general principle of administrative procedure that states it is the duty of a court to aid parties involved in the proceedings. Indeed, according to Article 13 of the APC of the Republic of Azerbaijan, the court is to assist parties involved in proceedings (i.e. remove formal mistakes evident in claim forms), specify claims in clear and explicit terms, replace incorrect categories of claims with appropriate ones, supplement incomplete factual evidence, and present arguments relevant to the determination and evaluation of the merits of the case. Moreover, in contrast to civil procedure, administrative procedure provides for the active participation of the court in proceedings – in administrative proceedings a judge can decide not to accept the motion of an applicant to change their claim.

According to Article 175.1 of the CPC of the Republic of Azerbaijan, court proceedings shall be direct and oral with the court directly investigating the facts of the case – hearing the parties and third parties explain their positions, receiving the testimonies of witnesses and the opinion of experts, studying written records and the material evidence of the case, listening to audio recordings, watching video recordings, and performing any other actions necessary for hearing the case. The APC has likewise adopted the principle of oral proceedings but provides for two exceptional cases. First, Article 16.2 of the APC of the Republic of Azerbaijan provides that if both parties give their consent, then the court can decide the case without conducting oral hearings (parties shall express their consent to oral proceedings by submitting an explicit written request to court). Second, Article 16.3 of the APC, states that rulings not related to the merits of the case can be issued without oral proceedings (this is not the case under civil procedural legislation, where rulings not related to the merits of the case are to be given during court proceedings). In our view, by stipulating that such rulings can be made without oral proceedings, administrative procedural legislation seeks to provide for the swift resolution of certain cases. If these exceptional circumstances are not present, it is a violation of procedural rights to deliver rulings without oral proceedings.

As mentioned above, one of the distinctives of administrative procedure is the active role the court can play in terms of independently gathering facts at its own

initiative. In accordance with Article 49 of the APC of the Republic of Azerbaijan, before the court hearing commences, the presiding judge shall take all measures necessary to decide the case (to deliver a ruling based on the merits of the case) within one court sitting – i.e. collect all the required documents (certificates, information), issue an order to the parties to present the required documents and appear in the court proceedings as well as invite witnesses and experts. In contrast, under Article 167 of the CPC of the Republic of Azerbaijan, in civil proceedings, the court may not initiate collection of evidence at its own initiative; it may only direct the parties to present additional evidence.

It should be stressed that the possibility of involving third parties, the cancellation of a legal action, and the withdrawal of appellate and cassation complaints in administrative proceedings create an environment that is conducive to the solution of disputes according to the will of the parties to the proceedings. Furthermore, according to Article 87.7 of the APC of the Republic of Azerbaijan about the rulings of an appellate court, the appellate court as a rule hears the case on its merits; however, if it rules that the court proceedings should be continued, or that important and or a considerable amount of evidence has not been investigated due to serious procedural breaches during proceedings in the court for administrative and economic cases, or that latter has not decided the case on its merits, an appellate court can quash the appealed court decision and refer the case to the relevant court for administrative and economic disputes. Such prerogative is not permitted under civil procedure. In our view, this reflects the fact that administrative legislation allows administrative courts to rely not only on the facts and evidence presented by the parties (as in civil law) but also on facts and evidence gathered at its own initiative.

According to Article 361.4 of the CPC of the Republic of Azerbaijan, a party filing a complaint with an appellate court may refer to facts and evidence they did not present during first instance proceedings as long as they can prove that it was impossible to presenting such facts and evidence at the time of the first instance proceedings. This provision of civil procedural legislation seeks to prevent parties from intentionally withholding facts during proceedings of the first instance court so that they might attempt to cancel the court decision at a later stage. In contrast to the civil procedural code, the administrative procedural legislation does not stipulate any such caveat for the administrative court in terms of considering newly presented facts and evidence at appellate proceedings. This is further incentive for a judge hearing an administrative case to have made sure that they have fully availed themselves of the opportunity to collect additional evidence before they reach a decision.

This comparative analysis of civil and administrative

procedures reveals that the distinctive features of the Administrative Procedural Code of the Republic of Azerbaijan require a high sense of responsibility, competency and professionalism from judges and call for the just application of law via a detailed, comprehensive and impartial investigation of administrative disputes.

# Methods for Resolving Administrative Disputes

Rafik Khandanyan<sup>1</sup>

## I. Introduction

*The problem of administrative justice – a complex and multi-faceted branch of law – not only has material aspects, related to how the norms of various sectors of the material law (for instance, constitutional, administrative, civil, financial) restrict the actions of the relevant institution but it also has procedural aspects, related to the analysis of how procedural provisions are applied in administrative justice as well as a comparison with the conventional types of legal procedure (for instance, civil).*

*Moreover, the activities of administrative justice spill over into the distinctive area of public-legal relations in the field of state management. Such relations are quite different from private relationships in their material legal nature – “It concerns not only private legal claims, submitted to relevant parties, but also issues that shall be solved in compliance with the law and general interest, notwithstanding the discretion (opinions) of parties”<sup>2</sup>. Thus, Administrative Justice is the legal protection of subjective public rights<sup>3</sup>.*

*Since administrative justice is one type of state power within the system of power distribution, its tasks fully correspond to the overall aims of the justice system. This includes the review and solution of disputes over the law, the restoration of civilians’ and organizations’ violated rights and freedoms, and the improvement and strengthening of the rule of law in the state<sup>4</sup>.*

## II. The Scope of Administrative Justice

The immediate objective of administrative justice (as a branch of the judiciary) is the solution of public disputes in the area of state management (administration), where one of the parties to the dispute is a state body<sup>5</sup>.

Administrative justice is usually taken to mean the application of legal norms to specific cases in accordance with legally established procedures as well as in consideration of what mandatory legal consequences will occur for the participants of the given dispute. There are two types of administrative disputes: the first arises from violations committed by a natural or legal person; the second arises

from violations that derive from the unlawful actions or lack of action of an executive body, a local self-governance institution, or the officials thereof.

In cases when a person (natural or legal) breaches a law, the state, at its own initiative (without addressing anyone), deals with the violation – this is its duty. These are relationships of power and subordination. In such cases, the root of the dispute is violation of legal norms, and this envisages administrative responsibility (the grounds – administrative violation).

The legislation of the Russian Federation contains a principle that states individuals (citizens or officials) must only be held responsible for the violation committed by the guilty person but that organizations may be held responsible even in cases that where guilt is absent<sup>6</sup>. The subjects resolving matters of responsibility (accountability) are not obliged to prove the presence of guilt, i.e. objective guilt.

The dispute centers on an offense arising between the individual subjects. While the object of the administrative offence is usually public relations, not all public relations may be considered under administrative law but only those whose violation leads to administrative sanctions. In some cases, a dispute in the area of executive power may occur due to the actions of, or lack of action from, a body of executive power or its officials. Such a dispute may be termed an administrative (management) dispute.

The reasons for administrative disputes vary, although they often occur due to officials’ abuse of power. In many cases, disputes arise because citizens do not properly understand their rights – according to them, they often think that their rights are violated by officials. However, the simple recognition that a legal act was unlawful may not be considered ‘responsibility’<sup>7</sup>, since the recognition of a legal act as fully or partially unlawful does not necessarily imply that the administrative bodies that issued the act imposed material or legal restrictions<sup>8</sup>. In such cases, the issued act is simply withdrawn from the legal system.

The claims (complaints) of civilians and organizations may be divided into two categories: extrajudicial (administrative) or judicial. Claims reviewed in either category usually differ not in terms of addressee but in terms of how they are reviewed. Often, administrative disputes may serve as evidence; administrative and judicial methods of solving disputes between state management agencies (officials) represent two parts of a single mechanism. The right to contest a decision is not limited to the subject matter of the dispute. Acts issued by state, municipal agencies, or

<sup>1</sup> Rafik Khandanyan is a candidate of legal sciences, Head of the Judicial Representation Provision of the Legal Division of the City Hall of Yerevan, Sr. Teacher, Cathedra of Constitutional and Municipal Law School, Russian-Armenian (Slavic) University.

<sup>2</sup> See Anshots, Justice and Administration, “Journal of the Ministry of Justice” – 1907, # 7, p.100.

<sup>3</sup> See Starilov, Administrative Justice – Theory, History, and Perspectives; Publishing House NORMA, M., 2001, p. 65.

<sup>4</sup> See Bakhrakh, Rossinsky, Starilov, Administrative Law: textbook, 2<sup>nd</sup> Edition, Publishing House NORMA, M., 2005, p.775

<sup>5</sup> See Khameneva N., Theoretical Problems of the Administrative Dispute, “State and the Law”, 1998., # 12, pp.29-36.

<sup>6</sup> See Chishevsky, Commentary on the Administrative Offence Act of the Russian Federation, M., 2005, page 31

<sup>7</sup> See, Kondrashev, Constitutional Responsibility of the Russian Federation: Theory and Practice; M., pub house “Yurist”, 2006, pages 284-285//345. Kutafin – subject to Constitutional Law; m., “Yurist”, 22005, p.406.

<sup>8</sup> See Shon, Constitutional Responsibility. State and the Law, 1995, # 7, p.43.

officials, as well as their actions or lack of action, may be appealed as well. No preliminary consent is required for the exercise of that right.

A public legal dispute is distinctive in terms of its legal basis as well: it occurs in cases when an agency of executive power or local self-governance body, or any official thereof, violates the subjective rights of citizens and organizations. The dispute may occur due to the lack of action from the abovementioned parties – i.e. they fail to adequately perform duties assigned by the state. Based on this definition of administrative justice, we may conclude that the abovementioned parties' administrative act, action or lack of action are unlawful and contradict the norms of legislation.

The public or management (administrative) dispute is distinctive not only in its material and legal nature but also in its subjective composition: the subject of public administration (the agency of executive power, local self-governance body, officials thereof, or state and municipal personnel) will be a party to such a dispute as the bearer of public interest. The second party to the dispute may be a citizen, organization or any other subject of the public administration. According to the legal nature of how parties to administrative disputes interact, the disputes may be divided into two types: disputes arising from 'vertical' administrative legal relations and disputes arising from 'horizontal' administrative legal relations.

### III. Types of Administrative Justice

Administrative justice is also divided into pre-judicial and judicial categories. The pre-judicial approach to the settlement of disputes is employed by the Baltic states and CIS countries. A similar order was established in the Republic Of Armenia on 18 February 2004 by the law "On the basis of administrative activities and administrative procedures", in the Republic of Azerbaijan on 21 October by the law "On administrative procedures", and in Georgia on 25 June by the law "the General administrative court of Georgia".

Pursuant to Article 70 of Armenia's law "On the basis of administrative activities and administrative procedures" (February 18, 2004) an act may be appealed administratively or judicially. Administratively the appeal may be filed: a) to the administrative agencies which issued the administrative act in question; or b) to superior administrative bodies. Chapter 10 of the relevant law establishes the grounds and rules for filing administrative appeals/claims.

A quasi judicial system is one type of pre-judicial administrative justice. The system was created and developed in the United States of America<sup>9</sup>. Despite the fact that in the USA judicial powers are granted only to courts and apply to all cases being heard under common law, practically all

judicial powers for the hearing of a significant number of administrative disputes are transferred to so-called quasi judicial institutions, which in fact are administrative agencies. There are several reasons why such an approach is necessary, but the chief one is that courts are overloaded with cases related to citizens' claims and complaints about administrative bodies. Other factors that led to the development of the quasi judicial system were: specialist knowledge of the personnel of those administrative institutions; the right of an administrative institution to commence the prosecution of lawbreakers at its own initiative (courts do not have such authority); and the complexity and duration of court procedures as well as the high cost of court fees.<sup>10</sup>

The essence of the quasi judicial bodies of administrative justice is that they are separate from administrative bodies but are at the same time under its significant influence. A number of them (for instance the commission on compensation payment to states) deal only with specific types of administrative disputes, while others (the majority) combine review of administrative disputes with the performance of other functions in state administration.

The activities of the quasi judicial bodies related to administrative justice are based on relatively detailed rules of administrative procedure. The major trends of development of such institutions are: first of all, the existence of detailed procedural regulations for case review as well as the increasing autonomy and independence of persons reviewing such cases indicates that the latter actually have the status of an administrative judge; secondly, the state pays more and more attention to the issue of improving the reputation of administrative justice bodies – good evidence of which is that quasi judicial bodies have been granted the status of a sectoral court (e.g. the board for USA tax appeals was transformed into the USA tax court).<sup>11</sup>

"Due legal procedures" represent the basis for the legal regulation of the activities of administrative bodies. Such procedures include: the right of the relevant parties to be notified about the subject of dispute and the claims of the case; the right of the relevant parties to present evidence; the right to challenge evidence in the course of procedural actions; the right to involve lawyers in the review of the case; the demand that the court's decision be based exclusively on evidence recorded in the minutes of court hearings as well as the need to ensure that the interested persons may receive a copy of the minutes that reflect all the circumstances of the case.

It is worth noting how administrative proceedings in the USA are widely publicized. For instance, paragraph 552 of Chapter V of the Code of the USA states that the following information shall be delivered to the public through its publication in the "Federal Register": descriptions and

<sup>9</sup> See United States of America constitution and legislative act. M 1993, page 37.

<sup>10</sup> See Nikerov, *Administrative Law of the USA*, M 1977, page 94.

<sup>11</sup> See more details about administrative quasi judicial activities – administrative laws of foreign countries; text book / Kozirina, Shtatina, M, 2003, pages 382-387.

addresses of relevant administrative institutions' central and local bodies so that necessary information from the employees of those bodies may be obtained; information about rules for the discharge of the administrative bodies' relevant functions, including the nature of and requirements relating to applicable procedures; the procedural rules themselves – a description of document forms and an indication of places where it is possible to receive them as well as instructions regarding the length and content of all written documents; information about the material norms of general applicability and criteria for their interpretation and application, amendment or alteration.<sup>12</sup>

For the purposes of public control, each administrative agency shall make available copies of regulations on administrative personnel management – these concern citizens and public representatives as well as material reflecting the results of case reviews. If someone is denied a document, they may file a complaint with the court, which has the right to indicate the inadmissibility of the denial to the administrative body and instruct it to present the relevant documents. The burden of proof for the correctness of a decision rests with the administrative body in question.

The party to the case may present verbal or material evidence that refutes evidence brought by the other party and may participate in the cross-examination, which may be necessary for a full and objective investigation into the facts of the case. Together with all written materials and inquiries presented in the course of the proceedings, records of witness statements and material evidence represent the most important document upon which a decision is made, and copies of the decisions are delivered to all parties. The decision must be substantiated. It shall include a record of the established facts and their substantiation as well as a record of the relevant rules according to which the decision was reached. The opinion of the decision-making official shall be thoroughly substantiated. If the decision is reached by a collegium, it shall contain the opinion of both the majority and minority as well as any special opinions of separate members of the collegium.

The Republic of Armenia has separate pre-judicial bodies of administrative justice that possess certain features of quasi judicial bodies. For instance, the law of the Republic of Armenia "On protection of economic competition" (6 November 2000) and a special body for the protection of economic competition – the State Commission for Protection of Economic Competition of Republic of Armenia (hereinafter 'the Commission') were both created in order to implement state policies in the area of protecting economic competition. The commission functions according to the abovementioned laws, other legal acts and regulation; it is independent within the scope of its competence.

The tasks of the Commission are: a) protection and provision of incentives for economic competition that will

develop entrepreneurship and consumer interests; b) provision of a relevant environment for healthy competition; c) prevention, restriction and elimination of activities that hinder competition; and d) controls that protect economic competition. In order to achieve these goals, the Commission performs the following functions:

- Exercises control over legislation related to the protection of economic competition;
- Reviews cases where legislation on the protection of economic competition has been violated and makes decisions accordingly;
- Maintains a centralized registry of economic entities that dominate the market;
- Addresses the court with cases when legislation on the protection of economic competition has been breached;
- Participates in the drafting of new legal acts that regulate the development of economic competition and state policy in the area as well as in the presentation of those draft acts, in accordance with established rules;
- Participates in the signing of international agreements on issues under its jurisdiction;
- Cooperates with foreign countries' state bodies and non-governmental organizations and international organizations;
- Develops measures aimed at preventing violation of the relevant legislation;
- Summarizes the experience of how the relevant legislation on protection of economic competition has been applied and consequently develops recommendations on its refinement;
- Ensures publicity of the Commission's activities and publishes a bulletin;
- Conducts public awareness activities with the purpose of informing the public about the responsibilities imposed by law;
- Carries out other actions within its competence.

In order to implement these functions, the Commission, within its competence, is authorized to:

- a) Make decisions on:
  - facts related to the infringement of the Law "On the Protection of Economic Competition of the Republic of Armenia";
  - the limits of the commodities market, presence of dominant economies, and performance of relevant measures;
  - the disaggregation of entities that are abusing their dominant position;
  - halting the violation of the Law or eliminating the consequences of such violations, restoration of initial status, change or termination of agreements that conflict with the Law, concluding of agreements with other entities;
  - imposition of sanctions on entities and their officials, as well as officials of the state or local self-governance bodies, for violations of the Law;
- b) Exercise control over the execution (observance) of

<sup>12</sup> See the administrative law of foreign countries text book / Kozirina, Shtatina, M, 2003, page 387.

- terms and conditions of agreements signed by relevant entities;
- c) Issue opinions on:
    - acts adopted by the state or local self government bodies that breach legislation on the protection of economic competition, the annulment or alteration of those acts as well as the elimination of the violation;
    - concluded agreements
    - plans to concentrate economic activities
  - d) Address the court when there are cases of violation of the Law, including violations of the requirement to recognize as invalid, in full or in part, an agreement that is concluded in violation of the law as well as its alteration or termination;
  - e) Impose penalties and apply other legally established measures of accountability;
  - f) Adopt legal acts;
  - g) Provide instruction on matters related to how the legislation on the protection of economic competition must be applied;
  - h) Perform other functions as prescribed by the legislation.

In the implementation of these tasks and functions established under the law, the Commission acts independently of other state bodies.

The Commission comprises a chairman, a vice chairman and five members. The members are appointed by the Republic of Armenia and are appointed (except for the initial group) for a term of five years. The Charter of the Commission is adopted and approved by the Commission itself (Article 19 of the Law "On the Protection of Economic Competition").

In order to discharge its legally established functions, state agencies and local self-governance bodies, as well as their officials, submit documents and other information at the Commission's request. According to the case under review, various other entities must also submit necessary information to the Commission.

Formal meetings ('sessions') represent a major feature of the Commission's function. A session is considered authoritative if it is attended by at least five members of the Commission. Sessions are called periodically or, if necessary, at the request of any Commission member. Minutes from each session are taken; the work of the Commission is publicly available – it reviews matters in an open format except in cases where such an approach may adversely affect the interests of the relevant stakeholders. Participation of interested persons in Commission sessions is guaranteed – interested parties are informed about the place and time of the sessions at least five days in advance and are notified about the nature of the matter – the notification should describe the case and include relevant material. However, if an interested party that has been notified is not present at the session, this will not hinder the review or adoption of a decision. The interested party may present evidence, provide further explanation and arguments, ob-

ject to the measures imposed as well as file other motions.

As a result of its review, the Commission adopts a decision (opinion) which describes the facts upon which the decision was reached. Such decisions are reached by the majority of the attending members (if votes are equal, then the chairman's vote is decisive). Members may not refrain from voting or transfer their vote to any other person. The copy of the decision (opinion) must be delivered to the person concerned or sent to him as registered mail within five days of the adoption of the decision (opinion). The Commission's decision comes into force immediately upon adoption and can be appealed in court within thirty days.

In legally established cases, the Commission is authorized to apply legally established measures of responsibility as well as provide warnings and instructions on eliminating the violation and/or preventing it in the future. It may also impose fines (in the amount prescribed by law) and restrict concentration of economic activity or recognize it as invalid.

The Commission may apply measures of responsibility only after the relevant party has received preliminary notification and has been given the possibility of a hearing. The Commission is also authorized to adopt a decision based on the examination of a statement, information of state and/or local self-government bodies and consumers, the reports of the media, or any other documents indicating a violation of the relevant law.

In post-soviet countries, the legal settlement of public disputes is achieved via various means: a) in general courts (as in the Russian Federation); b) in special administrative courts (as in Armenia, Georgia, Estonia); and c) a combination of the two, where, in the first instance, the relevant dispute is resolved by common courts as a new crime. In Germany, administrative justice is most developed as an independent branch of judicial power. Administrative legal protection is generally ensured by the common and specialized administrative court. However, there are also specialized social and financial courts – the financial courts review only tax disputes and the social courts reach decisions regarding the social claims of citizens (for instance, allocation of social allowances or payment of child benefits)<sup>13</sup>.

Public disputes are resolved by applying various types of procedural forms – i.e. civil and administrative. The institutions of administrative justice and administrative justice were formed in the post-Soviet era (although the concept of administrative jurisdiction was relatively developed in Soviet times). In Armenia, Georgia and Estonia, administrative justice is administered by the court as defined by relevant standards for administrative proceedings. (Before the code for administrative procedures was adopted in Armenia on 28 November 2007, which came into force 1 January 2008, the abovementioned rights were protected

<sup>13</sup> See Starilov, *Administrative Justice – Theory, History, Perspective*, M "Norma", 2001, pages 219-220.

under the civil procedures provisions of the Republic of Armenia.) The Administrative Procedures Code established that the jurisdiction of the administrative court extends to any public dispute except for those that are under the jurisdiction of the constitutional court of Armenia, cases originating from relations under criminal proceedings, criminal cases under the jurisdiction of the common court, or bankruptcy cases.

The jurisdiction of the administrative court of Armenia applies to: a) the unlawful actions of, or lack of action from, officials (executive bodies of power); or b) disputes related to legal violations committed by natural or legal persons (i.e. administrative jurisdictional). Pursuant to the Administrative Procedures Code of Armenia, the administrative court is authorized to review all cases that arise from a public dispute, including:

1. Disputes related to the existence or running of a service belonging to the state, municipal authorities or any other public body;
2. Disputes between administrative bodies over the matter of competence, which are not subject to the decision of the superior body;
3. Cases on the establishment of legal facts that will determine the commencement, justification, alteration or termination of public subjective rights of natural or legal persons;
4. Disputes over cases related to the suspension or termination of existing or planned unions/associations, including labour unions;
5. Cases on the issuance of payment orders that are derived from public relations.

On 28 November 2007, the Court of the Republic of Armenia on Administrative Procedures established rules for exercising rights to legal protection of natural and legal persons in administrative and cassation courts from administrative and normative acts, action or inaction of state and local self-government bodies and their officials. It also established a rule for reviewing the claims against natural and legal persons from administrative bodies and their officials. Thus, rules for legal proceedings on administrative cases are defined by the Administrative Courts of Republic of Armenia and the judiciary; in cases envisaged by the administrative courts of Armenia, the judicial procedures order is established by the civil procedure courts of Armenia since those provisions are applicable to administrative procedures and do not conflict with the content of administrative procedures. The administrative procedural provisions contained in other laws shall correspond to the administrative courts of Armenia. *We believe that it would be more appropriate to reflect such provisions in the administrative courts of Armenia instead of making reference to the civil procedure courts of Armenia.*

Legal proceedings on administrative cases are carried out in accordance with legislation existing at the time of the case hearing. Cases in administrative courts commence in

response to a claim/complaint. The Administrative Procedures Code provides for several types of claim: a) contesting claims; b) binding claims; c) claims on performance of action; and d) claims on acknowledgement/recognition. A contesting claim arises when the claimant may require full or partial abolishment or alteration of an administrative act that interferes with their rights. A binding claim arises when the claimant may require the adoption of an administrative act in their favour, which had previously been denied by administrative bodies. The claim on performance of action means that the claimant can require the performance of certain actions (or the refraining from such actions) if they are not aimed at the adoption of an administrative act. The claim on acknowledgement/recognition means that the claimant can require acknowledgement of: 1) the existence or absence of any kind of legal relation; 2) the nullification of an administrative act; or 3) the unlawfulness of the null and void administrative acts or action if the claimant is justly interested in acknowledging the act or action as unlawful. The claimant, respondent and the third person are parties to the administrative proceedings, where the claimant is the natural or legal person, administrative body, or official that addresses the administrative court and the respondent is an administrative body or official, natural or legal person against whom the administrative claim was filed.

The Administrative Procedure Code of Armenia states that a claim can be made by any natural or legal person who believes that his/her rights, freedoms, or legal interests – guaranteed by the Armenian constitution, international treaties, laws or other acts of the Republic of Armenia – may be or are infringed by an administrative or normative act or the action/inaction of state or local government bodies or officials thereof. In cases envisaged by the court, administrative bodies or officials may address the court and request: a) imposition of administrative sanctions on their natural or legal person if the law prescribes that only the court may impose such sanctions; b) deprivation of certain rights or imposition of certain obligation on natural or legal persons if the law prescribes that only the court may impose administrative sanctions; c) imposition of a penalty on the natural or legal person based on the administrative act. In addition, administrative bodies may file claims against each other if the dispute may not be resolved in accordance with the rule of subordination.

Furthermore, the administrative court of Armenia envisages the review or resolution of disputes over the following: administrative coercion; proceedings on disciplinary cases; proceedings on cases on notary actions or its refusal to act. In addition to cases of public disputes, the Court also envisages proceedings on cases concerning the establishment of discrepancies in civil acts which are not subject to dispute.

The administrative court shall ensure equal opportunities for the parties throughout the proceedings; it shall also provide each party with the possibility of presenting their position on the case concerned.



During proceedings the administrative court plays an active role. The administrative court establishes facts related to the case *ex officio* – i.e. it shall not limit itself to the motions of the parties to the administrative proceedings, the evidence submitted there or other materials of the case. This is a very important condition since only the court may request that state bodies and its officials submit to the court relevant documents and other evidence; in order to reach a decision that is based on internal evidence, prudent measures are required for determining the facts of the case.

First, cases are heard on merit by a single judge, except for those cases for which a panel of judges is prescribed. Judicial acts of the administrative court that arise from the review of cases on merit come into legal force within one month unless otherwise prescribed by the court.

The decisions of the administrative court may only be appealed via the court of cassation (at its civil or administrative chambers)<sup>14</sup> – pursuant to Article 92 of the Armenian constitution, the constitutional objective of the Court of Cassation is the equal application of laws. Article 26.1 of The Judicial Code of Armenia establishes that the legal act shall be revised by the first instance court which adopted the act in question. In addition to defining the jurisdiction of the Constitutional Court of Armenia, the code also establishes the grounds for cassation claims. Article 57 of the Judicial Code, states that a legal error – i.e. a violation of the material or procedural law that may affect the outcome of the case – may serve as grounds for filing a cassation claim. The cassation claim may be filed before the enactment of the legal act except in cases when new circumstances or new evidence arise.

Administrative jurisdictional legal proceedings (i.e. proceedings on cases of administrative violations) represent a separate type of administrative proceedings even though these types of legal proceedings bear some similarities to criminal proceedings (i.e. the burden of proof rests with the administrative bodies).

#### IV. Conclusion

It can be stated that:

1. Administrative justice was created and developed in Armenia in post-Soviet times;
2. In many post-Soviet countries, laws establish unified guidelines for prejudicial proceedings, although separate quasi judicial bodies may establish other rules for proceedings;
3. Separate rules for addressing prejudicial or judicial bodies are established in order to protect rights;
4. The special administrative court of Armenia was estab-

lished in order to resolve public disputes (the law provides for the creation of the Administrative Appellate court of Armenia);

5. Administrative proceedings are generally carried out in accordance with the procedures set out in the Administrative Procedures Code of Armenia.

<sup>14</sup> Based on analysis of judicial practice, the administrative procedures and Judicial courts were amended (in the second hearing); the amendments established The Administrative Appellate Court of Armenia and its jurisdiction.

# Legal Protection in the Light of Administrative Bodies' Decisions – Oral Hearing and Non-Disclosure Protection in Administrative Proceedings and the Mandatory Substantiation of Administrative Acts

Dr. Norbert Bernsdorff<sup>1</sup>

## I. Introduction

*State bodies are people. That is why each and every state activity is a human activity. Thus, anyone who knows types of human activity knows types of state activity as well. The legist Walter Jellineck started his research on administrative law and administrative procedures law in "The Erroneous Administrative Act and its Consequences" (1908) with precisely those words<sup>2</sup>.*

*State power touches the life of almost every person; in this complex world it is hard to find even one area where state power is absent. Citizens must increasingly be able to protect themselves against the decisions of public bodies that allow other citizens or any kind of public body to perform certain actions. If a citizen knows very little about the diverse and interrelated structure of the state, and if he knows very little about relevant protection mechanisms, he will feel particularly vulnerable before the 'persecuting' state machinery. In fact, it is relatively difficult for an ordinary citizen, who has no idea about complex legal norms and provisions, to comprehend the kind of mechanisms that can protect him from the state.*

*In administrative proceedings, the administrative body is superior to the individual and must, therefore, intervene in public life in a self-regulating manner; the administrative body is the one in authoritative control of the administrative procedure, which was started on the basis of an affected individual's application. The feeling that, today, the administration acts from top-down is often justified. The psychological training of the contemporary administration very often does not take feelings into account; but it is a feeling–emotion–that must be used by the administrative body to communicate with an individual that he or she is a partner of the administrative body. Applicant's fears must be allayed by insisting that the administrative body exists for the citizen and not vice versa. And the affected individual must thus understand that in communication with an administrative body during administrative proceedings, they must abide by the administrative body.*

*However, such subordinated relations become redundant when the affected person wishes to examine the legality of the administrative body's decision and addresses the court to that end. In administrative proceedings, the administrative body, as well as the affected individual, are equal before the court. The only exception to this principle is in cases when the administrative court is prohibited from interfering with certain decisions of administrative bodies (the principle of discretion). Along with legal privileges, the administrative body has also the privilege of knowledge: the administrative body is a specialist in every area for which it is responsible—such specialists know all the details in their specific sphere and are, in the first place, knowledgeable about procedure. In contrast, the affected individual is an opposing party and is very often dealing with administrative procedure for the first time. Thus, when dealing with administrative bodies, it is very important to realise the privilege of knowledge that they possess.*

## II. Control Over the Decisions of Administrative Bodies

In general, control means examination, inspection, observation, supervision, governance and management. Control is not merely about observation and appraisal; a controlling body should have the opportunity and authority to interfere—without it becoming a mandatory feature<sup>3</sup>. Observation and assessment of behaviour/action (status of affairs or progress) represents an integral part of control. Control involves comparative analysis and implies a final assessment of the process.

### 1. Elements of control

The authorities of an auditor are divided into two types of control: on the one hand, it is observation and appraisal, and, on the other hand, it is the right to change, reject and correct the audited decision, or to adopt a new decision based on the prior observation and appraisal. The authority to observe and appraise implies the right to correct the existing decision. However, the right to correct implies the right to observe and appraise. This makes the tasks of observation and appraisal an obligation. Observation and appraisal involves researching the facts of the case: the content of the decision under audit, and the reasons for it. In the context of control, appraisal means comparison—the decision being audited is evaluated against the decision that the auditor deems most appropriate.

### 2. Control over state actions

The state deploys various means by which the public can exercise control. It may be participation in administra-

<sup>1</sup> Dr. Norbert Bernsdorff is a judge in the Social Federal Court of Germany and the publisher of this journal.

<sup>2</sup> Walter Jellineck, *The erroneous administrative act and its consequences – scientific research on the administrative and administrative procedure law*, Tubingen, 1908.

<sup>3</sup> The thesis that control is merely about observation, whereas state supervision exceeds the concept of control because it in itself implies interference, contradicts the general application of the word control.

tive proceedings and court hearings, in elections or in expressing “public opinion”. And the public also makes use of the freedom of information, mass media and scientific activities (e.g. a jurist may criticize a court decision). Public organisations call control many different things, including supervision over the activities of the upper hierarchy of administrative bodies, activities of the administrative and constitutional courts with regard to inferior bodies, courts before administrative bodies and legislation. Parliaments control government and special services, while burgomasters of municipalities control community boards, municipal commissions and committees.

The administrative court may exercise its control without an administrative body's decision to apply for such. For instance, many undertakings of police and law enforcement agencies are under “judicial reservation” since the police force may need to establish a controlling administrative body with the purpose of performing an act that deprives an individual of their liberty. In such cases, the court controls the legitimacy of applying such acts and the grounds for them. The same procedure is applied when the board of the Bar announces a decision that rejects an individual's right to practice law. In such a case, the court shall undertake its examination and adopt a decision based only on the motion about the judicial decision's adoption; the decision simply states whether the rejection to practice law was legitimate. Here we are talking about the ‘tricks’ of administrative procedure, which were previously quite frequent.

### 3. Decisions of administrative bodies and control by administrative courts

Judicial control is different from the audit of an administrative decision; the difference is that another independent state body is responsible for the execution of control. In addition, the control executed by administrative courts differs from the decision of administrative bodies in that its judicial proceedings are substantially more formal. Indeed, judicial proceedings represent a part of the control. The opinion that administrative proceedings control not the administrative body but the substitute's administrative proceedings by the administrative body is flawed<sup>4</sup>; control is impossible without control procedures.

In addition, the jurisdiction of judicial decision is much broader than of an administrative body. It includes applications that appeal the decision of an administrative body as well as applications/claims in cases when an administrative body was yet to adopt a binding decision. If legal outcomes took place as a result of the administrative act being issued, then the issue of whether the issued act will become the subject of the judicial decision, as in the case of the decision of the appellate court on a decision of the first instance court.

### 4. Subject to control

One of the most important subjects related to judicial review of administrative cases is appealing against an administrative body's decision. It should be noted that control over the decisions of administrative bodies is divided into separate partial subjects in order to examine the decision from different perspectives. For instance, factual and legal aspects may be separately examined even if such a distinction is very difficult to discern. Examination of the facts of the case considered by the administrative body in the decision making process is subject to partial control. Other partial issues concern methods of adopting the administrative decision and the content thereof (pre and post control). Even procedural and material issues may be examined independently of each other.

The issue of whether the norms applied by the administrative body correspond to the norms of the higher ranks may become subject to further partial control. In addition to the abovementioned, the appealed decision of a lower instance court may become subject to partial control by the appellate and concession court. In this way, distinguishing separate partial subjects, along with the opportunity to verify and audit by means of several institutions at different levels, strengthens judicial control over the decisions of administrative bodies.

## III. Legal Protection Against Administrative Bodies' Decisions

For the individual, the concept of “legal protection” complements control by preventing opinion being restricted to the “administration – administrative courts” relationship; it also prevents restrictions upon the administrative courts' authority to protect the interests of affected individuals. That is why legal protection against administrative bodies by means of the courts shall not be merely determined by the principle of the distribution of power. The meaning of legal protection depends on the inter-relationship and interaction between the terms “law” and “protection”. “Law” may imply the whole legal system and/or the subjective rights of an affected individual. “Protection” implies that courts or other bodies, together with decisions of administrative bodies, protect rights via preventive measures or repress them, with or without time limits, in certain proceedings with certain legal outcomes. Do courts criticise, recognise or substitute the acts of administrative bodies? Moreover, the issue of protection also implies another question: what is the protection against? Is it against deviation from the law, against excessive restrictions, against legal violations, or against targeted interference?

“Objective legal protection”<sup>5</sup>, which only theoretically protects objective legal order, is thus separated from the

<sup>4</sup> See Clauss Dieter Klassen, Structural differences between German and European administrative laws, and JW, 1995, 2457, 2461.

<sup>5</sup> This term, for instance, is similar to that of Otto Bachoff, Citizen and State Power, volume 2, pages 3.13 (protection of objective rights and interests).

“protection of subjective rights”. And such a distinction underlines the existence of two poles of legal protection: the objective and the subjective. They are polar systems that are only used by legislators to formulate the legal order. As a rule, the legislator uses both concepts, although emphases differ. Similarly, polar concepts and principles such as concentration and deconcentration, centralisation and decentralisation, disposition and officiality, adversarial and inquisitional approaches—along with objective and subjective legal protection—simply represent trends in a specific legal system.

#### IV. Preventive Legal Protection in Administrative Proceedings

Preventive legal protection takes place prior to the issuance of an administrative act. It is ‘preinstalled’ by the legislator and serves the purpose of protecting subjective (not objective) rights. German, Georgian, Azerbaijani and Armenian administrative procedural laws contain three major features: the obligation to give a hearing to the affected individual, the requirement to not reveal confidential information, and the obligation to substantiate the decisions of administrative bodies.

##### 1. The oral hearing of the affected individual in administrative proceedings

The principle of oral hearing means that the affected individual shall be given the opportunity to explain their opinion prior to the issuance of the relevant administrative act or the adoption of the relevant decision by the administrative body. A precondition of this is that the administrative body is obliged to contact the affected individuals in a timely manner in order to listen to their point of view. In Germany, the principle of giving an oral hearing derives from certain legal principles and exists in the form of a simple law that was passed after the codification of administrative procedural laws in the late 1970s.

The principle of providing an oral hearing to the affected individual has a number of important functions, which are listed below.

##### a) *Notification and warning*

The administrative body, which examines the facts of the case, is equipped with certain knowledge and experience, unlike the individual. Measures taken by the administrative body may, to a certain extent, affect the personal rights and interests of the affected individual. That is why it is necessary to protect the affected person from unforeseen interference in their personal life.

At the oral hearing, the affected individual is informed about the results of enquiries conducted by the administrative body. They may state special personal interest in order that, if at all possible, the administrative body take such interests into consideration. In addition, having been

informed by the administrative body about the violation, the individual may voluntarily decide to meet the relevant requirement. In such cases, there is no longer any need for the administrative body to carry out certain measures.

For the administrative body, the obligation to provide a hearing is aimed at underlining the fact that the administrative body may be interfering with the rights of the affected person; it is necessary to remind the administrative body that it shall be especially careful while dealing with such cases. Based on the position of the affected individual, the administrative body may find the most appropriate solution.

##### b) *Improved decisions*

The goal of administrative proceedings is to provide the administrative body with the optimal conditions for adopting a proper legal decision that also reflects the circumstances of the actual situation. In accordance with the inquisitional principle, the administrative body studies the facts of the case at its own initiative. The oral hearing is an important continuation of that process. The oral hearing may help to obtain more details and, if necessary, correct the facts of the case according to statements of the affected person. Such verification helps to avoid arriving at incorrect conclusions that are based on false assumptions. Thus, the quality of the decision is improved. The principle of oral hearing thus gives an individual the opportunity to contribute to the uncovering and interpretation of the facts of the case.<sup>6</sup>

##### c) *Avoidance of additional appeals*

Via the oral hearing, the affected person becomes involved in the decision making process. Despite the fact that the final decision is made by the administrative body, the affected person has been able to present personal argumentation on the case. If the facts of the case were incorrectly or incompletely studied, then the affected individual can correct and improve them. Ultimately, it should lead to the adoption of a decision that will be acceptable to the affected individual as well. In addition, the affected individual's presence at the oral hearing means that it is not necessary to later report the administrative proceedings to them. Thus, the oral hearing helps to prevent additional complaints that are aimed at correcting and improving the facts of the case. Thus, the oral hearing lessens the administrative burden of the administrative body and protects it from decisions that may lead to negative outcomes.

##### d) *Scope of application: only for measures that burden the affected individual?*

In the German law, the principle of providing an oral hearing to the affected individual is prescribed for cases

<sup>6</sup> Felix Vairoiter, Influence by means of oral hearing, Everhardt Franzen/ Conrad Redeker / Otto Schlihter/ Dieter Vilke, Citizen-Judge-State, Jubilee Publication for Horst Zandler, Munich, 1991, pages 183,186, etc.

involving 'the imposition of burdens'—i.e. legal measures that contradict the interests of the affected individual, affecting their will, forcing them to act, endure or not to act, or denying them some privileges or benefits. In such cases, the affected individual is especially interested in an oral hearing and the chance to present their personal interests. The same level of interest does not exist for cases that grant privileges or concessions; neither is it present in more 'neutral' measures. To deal with this, the German law applies a special term—Article 28.1 of the Federal Law of Germany on Administrative Procedures prescribes oral hearings for administrative acts that "affect the rights of the affected individual". The question, then, is what should be understood under such a term.

The concise wording of Article 28.1 of the Federal Law on Administrative Procedures that oral hearings shall take place if the rights of the interested person are affected should be taken to mean that a mandatory hearing is justified in cases where there is the possibility that the individual's rights and interests protected by law may be interfered with. This is the prevailing opinion in German legal doctrine<sup>7</sup> since at the moment of an oral hearing it is not yet clear whether the administrative act will be issued and thus it is not yet clear whether the rights and interests of the individual will be affected. The oral hearing serves the purpose of establishing the goal of the case and clarifying if and what rights and legal interests of the interested person may be affected (or not). Indeed, it is necessary to prevent such interference, if at all possible, by carrying out the oral hearing. That is why the relevant German legal provisions on conducting mandatory oral hearings are interpreted in this broader sense of 'possibility' of interference with rights and legal interests.

The question is whether it is necessary to conduct oral hearings for decisions that deny or restrict certain privileges—in the first instance, this refers to cases where an application for certain privileges or concessions is denied. It is hard to answer the question on the basis of German law since the verbatim meaning of Article 28.1 of the Federal Law on Administrative Procedures envisages measures that affect the rights of one of the participants. Considering this relatively limiting formulation, to apply the principle of oral hearings to cases where certain privileges or concessions are denied seems to be, partially at least, unwarranted. This is explained by the fact that interfering with the rights of the affected individual requires a redressing of the legal situation in accordance with Article 28 of the Federal Law on Administrative Procedures (change of the status quo into status quo minus). Such an interpretation, however, fails to do justice to the meaning of Article 28.1. By rejecting privileges or concessions, the administrative body affects the rights and legal interests of the affected person, which effectively denies the legal position of the

affected person even though there may be demands involved. Thus, depending on the specific circumstances, a denial of privileges or concessions may represent a complex limitation that is similar to the act of obliging the affected person to act, endure or not to act. Even when the granting of certain privileges is under the discretion of an administrative body, their refusal may affect the interested individual's requirement that a sound decision be adopted. That is why the prevailing opinion in the judicial practice and doctrine of Germany is that the prescription of Article 28.1 of the Federal Law of Administrative Procedure of Germany on oral hearings should be applied in cases where the administrative body intends to take a decision that will allow for the restriction of the rights or legal interests of an individual. The same applies to decisions about denial of privileges. Indeed, it does not matter whether the demands for the privilege are unconditional or whether the granting of such privileges is at the discretion of the administrative body. In both cases, the oral hearing plays a vital role in the adoption of a final decision.

Measures that lead to a negative outcome for a third person and not for the immediate addressees also belong to the administrative act that demands that oral hearings be conducted. Very often, the violation of general rules affects the interests of a third party—as in cases of exclusion or other type of dismissals. The German law envisages oral hearings for third persons since Article 28.1 of the Federal Law of Germany on Administrative Procedure, broadly speaking, establishes the obligation to hear any persons whose interests or rights are affected by an administrative body.

#### e) *Exceptions to mandatory oral hearings*

German law contains three types of case where the obligation to conduct an oral hearing is eliminated. These are: a situation when a rapid response is required and where an oral hearing would cause delay; situations involving a special state interest; and situations where the affected individual is not interested in having an oral hearing.

There are circumstances when an administrative body must act long before an oral hearing, especially when the legal good is at immediate risk or when the condition may worsen if the administrative body fails to promptly intervene. The German law envisages that such circumstances may create exceptions to the principle of mandatory oral hearings and this is stipulated in Article 28.2.1 of the Federal Law on Administrative Procedures for emergency cases. Cases that may infringe on the legal good are envisaged as well—that is to say, an oral hearing would increase the threat of violation of or risk to the legal good and thus thwart achievement of the goal<sup>8</sup>. The concept of

<sup>7</sup> See Ferdinand Kopp/ Ulrich Ramzauer – Federal Law on Administrative Procedures, 11th edition 2010, ref. 28, 24.

<sup>8</sup> Federal Administrative Court of Germany, decision dated 15.12.1983, bulletin of decision of the Federal Administrative Court, 68, 267, 271; decision dated 26.02.1974, bulletin of decisions of the Federal Administrative Court of Germany, 45, 51, 57.

such emergency cases applies in two ways: on the one hand, there are cases where a real threat to the legal good is already present; and, on the other hand, there are cases where violation of the legal good would occur due to the hearing—for example the time loss associated with providing an oral hearing would mean that a danger could not be averted. This concept must be examined by the court; in order to assess the danger, it is necessary to derive from the 'time factor' when the administrative body should intervene—i.e. *ex ante* and not *ex post* opinion shall be considered.

In addition, there are circumstances when an oral hearing is not advised. For example, in case where there is a real threat to public interest, especially when the administrative body would fail to achieve its target by means of an oral hearing. These are cases when the affected individual is notified in advance and the possibility of undermining the administrative act arises<sup>9</sup>. Moreover, there are cases when public interests may prevent an oral hearing—a hearing could put the existence of the state or state institutions at risk (it may involve the disclosure of some military or political secrets).

The German law envisages both exceptions in the form of Article 28.2.1 of the Federal Law on Administrative Procedures. Pursuant to those provisions, oral hearings are not to be conducted when it is in the interests of the public; Article 28.3 of federal law clarifies that provision and prescribes the waiving of oral hearings in cases of imperative public interest.

Cancellation of an oral hearing for reasons of public interest is allowed only when public interest prevails over the key principle of the oral hearing, however. And a precondition of cancellation is that the administrative body is actively engaged in addressing the relevant matter. The logic of Article 28.1 of the Law on Administrative Procedures and constitutional principles mean that the provision of an oral hearing should be considered the norm; cancellation of a hearing thus represents an exception and must be used judiciously. The oral hearing itself represents one very important public interest and it must be carefully weighed against other interests before it is cancelled. Indeed, the simplification of administrative work, or the saving of time and expenditure, may not generally be considered valid grounds for the cancellation of oral hearings.

Nevertheless, oral hearings must not represent an unnecessary formality. On the contrary, the oral hearing is a tool to be used for uncovering the facts of the case, increasing the chances of the acceptability of the adopted decision as well as pre-empting further complaints—it serves as a tool for ensuring higher quality decisions. Of course, there are circumstances when an oral hearing may be deemed unnecessary—for both the affected individual and the administrative body. This becomes especially obvious

in cases when the administrative body is already aware of the arguments of the affected person and is absolutely sure that an oral hearing would not shed any fresh light on the case. In such a situation, the oral hearing would be just a formality—and that is why the possibility to not have an oral hearing must exist.

The most important scenario that allows for the cancellation of an oral hearing is when the administrative body reviews an affected individual's application. If the application is later approved, then there is no longer any need for an oral hearing since the administrative body adopts a decision in favour of the applicant. If the application is accepted partially or with certain limitations or reservations then an assessment must be made as to how 'burdensome' the decision will be. In such cases the German law envisages the possibility of waiving the oral hearing in accordance with Article 28.2.3 of the Federal Law on Administrative Procedures, if the demands of the affected persons are met and, therefore, their conditions are not aggravated. This means that the administrative body in charge, which intends to deny a privilege or concession, is not obliged to conduct oral hearings if the decision making process applies only to the facts indicated in the application of the affected individual.

## 2. The requirement to not reveal confidential information during administrative proceedings

Nowadays, public administration deals with an enormous number of tasks and objectives, especially due to the large volume of public norms and provisions. Concern over personnel and material issues and the existence and formation of forms of interference (including classical forms) represents the scope of public administration activities. In the conditions of contemporary society, which perceives itself as the information society, a precondition for fulfilling the given tasks and objectives is that the bodies of executive powers are given comprehensive, consistent and current information. This ever growing need for state information cannot be met without modern information technology. Therefore, electronic processing of data represents a vital step towards the effective and efficient performance of tasks in the area of public administration.

Nevertheless, while we experience the necessity and benefits of having technologies, the associated risk related to individual rights cannot be disputed. Technologies contain the risk that all existing information about an individual may be requested and attached to the partial or complete profile of an individual without the individual having the opportunity to control the accuracy and usage of such information.

Thus, the Federal Law on Administrative Procedures, serves not only as a working base for implementing the will of the legislator but, first of all, serves as a guarantee of the legal protection of the affected individual during the implementation of the administrative body's requirements.

<sup>9</sup> Compare, earlier Hans-Gunter König, Principle of Oral Legal Hearing in Administrative Proceedings, 1959, 189, 190.

Indeed, Article 30 of this law is aimed at securing information protection by allowing the affected individual to request that their confidential information not be disclosed by the administrative body.<sup>10</sup>

*a) Liable parties: bodies*

The concept "in bodies" is not used and is not defined and used in the legal system in a unified manner. Bodies are institutions created on the basis of organisational laws; they do not change if the manager is replaced and they are staffed according to specific authorities; they fulfil the tasks and functions of public administration on their own behalf. Article 30 of the Federal Law on Administrative Procedures grants the head of administrative bodies with the authority to take relevant measures to ensure that employees of the agency do not infringe the requirement of confidentiality. The administrative body in charge of administrative procedures is the first to ensure that such obligations are being observed even if the given agency is in charge of processing separate parts of the relevant administrative proceedings. Other administrative bodies participating in administrative proceedings are bound by the same confidentiality requirements if such confidential information becomes known to them in the course of administrative procedure within the limits of preliminary sectoral opinion.

*b) The definition of confidential information*

The term "secret", used in Article 30 of the Federal Law on Administrative Procedures, does not represent an official definition, but rather is fixed in the law by means of two examples in accordance with an open register. The confidential information of participants, especially facts related to their private life and industrial or commercial secrets are protected. This mainly includes all facts related to the individual legal subject and daily and entrepreneurial relations of theirs that "do not affect" third persons based on existing legal provisions; or they concern widely accepted ideology, especially that which is related to certain assessments in constitutional law that are known to only a limited number of people since their non-disclosure is considered to be in the subject's legal and reasonable interests<sup>11</sup>. This is why family, personal and economic relations that are not of great importance, and the non-disclosure of which has no legitimate grounds due to legal provisions on freedom of information, are specifically protected.

The person affected by such circumstances must thus have reasonable interest in certain information not being revealed – i.e. they must substantiate the reasons for their request to keep that information confidential. In order to establish that non-disclosure would be in their reasonable interests, it is necessary to apply an objective assessment scale.

Circumstances that were initially, or still are, of great importance and are publicly available do not constitute confidential information. For instance, there may be cases when a reputable daily newspaper covers the given event. Thus, facts known to a large number of people, or widely known facts, may not be considered as a "secret" under Article 30 of the Federal Law on Administrative Procedures of Germany.

*c) Types of secrets*

The law outlines all types of secrets that may not be disclosed by the administrative body – confidential information related to personal life, as well as commercial and industrial secrets.

Private life secrets, for instance, are circumstances related to the so-called intimate life – an area of private life protected by the constitution<sup>12</sup>. This includes health care, family and economic relations of an individual as well as private life, sexual life and religious beliefs. In addition, there are circumstances that affect and define everyone's "personal life" – origin, family status, health conditions, living conditions, as well as income and property status.

It is impossible to clearly and generally define what kind of personal information falls under the secrecy clause. For instance, the same fact may be sensitive and extremely important for one individual but insignificant for another. The identical issue is assumed, but not specifically addressed by, the constitutional law and its relevant theory – the theory of the completely protected area (intimate area), relatively protected area (private area), and, finally, the social area with no special protection.

The concept of industrial and commercial secrets has relatively clear boundaries and does not require any independent development within administrative procedures law. The concept is primarily transferred from civil and criminal laws. Industrial and commercial secrets cover confidential circumstances relating to industry, technology or trade that certify participation of the legal subject in economic life. In the given context, the legal form of how commercial affairs are being conducted is of secondary importance.

An 'industrial secret' implies that there is a technical side to the enterprise (for instance, secret production methods). The term 'commercial secret' covers the trading part of the enterprise. The obligation that administrative bodies must not disclose secrets means not only that the private (economic) secrets of the enterprise's owners and economic bearers will be protected but also that the enterprise will be protected against transfer of knowledge to competitors. This implies the economic secrets of separate individuals (for instance, inventors) and persons occupied by independent activities. In addition, there may be facts that were

<sup>10</sup> See relevant provisions in Georgian, Armenian and Azeri laws.

<sup>11</sup> See, together with Claus Obermeier, Comments to the Federal Law on Administrative Procedures, 3rd edition, 1999, article 30., ref. 12, etc.

<sup>12</sup> See, decision of the Federal Constitutional Court of Germany from 16.01.1957, 6, 32, 41; determination from 14.09.1989, 80,367,373 and further.

not known to the owner(s) of the enterprise themselves, but having learned about these circumstances during proceedings they wished to keep them confidential.

Protection of confidentiality is covered by Article 30 of the German Federal Law on Administrative Procedures. It provides several examples: level of revenues (income), accounting books and records, lists of clients, sources of origin, market strategies, declared patent, and projects for development and research<sup>13</sup>.

Other private secrets represent circumstances of a social nature: for instance, circumstances that have a certain social background due to the public activities of the affected individual. This may be, for instance, professional activities, secondary or higher education, exam results, disciplinary measures or membership in certain organizations. In this regard, the affected individual has a reasonable interest in keeping the confidential information within the confines of their own selected circle of people in order that the information can be protected or dispensed of accordingly.

### 3. The requirement to substantiate decisions of administrative bodies

The third important element related to the involvement of individuals in administrative procedures, is the requirement that administrative bodies substantiate their decisions. This principle means that the administrative body adopting a primary decision must substantiate the decision from a factual as well as a legal standpoint. The reason for the decision must also be conveyed to the affected individual along with the decision itself. As a rule, substantiation of the decision is conveyed to the affected individual by being included in the same document. If the substantiation is not included in the same document, then it is necessary to communicate it to the affected individual along with the decision of the administrative body.

The principle of mandatory substantiation of administrative acts is reflected in Article 39 of the German Federal Law on Administrative Procedures<sup>14</sup> and derives from higher provisions.

Similar to the principle of oral hearing, the requirement that administrative decisions are substantiated is assigned great importance. Three different functions of the given principle can be identified:

#### a) *Protection against wrong decisions*

A lower administrative body that is adopting a primary decision must be able to substantiate it and cover all its pros and cons. The principle of "he who is unable, with pen in hand, to find a good reason to substantiate his own decision shall know that he is on the wrong path" shall be applied. This principle protects the affected person as well

as the administrative body from offhand and unjustified decisions.

#### b) *Improvement of acceptability*

The principle of administrative bodies substantiating their decisions makes the decision making process transparent for the affected individual. Clear substantiation represents an important indication of the fact that the administrative body thoroughly studied the issue. In acquainting themselves with the adopted decision, affected individuals become aware of what the grounds for adopting the decision in question were. This is especially important for cases where restrictive measures are being applied since only a well founded reason will persuade the affected person that the decision is just. Indeed, a well reasoned decision will become more acceptable even if it is not in the affected person's favour. As a rule, it means that they are less likely to file additional no-win complaints – a citizen will not file a complaint "on suspicion" in order to find out the reason for the decision. Moreover, based on the rationale of the adopted decision, they will be able to adequately assess how successful filing a complaint is likely to be. Thus, unnecessary, additional proceedings that cause the overburdening of administrative bodies and courts are prevented.

#### c) *Grounds for verifying the decisions of administrative bodies*

A substantiated decision provides explanation of the types of arguments that were used to justify which measures were imposed as part of the decision. Thus, the affected person can begin to grasp the essential nature of the decision. Moreover, if the decision is appealed, a clear rationale for it affords higher administrative bodies or the courts the opportunity to better verify whether the decision was justified. The rationale may be confirmed by examining the reason why the lower administrative body adopted the decision; it is relatively easy to establish if the lower administrative body overlooked some circumstances or facts or incorrectly applied other legislation. This is especially important if the legislation applied allows for discretion of the administrative body. Thus, the rationale provides grounds for assessing whether the administrative body mistakenly applied discretion<sup>15</sup>.

#### d) *Scope of application: only for measures that burden the affected individual?*

The substantiation of an administrative body's adopted decision is particularly important for decisions that adversely affect the individual since the affected individual is highly likely to inquire about the reasons for such a decision. In such cases, it is in the interests of

<sup>13</sup> See Rüdger Broier, *Guarding Industrial and Commercial Secrets in Ecology Law*, Journal, 1986, 171ff.

<sup>14</sup> See, relevant provisions in Georgian, Armenian and Azeri laws.

<sup>15</sup> Has-Hermann Scheffler, *General obligation of administrative acts*, 1977, 767, 769.



the administrative body to provide a precise rationale for the decision in order to convince the affected person of in the correctness of the decision.

In order to avoid differences between administrative acts that adversely or favourably affect the individual, the German law contains the concept of absolute (complete) denial of burdening administrative acts as one of the reasons for the obligation to substantiate adopted decisions. Article 39.1 of the Federal Law on Administrative Procedures, determines that every written, electronic decision or administrative act, certified in writing or electronically, must be substantiated. In this regard, therefore, the German law foresees no difference between administrative acts that adversely or favourably affect the individual; the official in charge of adopting the decision does not need to take this issue into account. Indeed, the formulation of a favourable administrative act does not require any additional work to be performed by the official in charge. Thus, prior to making a decision, regardless of whether it will have an adverse or favourable result for the individual, the official must think well about the reason for the personal action, preferably substantiating it in writing. Such an approach once more confirms that the obligation to substantiate the decisions of administrative bodies represents a very important tool and improves the quality of decisions.

In addition, it should be noted that the introduction of the general principle that decisions must be substantiated did not overload the German administration. In fact, when an administrative body fully meets the requirements of an affected person, German law considers that the body is then exempt from the general obligation to substantiate decisions. This is covered by the list of exceptions under Article 39.2 of the Federal Law on Administrative Procedures.

*e) Exceptions to the principle of substantiating decisions*

There are circumstances when an administrative body must immediately adopt a decision and thus has no time to formulate a rationale. Such circumstances include extreme danger, and consequently are extremely rare. While it is justified and permitted not to substantiate decisions in such cases, these circumstances do not completely exempt the administrative body from the obligation to provide a rationale for its decision. The presence of certain danger simply means that the body may be allowed not to render a substantiation of the decision at the initial stage. However, it is necessary that substantiation is provided at a later stage given that the affected person will still be interested in the reasoning behind the decision – especially in cases of administrative acts that adversely affect the individual over the long term. If the affected person wishes to assess their chances of appealing the decision, then a rationale is required.

There are also circumstances when substantiation

of the administrative act is not required due to the principle of non-disclosure of confidential information. While it is of special interest to a rule-of-law state to render substantiation of administrative acts, in some circumstances the interest of non-disclosure may prevail over the interest of substantiation. It is only allowed in specific cases, however. The German law contains no general reservation in favour of non-disclosure, but Article 39.2.4 of the Federal Law on Administrative Procedures does contain a simple indication at what would constitute an exemption: legal provisions that permit the issue of administrative acts without rationale for state defense purposes. The issue of whether Article 30 of the Federal Law on Administrative Procedures represents a provision that justifies the issuance of administrative acts without relevant rationale is still being discussed.

In cases where the affected person is not interested in the reason for the administrative act, it may be justifiable not to render a rationale (as an exception) – it would just be a formality to insist on the obligation to provide grounds for the adopted decision. The German law envisages certain such exceptions under the Article 39.2.1, 2 and 3 of the Federal Law on Administrative Procedures.

Some administrative acts are based on contracting behaviour/deals instead of a direct declaration of will by the administrative bodies; they may also be based on the silence of the administrative body. Despite the fact that silence, as a rule, does not represent a declaration of intent, the law may still provide that in some cases silence shall be perceived as a declaration of will, although the German legislator has used this approach sparingly. Thus, certain special laws deem that when an administrative body responds to the request of an individual with silence, in cases where it is in the interest of the affected person, this should be considered as a favourable decision/action.<sup>16</sup>

## V. Results

Citizens must not be left unprotected before the state. For example, they should be able to fight for their rights through the courts. However, they first have to address the administrative body that was responsible for the adoption of a decision since it is this body that shall begin formal administrative procedures as prescribed by law. Therefore, such administrative procedure should involve legal protection of a preventive nature in the form of mandatory oral hearings, the obligation to not disclose confidential information and a substantiation of the administrative act.

<sup>16</sup> See Paul Schtelkens, Hanz – Zoachim Bonk, Michael Saks, *The Law on Administrative Procedures*, 7th edition, 2008, page 35, field reference 81.

# Judicial Independence and Judicial Disciplinary Law in Georgia and Germany: Legal Protection of the Judge from the Action of Superiors

Ulrich Hagenloch<sup>1</sup>

## I. Aim of the disciplinary law and its legislative framework in Germany

### 1. General Function

The disciplinary law of the Federal Republic of Germany represents a component of public service. It is aimed at ensuring that public servants properly perform their duties in accordance with their job descriptions (i.e. clarification of duties and special preventive measures); thus, judges are included under the law as well. Another objective of the law is to ensure the functionality of public services due to public interests (general prevention). In addition, the disciplinary law is intended as a means of “cleaning up” public services when a particularly unacceptable violation of duties has occurred; it seeks to bolster public trust and confidence in public services.

### 2. Relationship to Criminal Law

Criminal sanctions are not envisaged by the disciplinary law. This is why violation of the prohibition against double punishment (Article 103, para 3, Principle Law of Germany) does not take place in cases when a judge is subject to criminal and disciplinary prosecution<sup>2</sup>. Disciplinary law is thus separated from criminal law in both material and procedural aspects. Nevertheless, they share one very important commonality:

If a judge's breach of disciplinary law also violates criminal law, then priority is given to criminal law. It remains in force not only in regard to the procedure itself and the binding power of the criminal procedural decisions of the court but also with regard to the disciplinary measure imposed on a certain person, which may be executed after the court verdict.

It should also be mentioned that a judge sentenced to prison for one year or more loses their position (para 24 of The Law of Germany on Judges – DRiG); it is not the disciplinary undertaking that is imposed by the law but rather judicial status. Such actions are performed regardless of whether a committed criminal act is connected to the official capacity of the given judge.

### 3. Legal Framework

Judicial conduct obligations, corresponding to material disciplinary law, are regulated by the laws on judicial status

– i.e. by the law of Germany on judges and judicial laws of *Bundeslands* or states. However, judicial laws do not contain comprehensive regulations of judicial duties but make wide reference to other directives. This is due to the fact that the legal relations of judges are regulated by the provisions and standards developed for public officials (see § 46 DRiG), unless otherwise provided for by judicial laws.

Disciplinary sanctions and procedural norms are present in judicial laws to a limited extent. In fact, references are made to the norms and provisions of the disciplinary laws of the Federation and States of Germany.

### 4. Concept of Prevarication

The major norm of the material aspect of disciplinary law is the explanation of the concept of prevarication (paragraph 77), which is mentioned in para-1 of the Federal Law on Public Servants and relevant state law norms. Judicial practice refined those general norms so that they evolved into increasingly clear legal provisions; they will be presented in more detail below. In addition, provisions in the law on public servants and the law on judges specify judges' duties. The correspondence of these legal provisions with the Principle of Certainties in the Principle Law of Germany and the principles of The European Convention of Human Rights is unquestioned.

### 5. Relationship of the Disciplinary Law to the Service Supervision Law

The fact that the disciplinary law defines prevarication shows that it is understood within German law as a response to infringements – i.e. an action for which charges of prevarication can be imposed<sup>3</sup>. Thus, it is necessary to distinguish between disciplinary law and Service Supervision Law.

Disciplinary supervision does not envisage prosecution for prevarication; its objective is to ensure that the performance of public servants complies with relevant laws. Depending on the circumstances, regular or special inspections of internal work procedures through so called internal audits and preventive measures (the ‘observation function’) represents a mechanism of service supervision; due to the independence of judges, only external audits are conducted for the purpose of eliminating mistakes (the ‘correction function’). Despite their dogmatic differences, the disciplinary and service supervision laws have much in common since they serve the public interest and are aimed at ensuring the proper functioning of public service. Judicial independence must be considered under the service supervision law. Paragraph 26 DRiG is developed in accordance with these principles – pursuant to that article, judicial supervision may be exercised only if it does not interfere with judicial independence. Judicial supervision is autho-

<sup>1</sup> Ulrich Hagenloch is the President of the High Court, Dresden.

<sup>2</sup> Decision of the Federal Constitutional Court of Germany, 21, 378 (391).

<sup>3</sup> See Ebert, *Contemporary Disciplinary Law*, second edition, page 44.

ized to indicate to a judge that they are failing to comply with their duties and to demand compliance.

The purpose of such measures is to remind a judge of their duties and inform them about the views of the supervisors in certain matters. However, due to judicial independence, the instruments available for this are quite limited – only soft measures such as an ‘instruction’ or a ‘note’ are allowed; sanctions such as an official reprimand or warning are not permitted<sup>4</sup>.

A note is given only after an action has been performed by the judge and it is limited to a listing of the relevant facts and an evaluation of how those facts relate to the service law. By issuing such notes, supervisors render their opinion about the conduct of the judge in question. However, the note must not deliver a negative judgment<sup>5</sup>. An instruction concerns the future behavior of a judge, calling for a full understanding of his or her duties. It may also indicate the result of improper behavior<sup>6</sup>. An instruction must not infringe upon judicial independence and, in terms of the basic activity of judges, it shall not mention any judicial proceedings and may only refer to “certain types of cases”<sup>7</sup>. A note and an instruction may be inter-related, especially in cases of multiple prevarication and potential repetition. Milder measures such as private dialogue or suggestions for improvement are also permitted.<sup>8</sup>

It is not only direct interference but any action of the supervisory body which may indirectly affect the work of the judge that constitutes service/internal supervision. Various propositions or expressions concerning the behavior of a judge in specific circumstances<sup>9</sup>, which directly or indirectly express an opinion about the future behavior of that judge, also represent soft measures<sup>10</sup>. In order to protect judicial independence, such measures shall be applied very carefully.

Generally, measures of disciplinary supervision or disciplinary laws are applied extremely rarely in Germany. In practice, such measures are limited to extra circumstances when interference of the supervisor/manager is inevitable. In addition, in Germany, internal supervision in the area of judicial law receives more importance than in the area of disciplinary law.

Courts on judicial services protect judges who believe that their independence has been compromised by interference from management, regardless whether the judge’s

complaint is about internal supervision or disciplinary law. Details will be presented in Section V below.

## II. Material Disciplinary Judicial Law in Germany

### 1. Differentiation of Behavior In and Out of Court

The Disciplinary Law of Germany differentiates between the contexts in which a judge failed to fulfill the full scope of their responsibilities – it considers whether breaches occurred:

- outside of the workplace, or
- while performing official duties, and in this case,
- whether the pertinent judicial proceedings were affected, or
- whether other aspects of their official duties were compromised

Of course, a judge’s behavior outside of the workplace is not functionally related to the official capacities of that judge. However, violation of obligations in this sphere leads to prevarication when in specific cases unacceptable behavior damages the credibility of and respect for the judge or the judiciary in general (see § 77, para 1 of the Federal Law on Public Servants).

### 2. Disciplinary Sanctions for Offences Committed Outside of the Workplace

a. Outside of the office, a judge must behave in such a way that confidence and trust in his independence (impartiality) is not undermined (§39 DRiG). While political activities are not prohibited for German judges (like they are for Georgian judges), a judge must be very careful when using various expressions. Conflicts that may arise from careless language are very sensitive. This is why, in practice, no special form of proceedings for judges exists; nor are other disciplinary proceedings applied due to the “principle of restraint” in the political field.

To apply a certain service or disciplinary sanction according to the behavior of a judge in their unofficial capacity is used only in exceptional cases. Indeed, such measures, while serving the purpose of protecting judicial independence from immediate interference, in reality tend to cause public misunderstanding and thus fail to play a significant role in improving the credibility of justice.

b. The line that makes an offence ‘disciplinary’ is usually crossed in cases where a judge has committed a deliberate criminal act or, under certain circumstances, a deliberate administrative offence. Regardless of whether the judgment is a criminal or administrative judgment, the disciplinary measure may only be applied if it is a necessary means of compelling the judge to fulfill his or her functions (§ 14, para 1, Federal Disciplinary Law (BDiszG)). If an acquittal judgment comes into force, then the disciplinary measure on the same *corpus delicti* can only be applied if the *corpus delicti* represents

<sup>4</sup> Bulletin of The Supreme Federal Court of Germany (hereinafter BGHZ), 90, page 34.

<sup>5</sup> BGHZ 51, 363 (371); BGHZ 67, 184(188); Supreme Federal Court of Germany (hereinafter BGH), decision from 4 June 2009 – RiZ (R)5/08

<sup>6</sup> BGHZ 51, 280 (286); BGH DRiZ (german journal of judges) 1973, 280(281)

<sup>7</sup> BGHZ 67, 184 (190)

<sup>8</sup> BGHZ 47, 275

<sup>9</sup> BGHZ 179, 162; BGHZ 90, 41 (43); BGHZ 76, 288 (290 f); BGHZ 47, 275 (282)

<sup>10</sup> BGHZ 179, 162; BGH DRiZ 1998, 20 (22)

the prevarication and does not constitute a criminal act or administrative offence (see § 14, para 1, BDiszG).

As a rule, the need for additional disciplinary measures occurs in cases where the punishable act is related to the judge's official capacity – i.e. a deliberately wrong application of law or corruption. Cases of deliberate violation of traffic rules represent problematic cases: if such violations remain in the limits of administrative offences/violations, then special disciplinary measures may be applied only in exceptional cases; for instance, if the basic rules are being persistently violated. Such cases are not known in practice, however.

The situation for criminal acts differs from the above; for instance, in cases of drink driving or causing a car accident and then fleeing the site, as well as in cases of criminal conviction, “disciplinary addendum” does exist. However, as a rule, such measures are not particularly heavy – they do not tend to exceed a reprimand or certain financial penalties. More severe sanctions may not be applied supplemented to the criminal conviction (§ 14, para 1, BDiszG). This is why after a verdict has been announced, even in cases of a deliberate criminal offence, especially in the area of traffic violations, additional disciplinary sanctions are not applied.

### 3. Disciplinary Sanctions for Cases of Prevarication

- a. In the area of judicial activity, disciplinary actions may only be considered if certain preconditions exist, as described in § 26 of the DRiG.
  - i. It should be noted that disciplinary law in Germany does not serve the purpose of controlling (even indirectly) or changing judicial decisions; court verdicts can be appealed in accordance with procedural rules and examined only by superior courts. This rule must be upheld when a judge violated a rule or otherwise arrived at an unacceptable decision.

If the judge adopted a decision in violation of the law, then the given decision may only be corrected after a restitution complaint has been filed (§ 580 of the Civil Procedures Code) or by means of new proceedings (§ 359 para. 3, §364 of the Criminal Procedural Code). If the decision is clearly wrong and correction is not possible, there is still the possibility of filing a constitutional claim on violation of the equality principle (in the form of prohibiting arbitrariness) to the Federal Constitutional Court, or the Constitutional Court of the relevant state. But, as stated, the judicial decision may not be changed due to the application of disciplinary measures or service (internal) control measures.

- ii. Protection of core judicial activities represents a fundamental principle of German legal awareness that is not subject to internal control or disciplinary proceedings. This concerns administration of justice as well as mate-

rial and procedural decisions that serve the purpose of justice administration<sup>11</sup>. On the other hand, any action of a judge that belongs to the so-called area of external order may be subjected to supervision and disciplinary control and result in disciplinary measures. The category of external order refers to those judicial activities that are necessary for the normal administration of proceedings or those related to the external form of performing judicial activities<sup>12</sup>. It is worth elaborating on the difference between core and external order. While the differences are somewhat complex, an understanding of them is crucial for German legal awareness.

(1) Core judicial activities entail:

- Planning of separate trials<sup>13</sup>. (What may result from failing to perform immediate responsibilities in this area are provided under point b) below.)
- Establishing deadlines or adopting decisions on applications for deadline extensions<sup>14</sup>. In this area the judge has the opportunity to adopt independent decisions in which no officials may interfere, neither directly nor indirectly (e.g. “psychological pressure”)
- The court hearing itself and other actions related to the proceedings<sup>15</sup> (such as examination of evidence<sup>16</sup>, **measures related to behavior** at the trial<sup>17</sup> or signing of official minutes<sup>18</sup>)

The legal approach for cases in which there has been an ‘obviously incorrect application of the principles of justice’<sup>19</sup> is applied differently. This refers to actions of a judge which were unjustified or mistake that are indubitable<sup>20</sup>, <sup>21</sup>. Such decisions (these were passed many years previously) were those that were based on obsolete laws or those in which provisions of well known laws were not applied to the particular case.<sup>22</sup> Despite the existence of this category of mistake, if there is cause for any doubt about the certainty of a mistake, then it must not be placed in this category since this would intrude into a judge's core activ-

<sup>11</sup> BGHZ 1997, 181, 268; BGH DRiZ 1997, 467, BGH decision from 04.06.2009 – RiZ (R) 5/08

<sup>12</sup> BGH DRiZ 1997, 467; BGH NJW (new weekly legal magazine) 1992, 46

<sup>13</sup> BGH NJW-RR (case law report of new weekly legal magazine) 2005, 433; BGH NJW-RR 2002, 574; BGH DRiZ 1995, 352; BGH NJW 1987, 1187

<sup>14</sup> BGH SGB (judicial report of social justice) 1995, 494; with regard to the proposition of the Chairperson “to generously establish deadlines for submission of personal arguments and to refrain from unnecessary deadline reminders”

<sup>15</sup> BGHZ 176, 162; BGHZ 90, 41 (45 and further.); BGH – Decision from 04.06.2009 – RiZ 5/08; Decision of the High Court on Judicial Affairs Hamm, DRiZ 2005, 318

<sup>16</sup> BGHZ 71, 9

<sup>17</sup> BGHZ 67, 184 [188]

<sup>18</sup> ibidem

<sup>19</sup> BGH DRiZ 1997, 467, 1996, 371

<sup>20</sup> BGH DRiZ 1984, 194

<sup>21</sup> BGHZ 1997, 467; BGH DRiZ 1996, 371

<sup>22</sup> BGHZ 46, 147, [150]; BGHZ 47, 275, [287]

ity<sup>23</sup>. Thus, accepted practice is to treat such cases with utmost reserve due to the complexities involved in classification and the constant danger of violating the judge's independence. Therefore, supervisory actions and especially disciplinary measures are, in practice, hardly ever applied in this area.

(2) The category of "External Order" includes actions of the judiciary that are aimed at ensuring the proper functioning of the court process but are only pertinent to the form of achieving this objective and are thus distinctly different from core activities<sup>24</sup>. This can include the punctuality of starting a court hearing, observing dress code, use of mandatory forms or modern communication means (the details of this are sometimes problematic), storage of court documents that are no longer necessary, or communication with colleagues and personnel.

With regards to the communication aspect, it is worth noting some cases in which judges were deemed to have been guilty of verbal excesses (i.e. the judge lost their professional reserve and made harsh statements or expressed their personal views. For example, the expression "this is the most stupid lie", used by a judge in one court case, was considered to belong to the core order category<sup>25</sup>. Or, in another case, in justification of a decision made with regards to a case on tax evasion, a judge wrote that "for many Germans the need to make savings on taxes are higher than their sexual needs"<sup>26</sup> – this, too, was considered to belong to the core order. In contrast, when a judge asked one of the parties in a case whether he "did not want to understand him or was too stupid to understand", then the unacceptable remark was considered to belong to the external order<sup>27</sup>.

(3) If a judge's prevarication does not belong to the core order, his/her disciplinary responsibility does not differ from the responsibility of a public servant. Despite this, the special status of a judge within the civil service framework may lead to a very strict assessment of their conduct.

b) Particular problems take place with regards to time-frames of court processes. As a baseline, it is assumed that a judge must implement judicial tasks **without avoidable delay** (§ 26 para. 2 DRiG) and is obliged to comply with mandatory periods. Failure to meet deadlines required under law can be deemed as failure to fulfill duties or prevarication. From the point of view of supervision or disciplinary law, the situation is more

complicated in cases when the judge fails to meet other types of deadline.

i. It is worth noting that the German procedural law does not oblige a judge to finish a process in a certain period; it does not set any deadlines. This is why it is impossible to impose any disciplinary sanctions on a judge for setting a lengthy period for certain judicial activities or for prolonging a process. A supervisor can check how much time was spent on processing a case (compared to all other cases or certain types of cases). It is also possible to check if the period of limitation of some administrative violations has been taken into account<sup>28</sup>. The main point here is that a judge is free to make decisions on the sequence in which a case is reviewed. Higher authorities have no right to influence a judge even indirectly (at least with regards to specific cases) or give a judge recommendations or instructions. Even if there is a danger that the limitation period of an administrative violation will expire, a senior official can only state that he, as a supervisor, must pay attention to the specific case. The supervisor does not have the right to tell the judge how to avoid the expiry of the limitation period – the judge is always independent in making that decision.

The requirement that duties be implemented **without avoidable delay** may seem to conflict with the assumption that a judge can only implement a 'reasonable volume of work' (i.e. the same volume of work that could be implemented by any other judge)<sup>29</sup>. To solve this tension, a judge can claim that they are overloaded only if they have informed their supervisor or panel about the problem in advance. The criteria by which the workload of a judge can be evaluated have not yet been finalized. So far, two baseline criteria are used for assessing workload: the performance of a judge with average qualifications and the time necessary to implement the work of civil servants' support personnel<sup>30</sup>. At the same time, a judge must implement his professional duties in compliance with specific needs i.e. he cannot strictly plan his working time since it may depend on civil servants. It has not been decided yet whether the workload of a judge must be assessed based on comparison with the actual average performance of other judges or by means of a method used by the judiciary administration for calculating the number of necessary personnel.

ii. The only deadline provided for in German law, which is mandatory for judges, is that after a court hearing the ruling must be submitted in a written form within a certain period. In criminal law, these time limits are

<sup>23</sup> BGHZ 76, 288 [291]; Court Rulings on Cases of Bremen Judiciary Service, DRiZ 2006, 143

<sup>24</sup> BGHZ 176, 162; BGHZ 67, 184 [187]; BGH NJW-RR 2001, 498 [499]; BGH NJW-RR 2001, 498 [499]; BGH DRiZ 1997, 467; BGH NJW 1992, 46; BGH, decision from 04. June 2009 – RiZ (R) 5/08 BGHZ 70, 1

<sup>25</sup> BGHZ 70, 1

<sup>26</sup> President of the High Court of Hesse, Frankfurt/M, Order dated 13.03.2009 – II L 1073 – DRiZ 2009, 191

<sup>27</sup> The Higher Administrative Court of Rhineland-Pfalz, NVwZ-RR (administrative case law report) 2005, 21

<sup>28</sup> BGH DRiZ 2007, 143 [144]

<sup>29</sup> BGH DRiZ 2007, 143; BGH NJW 2006, 692; BGH NJW 1988, 421

<sup>30</sup> Decision of the Supreme Federal Administrative Court, DRiZ 1983, 69

given in an imperative form as mandatory conditions, while in private law they are usually three week periods provided for in the form of a prescript.

Thus, issues related to the length of a judicial trial, as explained above, cannot be viewed as violations. Prevarication can take place only when the judge and his personnel implement the majority of the work with delay or if the result of the work means the jurisdiction function has failed in a number of cases – namely, the period of limitation for punishable offences and administrative violations has expired or a suspect has to be released due to the expiry of a detention period. Despite this, strict requirements have to be met in order that a judge may be accused in such matters and this means that, in reality, such decisions are made very rarely.

If there are certain time limits, such as mandatory procedural instructions for the announcement of court rulings in criminal law, then failure to observe this regulation can also serve as grounds for passing disciplinary measures. But, again, such practice is very limited.

c) Imposition of an **intentionally** unjust judgment is an action which, according to § 339 of the German Criminal Code is subject to punishment and is classified as a grave prevarication.

An elementary violation of the rule of law, if proven, is deemed as a perversion of justice<sup>31</sup>. The imposition of an unjust judgment is considered to have occurred when a judge deliberately passes a wrong sentence and the law is seriously violated. Judicial practice constantly demonstrates that interpretation of § 339 of the German Criminal Code must take into account the principle of independence<sup>32</sup>. The reason is that the threat of criminal punishment, especially as part of a criminal case, is much stronger than supervisory or disciplinary measures and therefore can be much more effectively applied in order to put pressure on a judge, thus putting their independence at greater risk. Therefore, the criminal investigation of a judge's activities must never go beyond supervision or disciplinary authority. Since the Georgian criminal law no longer contains a provision on unjust judgments, it is not necessary to elaborate further on German legal practice in this area.

#### 4. Disciplinary Measures

The following measures may be applied to discipline a judge:

a) The mildest disciplinary measure is a warning (comp. § 6 BDiszG) – a written opinion about a particular act

of a judge. Negative remarks in the form of criticism or reprimands that cannot definitely be characterized as admonitions do not represent legal disciplinary sanctions. In any case, such measures, as previously noted, should not be permitted with respect to a judge as they contradict § 26 of DRiG.

b) A pecuniary penalty may be imposed and may amount to the monthly salary of a judge (cf. § 7 BDiszG).

c) In addition, a judge's monthly salary may be reduced (cf. § 8 BDiszG). It may be applied in the form of a proportionate reduction with a maximum of one fifth and for a maximum period of three years. This disciplinary measure is not applied against judges of High Courts of the Federation (§ 64 para. 2 DRiG).

d) A particularity of judiciary disciplinary law on federal land may be transferred to the position of the judge with the same basic salary (cf. § 41 para. 3 of the Law on Judges of Saxony). The rationale for this disciplinary measure, applied only to judges and not other public servants, represents the specifics of the right to promote and remunerate judges in Germany and, therefore, will not be detailed here.

e) Disqualification in conformity with § 9 BDiszG represents the transfer of the judge to another position with a much lower basic salary. The relevant Judge loses all of their rights under their previous contract, including related payments and the right to hold the previous title. This disciplinary measure shall not be applied against judges of the High Courts of the Federation (§ 64 para. 2 DRiG).

f) The ultimate disciplinary measure is the dismissal of a judge from their position (§§ 10, 79 BDiszG). When this measure is applied, the labor relations of the judge are terminated; they lose the right to claim a salary or other due payments and the right to hold the rank under their previous position and the title acquired in relation to that position. To alleviate the economic consequences, there are procedures that provide an allowance, which, as a rule, covers six months and equals 50% of the judge's salary prior to the introduction of the disciplinary measure (§ 10 para. 3 BDiszG). When a judge is dismissed due to them violating the prohibition to accept gifts and rewards, the period of the allowance payment may be extended if the judge, through the transfer of their knowledge or skills, contributed to the prevention or detection of other criminal acts – mostly corruption (§ 80 BDiszG – the so-called rule of the major witness of prosecution).

g) Disciplinary measures against retired judges may only be applied in the form of a reduction in their pension al-

<sup>31</sup> Decisions of the Supreme Federal Criminal Court 47, 105; 44, 258; 42, 247; BGH NSTZ-RR (criminal case law report) 2001, 243

<sup>32</sup> Decisions of the Supreme Federal Criminal Court 47, 105

lowance (§ 5 para. 2 BDiszG, §§ 11, 12 BDiszG).

h) Special rules apply to judges during their probationary period, i.e. for those who are in their first three years as a judge (cf. § 10 DRiG) and are not declared as judges for an indefinite period. These judges, according to § 22 para. 2 DRiG, may be dismissed due to the decision of an authorized official for committing an act against which a judge appointed for an indefinite period would have received a stricter measure than a simple warning. The judge may appeal such a decision in the court of judiciary affairs (cf. § 34 para. 4d of *the Law on Judges of Saxony*).

As a result of the legal peculiarity of such a status, only disciplinary measures in the form of a warning or pecuniary penalty may be applied to a judge during their trial period.

### 6. Determination of a Disciplinary Measure

A disciplinary measure is to be selected in compliance with § 13 BDiszG, according to work-related considerations. Selection shall also take into account an evaluation of the gravity of the judge's misconduct and his or her personal traits. In addition, the degree to which the judge has undermined the employer's and the public's trust must be considered.

Over the years, the Federal Republic of Germany has had extensive judicial practice with respect to these evaluation criteria; however, practice has mostly concerned public servants and it cannot therefore be indiscriminately applied to judges. Indeed, in addition to the abovementioned legal criteria – gravity of prevarication, personal traits of the judge, degree to which trust was undermined – there are other aspects to consider in the case of judges<sup>33</sup>:

- The principle of a graduated level in the strictness of measures means that if a particular type of misconduct reoccurs, a stricter measure must be applied than previously
- Degree of guilt, namely in the case of effects or sudden action
- The judge's own understanding of their guilt and feelings of remorse
- Announcement and accusation
- No danger of the misconduct reoccurring
- The duration of disciplinary proceedings and its time-frame

A judge's refusal to testify shall not be regarded as detrimental to their case. However, a judge's attempts to intentionally transfer their guilt for the misconduct to other persons, especially to subordinate employees, may adversely affect the decision.

## III. Observance of the Principle of Certainty in the Disciplinary Law of Georgia

### 1. The Venice Commission's Criticism of Insufficient Certainty

The report of the Venice Commission of the Council of Europe of 16-17 March 2007 primarily criticizes Article 2 (2a and 2j (previously 2h)) of the Law of Georgia on Disciplinary Responsibility of Judges of Common Courts and Disciplinary Proceedings (hereinafter, *Disciplinary Law*) for its vague formulation and related legal uncertainty. In this regard, the Venice Commission indicated that the ambiguous wording threatens independence of a Judge. It states that, in accordance with the practice of the European Court of Human Rights, legal rules shall be expressed in a way that those involved understand their obligations and would be able to predict the legal consequences of any violation.

### 2. Situation in the Light of Legal Status in Germany

As previously mentioned, the service duties of judges in German legislation are more general than those in Georgian law. Nevertheless, in terms of the principle of certainty, there is currently a significant difference between Georgia and the Federal Republic of Germany. In Germany, judicial law has been gradually and consistently developing over many decades. This has made it possible to give precise contours to generally stated norms and thus observe the principle of certainty, while still leaving normative regulations open. Georgia has not yet reached this state because the judge's role has undergone certain changes in recent years; certain principles still need to be formulated. Thus, the complexities of the principle of certainty deserve special attention since an understanding of them is crucial for judicial law.

a) First of all, it is necessary to affirm the opinion of the Venice Commission in the statement that according to the main principles of a lawful state, the judge from the very beginning should be able to clearly understand what actions constitute disciplinary misconduct and what sanctions they should anticipate for any breach of duty. Such legal confidence serves to protect judicial independence. Only when supervising officials are given a specific evaluation framework and the judge is sure what behavior cannot give the supervisor the right to apply measures of work supervision or disciplinary action is it possible to avoid actual dependence or exploitation of relations between a chief and a subordinate.

b) There are various approaches in Europe that are aimed at achieving this goal. Some states have created legal regulations such as codes of conduct, which are detailed enough to ensure a high level of predictability.

<sup>33</sup> See Ebbert as above, p.131ff.

However, even these states cannot avoid some legal definitions that remain uncertain. In contrast, in Germany it was decided to delimit only standard regulations that were relevant for the most essential aspects and leave the specific interpretation of certain cases to legal practice. Each of these concepts has its advantages and weaknesses, but, in any case, the criticism of the Venice Commission which highlights the need for specific legal regulation is justified.

- i. In reality, it would be impossible to detail judicial prevarication in regulatory form.

Both the professional and private life of a judge are too complex to define judicial duties in advance in any concrete way. It should also be noted that – in the Federal Republic of Germany, at least – there are a few cases of prosecution within the scope of official supervision or disciplinary proceedings that pertain to atypical spheres. This non-uniform spectrum of valid events is impossible to fully encompass within a delimitation of prevarication.

- ii. From a legal perspective, the issue arises of which state body (in a state with a division of power) should ideally be responsible for most of the formulation of rules on judicial conduct.

There is substantial evidence that the legislator should adopt legal norms for all issues pertaining to judicial independence and judicial law in order to provide for the principle of democracy, i.e. to assert that in this area both the judge and his or her superiors, together with the authorities engaged in disciplinary proceedings, draw their power from the people. On the other hand, from the point of view of the principle of division of powers, the transfer of power to the legislator for the definition of the rules of conduct for a judge is not an optimal solution since the legislative power is entitled to stipulate rules of conduct for judges in details that can, to a certain extent, influence the judicial activities of the judge and primarily influence the judge's reputation. Therefore, the application of general legal concepts in legal regulation promotes the reinforcement of the autonomy of justice as the third branch of state power and also bolsters the independence of judges.

The aforementioned, however, does not mean that the right and duty of the legislator to define a certain framework for judges' actions are disputed; that is necessary because any state intervention in the legal sphere of an individual – including disciplinary prosecution of a judge – need to rest on legal foundations. And only thus, as stated previously, is it possible to ensure that all officials base their decisions on their own democratic legitimation and formulate both judges' duties and the measures to be taken by the officials and authorities conducting disciplinary

proceedings in order that the decisions are in the interests of the public.

Thus, a very fine balance needs to be maintained: as much as legislative competence is needed to observe the requirements of democracy, so too the autonomous authority of justice is required to ensure the independence of judges and maintain the principle of the separation of powers.

In addition, the perception of a judge's profession and reputation, for the sake of protecting the third power, should be, as far as possible, separated from sometimes sudden and erratic changes in political and thus legislative areas. Only if the legislator becomes limited by certain data in defining the concept of prevarication can the justice under its own responsibility adapt to public changes in the right of work supervision and disciplinary judicial law. Thus, this issue is dealt with more circumspectly and consistently when solutions proceed out of existing experience rather than the legislature.

Finally, a more general approach to defining judicial prevarication has the advantage that rules of work supervision over judges and judicial disciplinary law rarely become the object of legislative innovations. While frequent changes in a standard legal situation may not directly influence the autonomous responsibility of justice and the observance of the principle of the separation of powers, legislative process in the field of the office supervision law over judges and judicial disciplinary law bear the risk of involving judicial power in political conflicts. If such situations occur, it is inevitable that in the course of the legislative process, attention will be focused not only on positive aspects of justice but also on issues that may not be politically favorable at that given moment. For this reason, and for the purpose of strengthening justice, it is preferable that central parts of the internal organization of justice and the courts, as well as the work of supervision over judges and the judicial disciplinary law, are rarely exposed to any legislative changes.

- iii. Given the current situation, there are two options for Georgia:

The initial point for reflections may be the opinion that there are not yet any strong legal principles in Georgia and, consequently, that the use of exclusively vague legal concepts is connected with that threat of legal uncertainty. This issue can be addressed in the way proposed by the Venice Commission – that the legislator at any given stage defines the concept of prevarication and, in the medium term, gives judicial powers the opportunity to formulate and develop the status of judges. On the other hand, there is also the possibility of developing and specifying a code of conduct for judges on the basis of existing by-laws. If Georgia decides to go down this route, it will be necessary to ensure that the current legal uncertainty is not used against judges. Primarily, measures need to be taken to



guarantee that, even if ambiguous legal concepts are applied, disciplinary action is only applied in the event that a judge has no reasonable doubts about the breach of their duties and could have easily discerned what the outcome of their actions would have been. To implement this principle, the principles of a lawful state must be strictly observed and the function of the legal protection of the court must be accurately expressed while carrying out disciplinary proceedings. In practice, this would mean that disciplinary action (including soft measures) cannot be applied while any doubts exist about the objectivity of the legal situation. In the present legislative environment, the principle of certainty must be upheld – regardless of whether legal norms are stipulated in a general form – so that judges are not placed in a position of unjustified risk.

#### IV. The Law of Georgia on the Disciplinary Responsibility of Judges in Terms of Legal Status in Germany

##### 1. Overall Assessment

The law of Georgia on the disciplinary responsibility of judges was already too opaque and obfuscated at the time of its adoption. And subsequent legislative changes have made matters **somewhat** worse. Thus, the contents of some norms conflict with each other and it is difficult to delimit some preconditions of case compositions from other compositions. Therefore, at the earliest opportunity, it would be expedient for legislators to somewhat simplify and crop the law in order to achieve some level of transparency in the given law.

##### 2. Observing the Principle of Certainty in Certain Norms of the Law of Georgia on the Disciplinary Responsibility of Judges.

The law of Georgia on the disciplinary responsibility of judges supposes – at least in its literal sense – a wide spectrum of possibilities for inspecting and appraising the legal activity of judges.

a) According to Article 2, Section 2 of the Law of Georgia on the Disciplinary Responsibility of Judges, prevarication (a disciplinary violation) represents a judge's gross infringement of law while executing his or her judicial powers. A gross violation of law is the failure to fulfill the binding norms of the Georgian constitution, international agreements and laws.

The present version of the law is an improvement on the previous version, according to which a significant violation of legislation already constituted prevarication. Nevertheless, even the new wording should be applied very carefully. First, such wording means that it will be necessary to uphold the principle of certainty. Secondly, only a very cautious usage of this norm would probably make it possible to avoid

the danger of the principle of a judge's independence being hampered. That is to say, it is highly recommended that Article 2 Section 2(a) of the given Law should only be applied in cases where there is absolute certainty that a most blatant violation of legal norms has occurred. Along with that, it is necessary to consider that in the form of public interests stipulated by this norm, only the interests of judicial authority take place.

b) It is equally problematic that according to Article 2 Section 2 (e) of the Law of Georgia on the Disciplinary Responsibility of Judges, a judge's failure to fulfill or improperly fulfilled duties represent prevarication. In this case, it is possible to uphold the principle of certainty only if, in legal practice, the norm is applied very moderately – as was already mentioned concerning Section 2(a). In fact, the same can be said about Section 2 (c) and 2 (g) of the same Article; thus the latest definition appears dubious in terms of its content (see 4b).

##### 3. Protracted Proceedings

a) If a case is being slowly reviewed, the Georgian law (Article 2 Section 2d) allows wider scope for disciplinary prosecution than does the German law. This difference is even more amplified in practice since German procedural law provides much fewer obligatory terms than the Georgian law does, particularly because the terms in Germany's procedural law are provided only between conduct of the oral trial and the announcement or transfer of the decision (see Section II, part 3b above).

b) On the one hand, one could argue that the Georgian approach may be more effective at preventing protracted cases than the German law. On the other hand, it opens up more possibilities for intrusion into the independence of judges. Thus, in such cases, it is inherently difficult to find the optimal line between maintaining judicial independence and formulating rules of judicial behavior to be inspected by supervisors.

In this matter, both the European Charter about the status of judges and the Constitution of Georgia display a stricter approach than Germany's legislation. This reflects the fact that two constitutional principles are in tension: on the one hand, a judge should be protected in their independence against intervention from other authorities; on the other hand, the constitutional principle of justice<sup>34</sup> defines that legal proceedings represent effective legal protection and should be conducted without delay. Given this constitutional tension, the fact that Georgian legislation submits the speed at which certain cases are considered to official supervision and disciplinary control should not be generally criticized.

<sup>34</sup> Decision of the Federal Constitutional Court of Germany 107, 395; BVerfG NJW 2008, 503

However, the current legislative regulation means that in practice the given norms should be applied very cautiously. First of all, it is necessary to apply the stipulation of Article 2 Section 2d that the 'grounds' for investigating whether a trial is unacceptably protracted be extremely limited. Under no circumstances should the inspection of the length of a trial be undertaken in terms of the propriety of the judge's actions; moreover, the threat of disciplinary measures should certainly not influence the judge in terms of how they define the sequence for judicial proceedings. The only acceptable assessment a supervisor may make is whether there are good reasons for a hiatus – for example, if the judge is overloaded or if there is a need to prioritize analysis of other matters, which is in fact something that is established by the judge himself and is consequently not open to inspection by supervisors.

#### 4. Other Officially Legal Duties of Judges

- a) The disciplinary responsibility provided by Article 2, Section 2f of the Law of Georgia on the Disciplinary Responsibility of Judges does not create any conflicts with cases of infringement of an interdiction for disclosure of official (professional) secrets. Similarly, Article 2, Section 2c is also free from problems since this norm refers solely to types of activities stipulated by Article 86, para 3 of the Constitution of Georgia.
- b) If Article 2, Section 2g of the Law is interpreted strictly, there is probably little cause for concern that it states that ignoring (or showing disrespect towards) the work of disciplinary bodies or hindering their activities represents prevarication. However, such a norm, especially in relation to the principle of judicial independence, is bewildering since it creates the impression that disciplinary bodies need special protection from judges. In addition, in relation to the principles of a legal state, this norm could lead to a questionable reduction in the actual active strategy for protection within the framework of disciplinary proceedings. Therefore, at least as a precautionary measure, it would seem prudent to withdraw this norm. And, moreover, it is inexplicable why disciplinary bodies would fail to respond in a calm, autonomous manner – both in cases of aggressive and inadequate forms of protection.
- c) From the point of view of the representatives of the German legal system, cases when the norms of judicial ethics are breached, as provided for by Article 2, section 2 (h) of the Law, are of special interest.

There is no such code of behavior for judges in the Federal Republic of Germany. At one time, there were debates over whether there was a need to create such code in Germany and at the wider European level, the opinion does

exist that such codes are necessary. Indeed, the statement of the Consultative Council of European Judges (CCJE) under the title "European standard of judicial ethics" (available at [www.drb.de](http://www.drb.de)) reflects this and some European countries have already introduced analogous standards.

Here, the issue is not about whether the need for such a code exists – there are arguments for and against – but about whether the "Norms of judicial ethics of Georgia", adopted by the members of Association of judges of Georgia in October 2007, can be applied as a definition of the duties of judges in terms of disciplinary law. In this respect, there are two issues. First, there is the question of whether the Association of Judges of Georgia has power, in a binding, regulatory manner, to form and establish rules of behavior for judges. Second, there is the question whether these norms of judicial ethics have a disciplinary-legal objective. The answer to both questions is surely negative. Rule-making authority has not been transferred to the Association of Judges of Georgia and it is rather unlikely that Georgian legislators have executed rule-making authority in such a way that they dynamically point to the "Norms of judicial ethics of Georgia". Above all, the Association cannot bear responsibility for the disciplinary and legal workload since they are not the ones to establish what kind of behavior may qualify as prevarication. It is more likely that the above mentioned norms are simply used to establish rules of professional etiquette (i.e. what an exemplary judge should look like).

## V. Judges' Legal Protection and the Remedial Law in Germany

### 1. Establishment of Courts on the Affairs of Judicial Service

For the purpose of protecting the independence of judges in Germany, special courts on the affairs of judicial services have been established, which exclusively consider disputes between judges and their official supervisors.

- a) Rules about the establishment of courts for judicial servants are stipulated in the relevant laws on judges of the Federation and federal lands (§§ 61 and following, §§ 77 and following, DRiG; and §§ 33 and following, the Law of Saxony on Judges).

Courts for judicial servants are established as first instance courts under the Land Courts of the Federal Lands (*Landgericht*) and, for proceedings in appellate instances, under the Superior Courts of Federal Lands and under the Supreme Federal Court of Germany. Courts on affairs of judicial service are aware of all the affairs of judges of all jurisdictions. Only judges that have been appointed for an indefinite term can become members of the courts on the affairs of judicial services. They are appointed for a certain period (basically 4 or 5 years) by a presidium, a self-gov-

erning institution of judges, on the basis of the list of the offered nominees from certain jurisdictions. Thus, the possibility that superior persons in court could have a direct influence on the composition of the courts on the affairs of judicial service is excluded.

b) In compliance with § 78 of the DRiG, courts on the affairs of judicial service primarily have jurisdiction for all disciplinary affairs against judges and for the examination of the actions of official judicial supervision. In addition, the resolution of all issues on the status of judges falls under their competence (for example, invalidating or revoking a judge's status, giving early retirement due to the judge's inability to perform official duties, and the removal of a judge during their probationary period).

## 2. Jurisdiction in Matters of Disciplinary Prosecution of Judges

In terms of judicial disciplinary rights, it is necessary to distinguish between the institution and the carrying out of disciplinary proceedings on the one hand and the competence for implementing the disciplinary measures on the other. Here, there is a significant difference between the disciplinary rights of judges and the disciplinary rights of government officials, by which the official supervisors enjoy considerable disciplinary power. Namely, the following rules apply:

a) In accordance with § 17 para. 1 of the BDiszG, direct official supervisors are authorized to institute disciplinary proceedings – and in Germany such persons are chief justices (chiefs of courts). Higher officials can, however, undertake a disciplinary case or assume responsibility for investigation (cf. § 17 para. 1, sent. 2, and § 21 para. 1, sent. 2 of the BDiszG). These higher officials are, for judges, the Minister of Justice and his deputy, and for judges of the Courts of First Instance, the chiefs of Superior Courts (i.e. the High Court of a Federal Land, the Higher Administrative Court, the High Court on Social Affairs, and the High Court on Labor Disputes).

For disciplinary cases when there is an allegedly serious judicial prevarication, as a rule, the Ministry of Justice assumes the case. This has the advantage that from the very beginning, disciplinary proceedings are conducted by the body that is also responsible for instituting disciplinary proceedings and defending the decision in the court on the affairs of judicial service (see point b below).

After a disciplinary proceeding has begun, it is necessary to conduct a relevant investigation to reveal the facts of the case. In addition, aggravating or mitigating circumstances are examined as well as those circumstances that are important for deciding which disciplinary measure should be applied (cf. § 21 para. 1, BDiszG). These investigations are, as a rule, carried out not by the supervising

person himself but by a specially appointed third party, which should be a judge (cf. § 43 para 1 of the Law of Saxony about judges). Choosing the correct person to conduct the investigation is, pragmatically, a very important matter; the person should not be in the circle of acquaintances of the judge against whom the disciplinary case has been instituted, he should have a good personal reputation and, if possible, he should possess knowledge in the area to which the alleged prevarication is related.

The person conducting the investigation should collect all necessary evidence. This can be achieved by gathering official (internal) information, interrogating witnesses and experts or requesting written testimonies and statements from them, as well as requesting relevant documents and acts or accessing them on-site (cf. § 24 BDiszG). The trial of the disciplinary case itself is stipulated in the law in detail. While there is no need to examine the specifics, it should be noted that in general the proceeding has a relatively official character and in many ways is very similar to criminal and remedial investigations – that is to say that the judge can be involved in the given process to the extent that their involvement does not hinder the purpose of the investigations. The judge is not obliged to give evidence during the trial. Witnesses and experts – again, similar to criminal procedure – have the right to refuse giving testimonial evidence. It is necessary to make reports of all interrogations and interviews, and when the investigation ends, the judge has the right to express their opinion.

Investigations should not be launched if the facts of the case are known to be the result of an effective judgment of the court either on for a criminal case or for an administrative offense, or in some other way, for example as a result of conducting of another lawful trial (§ 21 para. 2 BDiszG).

This is justified by the fact that according to the law on disciplinary responsibility, the facts of the case defined in the process of accepting an effective criminal decision a decision on an administrative offense are binding for disciplinary proceedings. Another way of finding out the facts of a case, in terms of § 21 para 2 of BDiszG takes place when, for example, a criminal investigation was launched but, due to the insignificance of the fault or other reasons, the case dropped. The same principle refers to cases when the composition of the case is simple and this fact is acknowledged by the judge himself or if the offense of the judge is documented in writing. As a rule, another additional condition is that since there is no need to adopt a more serious disciplinary measure than a reprimand, there is no need to involve courts for judicial servants (see point b below).

b) The essence of the judicial disciplinary right is that certain decisions are made not by supervising persons but by the courts on affairs of judicial services. Therefore, it is necessary to prevent cases of executive power in-

truding into the status of the judge and to strengthen the independence of judges. The competences required to resolve such issues are divided between the official supervisor and the court on the affairs of judicial services, as follows:

The official supervisor takes the decision whether to institute disciplinary proceedings; at this stage, courts for judicial servants are not yet involved in the process. Disciplinary prosecution also falls within the competence of the official supervisor who is conducting the investigation, or a person appointed by the supervisor. Courts for judicial servants should deliver decisions on the following:

- Issues relating to the carrying out searches, seizures and providing of instructions on documentation (§§ 26, 27 BDiszG in connection with § 62 para. 1 sent. 1 DRiG);
- Issues relating to the preliminary discharge of the judge and termination of their salary (§ 63 paragraphs 2 DRiG).

The official supervisor is only entitled to impose one measure of punishment against the judge – a reprimand (§ 63 para. 1 DRiG). The application of any other disciplinary measures is the exclusive right of the court for judicial servants. Thus, if the official supervisor thinks that a reprimand is an inadequate disciplinary measure, then they should address the court on the affairs of judicial services with a relevant statement.

### 3. General Judicial Principles on Disciplinary Issues

The disciplinary laws of the Federation and the Federal Lands of Germany contain an independent procedural law which has been thoroughly reformed in recent years and is now distinct from the previous generalities that existed with the law on criminal proceedings. Those general principles have also been replaced by definitions for administrative proceedings and the law on administrative proceedings, i.e. by provisions that operate for other types of legal proceedings under public law (cf. § 3 DRiG). In addition to other principles, the disciplinary law of Germany is based on the following:

- A unified conceptual base for all prevarications (see point a below)
- All disciplinary cases launched must conform to legal requirements (see point b below)
- Priority for criminal cases (see point c below)
- The right to a judicial hearing (see point d below)
- Swift conducting of the disciplinary process (see point e below)
- Ratability of disciplinary measure chosen (see point f below).

a) Both material and remedial outcomes result from a unified consideration of prevarication. First, all known infringe-

ments of duties by a judge should be considered in a single disciplinary proceeding – even when there is no internal connection among the various infringements. Second, the principle of a unified approach to prevarication means that only one disciplinary measure should be imposed for all infringements, irrespective of their nature.<sup>35</sup>

A unified approach is particularly important from a remedial point of view since current disciplinary proceedings can be expanded to incorporate subsequent infringements that become known later (§ 19 BDiszG); if proceedings have already begun in the court for judicial servants, then they should be expanded to take into account the new accusations (§ 53 BDiszG).

b) In accordance with § 17 BDiszG, the decision to institute a disciplinary case is not simply at the discretion of the person responsible for supervising the case; the case must be initiated on legal grounds (the so-called principle of legality).

According to this principle, when evidence of prevarication occurs, the supervisor is obliged to institute disciplinary proceedings. Mere assumptions or doubts are not sufficient grounds for the launching of disciplinary proceedings. If there are some signs prevarication but they are insufficient for taking action, then the supervisor can and should, within the limits of their powers, take measures to clarify the matter. Any measures, permissible within the limits of official supervision, can be taken for this purpose – for example, receiving and inspecting certificates-acts, carrying out official inspection of servants and conducting inquiries. Special attention should be paid to the fact that while these activities are being carried out, constitutional requirements are not ignored. Investigation into the facts of case, within the framework of general official supervision over judges, should terminate as soon as signs of prevarication become reasonable grounds for suspecting actual prevarication. From this point on, it is necessary to institute disciplinary proceedings and follow all the necessary formalities.

These principles also apply to the so-called process on self-rehabilitation, in accordance with § 18 BDiszG, which can be initiated by the judge for the purpose of exempting himself from accusations of prevarication.

c) Certain restrictions are imposed on the independent investigation of a supervisor when dealing with cases that are under the jurisdiction of criminal proceedings.

According to § 17 Abs. 2 BDiszG, once criminal proceedings have been conducted, disciplinary proceedings can only be instituted with special preconditions. This norm is supplemented with the condition that, according to § 22 BDiszG,

<sup>35</sup> Decision of The Supreme Federal Administrative Court of Germany 33, 162

disciplinary proceedings previously initiated should be terminated if criminal proceedings regarding the same case had already been instituted. This principle, in turn, is supplemented by the condition that, according to § 23 BDiszG, the facts as defined in the process of the criminal trial are binding for the disciplinary examination of the same case.

These constitutional-legal principles are in close connection with the substantive norms of § 14 BDiszG (see Section II, point 2b above).

d) The Constitutional-legal principle of the right to a court hearing also informs other areas of the disciplinary law and is manifest in many specific norms. The main norm, § 20 BDiszG, establishes a rule according to which the affected judge should be immediately informed of the launch and development of disciplinary proceedings if it does not interfere with investigations into the case. Thus, it is necessary to inform a judge about the prevarication for which they are being accused. The judge should also be notified about their right to express their opinion about the given occasion, in either oral or written form, and the right to refrain from making a statement or appoint a representative or authorized person.

e) According to § 4 BDiszG, disciplinary proceedings should be swiftly conducted – a reflection of the principles of a legal state as stipulated by the Constitution. Thus, official supervisors and courts on the affairs of judicial service are obliged to take all possible measures to ensure that decisions on the relevant offense are delivered within a reasonable period.<sup>36</sup>

This principle of swift proceedings is designed to protect the accused judge from groundless charges that might drag on longer than actually necessary. In this respect, it constitutes a supervisor's duty to care for the employees under his supervision. For the judge, the principle of dealing with proceedings promptly is particularly important since the launch of disciplinary proceedings against them means they may be restrained to a certain degree in their independence in terms of completing their official duties and especially in terms of their judicial reputation. This threat exists particularly when, in the course of disciplinary proceedings, the public becomes informed about the trial (regardless of confidentiality) – as sometimes happens.

The supervisor himself – especially in cases of bringing charges against a judge – should also be interested in a prompt conclusion to disciplinary proceedings. On the one hand, the reputation and credibility of the judicial administration is put at risk if a judge's breach of duty is not dealt with promptly and appropriately. On the other hand, the trust of participants in the proceedings (i.e. those who are affected by the actions of the judge against whom the disciplinary pro-

ceedings are conducted) can be completely lost if uncertainty concerning the judge lasts longer than necessary.

From the remedial point of view, the principle of prompt proceedings is provided for by the fact that if proceedings are not completed by the supervisor conducting the investigation within six months after they begun, then the judge is entitled to request that the court on the affairs of judicial service issue a statement appointing a timescale within which the proceedings must be concluded (§ 62 BDiszG). If there are insufficient grounds for continuing disciplinary proceedings, then the court on the affairs of judicial service appoints a term during which the official supervisor should terminate the disciplinary proceedings. If proceedings are not completed in the specified term, then the court decides to terminate them. The abovementioned six-month term may be prolonged if disciplinary proceedings are suspended due to a criminal trial on the same case.

f) While a supervisor cannot decide to institute disciplinary proceedings at their own discretion, they are permitted to decide which disciplinary measure should be applied (see details in Section II, point 6).

The rationale for this is that the decision to institute disciplinary proceedings is a question of evaluating the factual situation and defining the rules of the judge's behavior – an area that is basically regulated in legal terms in such a way that the supervisor does not have such jurisdiction, whereas professional disciplinary and legal prosecution depends on a set of evaluation criteria which should be estimated and weighed by the supervisor. During decision-making on the level of disciplinary action to be applied there is often no "correct" or "incorrect" decision, thus the supervisor should be allowed leeway certain their decision-making within the limits of their own titular discretion.

#### 4. Legal Protection in Matters related to Official (Titular) Supervision

According to § 26 para 3 DRiG, any judge is entitled to take a judgment to the court on official (titular) affairs if they consider that their judicial independence was infringed as a result of a disciplinary measure taken by a supervisor.

And there are no especially strict requirements in terms of substantiating the judge's alleged infringement of judicial independence<sup>37</sup>; the opinion of the judge does not need to be comprehensively supported<sup>38</sup>. Moreover, it does not matter which measure led to the condition that the judge considered that their independence had been infringed. For example, it might be a measure applied in relation to the formulation of official estimation<sup>39</sup>, an order

<sup>36</sup> See Ebert, as above, p.131ff.

<sup>37</sup> BGH DRiZ, 2003, 282

<sup>38</sup> Decision of The Supreme Federal Court of Germany of 08.11.2006 – RiZ 4/05

<sup>39</sup> BGHZ 181, 268

to close a judicial building during the night or for days off<sup>40</sup>, or a statement to the media made by chief of the court. In practice, especially problematic are statements made in private conversation by official supervisors<sup>41</sup>.

The federal court on the affairs of judicial services has formulated the following in the course of its long-standing practice:<sup>42</sup>

A measure of official supervision is any measure that proceeds from the body of official supervision, irrespective of whether the supervisory activity, in terms of form and content of the implemented measure, actually takes place... Any measure applied by the official body that addresses the activity of a judge and has an impact (however mediocre) on such activity may be considered a measure of official supervision.

It is necessary, however, that such a measure, in any form, points to the behavior of one or several judges and is the consequence of a specific conflict<sup>43</sup> or is capable of having an impact on the future behaviour of a judge (in any specific direction)<sup>44</sup>. Thus, to provide clear demarcation, it should be noted that any general legal statements that stem from a supervisor's review of a certain case may not be considered as an official, supervisory measure simply because the judge concerned has a different opinion about the legal assessments of management<sup>45</sup>. Similarly, a judicial power's failure to meet requirements about court apparatus considered to be necessary by the judge cannot be considered as an official supervisory measure.

Essentially, courts on the affairs of judicial service investigate only the claim that an infringement of judicial independence has occurred and not the facts of the case itself – it simply determines whether the action of the supervisory body was lawful from a material, administrative and legal point of view. Along with this, general administrative and remedial legal protection takes place. This issue basically emerges in the field of evaluating judges. If, for example, it is claimed that a judge is available in his office just two working days per week and at other times is almost unreachable by phone, then the courts on the affairs of judicial service can investigate whether the given statement infringes on the independence of the judge. If the court concludes that such a statement does not represent an infringement, then determination of whether the accusation is justified is not under the jurisdiction of the court on the affairs of judicial services; rather, administrative courts should be engaged in determining the legitimacy of a given case.

## VI. Disciplinary Punishments and Disciplinary Measures under the Georgian Law

Disciplinary punishments provided in Article 4-1 of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings do not essentially dif-

fer from those stipulated in the equivalent German law (see Section II, point 6). The article, in its initial points, also raises no doubts about threats to judicial independence. However, since a strong and generally recognized legal base for the relative merits of disciplinary punishments in terms of the principle of legal certainty and the predictability of imposed sanctions has yet to emerge, it is desirable that the assessment criteria be defined more precisely. Although Article 54 of the given Law and subsequent sections contain trends in this direction, they nevertheless remain too general in certain areas.

### 1. Dismissal of the Chief of the Court and other Governing Bodies

Special attention should be drawn to a precondition that, according to Article 4, Section 2b and Article 55 of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings, means that the chief of the court, their deputy as well as the chairs of judiciary boards and chambers can be dismissed from their positions.

Chiefs of the court and other judges who simultaneously deal with issues of court management are put in an especially difficult situation. On the one hand, in their administrative activity, they are not entitled to protection in terms of judicial independence and they should realize that all their activities within this scope may be fully inspected within the limits of the disciplinary law. On the other hand, they represent a link between the judicial authority and the state power and assume a high responsibility within the framework of judicial authority for the protection of the independence of the third power. This specific function requires that chiefs of the court resolutely resist all threats to the authority of judicial proceedings and that they should express themselves as defenders of judicial independence in critical situations. Therefore, dismissal of the chief of the court from the point of view of judicial independence and distribution of powers cannot be considered unproblematic. Properly considered, this step is especially problematic when the chief of the court represents a focus point for all conflicts between the state powers. Thus, the more serious a legal system is about the issue of the independence of judicial authority, the more comprehensively the question over which requirements should be met in order to dismiss a chief of the court will be addressed. In this regard, we express concern over Article 4, Section 2b and Article 55 of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings.

The disciplinary measures provided in Article 4, section 2b and Article 55 of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings have no parallel in the German legislation. This is explained by the fact that the official status of the chief of the court differs from the status of other governing bodies – all chiefs of courts and their deputies are appointed for an unlimited duration (i.e. life) and therefore can only be dismissed under extremely strict preconditions, which apply to the dismissal of all other judges as well. There are no chairs of judicial boards in Germany, while chairs of chambers have no special status and must comply with general disciplinary norms.

<sup>40</sup> BGH DRiZ, 2003,88

<sup>41</sup> BGHZ DRiZ, 93, 238

<sup>42</sup> BGHZ 162, 333

<sup>43</sup> BGHZ 61, 374; 85, 145; BGH NJW 2002, 929

<sup>44</sup> BGH NJW, 2002, 929

<sup>45</sup> Ibid.

## 2. Other Disciplinary Measures Unknown to German Law

A disciplinary measure comparable with that stipulated by Article 54 Section 1 of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings does not exist in Germany. It is basically the continuation, on the level of sanctions, of what is already established at the level of case composition as of Article 2, Section 2a and Article 2, Section 2f of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings (see Section IV, point 2 above). Moreover, there are no private letters of recommendation to judges (see Article 19 of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings) in the disciplinary law of Germany.

## VII. Overall Assessment of Legal Protection

The most salient differences between the Georgian and German laws lie in the definition of competences for settlement of disciplinary and legal issues as well as in the regulation of judicial legal protection.

a) As it has already been stated above in detail in Section V, disciplinary power over judges in Germany at the initial stage is carried out by their supervisors, i.e. the chief of the court, or by top-level supervisory bodies, i.e. the Minister of Justice. However, their power in terms of applying disciplinary measures to a judge is limited to a reprimand. All other disciplinary measures may only be applied by the court on the affairs of judicial services. In addition, it is possible to appeal against any measures applied by the supervisor in this court.

Moreover, in Germany any judge can address a claim to this court if they consider that a measure taken by the supervisor has infringed their judicial independence. The composition of the court on the affairs of judicial service must not be influenced by the supervisor of the relevant judge. Thus, in Germany, specific regulations on judicial independence and rules of behavior for judges, including the formulation of core principles of judicial ethics, is completely in the hands of the judges.

b) In Georgia, there is clear potential for development both in the field of material requirements in relation to the measures taken against judges and in relation to the legal protection of judges against the measures taken by supervisor – regardless of whether these are measures of disciplinary law or measures within the framework of official supervision.

The grounds for instituting disciplinary proceedings stipulated in Article 6 of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings are vaguely formulated. First of all, from the wording it is impossible to unequivocally state what competence and which duties for implementing the relevant

inspection are given to the bodies that are authorized to institute disciplinary proceedings within the framework of Article 7 of the Law. It is possible to institute disciplinary proceedings against the judge – as long as the need to protect their independence is observed – only in the event that, after a close preliminary inspection, there is suspicion of prevarication. However, no questions are asked about the source of information that caused the initial suspicion. It is important to avoid the feeling that the grounds listed in Article 6 of the Law are given special significance or that disciplinary proceedings can be instituted merely at the wish of a certain body.

Therefore, Article 8, Section 1 of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings seems problematic as long as this norm can be understood in a way that allows third parties to influence the matter of instituting disciplinary proceedings by means of complaints, petitions or other actions. Moreover, judges need special protection from their management against such “initiatives” of third parties. Thus, supervisors must only accept complaints, petitions and other information from third parties as a reason for inspection within the limits of official supervision; of course, ultimately the complaints, petitions, or information may lead to disciplinary proceedings being instituted, but this can only be the case once any third party suspicions have been confirmed by the supervisor’s own inspection.

In addition, the plan for conducting proceedings, as stipulated in Article 8ff of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings looks a little vague. In the first place, it is easy to imagine a more precise formulation of the procedural implementation of the right to a judicial hearing.

In terms of the composition of the disciplinary board, Georgian legislators have already expressed a special understanding of the relevance of judicial necessity with their innovations in Article 23ff of the Law of Georgia on Disciplinary Proceedings introduced in 2009. Thus, the edited version of the law currently in force presumably corresponds to the minimum requirements stipulated in No.8 European Charter about the status of judges. For the purpose of strengthening the independence of judges, however, it would be desirable that Georgian legislators transfer judicial competences regarding disciplinary judicial law at the level of initial decision-making into the hands of the judges themselves. It would not only be a symbolic gesture to the outside world in terms of strengthening the distribution of powers, but it would also enable the justice system to define model characteristics of a judge and, in this respect, be exempt from the influence of other branches of power.

# The Establishment of Administrative Justice as a Means of Legal Remedy in Azerbaijan

Aliyev N. Mayis<sup>1</sup>

## I. Introduction

*The need to consistently protect the rights, freedoms and legal interests of citizens has led to the establishment of a court of justice with a new feature—it is able to confront the actions of governmental bodies, other state authorities, or organs of local self-governance. However, to discharge such tasks, an institution of administrative justice needs to be created. Both administrative law scholars and specialists from other legal fields agree that the establishment of a unified administrative justice system is a pressing need.*<sup>2</sup>

*Administrative justice stipulates a special procedure for resolving administrative disputes that arise between citizens and officials (executive bodies). Any citizen who deems that his or her rights and freedoms have been infringed by a decision or action (or 'inaction') of an official, can file a claim in court against such a decision or action (inaction) and seek its annulment. It follows that the need for an institution of administrative justice is even more manifest in states where government decisions and actions have a prominent role. Thus, an institution of administrative justice is one of the most important prerequisites of a modern state that is seeking to ensure rule of law via judicial protection of citizens' and legal persons' rights and freedoms (both legally and practically). Administrative justice, then, comprises the procedure of examining and resolving disputes in a court that is especially established for the type of legal disputes that arise between citizens or legal persons and administrative agencies in the field of public administration.*

## II. The Rationale for Administrative Justice and Current Models

Administrative justice covers cases related to disputes that arise in the field of public administration. In the legal literature, administrative justice is defined as an institution that resolves administrative disputes between citizens and state administrative agencies.<sup>3</sup> Today's reality requires the strengthening of judicial control over the legality of administrative bodies' activities in order to ensure effective

protection of citizens' rights. The rationale for creating an administrative justice system is the following:

- i. The large scale of state regulation and the active participation of the state in civil society structures
- ii. A general preference shown toward adopting norms of the continental (i.e. Western European) legal model in the country's legal system
- iii. The fact that legal scholars have now acquired an extensive base of knowledge that is related to how the Germans and French have organized their administrative justice systems
- iv. The need to grant courts the right to annul unlawful administrative acts
- v. The huge number of pending court cases and the need to prevent executive authorities from making decisions that infringe upon the rights of citizens.

Administrative justice applies to the activities of administrative authorities (executive authorities), public administration, and local self-governance bodies—in other words, it is more exactly termed an administrative branch of justice. It aims to protect the rights and freedoms of citizens, safeguard public interests, ensure legal order, and enable the state and municipal authorities to effectively and lawfully perform their duties.

The legal literature divides the way that the administrative justice system can be organized into three models: Anglo-Saxon, French, and German.<sup>4</sup> An alternative approach, used by courts of general jurisdiction, identifies two models: Continental, and Anglo-American. Such classifications are slightly limited, however, since some countries use mixed models of administrative justice. It should be noted, then, that the administrative justice systems of France and Germany are considered to be the classic models of Continental administrative justice.

Administrative justice means the judicial protection of citizens' rights and freedoms that have been infringed by public administration bodies' decisions and actions (or 'inaction'). Such judicial protection purports not only to ensure legality in the field of public administration and local self-governance but also to exercise judicial control over the activities of the executive and other governmental bodies.<sup>5</sup> When democratic principles such as 'separation of powers' and 'the independence of the judiciary' are enshrined in the constitution of a state that is dedicated to the rule of law, it follows that the state's legislation shall properly regulate the legality of administrative acts via judicial review.

Administrative justice is closely connected with administrative procedure, the main part of administrative law, since administrative procedure requires judicial review of disputes and specific cases that arise in the sphere of

<sup>1</sup> Aliyev N. Mayis is a Professor at the University of Baku

<sup>2</sup> Aslanov M.S. Administrative justice in Azerbaijan. Working paper. Ph.D. Candidate. Baku, 2005, p.1 (21 p.); Sadiq, T.I. Standards of ILO and legislation of the Republic of Azerbaijan: issues of interrelationship. Working Paper, Ph.D. Candidate, Baku, 2007, p.12 (31 p.)

<sup>3</sup> Aslanov M.S. Administrative justice in Azerbaijan. Baku: Azerneshr, 2009, p.34 (178 p.)

<sup>4</sup> Pilipenko, A.N. Administrative justice in foreign countries. Legislation and Economy. 1996, no.3-4, p.81.

<sup>5</sup> Starilov, Y.N. Administrative justice: theoretical problems. Voronej: VSU, 1998. p.86.



public administration. Y.N. Starilov rightly noticed that the integration of an institution of administrative justice into the structure of administrative law makes it necessary to distinguish an independent sub-branch of administrative procedure.<sup>6</sup>

### III. The Formation of the Institution of Administrative Justice in Azerbaijan and Prospects for its Development

The Constitution of the Republic of Azerbaijan provides for the establishment of courts of general and special jurisdiction in the judicial system of the country. So, under article 125(2) of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, judicial power is exercised through the Constitutional Court of the Azerbaijan Republic, Supreme Court of the Azerbaijan Republic, Appellate Court of the Azerbaijan Republic, and courts of general and special jurisdiction of the Azerbaijan Republic. Moreover, article 125(3) stipulates that judicial authority is implemented via constitutional, civil, or criminal legal proceedings and other forms provided for by law.<sup>7</sup> Thus, when a specialized type of justice is created—i.e. administrative courts—it is important to delineate each court's jurisdiction.<sup>8</sup> This is especially true for the institution of administrative justice since it is closely related to courts that already protect the rights and freedoms of citizens.<sup>9</sup>

There is no uniform opinion on how to define justice in the legal literature. Generally, the literature contains two interpretations of administrative justice. Broadly defined, administrative justice implies the administration of justice which commences at the initiative of citizens who take legal action against administrative bodies to dispute the legality of those bodies' decisions or actions (or 'inaction').<sup>10</sup> Narrowly defined, administrative justice constitutes the judicial review of claims raised by citizens against the decisions and actions (or 'inaction') of state bodies and officials. In general, some scholars argue that administrative justice is the judicial examination of administrative cases on the basis of civil-procedural norms.<sup>11</sup>

Since administrative justice fulfills a special function and its administration requires much capacity, it is deemed reasonable to place it within the realm of competent courts rather than administrative agencies. One reason for creat-

ing an administrative justice system is that the sphere of administrative justice has no overlap with criminal or civil justice; it is an independent field. As such, a number of issues arise that need to be dealt with, namely:

- a. The need to create rules for the organization, composition, and functioning of administrative courts.
- b. How to determine the admissibility of cases (i.e. it is necessary to conduct a judicial examination of complaints filed by citizens and legal entities against the decisions and actions of executive bodies or state officials.
- c. Overlap with the jurisdiction of other courts.

Needless to say, any shortcomings in the creation of an administrative justice system will adversely affect the implementation of the measures and reforms that are needed to organize administrative justice bodies.

In the first years of the Soviet Union, it was only existing state institutions and agencies there were being developed and optimized—for example, the army and public prosecution office were established according to the then existing models. Attempts to create administrative courts within the state administrative system were unsuccessful due to certain ideological reasons and the fact that those institutions had not yet been fully developed; it was only in the mid 1930s that judicial review of administrative disputes was set up to ensure the legality of public administration.

In general, courts of general jurisdiction had limited judicial control over administrative bodies till the fall of the USSR. While by the beginning of the 1990s, courts of general jurisdiction were able to review certain cases related to the decisions and actions of public administration bodies that infringed the rights and freedoms of citizens, analysis of the relevant Soviet legislation suggests that the institution of administrative justice was not comprehensively developed—as confirmed by the views of specialists in this field.<sup>12</sup> Indeed, for all the growing interest in the creation of an administrative justice system, there was a lack of necessary experience and guarantees for administrative procedures.

Since 2000, however, the notion of administrative justice has been experiencing revival; today, the relevant elements of legal protection are gradually developing. The judiciary's examination of complaints against governmental bodies' and state officials' decisions and actions (or failure to act), as well as the adjudication of disputes in different courts, demonstrates that the subjects of administrative justice and the judicial bodies that exercise administrative justice in accordance with the Constitution of the Republic of Azerbaijan are actively engaged in legal proceedings. Indeed, the Law of the Republic of Azerbaijan "On challenging in a court [administrative] decisions and actions (or failure to act) that infringe the rights and freedoms of citizens", passed on July 18, 1999, can be deemed as the

<sup>6</sup> Starilov, Y.N. Administrative justice: theoretical problems. Voronej: VSU, 1998. p.35.

<sup>7</sup> Constitution of the Republic of Azerbaijan. Baku: Qanun, 2002, p.40.

<sup>8</sup> See Juykov, V.M. Judicial protection of rights of citizens and legal entities. M.: Yuridicheskaya Literature, 1997, p.195, and Lazarev, L.V.

<sup>9</sup> Delineation of jurisdiction and interaction of courts in the protection of rights and freedoms of and individual. RY, 1996, no.4, p.15.

<sup>10</sup> Bakhrakh, D.N. Administrative law. Textbook. General Particle M.: BEK, 1993, p.53.

<sup>11</sup> Bakhrakh, D.N. Judicial process and administrative proceedings. ЖПП, 2000, no.9, p. 14

<sup>12</sup> Remnev, V.I. Socialist legality in state administration. M.: Nauka, 1979, p.238.

first practical step taken towards the creation of an administrative justice system.

Reforms undertaken in the field of administrative law in the Republic of Azerbaijan since 2000 have had a positive impact on the forms of administrative bodies' functions as well as on legislation that regulates the relationship between citizens and administrative bodies. Moreover, two crucial legislative acts have been passed—the Law of the Republic of Azerbaijan on “Administrative Procedure” and the Administrative Procedural Code of the Republic of Azerbaijan. In our opinion, as those laws come into force and are applied the existing problems related to the question of whether norms of civil or administrative procedure shall regulate judicial review of administrative bodies' decisions and actions will be solved.

The goal of the Law of the Republic of Azerbaijan on Administrative Procedure is to achieve the supremacy of law and ensure that administrative bodies provide for the rights and freedoms of citizens. An administrative Act that is in full accord with the Law is the most important means through which administrative bodies can discharge their duties and make decisions that accomplish administrative procedures. Hence, the law lays out legal circumstances and procedural norms for administrative bodies to abide by while adopting any administrative Act. This law, new for Azerbaijan, grants aggrieved citizens certain rights in their relations with administrative bodies and this in turn ensures the judicial protection of those rights. The application of this law, therefore, establishes a new sense of balance in the relationship between individual citizens and governmental bodies.

The Administrative Procedural Code of the Republic of Azerbaijan (in force since January 1, 2011) is a complex legislative act that prescribes the jurisdiction of courts and the admissibility of cases, as well as the principles and rules of judicial examination of disputes that arise from administrative relations. Unless otherwise stipulated, courts for administrative and economic cases or court chambers for administrative and economic cases hear administrative disputes. Article 2 of the APC lays out a list of claims that may be heard within the framework of administrative proceedings. According to the Code, the forms of relationship between administrative bodies and citizens, especially their decision-making process, shall strictly adhere to law. Furthermore, the Code provides for a review of unlawful decisions of administrative agencies and the right of citizens to seek changes to those decisions via court.<sup>13</sup>

It is known that the kind of activity expressed through administrative proceedings constitutes the essence of the administrative procedural relationship. The administration of justice is one such activity; it is not civil proceedings but administrative proceedings that stem from adminis-

trative legal relations. That is why the following statement by A.T. Bonner rings true: “administrative-legal relations transform into a civil-procedural relationship once a claim is lodged with a court; they only adopt their administrative legal nature again afterwards.”

All debate over the essence of administrative justice revolves around one point: is the judicial examination of aggrieved citizens' claims against the decisions and actions of administrative bodies to be considered as civil proceedings or administrative proceedings? Some scholars hold the view that such proceedings can be considered as civil because there is a special chapter in the Civil Procedural Code which stipulates norms to be applied to proceedings in cases that arise from administrative-legal relations. Since a court applies only civil procedural norms to such cases, then its proceedings should be deemed as civil, in accordance with current legislation.<sup>14</sup>

However, it is not clear why proceedings in cases that arise from a citizen's complaints against the decisions or actions of governmental bodies and state officials or the legality of public administration must rely on civil procedural norms. According to the majority view in the legal literature, if administrative justice is confined to disputes arising from public administration, then administrative proceedings must be rejected.<sup>15</sup> It is worth noting that administrative court proceedings bear some similarity to criminal proceedings. Nevertheless, as early as 1920, the well-known V.Ryazanovskiy rightly noted that while all three types of court proceeding—criminal, civil, and administrative—have the same foundation, they differ from each other according to the nature of the dispute.<sup>16</sup>

Another problem regarding administrative justice stems from constitutional provisions. Article 125(3) of the Constitution of the Republic of Azerbaijan stipulates that judicial power is exercised via constitutional, civil, and criminal legal proceedings and other forms provided for by law.<sup>17</sup> For the purposes of comparison, it shall be noted that article 118(2) of the Constitution of the Russian Federation (1993) reads: “Judicial authority is exercised by way of constitutional, civil, administrative, and criminal proceedings”.<sup>18</sup> This constitutional provision allows for the possibility of separate and independent administrative proceedings; and this is not accidental. The legislation can establish a unified system of administrative procedural norms to provide for the legal protection of rights, freedoms and legal interests of natural and legal persons within the ambit of administrative proceedings exercised by courts of general and special jurisdiction.

<sup>13</sup> Karimov, S., Valiyeva, G. The Law of the Republic of Azerbaijan on Administrative Procedure. Commentary. Hüquq ədəbiyyatı nəşriyyatı. Baku, 2006, p. 11 (464 p.)

<sup>14</sup> Kudryashova, A.I. Legal status of individuals complaining against actions of state officials in a court. СГП, 1981, no.3, p. 113, p. 121.

<sup>15</sup> demin, A.A. Administrative proceedings in developing countries. M.: Nauka, 1987. p.36.

<sup>16</sup> Ryazanovskiy, V.A. Uniformity of the process. Irkutsk: 1992, p.21.

<sup>17</sup> Constitution of the Republic of Azerbaijan. Baku: Qanun, 2002, p.40.

<sup>18</sup> Constitution of the Russian Federation: Academic and practical commentary. - ed. by Topornin, B.N. M.: Юристъ, 1997, p.597.

The main feature that distinguishes administrative proceedings from civil proceedings is that one of the parties to the former proceedings is a state official (of an administrative body) while in the latter both parties are equal holders of rights. A state official is a party to proceedings not in his or her individual capacity but on behalf of the organization he or she works for. The complainant views the disputed matter as actions exercised by officials in the discharge of their official duties and thus a state official, as a party to the proceedings, justifies his or her actions on the basis of state interests and continues to hold his or her status as an employee of the administration apparatus. Indeed, only the unlawful actions of a state official (whether advertent or negligent) may be incriminated and end the relationship between the state official and his or her agency. In administrative proceedings, a court considers the actions of a state official as his or her personal actions but examines the actions as representative of the administrative apparatus. Thus, a state official who is subject to court proceedings of an administrative nature (not civil) is in constant contact with his or her administrative apparatus.

Administrative court proceedings are aimed at exercising justice in the field of public administration. Of course, all three types of court proceeding—criminal, civil, and administrative—are separate branches of a single justice system that is exercised within various spheres of different legal relations. It is natural that a tight inter-connectedness exists—all three rest on the same foundations of justice. Yet the mere fact that they are means of a single justice system does not mean that they should not be differentiated; there is a clear need for the creation of special administrative courts and this in no way undermines the unified nature of the judicial system. In fact, the establishment of administrative courts will relieve judges of their heavy workload, contribute to a better work environment, improve the quality of their work, and promote the adoption of lawful and fair decisions.

Judges hearing civil or criminal cases should have good knowledge of the relevant laws. In the light of current circumstances—i.e. the formation of new administrative legislation and the re-establishment of administrative courts—the need for specialization in administrative cases and the creation of special administrative courts is even more acute. A judge examining a dispute between a citizen and public administration must have administrative experience and good knowledge of Administrative Law.

Another important issue related to the judicial examination of complaints filed by citizens against governmental bodies' decisions and actions is the independence of judges. Under article 127(1) of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, judges shall be independent—that is, they are subject only to the Constitution and the laws of the Republic of Azerbaijan, and they cannot be replaced during their tenure. However, the same cannot be said of executive bodies and state officials—the subordination of

lower bodies to higher ones and the obligation to fulfill administrative instructions can hinder the adoption of lawful decisions in administrative relationships.

Current administrative legislation constitutes a complex system. There are financial and tax-related disputes as well as complaints about the legality of administrative decisions made in the fields of health, land, sanitary-epidemiological control, internal affairs, social security, labor, and customs. Thus, the creation of administrative courts to hear such disputes seems reasonable. Indeed, the view generally maintained in the legal literature is that all disputes arising from administrative relations—irrespective of whether the party to the case is a natural or legal person—should be placed under the jurisdiction of administrative courts.<sup>19</sup>

It is noteworthy that another view expressed in the legal literature states that civil proceedings could be simplified by a differentiated approach to the treatment of civil cases.<sup>20</sup> We believe that such an approach will be realized if specialized courts deal with disputes arising from complaints filed by aggrieved citizens against governmental bodies' decisions and actions. Moreover, administrative court proceedings differ in terms of procedural rules—for example, the timeframe determined for hearing certain cases can be shortened. This would prove especially important when an administrative body's decision comes into force and inflicts immediate harm on the rights and freedoms of a citizen.

Furthermore, a differentiated approach underlines the fact that administrative proceedings are related to administrative law, civil proceedings to civil law, and criminal proceedings to criminal law. The unity of administrative, civil and criminal proceedings simply means that there is unity in terms of foundational principles and institutions (transparency, openness etc.), but the application of these principles may be manifest in different ways in each type of proceeding. Just as the similarity between criminal and civil proceedings has not led to the adoption of a single code that regulates both proceedings, so the similarities between civil and administrative proceedings should not mean that disputes between a citizen and an administrative body should be regulated by civil procedural norms. The present application of civil procedural norms to administrative disputes is merely temporary—until the new Administrative-Procedural Code of the Republic of Azerbaijan enters into force. In fact, the adoption of the Administrative Procedural Code is the logical conclusion of the formation of administrative court proceedings.

The Administrative Procedural Code is a single legislative act that regulates the lodging of aggrieved citizens' complaints (about the decisions and actions (or lack of ac-

<sup>19</sup> Бушманов А. Судебной власти нужны специализированные суды, РЮ, 1994, №11, с. 13

<sup>20</sup> Яковлев В.Ф. Арбитражные суды России с позиций европейских правовых норм, ЖРП, 1997, № 7, с. 12

tion) of governmental bodies) to administrative bodies and courts. Thus, the adoption and application of the administrative procedural code will contribute to the development of administrative procedural law as a branch of administrative law now and as an independent field of law in the future.

In our opinion, the administrative procedural code should cover two kinds of proceedings: those based on administrative complaints and those arising from administrative claims. Such administrative proceedings are stipulated by the academically sound, logically formed, and practically structured Administrative Procedural Code. The adoption and application of the Administrative Procedural Code will lend clarification to the long-standing debates over whether the notion of 'administrative proceedings' should be interpreted in broad or narrow terms. Since administrative disputes are heard via administrative proceedings, it is possible to narrowly interpret administrative proceedings in the same way as civil and criminal proceedings are understood. However, in contrast to civil and criminal law, administrative law has a broader, multi-dimensional subject-matter.

#### **IV. Conclusion**

In conclusion, when the notion of "administrative proceedings" is comprehensively analyzed, the discipline of administrative law is put into order and all types of administrative procedure can be viewed from a single perspective. This, in turn, will contribute to the subsequent development of legal theories on administrative proceedings and administrative law.

# The Procedural and Legal Importance of Differentiating Between the Different Legal Forms of an Administrative Body's Activities

Dr. Paata Turava<sup>1</sup>

## Abstract

*This paper analyzes a key tool in Georgia's Administrative Code—the legal categories of an Administrative Body's activities within the framework of that body referring to the Administrative Court in order to protect rights. From the very first day that Administrative Justice was introduced to Georgia, an urgent need arose to demarcate the legal activities involved in legal proceedings. Legal practice in the field is mixed due to the fact that Georgian Administrative Justice has had no historical precedent. However, the last 10 years' experience shows that some trends are emerging (based on legal dogmatics) that are leading to the formation of a unified approach across separate institutions; the science of administrative justice is contributing to this. This paper reviews Georgian judicial practice and—based on views stemming from Georgian Administrative Law and the science of administrative justice—offers opinion on how relevant problems can be solved.*

## I. Introduction

Georgia's General Administrative Code establishes the legal forms of an administrative body's public activities. In order to implement its managerial and governance functions, the administrative body has the freedom to choose legal forms if the law does not stipulate the application of specific legal forms (for instance, Law Enforcement Agencies).

Administrative bodies are not restricted to public forms of activities but may also use private legal forms as well (for instance, Civil Contract)<sup>2</sup>. The types of legal categories that the General Administrative Code establishes for administrative bodies are: individual administrative acts, normative administrative acts, and administrative agreements. The Code also recognizes a legal category such as 'real (administrative) act'<sup>3</sup>.

The legal forms of administrative bodies' activities are broken down into four major divisions, which reflect their functions: substantive law, legal proceedings, legal procedures, and law enforcement<sup>4</sup>.

The 'legal proceedings' category immediately became the subject of wide-ranging interpretation. The problem is that the determining of the legal form of activities is a necessary precondition for the definition of the legal proceedings mechanism (correct form of the claim), which is needed for the protection of the right. The Administrative Procedures Code establishes a system in which there is a mechanism to protect rights; it is based on the legal forms of activities prescribed by law. A claim to recognize an administrative act as null and void (article 22 of the Administrative Procedures Code of Georgia) and the claim to issue an administrative act (article 23 of the same Code) depend on the existence of an individual or normative legal administrative act, while when the subject of dispute is a real act, then the claim to perform an action is used (article 24 of the APC). Article 25<sup>1</sup> establishes means for addressing contractual disputes. In cases when Common courts defined the jurisdiction of the matter, problems arose in terms of defining whether the actions performed under the category of individual legal administrative act, with labor-related content (for instance, an administrative law act on the dismissal of an employee), should be attributed to the category of administrative disputes.

The issue is not whether the relevant right will be protected through the Court system; regardless of whether the dispute is considered administrative or civil, the right will not go unprotected. Rather, the significance of the problem lies in the fact that in administrative procedures the legislator provides a different means of protecting the right, namely preventive measures (automatic suspension of the disputed act, pursuant to article 29, and a temporary ruling, pursuant to article 31 of the APC)<sup>5</sup>.

Filing a claim on the dismissal of an employee in the area of public service would cause suspension of the disputed act and make it impossible to ensure the smooth functioning of the public service. In order to solve this problem, the Supreme Court of Georgia introduced the principle of "unilateral administrative agreement", which views dismissal from a position as a unilateral expression

---

way as the other legal categories listed above since it provides no definition; however, the Code speaks about important managerial activities that not imply issuance of an individual administrative legal act, which means that the Code allows for the possibility of implementing a real act—i.e. a simple governance activity. Therefore, the science of Georgian administrative law introduced the term "real act", which was then adopted within Administrative Law.

<sup>4</sup> Functions – see Zurab Adeishvili, Ketevan Vardiashvili, Levan Izoria, Nino Kalandadze, Maya Kopaleishvili, Nugzar Skhirtladze, Paata Turava, Dimitry Kitoshvili, General Administrative Law Textbook, Bona Causa, Tbilisi, 2005, pages 108-112

<sup>5</sup> Administrative justice has two important functions: it serves the purpose of protecting subjective official rights and exercising objective control over the activities of administrative bodies. See Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, 2000, pages 2-4.

<sup>1</sup> Dr. Paata Turava is a Doctor of Law, Associate Professor at the Iv. Javakishvili Tbilisi State University.

<sup>2</sup> The freedom to select legal forms for activities is recognized by the science of administrative law (see Maya Kopaleishvili, Nugzar Skhirtladze, Ekaterine Kardava, Paata Turava – Textbook on Administrative Procedures Law, 2008, p.196) as well as by Georgian judicial practice (see Unified practice of Administrative and other category cases Chamber of the Supreme Court of Georgia; ruling # BS-312-034 (g/08) June 5, 2008; BS-241-235 (g/08) July 23, 2008; BS-901-867 (g/08) November 13, 2008)

<sup>3</sup> The Code does not recognize the 'real act' concept in the same

of will that excludes the possibility of suspending the act (as a temporary measure). However, judicial practice and Georgian administrative theory have called this approach into question—over the last five years, judicial practice has consistently denied this principle and has sought to apply a different approach.

## II. The Content of Relationships as a Criterion to Determine the Legal Nature of a Dispute

### 1. Georgian Judicial Practice

The issue of jurisdiction became a hot topic within the field of administrative justice<sup>6</sup>. This was because any kind of relationship where an administrative body is a party to an administrative legal dispute or where the administrative act is formally considered subject to such a dispute shall be heard in accordance with administrative procedures, according to the body's jurisdiction. Since such an approach would overload the administrative justice system, it was expedient to separate the concepts of 'legal form' and 'content of activities'.

Due to the fact that the Administrative decides the matter of jurisdiction (other categories of cases are settled by the Chamber of Georgia's Supreme Court), it is instructive to review collective practice in this sphere. To this end, two examples will suffice:

In the first case, the disputed subject is the Order of the Head of the Administration of Tbilisi State University to organize a competition in order to select support staff and the approval of the results of the completed selection<sup>7</sup>. In the second case, the dispute concerns the legality of the Rector's Order to appoint someone to an academic position at the Department of Humanities of Tbilisi State University<sup>8</sup>.

To analyze the problem, we shall focus on three main points:

- The legal nature of the decision-making subject
- The legal form of the activities
- The legal nature of the content of the relationship

The following can thus be said:

- In both disputes, the Court admitted the presence of administrative bodies – the Head of Administration and the Rector of the university.
- There is no question that there is, from a technical point of view, an administrative act which contains elements of legal definitions. The authority of the University Rec-

tor and Head of Administration to issue individual administrative acts is regulated by the Law "On Higher Education".

- Despite the fact that the administrative body, formally speaking, issues an individual act, the Court believes that the content of the relationship means that the act loses the features inherent to an individual administrative act.

As indicated by the ruling of the Supreme Court, Georgia's Labor Code forms the basis for the act issued by the Head of the University Administration<sup>9</sup>. Thus, the dispute derives from Labour legislation. Although articles of the Law "On Higher Education" (and administrative legislation) are indicated by the Order, the Court thinks that there are insufficient grounds to consider the decision as an act with administrative features. Article 32 of the aforementioned law states that there are academic, administrative, and support staff positions in the supreme legislative institution, while the same law defines a set of rules for occupying vacant positions—academic and administrative positions may only be filled via open competition. As for support staff, article 24.d of the same law states that rules for appointment, work and remuneration, as well as terms and conditions, shall be established by the head of administration. The Court thus concludes that the administration head shall perform legally granted authorities in accordance with the Labor Law; in order to recruit qualified personnel, the administration head is authorized to create a commission of competent persons who establish whether relevant applicants correspond with the position's requirements. Based on this commission's opinion, the head of the university administration decides whether to appoint the relevant candidate to the vacant position. The Court of Cassation also points out that the decision of the Appointment Commission, as an internal act, shall be issued as a result of an instruction from the Head of Administration and thus represents an advisory document that aids the decision-making process. Therefore, the Court of Cassation believes that the relationship between a claimant and the Tbilisi State University is of a civil nature—the work and order of the head of administration represent an act that was issued in the framework of private law—and thus its legality must be determined within the bounds of civil justice, according to the relevant provisions of Civil Law<sup>10</sup>.

In contrast, the Order of the University's Rector is deemed as an act whose content is regulated by Public Law. This is because the law prescribed the organizing of open competition in order to fill academic positions; such relationships, therefore, represent the content of public law. Indeed, the Order in question is the outcome of a com-

<sup>6</sup> The issue of jurisdiction is related to the enjoyment of the right guaranteed by article 42.2 of the Constitution of Georgia, which states: "every individual shall only be tried by the Court to which jurisdiction of the matter belongs"

<sup>7</sup> See Ruling of the Administrative and other category of cases Chamber # BS-864-831 (g/08) "Decisions of the Supreme Court of Georgia on Administrative and other Cases", 2009, # 7, pages 3-10

<sup>8</sup> See Ruling of the Administrative and other cases Chamber # BS-130-129 (g/08) "Decisions of the Supreme Court of Georgia on Administrative and other Cases", 2009, # 3, pages 15-22

<sup>9</sup> The Court refers to various articles that are not cited here since they are neither particularly relevant to the article nor disputable.

<sup>10</sup> See the ruling of the Administrative and other cases of the Chamber of Georgia's Supreme Court # BS-864-831 (g/08) "Decisions of the Supreme Court of Georgia on Administrative and other Cases", 2009, # 7, pages 8-10

petitive process that was organized in accordance with the requirements of Administrative Law and thus appointed to relevant positions only those who were qualified to hold such positions<sup>11</sup>.

In this case, the Court's opinion is based on the principle of differentiating between the legal form and content of the relationship. Moreover, the opinion verified by the fact that the mechanism of staff selection (open competition) is also widely used in private structures—for instance, private banks announce open competitions for jobs, create commissions and detect relevant, desirable staff, but this does not give the relationship an administrative nature. The opposing argument—that because it was the head of university administration that selected this type of recruitment, it must be subject to the administrative regime and remain so, even in the case of legal disputes—cannot be accepted. We believe that the legal nature of the relationship is determined not by choices made by the parties in relationship but by legislation. In the sphere of Public Service (this also applies to legal entities under Public Law), the legislator defines cases in which it is necessary to recruit staff based on open competition—i.e. the authorized decision-making body is allowed no discretion; on the contrary, it must follow the stated requirement. This is precisely the case with regard to administrative personnel in universities; as the Court concludes, that it is not the case with the decision made by the university administration<sup>12</sup>.

## 2. Legal Form or Content of the Managerial Function?

Individual administrative acts shall be objectively present or the requirement shall be aimed at recognizing the act as null and void or challenging the admissibility of the act's issuance. Arguments of the claimant are insufficient<sup>13</sup>. According to the legal definition of the individual administrative act, the content of regulation<sup>14</sup> matters and not the legal form<sup>15</sup> itself. This may be the case even when the legal form of the action affects its content or when the legally established requirement on the legal form contains information about its content<sup>16</sup>.

## III. The Legal Features of Contractual Disputes

### 1. The Administrative Judicial Practice of Georgia

It would be interesting to consider the judicial practice of Georgia's Supreme Court with respect to defining the legal nature of contracts signed between natural and legal entities and the Ministry of Internal Affairs (The Police – a Legal Entity of Public Law). For example, there was a contractual dispute in which the Police were empowered to protect the other party to the contract, his/her family members and property, while the defendant was obliged to reimburse the cost of the rendered services on a monthly basis. The Claimant, the Police, noted that its duties were rendered in full and claimed that the defendant violated the contract by failing to fulfill its duty to pay for the rendered services<sup>17</sup>.

The grounds for the Supreme Court's ruling in this case provide an argument for attributing the contract of a legal entity of Public Law (the Police) to the category of administrative contracts. The Court noted that differentiating between administrative and civil contracts is made possible by determining the goals of the relevant contract; the legal status of parties to the contract has little significance. The fact that one of the parties represents an administrative body may not be sufficient basis for establishing the existence of an Administrative Act. In order to define jurisdiction, it is crucial to define whether the contract is signed to achieve a goal related to immediate public concern or to support the immediate implementation of the claimant's concern. The Court concluded that protection/defense represents the direct and immediate public function of the Police for state structures or private bodies, regardless of the contracts—i.e. it performs a public function and for that purpose the contract in question is concluded<sup>18</sup>.

We strongly disagree with the opinion of the Cassation Court that recognizes the contract as an administrative agreement. As the Court rightly noted, the legal status of the subject is immaterial, while the goal of concluding the contract is essential. Let us consider that the function under discussion—the protection of state or private objects and their property—is being carried out by a private defense service<sup>19</sup>. The issue of whether this function represents a public function has no bearing on determining the legal nature of the contract. The Court's conclusion that since the Police were carrying out a public function, the rel-

<sup>11</sup> see Ruling of the Administrative and other cases Chamber # BS-130-129 (g/08) "Decisions of the Supreme Court of Georgia on Administrative and other Cases", 2009, # 3, pages 20-22

<sup>12</sup> The stated approach of the Court accords with opinion within the science of administrative law. See Maya Kopaleishvili, Nugzar Skhirtladze, Ekaterine Kardava, Paata Turava, Administrative Procedures Law Textbook, 2008, pages 307-310

<sup>13</sup> Kopp-Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 1998, §42 Rdnrn. 20f

<sup>14</sup> BVerwGE 7, 55; 60, 145, 147; BayVGh, BayVgl. 1987, 693; 1990, 719; OVG Koblenz, NJW 1990, 1194; Ule, VwGO, §42; Stelkens-Bonk-Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, §1Rdnrn. 13 ff

<sup>15</sup> A letter sent without a "form" may contain legal features of the individual administrative act

<sup>16</sup> Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 2000, pages 72-73.

<sup>17</sup> See the consistent practice of the Administrative and other cases, Chamber of the Supreme Court, ruling # BS-312-304 (g/08) from June 5, 2008; # BS-241-235 (g/08) July 23, 2008; # BS-901-867 (g/08) from November 13, 2008; # BS-998-962 (g/08) from November 13, 2008 "Decisions of the Supreme Court on administrative and other cases", 2009, # 3, pages 70-77, 97-102, 125-132, 132-141.

<sup>18</sup> The argument of the Court is identical to those given in the cases listed above.

<sup>19</sup> Public legal function may be performed in a public or private organizational form. This issue is not subject to our review since it does not substantially determine the legal nature of the contract.

evant contract was an administrative act, is unjustified and contradicts established Court practice. According to this logic, the contracts of any legal entity of public law which performs a public function—e.g. the university—shall be viewed as administrative contracts (be it with students or all types of employee—academic, administrative or support staff). Moreover, TELASI performs a public function—it supplies the population with electricity. The same can be said of TbilGas, Tbilisi Water, and Tbilisi Bus. Thus, contracts concluded with these bodies should also be deemed administrative contracts.

The above shows that the Court fails to substantiate why the contract was considered an administrative agreement. In fact, analysis of the practice of the Cassation Court reveals that its approach to disputes is inconsistent. To illustrate this, two cases that were identical in content but received differing evaluations by the Court will be considered:

In the first case, the dispute related to an agreement concluded between the Ministry of Finance and the Sole proprietor “Panacea”. Based on a government Resolution, GEL 800,000 from the reserve fund was to be allocated as credit for the purpose of purchasing apples from the population residing on the territory of South Ossetia. Following an open tender, a winner—the sole proprietor—was identified and a purpose loan contract was concluded with them. According to the claimant, the abovementioned sole proprietor inadequately fulfilled its contractual obligations<sup>20</sup>.

A second dispute, a claim from the Ministry of Finance, concerns the failure of “X” LLC to meet contractual obligations. In this case, a credit agreement was concluded for GEL 45,300 and allocated from the reserve fund for the purpose of implementing the state target project “financial support to wine factories”<sup>21</sup>.

In determining the jurisdiction of the dispute between the Ministry of Finance and the sole proprietor “Panacea”, the Court of Cassation explained that attention should be paid not to the status of the parties to the dispute but to the aim of the agreement. An administrative contract was signed in order to implement a public legal function. The Court believed that the content of the obligations and rights arising from the contract were of great importance and indicated that relations arising from the contract between the Ministry of Finance and the sole proprietor “Panacea” represent the subject of the dispute. According to the contract, “Panacea” was under obligation—due to the relevant payment—to buy apples from the population of the South Ossetia region for the amount of GEL 800,000.

In the Court’s assessment, the given credit agreement

did not stem from the goal of performing the public function of the administrative body, and thus inadequate performance could not represent an administrative case<sup>22</sup>.

In the case of the Ministry of Finance versus “X” LLC, the Court of Cassation also noted that to determine jurisdiction it was crucial to ascertain the nature of the relevant legal relations. Indeed, the Court deemed it necessary to analyze the provisions that provide the possibility of differentiating between civil and administrative contracts. The Administrative body does not enjoy the right to autonomy (as private persons) in concluding contracts, since the signing of the contract depends on the performance of public functions. Another feature of an administrative agreement is that the relevant person is endowed with public legal rights and obligations due to conclusion of the contract. In contrast, in civil contracts, parties to such are bearers of rights and obligations related to civil law only.

As indicated in the decision, in the present case, the contractual requirements are protected: the signed contract stipulates that the private legal entity is to fulfill a goal of state activities with amounts allocated from the state reserve fund, as prescribed by the law “On State Budget 2007”. One of the parties to the contract is the Ministry of Finance of Georgia and one of its public functions is to disburse state budget amounts in accordance with the provisions of budget legislation and oversee the proper spending of such amounts. Thus, the parties to the contract do not enjoy the principle of autonomy as they would in civil contracts, which led the Cassation Court to the conclusion that there are sufficient grounds for deeming the given contract as an administrative contract<sup>23</sup>.

By analyzing these two very similar cases, it is evident that the Court erred in assessing the contract between the Ministry of Finance and the sole proprietor “Panacea” as non-administrative. The contract’s aim was to perform a public function, namely to disburse state money in order to provide support to the population of a specific region with resources from the state reserve fund. The purpose of this allotment was to facilitate work that could lift the region out of economic crisis; a problem specific to that region was being tackled. If it had been otherwise, it would not have been possible to justify the allocation of such sums from the state reserve fund (and, moreover, the sum was allocated to only one region). Despite the fact that the other party to the contract was subject to private law, the content of the agreement met the requirements of an administrative agreement—i.e. it was about performing the public function of the government.

<sup>20</sup> See the ruling of the Administrative and other cases, Chamber of the Supreme Court of Georgia # BS 1461-1395 (g/09) from December 17, 2009 “Decisions of the Supreme Court on administrative and other cases”, 2009, # 7 pages 162-170.

<sup>21</sup> See the ruling of the Administrative and other cases, Chamber of the Supreme Court of Georgia # BS -202-196 (g/09), May 28, 2009 “Decisions of the Supreme Court on administrative and other cases”, 2009, # 8, pages 60-70.

<sup>22</sup> See the ruling of the Administrative and other cases of the Chamber of the Supreme Court # BS-1461-1395(g-09), December 17, 2009, “Decisions of the Supreme Court on administrative and other cases”, 2009, #7, pages 167-169

<sup>23</sup> See the ruling of the Administrative and other cases of the Chamber of the Supreme Court of Georgia # BS -202-196 (g/09), May 28, 2009 “Decisions of the Supreme Court on administrative and other cases”, 2009, # 8, pages 68-70



## 2. Differentiating Between Administrative and Civil Agreements

In deciding on the extent to which an issue is under the jurisdiction of Administrative Law, it must be proved that the contract signed by the governing body is not confined to Private Law but is of an administrative nature. It is thus necessary to objectively appraise (submissions of parties to the contract do not matter) the content of the settlement, and, most importantly, the subject of settlement, i.e. the rights and obligations regulated by the contract (the so called "theory of subject settlement")<sup>24</sup>.

For cases in which the legal basis for the contract stems from stipulations of Public Law, which are aimed at (at least) one party to the contract (as the bearer of public authority) contains no problems. If such special regulations are absent, then attention must be paid to whether the agreement is concluded in lieu of an administrative act<sup>25</sup>.

The given theory may not be applied, however, in cases when the administrative body is free to choose the legal forms of its activities. In such cases, it is possible, as an exception, to derive it from the will of the parties to the contract<sup>26</sup>.

It is quite problematic to differentiate between administrative and private law agreements when the relationship possesses both elements of Public and Private Law (i.e. an Agreement with mixed features). Traditional German judicial practice endeavored to determine the 'focal point' of the regulation: if it was defined and the public part prevailed, then the whole contract was deemed as subject to Public Law; if it was not possible to define a focal point, then the Court divided the contract into two parts, each of which was reviewed under the relevant jurisdiction. Such practice was harshly criticized, however, and was later amended. According to modern practice, the legal nature of the majority of the contract's content is determined and 'absorbs' the other aspects; in this case, the administrative absorbs the civil, or vice versa, and the dispute is then heard by just one competent Court<sup>27</sup>.

In the above cases of identifying the legal nature of the contract, attention must be paid to the relations regulated by the contract, i.e. to which area of law the subject to the contract belongs<sup>28</sup>. As the contract signed by the Ministry of Finance regulated distribution of state reserve funds from the state budget, the subject of regulation belonged to Public Law, which means that the contract was administrative.

The subject of regulation under the contract signed with private persons by the legal entity of public law (the Police

Department) represents the rendering of services in return for a certain payment. In this case, the subject of regulation is of a Private Law nature and thus the agreement belongs to the field of Public Law.

## IV. Conclusion

The above discussion shows that in the adoption of a legal remedy to protect a right and in the assessment of the legal forms of administrative bodies' activities, attention must be paid to the content of the legal relations as well as to the legal nature of stipulated provisions. It is inadmissible to artificially divide the activity's form from the content of the relations. Indeed, the content of the relations determines the legal form of an administrative body's activities. The performance of public functions by an administrative body does not constitute a significant basis for determining the legal nature of the legal form of an activity since the administrative body in its discharge of public functions may be using public as well as private legal forms.

The Court must play a key role in solving the aforementioned problem. It must develop a unified approach that will simplify how the authorities of administrative body's are implemented and help citizens to select the right tool for the protection of their rights. Georgian judicial practice shows that the Court is not yet fully addressing this issue; however, given that Georgia's administrative justice system is only 10 years old, it is encouraging that significant developments can be observed.

<sup>24</sup> See Rolf Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2005, page 348

<sup>25</sup> See Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 2000, page 37

<sup>26</sup> See Rolf Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2005, page 48

<sup>27</sup> See Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 2000, page 37

<sup>28</sup> The so called "theory of subject regulation", ref 24, and Maurer, *Allg. VwR* 14 Rn. 10f

# Principles from the Administrative Judicial Proceedings of the Republic of Armenia: Using the *Ex Officio* Principle to Determine the Facts of a Case

Aram Orbelyan<sup>1</sup>

## Abstract

*Administrative proceedings (at least in their existing form) represent a new phenomenon for Armenia's legal practice. An understanding of the principles involved in any phenomenon will provide a general understanding of its nature, and Administrative law is no exception. A good understanding of its principles affords a deeper and clearer understanding of the phenomenon, which, in our case, allows for a more precise interpretation of the norms of administrative proceedings and a better understanding of its tools.*

*In this two-part article, the author first attempts to define the key principles of administrative proceedings and the domain in which those principles operate. Analysis indicates that principles of administrative legal proceedings are not limited to the two principles described in the relevant part of the Administrative Code of Armenia but also include a number of principles that derive from the basic guarantees of the Constitution of Armenia, the European Convention on Human Rights and Freedoms, as well as other legal instruments. They describe the administrative process and define its features. In the second half of the article, the author analyzes how the *ex officio* principle can be used for determining the facts of a court case. The article outlines the philosophical and factual grounds for using this principle as well as its content and the extent to which it can be applied.*

## I. Introduction

As part of the Republic of Armenia's sweeping judicial reforms, the whole court system was significantly altered, starting with the adoption of amendments to the Armenian Constitution (passed October 13, 2005). This radically modified the authorities and functions of the Constitutional Court as well as the functions of the Court of Cassation of the Republic of Armenia. Moreover, due to significant constitutional amendments, new laws were adopted and existing laws were changed, namely, on June 1, 2006, the National Assembly of Armenia endorsed a new law "On Constitutional Court"<sup>2</sup> (in force since July 1, 2006), on Feb-

ruary 21, 2007, the Judicial Code of Armenia was passed<sup>3</sup> (in force since May 18, 2007), and on November 28, 2007, a new Administrative Procedures Code was adopted<sup>4</sup> (in force since January 1, 2008). In addition, some amendments were introduced to the Civil Procedures Code as well as to the Criminal Procedures Code. Within the framework of this program of reforms, the Economic Court was abolished and the Administrative Court was created in its place, the goal of which was to institutionalize specialized judicial control over the activities of public administration.

Such reforms in the national legal system seem to suggest that in order to regulate administration, legislators preferred the continental system of administrative law—i.e. administrative bodies' activities are regulated by specialized courts (like in Germany) or tribunals (like in France) according to specific procedural norms—to the Anglo-Saxon system (i.e. such regulation is achieved via common courts within the framework of "Civil Procedures")<sup>5</sup>. Thus reform of Armenia's system not only implied the physical separation of specialized courts from common courts but also required the development of special procedural norms and new principles for proceedings.

In the article below, a general description and definition of the principles of administrative proceedings is followed by analysis of a legislative innovation in the field—the use of the *ex officio* principle as a tool to determine the facts of a case within the framework of administrative procedure.<sup>6</sup>

## II. Principles of Administrative Judicial Proceedings

Chapter II of the Administrative Procedures Code (APC) is dedicated to principles of administrative judicial proceedings: article 5 declares the principle of the legal equality of parties, article 6 sets out the *ex officio* principle for determining facts related to the case, and article 7 is dedicated to the language of proceedings. However, the principles of administrative proceedings are not limited to these. Indeed, general principles of the judicial system, judicial activities and proceedings must be applied to administrative proceedings (as prescribed by the Code on Courts). Moreover, principles based on the interpretation of provisions of the Constitution (namely, articles

<sup>1</sup> Aram Orbelyan is a candidate of legal sciences, Vice Minister of Justice of the Republic of Armenia, former partner of the legal firm "Concern-Dialogue", and a lecturer at the Russian-Armenian (Slavic) University.

<sup>2</sup> The text of the law (in Armenian) can be found at the following website (as of November 18, 2010): [http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=31285&DocID\\_AM=31285&DocID\\_RU=0&DocID\\_EN=0](http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=31285&DocID_AM=31285&DocID_RU=0&DocID_EN=0)

<sup>3</sup> The text of the law (in Armenian) can be found at the following website (as of November 18, 2010): [http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=43994&DocID\\_AM=43994&DocID\\_RU=0&DocID\\_EN=0](http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=43994&DocID_AM=43994&DocID_RU=0&DocID_EN=0)

<sup>4</sup> The text of the law (in Armenian) can be found at the following website (as of November 18, 2010): [http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=48486&DocID\\_AM=48486&DocID\\_RU=0&DocID\\_EN=0](http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=48486&DocID_AM=48486&DocID_RU=0&DocID_EN=0)

<sup>5</sup> On various concepts and systems of administrative law see, for instance: Galligan, Polyansky, Starilov Administrative Law: history of development and major contemporary concepts – M; "Jurist", 2002

<sup>6</sup> The *ex officio* principle for determining the fact of a case is also a key principle of constitutional judicial proceedings (article 5 and article 19 on Constitutional Court)

1, 18, 19) and some international treaties (namely, the European Convention on Human Rights and Freedoms) must also be taken into account. Furthermore, additional key principles are contained in other parts of the APC.

### 1. The Armenian Constitution and the European Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms

The Constitution of the Republic of Armenia safeguards certain key principles: according to article 1, the country represents a jural state, article 18 secures the right of every individual to effective legal protection, and article 19 stipulates the right of every individual to effective and fair trial. Similar foundational rights are stated in the European Convention on Human Rights (article 6). Thus, judicial practice and doctrine<sup>7</sup> provide detailed interpretation of such provisions—for example, an analysis of principles for legal proceedings (applicable to administrative proceedings as well) echo the principles of legality, equality of all before the law, publicity of proceedings, freedom of addressing the law, and judicial independence. Indeed, given the Constitution's direct role and supremacy, the entire judicial system, including administrative courts, is bound by constitutional provisions, and, therefore, all provisions must be applied to all proceedings, irrespective of their legal nature.

### 2. The Judicial Code of the Republic of Armenia

Chapter II of the Judicial Code contains key principles for the activities of judicial powers and some of these regulate court activities in the framework of administrative procedures<sup>8</sup>. It follows that any of those principles that can be applied to administrative proceedings—except in cases where the Code so allows or the Administrative Procedures Code regulates otherwise<sup>9</sup>—should be considered as principles of administrative proceedings. Such principles are:

- Principle of administration of justice in accordance with the law (article 8)
- Principle of judicial independence—as it applies to both courts and judges (article 11)

<sup>7</sup> See Հայաստանի Հանրապետության Սահմանադրության մեկնարանություններ / ընհանուր խմբագրությամբ Գ. Հարությունյանի, Ա. Վաղարշյանի. – Եր.: «Իրավունք», 2010 (in Armenian); Gomienne, Harris, Zvaak – European Convention on Human Rights and European Social Charter: law and practice – M., Publishing house, 1998

<sup>8</sup> In addition, regarding article 2 of APC, administrative proceedings are carried out in accordance with APC and the Judicial Code of Armenia and, in some cases, are prescribed by the APC and Civil Procedures Code to the extent that *mutatis mutandis* applies to administrative proceedings.

<sup>9</sup> In particular, article 17 of the Judicial Code envisages an adversarial system for the Judiciary, except in cases prescribed by law. However, the APC indicates the *ex officio* determination of case related facts. Therefore, since the law (APC) envisages a special principle, the adversarial principle should not be applied to administrative procedures.

- Principle of equality of all before the law and the court (article 15)
- Principle of effective administration of justice (article 16)
- Principle of publicity of proceedings (article 20)
- Additional judgment of the court<sup>10</sup> (article 21)

### 3. Other Chapters of the Administrative Procedures Code (APC)

Analysis of the APC shows that other parts also contain principles that characterize administrative proceedings—for instance:

- distribution of the burden of proof (article 26)—administration (body, official) bears the main burden of proving the legal grounds for actions (lack of action) stemming from the adopted act;
- obligation of submission of all evidence (article 25)—administration shall submit evidence, substantiating the requirements of the opposing party; etc

Detailed and thorough analysis of these provisions reveals that principles indicated in other parts of the APC develop the main principles mentioned above (articles 6 and 7 of the APC). In the given article, therefore, provisions will be discussed within the scope of studying the *ex officio* principle as a tool for determining case-related facts.

Since the majority of the main principles described above (the principle of legality, equality before the law, effectiveness of proceedings, etc) are general and common for all types of proceedings (civil, criminal, administrative and constitutional) and assume no new meaning in the context of administrative procedures, this article does not attempt to provide detailed analysis of them; their content and applicability are well described in works by various research authors in the fields of civil and constitutional procedures. The article below will explore the innovative aspects of the legislation, especially the meaning of the *ex officio* principle for determining case-related facts.

### III. Using the Ex Officio Principle to Determine the Facts of a Case

The *ex officio* principle (the principle of official examination) is presented in article 6 of the Administrative Procedures Code<sup>11</sup> and represents an important innovation in Armenian legislation; indeed, it did not exist for judicial proceedings in Armenia<sup>12</sup> and is thus a basically unstudied aspect of national legal science. It should be noted, how-

<sup>10</sup> Pursuant to these principles, the Court, if it has sufficient grounds, shall receive additional decisions (in criminal and administrative cases); an additional administrative decision points out to the administration that substantial violations occurred at pre-court stages.

<sup>11</sup> It reads: “1. The facts of the case are determined by the Court *ex officio*”

<sup>12</sup> The principle was introduced into laws for constitutional and administrative judicial proceedings almost simultaneously.

ever, that the Court of Cassation of the Republic of Armenia had used this principle/provision in some of its verdicts (and interpreted the principle as well).

This article will elaborate on the meaning of this principle by considering general principles of interpretation, scientific concepts, and the judicial practice of Armenia's Court of Cassation. The main emphasis is a comparison of determining case-related facts *ex officio* with some parallel tools, such as types of claims, burden of proof, obligation to comprehensively and objectively examine the case, which are viewed in their comparative and legal context (i.e. with similar views in foreign (German) regulations).

### 1. The Rationale for Using the Ex Officio Principle to Determine Case-related Facts

From a historical point of view<sup>13</sup>, as well as in legal theory, it is possible to distinguish two main forms of proceedings (with multiple sub-types) that are applied in contemporary society: **adversarial and inquisitorial**<sup>14</sup>. The essence of adversarial procedures is that the Court plays a relatively passive role and is in fact restricted to the observance of procedural norms (that regulate the activities of the parties) and the evaluation of arguments and evidence submitted by the parties to the proceedings. For a long time, this approach was believed to guarantee the protection of human rights since its key principle is to separate executive and judicial power; due to the adversarial principle, the court, as bearer of judicial power, stops representing the prosecution or one of the parties, thus strengthening the procedural guarantees of an individual. In contrast, the inquisitorial process requires that the court take a more active role—in such procedures it “investigates” the case, requires proof if necessary, and ascertains the positions of parties. If certain issues are insufficiently clear, the court attempts to clarify them by seeking additional evidence. Thus, the Court actively tries to define all the facts of the case and is not limited to evidence presented by the parties. Determining the truth represents the main and supreme goal of the inquisitorial process. The *ex officio* principle represents one aspect of the inquisitorial process, in which the judge plays quite an active role. In short, the types of proceedings that exist today (at least, in the continental system) are derivatives of these two principal forms.

When procedures are divided into various forms (in countries with a continental law system), attention is usually paid to **verifying the facts of the case**. In accordance with a legal maxim from ancient Rome (which is still in force),

namely *iura novit curia* (“the court knows the law”), parties to the dispute do not prove the existence of any right or law (except for foreign rights and traditions, which are applied extremely rarely). The logical justification for inquisitorial procedures (such as the *ex officio* determination of the facts of the case) is that the principle of the equality of parties (article 5 of the APC)<sup>15</sup> applies exclusively to proceedings, while parties to administrative procedures are not fully equal outside the proceedings.<sup>16</sup> Moreover, the decision of the Administrative court is important not only for separate individuals, but, as a rule, for the state and general public as well, since the administrative body or official represents the state. Therefore, it is very important for the Court to offset the relative vulnerability of individuals and compensate for insufficient information (in some cases) on procedural issues<sup>17</sup> (since the administration, as a rule, is unable to hire external lawyers and consultants), possible errors, mistakes of the administrative body, and the possibility of corruption risks. In addition, the parties continue to play an active role—their right to appear in court, give statements, and submit proof at their own discretion is not limited by the *ex officio* principle and is in fact guaranteed by article 5 of the APC and the European Convention on Human Rights.

### 2. The Meaning of the Ex Officio Principle and its Relation to the Burden of Proof Principle

In order for any norm (or principle) to be correctly applied, it is necessary to have a precise definition of it. In accordance with the rules of interpretation, a legal act must be interpreted in line with the precise meaning of relevant words and expressions and in consideration of legal requirements<sup>18</sup>. In addition, the legal act must be interpreted based on the underlying principle and goals of the given act, taking into consideration the provisions of any other norms that provide clarification. In accordance with article 15.4 of the Judicial Code of the Republic Armenia (including interpretation of the law), cases in which facts are similar require the court to provide legal arguments.

In some cases, the Court of Cassation indicated that provisions of article 6 of the APC should be interpreted in line with articles 22 and 24 of that same Code<sup>19</sup>. Article 6.3 envisages the right (authority) of the Court to take reasonable action without being restricted by the motions of the parties to the administrative proceedings, the evidence

<sup>13</sup> See Graphsky – General History of Law and State; textbook for Universities M., NORMA., 2003. Problems of general history of law and state - authors – N.V. Varlamova, Lazarev, Lapaeva, etc; editorial of Nersessiants – M., 2008; Nersessiants – Philosophy of Law. Textbook., M., Infra-M-Norma, 1997, etc.

<sup>14</sup> History knows such varieties of process as “Divine justice” (applied quite intensively in Ancient times and the medieval era), decision by voting (used in Greek Policies, contained in some medieval monuments of the law), etc

<sup>15</sup> The administrative court shall ensure that parties have equal opportunities during the entire review of the case; it shall also afford parties the opportunity to state their positions.

<sup>16</sup> See, for instance, article 3 of the Republic of Armenia “On the Fundamentals of Administration and Administrative Procedures”.

<sup>17</sup> In countries of Western Europe and in the US, there is a division of legal counsels (specialists in certain areas of law) and pleaders (those specialized in procedural norms and who almost always appear in courts).

<sup>18</sup> See, for instance, article 86 of the law of Armenia “On Legal Acts”.

<sup>19</sup> The main cases to which the Court of Cassation often refers in subsequent decisions are administrative cases # VD3/0207/05/08 (2008), # VD/5525/05/08 (2009), and # VD3/0390/05/08 (2009).

presented by them, or the materials of the case...". Article 22.1 of the APC envisages that "the court shall identify what is required—by means of examination and evaluation of evidence that is collected in accordance with legally established guidelines—in order to reach a decision on the facts of the case"; and, article 24.1 states that "after examining all the evidence, the court decides if the case is proven (or unproven) according to its internal integrity and belief and a full, comprehensive, and objective examination". Furthermore, "the court shall substantiate how it reached its final verdict" (article 24.2 of the APC).

Thus, these two APC articles, as well as general principles of the jural state, provide a basis for the Court of Cassation to require submission of additional evidence or other relevant action as envisaged by article 6.3 of the APC. This represents not only the right of the court but also its obligation. Such an interpretation is especially interesting since it takes into account the specifics involved in presenting evidence and distributes the burden of proof in accordance with the APC.

According to article 25 of the APC, parties are obliged to present the Court with all the evidence that they possess and by which they are maintaining their position, while the administration must also present proof that validates the position of the opposing party. Moreover, article 26.3 states: "the state body or the local self-governance agency (official), who received the disputable act or performed a disputable action or failed to act in a way that the claimant believes was legally appropriate, bears the burden of proving the facts that substantiate the disputed decision, action, or lack of action". Thus, if the adversarial procedure is marked by little or no investigative activity or low procedural competence from the administrative body, a decision in favor of the claimant is almost certain<sup>20</sup>; but by applying the *ex officio* principle to determine the facts of the case, the court will require the parties to present (specific) evidence, which may ultimately affect the court's final verdict.

On the other hand, application of the principle simplifies the role of claimants (individuals), since in order to protect their rights in a broad range of cases (in particular, cases against, for example, traffic police, where it is only necessary to prove the existence or non-existence of the

disputed fact), an individual is not obliged to always hire a specialist (lawyer or attorney) and can personally pursue the protection of their personal rights<sup>21</sup>. It should be mentioned, nevertheless, that the involvement of specialists (lawyers, consultants) in administrative cases (especially in complex disputes like customs, tax and labor law related cases) can improve the ability of an individual to protect their personal rights in Court.

Thus, via representation or by appearing in person in the administrative court, full information possessed by the party shall be revealed due to the interests of the proxy; in addition, it is necessary to define all significant facts and request the Court to require the administrative body to present relevant evidence, otherwise the case may be referred for further examination and review at the request of the administrative body or other stakeholder.

### 3. The Scope of Determining Case-related Facts *Ex Officio*

Even in the framework of inquisitorial procedure, the role and abilities of courts are restricted; in the contemporary world, this stems from the need to observe human rights and maintain the principle of legal predictability. This section will analyze a number of problems related to types of procedures, claims, and the procedure for proving facts, and will offer some solutions, including those based on foreign experience.

#### a. *Types of proceedings and the ex officio principle*

The APC envisages certain types of proceedings, namely:

- adversary justice (general/main proceedings, and special proceedings, which are instituted based on the claim and are conducted orally)
- written justice (proceedings on cases related to legality of normative and legal acts)
- proceedings on cases related to the issuance of a penalty order (levy)

Article 6 of the APC does not specify which forms of the procedure the *ex officio* principle may be applied to—for example, it does not restrict its use to oral procedure. However, while the application of the principle in the framework of oral or written hearings does not create any significant problems, the same cannot be said for proceedings that concern the issuance of a penalty order.

Proceedings on cases related to the issuance of a penalty order are regulated by article 27 of the APC. Article 154 states that the grounds for instituting such proceedings is when an individual who was required by an administrative act to pay a fine has failed to pay the fine. In accordance with article 155 of the APC, the procedural grounds for such cases is a claim from the administrative body, to which an administrative act is attached that demands the

<sup>20</sup> For instance, the Court of Cassation of Armenia, when deciding on administrative case # VD/5525/05/08 (2009) based on the claim of the Arabkir Tax Inspectorate of the Committee on Administrative Revenues of the Government of Armenia (Inspectorate) vs. "George and Brandon" LLC, considered failure to observe article 6 of the APC sufficient for satisfying a claim from the Deputy Prosecutor General to return the case for new examination. In accordance with the circumstances of the case, the Administrative Court (1<sup>st</sup> instance court) – when rejecting the requirement of the Inspectorate on fines assessed on income tax and mandatory social allocations – indicated that written evidence of the case may not be considered proven and that fines are calculated in accordance with legal requirements (1<sup>st</sup> paragraph of article 23 of the Tax law). The Administrative Court considered this fact unproven without further evidence. The Court of Cassation of Armenia, based on the provisions in articles 6 and 24 of the APC, stated that the Court should have required the aforementioned evidence and that the cassation claim shall thus be upheld and the case returned for further examination and review.

<sup>21</sup> The only significant procedural stage where qualified assistance is required is selection of the type of claim (see below).

issuance of a penalty order. In reality, the Court has no opportunity to hear such cases (there is no consideration of the case)—it can only ensure that all procedural issues are taken into account (e.g. that the claim was registered in accordance with all APC requirements); it cannot review the content of the act or decision. Indeed, the established practice in Armenia is that the Court issues such penalty orders without examining the case.

Since article 6 of the APC does not limit the scope of the *ex officio* principle, it follows that the possibility and practice of issuing such rulings (Chapter 27 of the APC) contradicts the *ex officio* principle of reviewing case-related facts. If the principle had been applied, the Court would have been obliged to investigate the content of the administrative act and, if necessary, require proof of the validity of the act.

However, this interpretation of the procedure for issuing a penalty order contradicts the definition of administrative act as defined in article 53 of the APC on principles of administration and administrative proceeding. This article states that an “administrative act is a decision, ordinance, decree, order or any other legal act with external effect, which is adopted by the administrative body in the area of public law with the purpose of establishing, changing, terminating or recognizing the rights and obligations of a group of people”. As such, an administrative act implies a real change in the status (rights and obligations) of an individual. On the other hand, if we consider that real financial obligations demanded by the administrative act may only come in to force according to the court’s decision, then the administrative act served only as a basis for the Court to arrive at the decision—it may not serve as a basis for changing the status of the individual. Such inconsistency is aggravated by the decision of the Court of Cassations on administrative case VD3/0627/03/09. Here, the Court of Cassation established that the concept of “*counter claim*” under article 159 is autonomous and must be viewed outside of the general process of filing claims (including terms for appeals). Ultimately, this distorts the meaning and concept of the administrative act as an act with external effect.

Based on the above, it may be concluded that in order to observe the *ex officio* principle, the special form of proceedings for cases concerning the issuance of a penalty order cannot, in the majority cases, be performed by administrative courts. Moreover, the given form of proceedings distorts the concept of the administrative act.

*Thus, the author of the article believes that the given form of proceedings should be abolished as it contradicts the major principles of administrative proceedings and distorts the main concept of administrative law, including the administrative act.*

#### *b. Types of claims and the ex officio principle*

Another feature of administrative law (in contrast to civil law) is that it has a more formalized approach to procedures. The APC outlines, in some detail, various stages

and procedures and their specific roles (for instance, the process of court hearings is described in great detail). One of the elements of this formalized approach is the existence of different types of claims by which individuals may address the administrative court<sup>22</sup>. The types of claims that form a basis for the initiation of proceedings are described in Chapter 11 (articles 65-68 of the APC). They are:

- claim on litiscontestatation;
- claim on imposition of obligation
- claim on performance of action
- claim on recognition

If a claim is incorrectly selected (e.g. the filing of a claim on recognition instead of a claim on litiscontestatation), the claim may be rejected. For instance, the Administrative Court partially rejected the claim on case # 4870/05/09—Rudesh Kumar vs. the Passports and Visas Division of the Police of the Republic of Armenia—since the claim was considered invalid. It was stated that the claim on recognition was invalid and that a claim on litiscontestatation should have been filed. In the framework of the given case<sup>23</sup>, a request for litiscontestatation was submitted as well and, only due to this, the citizen’s claim was not fully rejected; in the end, Radesh Kumar was able to effectively exercise his rights.

The Court of Cassation has expressed its opinion on this issue in its decision on administrative case VD/2514/05/09 (2010). The Court of Cassation came to the following conclusion from its analysis of article 64 (“a case in the Administrative Court is initiated on the basis of a claim”), article 65 (claim on litiscontestatation), article 68 (claim on recognition), article 113.1.4 (in issuing the judicial act, hearing a case on its merits, the administrative court solves the issue of “satisfying the claim in full or partially rejecting the claim”), and article 114.1.4 (the Administrative Court issues a judicial act based on the review of the case on its merits “on the existence or non-existence of a legal relationship or on the invalidity of the administrative act, in full or in part”): the administrative court may only initiate, investigate, or decide on a case on the basis of the claim, within the framework of the claim. Since the APC describes two types of claim on litiscontestatation, the Administrative Court in its recognition of (in)validity has the right to satisfy the claim in full or in part, or reject the claim; however, it has no authority to change claim type.

<sup>22</sup> In addition to those indicated in this chapter, APC also envisages some other types of procedures/grounds for procedures, including a statement of the administrative body on imposition of sanctions, as well as claims on recognition of a normative act that fails to comply with the abovementioned acts/laws; claims on election issues, etc. Here, the focus is on the four abovementioned claims since constitute the grounds for the majority of cases.

<sup>23</sup> In the given case, colleagues of the author of the article (from the company “Concern-Dialogue”) represented the claimant. During preparation of the case, a long discussion was held on the type of the claim, and, in the end, due to failure to agree on the type of the claim, two claims were submitted. This emphasizes that despite the fact that the nature of judicial proceedings has been changed in favor of the activities of the Court, even qualified lawyers have difficulties with the specifics of the procedure.

Thus, according to the interpretation of the Court of Cassation of the Republic of Armenia, a court is not permitted to change the grounds of the claim; if the type of claim was “incorrectly” chosen, then the court can do nothing more than reject the given claim. In general, the view of the Court in this matter is commendable since protection of rights entails the right of an individual, and in this scenario, while a court cannot change the claim, the individual can demand a review of the case within the limits of his/her claim in order to achieve a specific legal result (for instance, in the given case, the legal consequences for invalidity or litiscontestatio of the administrative act may significantly differ). However, in the majority of cases an individual is interested not in a legal result but in an actual result (for instance, withdrawal of the relevant act); in such cases, the above conclusion really matters for the party.

In this context, the foreign approach to the problem is very interesting. Article 86.3 of Germany’s Administrative Procedures Code and its interpretation, provided due to legal practice, the Court should instruct the claimant about any possible problems in the form of the claim and, if appropriate, suggest that the type of claim be changed. However, the Court has no right to change the type of the claim at its own initiative (even if the party decides to keep their chosen type of claim)<sup>24</sup>.

*Thus, in accordance with the ex officio principle, it is necessary for the Court to instruct the parties about any formal problems related to the claim, including “possible problems with the type of claims” and, at the same time, to give the parties the opportunity to correct such problems; this includes changing the type of the claim. If the party refrains from correcting such ‘problems’, then the Court will hear the case within the limits of the claim and based on it.*

#### c. Proof and the ex officio principle

One more important aspect related to determining case-related facts ex officio in the framework of administrative procedures is the process of establishing complete evidence and requesting specific evidence. This article has already mentioned that the Court has the right to demand additional evidence, and, in fact, should not limit itself to the evidence presented by the parties to the proceedings. The Court has the authority to require the parties to present additional evidence or explanation and can appoint an investigation or conduct other reasonable actions for the purpose of receiving adequate evidence to form an opinion.

The process of gathering evidence, according to the APC and legal practice (see, for instance, the decision of the Cassation Court on administrative cases VD/0051/05/10 (2010), VD3/0390/05/08 (2009)), commences with the Court determining which facts are of vital

importance. Then, the Court affords the parties the opportunity to present evidence (parties are free to present evidence in person or in writing). If the Court deems that a specific fact may only be proved by specific evidence, then it can require the relevant party to present such evidence. For example, the court may decide that a decision on tax inspection may only be proved (as a fact) if the original written decision (or copy of it) is submitted and may not be proved by any other evidence (such as the testimony of a witness). In all cases, the reason for the Court’s decision about the admissibility and applicability of evidence must be substantiated.

In this regard, the following decisions of the Court of Cassation are most interesting: administrative cases # VD/0283/05/09 (2009) and # VD/5664/05/08 (2008). In both cases, the Cassation Court indicated that the decision to appoint an examination to clarify complex issues that require specialized/technical expertise belongs to the Court authorities (article 36.2.1 of the APC) but that, in light of article 24 of the APC (i.e. a complete, comprehensive and objective case investigation...), this is not just the court’s prerogative but also its *obligation*. Thus, even if one party (with the burden of proof) does not file a motion to appoint an examination, the Court, in any case, should require complete evidence, which may include the appointing of an official examination.

## IV. Conclusion

The abovementioned analysis of using the *ex officio* principle to determine case-related facts highlights how administrative proceedings radically differ from civil proceedings in terms of the role played by the Court. In our opinion, the effective practice of the Court requiring the administrative body to present complete evidence is desirable if such additional evidence may be obtained and corroborated.

Within the limits of this analysis, it was argued that the existing type of (administrative) procedure for cases on penalty orders is not only incompatible with the *ex officio* principle but also fails to correspond with other norms of administrative law and distorts the meaning of the administrative act in general; in our opinion, therefore, this type of proceeding should be abolished or radically modified. In addition, the above analysis indicates that if the Court is obliged to advise individuals about possible problems related to the selection of a certain type of claim, then the positive impact of the *ex officio* principle could be significantly enhanced. Such amendments to judicial proceedings could make the proceedings fairer and more effective and ultimately increase the level of legal protection for individual citizens and the public as a whole.

<sup>24</sup> See, for instance Schenke Wolf-Ruediger. *Verwaltungsgerichtordnung: Kommentar* (13., neubearbeitete Auflage). – München. 2003., CC 993-1021.

## Interpretation of the Right to Property In the Practice of the Constitutional Court of Georgia

Tinatini Tskhvediani<sup>1</sup>

### I. Introduction

*The right to property is one of those natural rights that form the foundation of a democratic state. It represents the basis of a dignified life for all and a necessary condition for an effective market economy and fruitful corporate relationships.*

*It is interesting that neither the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>2</sup> nor the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>3</sup>, which turned the Universal Declaration on Human Rights<sup>4</sup> into a legally binding commitment, refer to the right to property<sup>5</sup>. And since a consensus across the relevant states could not be reached, it was also omitted from the initial draft of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>6</sup>. However, eventually, by recognizing the right of each individual to the peaceful enjoyment of their possessions<sup>7</sup>, the Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>8</sup> determined the right to property.*

*The right to property is guaranteed under the Constitution of Georgia<sup>9</sup> as well – the principles of a democratic social order, economic freedom, and a state based*

*on rule-of-law, set out in its preface, are, first and foremost, the rationale behind this right. It is also implied under the rights and freedoms envisaged in Article 7 of the Constitution, which are recognized and protected by the State as timeless and supreme human values, having the authority of a direct law that is in force. The exact constitutional guarantee of the right is provided for in Article 21 of the Constitution.*

*The Constitutional Court of Georgia has rich experience in the sphere of the right to property. And its decisions embrace issues that were not necessarily foreseen by Article 21. This essay aims to explore how uniformly the right has been interpreted in the practice of the Constitutional Court of Georgia and the impact of the European Court of Human Rights on the reasoning of the Court.*

*The essay is organized around the system of testing legal interference in the right, so that the position of the Court can be examined in each case of interpretation of the right. First, the scope of the right to property, as expressed in the Court's decisions, is discussed, and then the nature of interference and its lawfulness is examined. Finally, the approach of the Constitutional Court in regard to the proportionality test is analyzed.*

### II. The Scope of the Right

#### 1. The Right to Property as an Institute and Human Right

Article 21 of the Constitution of Georgia protects property both as an institute and as a human right. Hence, the state is obliged to ensure the protection of property as an institute – i.e. guarantee that every individual is entitled to the peaceful enjoyment of their possessions (positive obligation) – and, at the same time, the state is obliged to avoid any arbitrary or unjust interference in the right (negative obligation). Protection against state interference is the essential objective of a constitutional-law concept of property; such an approach is one way in which the principle of personal freedom is manifest.

The state's positive obligation became the subject of discussion when the Constitutional Court heard the case of *Citizen of Georgia Anzor Tevzaia v. the Parliament of Georgia*<sup>10</sup>. The decision is interesting not only because it directly touches the issue of guaranteeing the right to property but also because it reflects the radically different positions of judges on what at first sight appears to be a relatively straightforward case.

<sup>1</sup> Tinatin Tskhvediani is a Master of Law (Hons), lawyer at the Ministry of Defence of Georgia

<sup>2</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1966.

<sup>3</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 1966.

<sup>4</sup> Universal Declaration on Human Rights (UDHR), 1948 (For Georgia entered into force under the Regulation of the Supreme Council of Georgia (15 September 1991)).

<sup>5</sup> The Right to Property under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its Protocols, Human Rights Handbooks, #10, Council of Europe, 2007, 5.

<sup>6</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), 1950 (For Georgia – entry into force by the 12<sup>th</sup> May 1999 Regulation #1940 of the Parliament of Georgia), hereinafter – European Convention.

<sup>7</sup> The Right to Property under the European Convention on Human Rights, 5-6.

<sup>8</sup> Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 20 March 1952 (ratified by the 27<sup>th</sup> December 2001 Regulation #1243 of the Parliament of Georgia), hereinafter – Protocol #1.

<sup>9</sup> Entered into force on 24 August 1995.

<sup>10</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia, #1/5/224, 16 November 2004.



In the 27 December 2007 Regulation of the Parliament of Georgia, the government ratified Protocol #1 to the European Convention. However, it ruled that its scope did not extend to the territory of Abkhazia and South Ossetia, under the jurisdiction of Georgia. The applicant questioned the constitutionality of the above-mentioned clause in relation to various articles, including Article 21. The Constitutional Court did not satisfy the claim due to a lack of consensus among the judges. Considering that a decision of the European Court of Human Rights existed on an analogous case<sup>11</sup>, the lack of consensus among the Georgian judges is surprising. Some of the judges found that the cancelation of the state's obligations to secure the right was justified under the disputed clause, for a certain period of time, as recognition of the *de facto* condition.

This position is hardly tenable since, based on the disputed clause, the state in fact neglected its positive obligation to undertake measures to guarantee property rights on a certain territory under its jurisdiction. Therefore, the right to property of residents of these territories and of internally displaced persons remained outside the scope of constitutional-law. The *de facto* condition cannot serve as an argument for the State to deny its positive obligations. The 'impossibility' of protecting human rights in these separatist regions does not grant the state the right to exempt itself from guaranteeing those rights. With such approach, the State actually denies its sovereignty over its own territories. Even though some of the judges shared the practice of the European Court, overall, the Court could not come to a united decision.

## 2. Subjects of the Right

Article 21 covers only the property of private-law subjects, i.e. natural and legal persons. This is logical in that the clause is aimed at providing protection against interference from the state. At first sight, determining the addressee of the right is not a particularly complicated issue; however, in its practice, the Constitutional Court has frequently struggled to correctly define the liable party – numerous decisions show that the Court's understanding of the property of natural and legal persons was inconsistent.

It is not clear which criteria the Court used to accept a claim from non-eligible persons in the case of *Citizens of Georgia Irakli Tughushi, Londa Sikharulidze and others v. the Parliament of Georgia*<sup>12</sup>. It seems that the Court shared the position of the applicants that they, as partners, were entitled to the assets of profes-

sional associations under the right to property. A similar approach emerged in the decision on the case of *Citizens of Georgia Levan Sharashenidze, David Tsiklauri, Tengiz Gachechiladze and Tengiz Chkhaidze v. the Parliament of Georgia*<sup>13</sup> – again, the Court recognized the right to property of partners on the assets of a legal person. The fact that legal persons were not eligible to be sued in the Constitutional Court of Georgia at that time should have served as grounds for rejecting the claim.

A legal person is an independent subject of law and fully enjoys the guarantees stipulated in Article 21, of which economic independence<sup>14</sup> is a key feature. It is clear that the subject of law cannot be under the property of another subject<sup>15</sup>. Therefore, the right to property of a partner shall be dissociated from the property of a legal person itself. To consider that an enterprise is under the ownership of a partner is ludicrous; but, unfortunately, such a view occurred in the practice of the Court when in the case of *Citizen of Georgia Valeri Gelashvili v. Parliament of Georgia*<sup>16</sup>, it unanimously ruled that the partner was the owner of a legal person.

It is noteworthy that the issue of distinguishing between the property rights of natural and legal persons was discussed several times by the European Court of Human Rights. The Court excluded the possibility that shareholders can claim damages sustained by the company<sup>17</sup>. The Court considered the so-called "*Piercing of the Corporate Veil*" as an exception since in this case it is impossible for the company or its liquidator to institute domestic proceedings<sup>18</sup>.

## III. The Possibility and Forms of Limited State Interference

### 1. The Possibility of Interference

The right to property is not absolute – some form of restriction is organically related to the substance of

<sup>13</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia, #1/3/113, 25 December 2005.

<sup>14</sup> "A legal person is an organized entity, created for the accomplishment of a certain object and having its own property under its ownership, that is independently liable with its own property, acquires rights and duties in its own name, makes transactions and can sue or be sued" (Article 24.1 of the Civil Code of Georgia, *Sakarvtelos Parlamentis Utskebani* (News of the Parliament of Georgia – Official Gazette), 26 June 1997, #31).

<sup>15</sup> Zoidze, Besarion in: Liluashvili, *Theoretical and Practical Issues of Modern Corporate Law*, Tbilisi, 2009, 82-83.

<sup>16</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia, #1/2/378, 13 July 2006.

<sup>17</sup> However, in the case of *Agrotexim v. Greece* (A330-A, 1995), the European Court developed a different approach – it found it possible to recognize the owner of the majority of shares as "a victim" for the damage caused to a legal person for the purposes of Article 1 of Protocol #1 to the Convention (see: *The Case Law of the European Court of Human Rights*, Georgian Young Lawyers Association, Tbilisi, 2004, 379-380).

<sup>18</sup> *Agrotexim v. Greece* (A330-A, 1995).

<sup>11</sup> *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, 48787/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, 8 July 2004, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/414d9df64.html> [accessed 5 February 2011].

<sup>12</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia, #1/6-58, 60, 62, 67, 15 July 1998.

the institute. Since the social function of property implicates obligations in itself, it follows that, in certain cases, limited interference by the State may be permissible. Under particular conditions, the European Convention allows states to expropriate or control property. Similarly, the Constitution of Georgia also recognizes two forms of interference in the right to property: restriction and deprivation.

The Constitutional Court of Georgia has examined the issue of interference in the right to property many times. Analysis its practice reveals that, in most cases, the Court is led by the civil law concept of the right and not the principle of constitutional-law, which is actually the concept that guarantees the protection of property. Many of the Court's decisions were delivered in a way that failed to consider whether the dispute interfered in the scope protected by the right to property, what form the interference took, whether it served a legitimate purpose, or whether the interference was proportionate to the purpose. Instead of addressing these questions, the Court refers to civil-law interpretations of the content of ownership and focuses on the clause of Civil Code under which an owner may, within the limits of legal or contractual constraints, freely possess and use property<sup>19</sup>. Therefore, in the majority of decisions, the Court's attention is drawn to civil-law categories and it is not clear how the Court views the objective of providing for public needs, which is a substantial element of the constitutional-law concept of property.

A vivid example is the case of *Citizen of Georgia Levan Purtskhvanidze v. the Parliament of Georgia*<sup>20</sup> since the decision clearly reflects a lack of experience on the part of the Court. The claimant disputed a clause in the Housing Code of Georgia that established constraints for terminating tenancy contracts. On the one hand, the Court declared that restricting the right to property is not generally permitted, but, on the other hand, it noted that the reason for the restriction was a pressing public need. However, it went on to argue that, in this case, the public need was not present since "*the Constitution of Georgia does not oblige the State to ensure its citizens have a dwelling place*". Therefore, the Court focused on the (non)existence of a particular obligation of the state in order to define whether the public need existed. The brief and inherently contradictory discussion that was developed in the decision reveals that the Court cannot determine the nature of interference in the right to property; ultimately, it failed to establish the constitutional-law understanding of the right.

The same approach occurred in the case of *Citizen of Georgia Akaki Saghirashvili v. the Parliament of Georgia*<sup>21</sup>, in which the unconstitutionality of Article

529 of the Civil Code of Georgia<sup>22</sup> was disputed. According to the applicants, the possibility of unilaterally terminating a contract of a gift by a donor cannot be viewed as a pressing public need and, therefore, constitutes an unjustified interference into the right to property. In the decision, the Court examined in detail the nature of the gift but ignored the constitutional-law concept of the right. Any system for evaluating the interference in the right was also completely ignored. The Court fails to state whether the disputed clause must be assessed in light of Article 21. Determining the nature of interference played little role in the decision; the decision simply excluded deprivation – "*one cannot consider the return of assets on the basis of a contractual relationship as a case of the deprivation of property*"<sup>23</sup>. While this position is sound, the Court unfortunately ends the discussion there and returns to assessing the specifics of the gift, according to which it establishes compliance of the disputed clause with Article 21.

## 2. Forms of Interference

Deprivation of property, or expropriation, foreseen under Article 21 III, is narrowly defined and its application requires that all of the following preconditions are met:

- Circumstances expressly determined by law or an urgent necessity as determined by organic law;
- The decision of a court;
- The objective of meeting an urgent public need;
- Full and fair compensation in advance<sup>24</sup>.
- Similarly, Article 21 II sets out preconditions for restrictions on the right to property:
- Circumstances determined by law and in accordance with rules established by law;
- The objective of meeting an urgent public need;
- The essence of the right to property is preserved<sup>25</sup>.

Distinguishing between the forms of interference in the right to property has often proved troublesome for the Constitutional Court; the versatile terminology has resulted in a lack of consistency in the Court's interpretations. This was partially due to the fact that the terms in the European Convention and the terms in the Constitution varied. In addition, a right distinguishing of the forms of interference was significantly hampered by the Court's ignorance in terms of the constitutional-law concept of property.

<sup>22</sup> According to the first Paragraph of the noted article, the gift may be revoked if the donee is extremely ungrateful towards or severely insults the donor or his near relative.

<sup>23</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia, #2/155, Paragraph III.

<sup>24</sup> Under the Constitutional Amendment #3710 (15 October 2010), instead of "relevant compensation", Article 21 III establishes the precondition of "full and fair compensation in advance".

<sup>25</sup> The latter precondition was added by the Constitutional Amendment #3710 (15 October 2010).

<sup>19</sup> The Civil Code of Georgia, Article 170 I.

<sup>20</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia, #2/31-5, 25 March 1997.

<sup>21</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia, #2/155, 1 April 2003.

The first decision that needed to draw a definite boundary between restriction and deprivation of property arose from a case related to the constitutionality of a clause in the Law of Georgia on Entrepreneurs about the mandatory sale of shares (the so-called “squeeze-out”)<sup>26</sup>. In this case, the constitutional-law concept of property was clearly formed and the practice and recommendations of the European Court were significantly reflected.

In the decision, the Court justly declares that deprivation for the purposes of Article 21 III does not apply to any case where ownership is lost against the owner’s will. The rules and terms of expropriation is, according to the principle of *numerus clausus*, exhaustively listed in the Law of Georgia on the Rule of Deprivation of Property for Pressing Public Needs<sup>27</sup>. Analysis of this law reveals that the deprivation of property is a governmental act under which the public law relationship, serving public purposes, is formed between the owner and the State. In this case, the State not only establishes a legal regime, but also participates in the relationship. The direct participation of the State is one of the determinants for the deprivation of property. It is a necessary, one-time measure of interference in the right and is provided in exchange for compensation.

In the decision on the mandatory sale of shares, the Court expressly excluded the loss of ownership on the basis of contractual relations from the scope of Article 21 III. The loss of ownership on the basis of private-law relations is not stipulated in the Law on the Rule of Deprivation of Property for Pressing Public Needs as grounds for deprivation, and cannot be, due to its legal nature. The direct participation of the State and the public nature of the relationship formed between the owner and the State make expropriation different from other forms of interference in the right to property. The Court declared, “*even though at the time of conclusion of the agreement, the will of minor shareholders’ is ignored, it cannot be identified as a governmental act of a diametrically different legal nature*”<sup>28</sup>.

An analogous position can be found in *Citizens of Georgia David Jimshelishvili, Tariel Gvetadze and Neli Dalalishvili v. the Parliament of Georgia*<sup>29</sup> on the confiscation of the weapon of a crime. Here the confiscation by the State was discussed in connection with Article 21 II. According to the decision, deprivation of assets does not necessarily mean expropriation, but can sim-

ply be a consequence of the restriction of the right to property; in order to determine whether it was expropriation or deprivation, the purpose, content and form of interference must be considered.

This was a progressive declaration for the Court since its previous practice had often ignored the issue of identifying the form of interference. In the cases of mandatory sale of shares and confiscation, the owner loses their proprietary rights and, at first sight, deprivation takes place; however, as already stated, analysis of the narrowly defined formal and material preconditions of this form of interference reveals the contrary.

It is noteworthy that, in contrast to the mandatory sale of shares where the relationship is of a contractual nature, in the event of confiscation, deprivation is executed by the State on the grounds of a court decision. In that sense, it substantially resembles the preconditions of Article 21 III; however, the Court justly excluded the interference established by the disputed clause from the realms of expropriation. The deprivation of property was not due to the owner’s action but to the objective circumstances, which constituted a pressing public need<sup>30</sup>. Consequently, in this case the owner’s actions are irrelevant, while the confiscation is based fully on the unlawful actions of the owner or lawful possessor. Even though this argument was not expressly stated by the Court as grounds for the decision, the Court did explicitly exclude confiscation from the category of deprivation and declared that expropriation must only be understood as deprivation that fully satisfies the requirements of the Law of Georgia on the Rule of Deprivation of Property for Pressing Public Needs.

This approach was based on the practice of the European Court of Human Rights in *Agos v. United Kingdom*<sup>31</sup>, a case with almost similar circumstances. While the European Court noted that confiscation is indisputably the violation of peaceful enjoyment of possessions with respect to Article 1 of Protocol #1 to the Convention, it insisted that it is understood not as expropriation but as control of use.

It is significant that in determining deprivation of property, the European Court takes a *de facto* deprivation into account – i.e. even if legal rights remain on the owner, the primary point for the Court is whether the right to property is redundant to the extent that it may be considered expropriated. Therefore, the European Court stresses not the formal side but the specific circumstances of a situation<sup>32</sup>. The Constitutional Court has not yet addressed cases of *de facto* expropriation.

<sup>26</sup> Citizens of Georgia – Zaur Elashvili, Suliko Mashia, Rusudan Georgia and Others and Public Defender of Georgia v. the Parliament of Georgia, Decision of the Constitutional Court of Georgia, #2/1-370,382,390,402,405, 18 May 2007.

<sup>27</sup> Sakanonmdeblo Matsne (Legislative Herald – Official Gazette), #40 (47), 1999.

<sup>28</sup> See footnote 26.

<sup>29</sup> Decision of the Constitutional Court of Georgia, #1/2/384, Tbilisi, 2 July 2007.

<sup>30</sup> Zoidze in: Liluashvili, 118-120.

<sup>31</sup> A108 (1986), Par 52.

<sup>32</sup> This is evident in the following cases: Sporrang and Lonroth v. Sweden, A52, 1982; Papamichalopoulos and others v. Greece, A260-B, 1993; Brumarescu v. Romania, #28342/95, ECHR 1999-VII.

The abovementioned reveals that in two significant decisions the Constitutional Court assessed the deprivation of assets against one's will in the context of property restriction. However non-uniformly, the Court addressed the issues of what the term "restriction" means and what its scope is.

Thus, restriction must not only be understood in its negative aspect but also in a positive light, something that is expressed by the state in the establishment of legal frameworks. In contrast to deprivation of property, it is not necessary for the state to participate, directly or indirectly, in the relationship during restriction. If expropriation is a one-time act, restriction may continue for a certain period. As a rule, in this event, the legislator defines the general scope for property use, which covers a particular set of persons while the stated objective remains unrealized<sup>33</sup>. Restriction of property under constitutional-law does not imply the legal or contractual constraints outlined in Article 170 I of Civil Code. Therefore, such restrictions should not be the subject of dispute at the Constitutional Court.

As a rule, property shall only be restricted to the extent that the essence of protection is preserved. According to the Constitutional Amendment of 15 October 2010, this is clearly expressed in Article 21 II (see above). And thus the constitutional principle of preserving the essence of property rights is the determining factor in assessing cases of interference in the right and is therefore relevant to the right to property as well – i.e. property shall be restricted to a minimum in order to secure maximum protection. Therefore, the classical understanding of restriction of property means preserving the object of the property because of what the loss of the right to property in a specific case represents.

It is worth mentioning that Article 21 II does not foresee compensation for restriction of property; this is only established for cases of deprivation. This is one of the Georgian legislation's most significant divergences from the practice of the European Court, which is dominated by the principle of compensation when determining the lawfulness of interference in the right to property. In this respect, a flawed understanding in the practice of Georgia's Constitutional Court is revealed. In cases of confiscation, the Court declares that compensation for the purposes of restriction may only be provided as an "exception", i.e. when it is necessary to maintain a fair balance. It follows that the Court considers that compensation is not substantially related to the interference determined by Article 21 II but is an exception to the general rule (which, in some ways, is natural due to the wording of the constitutional clause).

Although Article 1 of Protocol #1 to the European Convention does not mention compensation, the Eu-

ropean Court explicitly states that compensation is an expression of whether interference was justified – otherwise the right to property would be of an illusory nature. And thus compensation must be required not only for cases of deprivation but for all milder cases of property rights violations<sup>34</sup>. Despite this, the obligation of full compensation does not apply – it need only have a reasonable connection to the value of the relevant assets<sup>35</sup>.

## IV. The Scope of Interference

### 1. The Purpose of Interference according to Constitutional Law

As analysis of Article 21 reveals, a pressing public need is a legitimate purpose that justifies the state's interference in the right to property – both in the form of restriction and expropriation. However, in the cases of mandatory sale of shares and confiscation, the Constitutional Court made a precise distinction between the purpose of a pressing public need in Paragraphs 2 and 3 of Article 21 and declared that for in cases of expropriation the pressing public need must be narrowly interpreted. However, the Law of Georgia on the Rule of Deprivation of Property for Pressing Public Needs provides an exhaustive list of which expropriation aims may be considered legitimate. As for the scope of restriction, its content should be broadly understood. Thus, it is worth asking whether pressing public needs also cover private interests.

In the decision on mandatory sale of shares, the Constitutional Court of Georgia cites the European Court and notes that the forced transfer of property from one private person to another private person may be in accordance with a legitimate purpose. The Court, according to the position of the European Court, considered that interference in the right to property on the grounds of private interest may be permitted. At first sight, such a broad interpretation raises the question whether private interests are not then considered to be in the same category as public interests. But where does mere private interest end and public interest begin? What kinds of 'private' interests does the Court need to consider in the context of public needs?

The "pressing public need" concept is broad and extensive. Its content depends on the object of the right to property, its nature and its social function. It does not always imply only general public interest, but private interests may be included as well. Pressing public need may be considered to be the need to prevent a certain negative outcome for society<sup>36</sup> or implement a positive

<sup>33</sup> Zoidze in: Liluashvili, 105-106.

<sup>34</sup> E.g. see: Chassagnou and others v. France) (1999-III, Par 82).

<sup>35</sup> The Case Law of the European Court of Human Rights, 399.

<sup>36</sup> E.g. the case of Citizens of Georgia – Davit Jimshelishvili, Tariel Gvetadze and Neli Dalalishvili v. Parliament of Georgia: disputed

goal. While state interference can only be implemented on a legal basis, in the context of restriction, this does not mean that the pressing public need is regulated in detail by legislation; rather, it is defined through interpretation of legal norms<sup>37</sup>.

It is interesting that the European Convention considers that state interference in the right to property can be legitimate due to both public and general interests. According to the European Commission, the legislative body of each state has broad leeway in determining such interests; however, interference must never lack reasonable grounds. Therefore, it is left to each state to determine what the legitimate grounds for property restriction or expropriation will be in a given context<sup>38</sup>.

Therefore, the concept of a pressing public need is substantiated by the concept of property as laid down in constitutional law; unfortunately, the Constitutional Court has only taken it into account in the past few years.

## 2. Proportionality

The European Court of Human Rights finds the proportionality of state interference to be a decisive factor in preserving a just balance between the requirements of the general interests of society and fundamental human rights. The just balance is disrupted when a person carries *“an individual and special burden that can be lawful only if it enjoys the right to claim reduction of terms or compensation”*<sup>39</sup>. Consequently, interference is justified only if it serves a legitimate purpose and, at the same time, is implemented in a way that is proportionate to that purpose.

In the recent practice of Georgia’s Constitutional Court, determination of proportionality has been a central issue. Approaches to this issue have not been very unified, however, which is again due to varying emphases on the concept of property that stem from civil law and constitutional law. In the decision on mandatory sale of shares, the issue of proportionality is duly analyzed and the Court focuses on the subjects’ interests, such as the just sale value of the shares and a just procedure for the sale. The court examines the unity of the interests of the participants and determines proportionality in terms of the purpose of the mandatory sale in each case and the capacity of the minor shareholder to fully protect itself from major shareholder’s abuse of power.

In contrast, in the case of confiscation, the Constitutional Court returned to the civil law concept of property and assessed the proportionality of interference

according to civil law categories. The Court notes, *“for the purpose of full and effective protection of the right to property, it is decisive that adequate, comprehensive and detailed written procedures existed, which enabled the owner to dispute the lawfulness of deprivation”*. Therefore, it agrees that a just mechanism for the protection of the owner is the most significant aspect for assessing proportionality of interference. However, against this logic, the Court then leaves the assessment of the appropriateness of procedures on the grounds that the applicant did not question the issue – *“the detailed analysis of possible non-existence of such procedures or existence of insufficient or ineffective procedures and assessment of its constitutionality fall outside the scope of evaluating the disputed clause with respect to Article 21 of the Constitution”*. Unfortunately, in this part of the rationale, the purpose of social need, the theoretical aspect of which is discussed in detail, is wholly lost and its relevant content for cases of confiscation is ignored. Thus, the Court fails to analyze the issue which in reality must determine the proportionality of interference; instead, it assesses the issues related to legislative method and contractual risks. This is a further example of how the constitutional law concept of property is overlooked.

## V. Conclusion

In conclusion, the essay reveals how the Constitutional Court of Georgia lacks a uniform approach to interpreting the right to property mainly because it has a muddled understanding of the right due to varying emphases in constitutional law and civil law. Thus, rather than assessing whether there was a legitimate ‘pressing public need’ (constitutional law) for interference, the Court looks to civil law categories in order to determine the lawfulness of interference. Most decisions ignore the general requirements of the interference test. However, there are cases when the court has taken a more detailed, reasoned, focused approach in terms of constitutional law concepts. It is thus desirable that these such ‘exceptions’ now become the ‘norm’ since it is the Constitutional Court that plays a huge role in the sphere of raising society’s legal awareness and improving legislation.

---

clause expressly established the purpose of the interference – i.e. fight against and prevention of crime. However, as mentioned, legislators do not determine the purpose so directly in all cases.

<sup>37</sup> Zoidze in: Liluashvili, 100-103.

<sup>38</sup> The Case Law of the European Court of Human Rights, 389-390.

<sup>39</sup> Sporrang and Lönnroth v. Sweden, A52, 1982, Par 73.

# Appeals against Administrative Acts and the Jurisdiction of the Administrative Court

Mery Dshaparidze<sup>1</sup>

*According to Georgian legislation, the whole system of common courts in Georgia administers justice through three types of proceedings: civil proceedings, administrative proceedings and criminal proceedings<sup>2</sup>. Therefore, all legal disputes fall into one of these categories and must be examined by the court of relevant jurisdiction. As a rule, matters of jurisdiction and, therefore, the competence of the relevant court, are governed by a code of proceedings in the relevant field of law. However, the scope defined by a relevant code may be not sufficiently comprehensive or be so general that it requires significant interpretation via analysis of other legal acts or the nature of disputes.*

According to Article 2 of the Code of Administrative Proceedings of Georgia, lawsuits related to the conformity of an administrative act to the legislation of Georgia fall within the jurisdiction of an administrative court<sup>3</sup>. Thus, one might think that a complaint against any administrative act must be lodged before an administrative court. However, such an opinion is incorrect; to bring a legal dispute under the jurisdiction of an administrative court merely because the subject of the complaint is an administrative act is inappropriate. Some examples will help to clarify this point of view:

Any court decision, as a matter of fact, is an administrative act. For instance, a verdict delivered on a criminal case or a ruling of a civil court to put a lien on a property is, by nature, an administrative act. It does not follow, however, that such court decisions should be disputed in an administrative court. As another example, consider an investigator's decision to initiate or terminate criminal proceedings against an individual—any lawyer would insist that this decision is also an administrative act, but it is not disputed through administrative proceedings either.

The provision of the General Administrative Code of Georgia, according to which an **administrative act is a legal act issued by an administrative agency pursuant to law<sup>4</sup>**, brings a whole range of decisions, different in form and content and delivered by various administrative bodies and officials, into this category. However, the examples discussed above make it clear that the **legitimacy of every administrative act is not examined through administrative proceedings**, despite Article 2.1 of the

Code of Administrative Proceedings.

In the above examples, there is virtually no room for disputing the matter of jurisdiction because it is clear that such court decisions would be appealed not in administrative courts but through the relevant court instances (the decision of a civil court will be appealed in a chamber of civil cases of the appeal court, or the decision of a criminal court will be reviewed in a chamber of criminal cases, etc.), or the decision of an investigator would be brought before a prosecutor, as stipulated by the Code of Criminal Proceedings. However, there are certain cases when the scope of jurisdiction is not so easy to determine and may become the subject of heated debate, even between judges. In this regard, I will discuss below two types of administrative act that are particularly problematic in terms of determining the jurisdiction under which the appeal should be heard—this is the case both in current court case-law and in my experience as a practicing lawyer. The first such act is an act issued by a court bailiff about putting a lien on the property of a debtor, and the second is a written record of auction proceedings<sup>5</sup>. Both of these acts are envisaged by the Law of Georgia on the Enforcement of Proceedings and are related to the enforcement of final and binding court decisions.

Let us consider a very widespread example of the issuing of such acts and the appeal against them: a court case arose from a tort action and ended in the creditor's favor; thus, an enforcement writ was issued against the debtor. A court bailiff came to the debtor's house and put a lien on the property that was in the house. Later, that property was sold at an auction, and the results of the auction were recorded in a relevant act. Some time later, it transpired that a third person had ownership rights over a certain part of the sold property. So, the question is: how should, first, an act of a bailiff on putting a lien on a property (before selling the property), and, second, the records of the auction after selling the property, be appealed? Through civil proceedings or through administrative proceedings?

On the one hand, Article 32 of the Law on Enforcement Proceedings unequivocally states that if a third person puts forward a claim on a property which was seized and then sold, he should lodge a complaint, in the first instance, against the creditor and the debtor, and then, in the second instance, against the third person who bought the property<sup>6</sup>. This in itself implies civil proceedings since

<sup>1</sup> Mery Dshaparidze is a Lawyer of "Article 42 of the Constitution" NGO and Tbilisi Central JSC

<sup>2</sup> Organic Law of Georgia on Common Courts, adopted December 4, 2009.

<sup>3</sup> Code of Administrative Proceedings of Georgia, Article 2, clause 1, sub-clause "a"

<sup>4</sup> General Administrative Code of Georgia, Article 2, clause 1, sub-clause "g"

<sup>5</sup> Some lawyers argue that the said record is not an administrative act; however, I will not go into details in this regard as it is not the topic of the current article.

<sup>6</sup> Law of Georgia on Enforcement Proceedings, Article 32:

<sup>1</sup>. If a third person argues that he has a right over the property that is the object of the enforcement, then he should bring an action before the competent court. Such action is examined through contentious proceedings (lien release process).

<sup>2</sup>. Action on release of a property from lien is brought against a debtor and a creditor.

<sup>3</sup>. If a property which was under a lien is already sold, then the action is also brought against those persons to whom the property was transferred. If such action is granted, then the dispute between a creditor, the debtor and the buyer of the property is examined by the court."

private individuals can not be defendants in administrative proceedings<sup>7</sup>. On the other hand, if we consider that the act of a bailiff to put a lien on the property and the act of recording the auction are individual legal administrative acts (both of them are issued by an administrative agency on the basis of administrative law and establish, modify, terminate or certify the rights and duties of a person or a limited group of persons<sup>8</sup>), it seems reasonable that the acts be appealed in the administrative court.

Both of these positions have favorable points and, naturally, may be argued. However, in my personal view, the first one is more reasonable and legally justified, and I will now attempt to substantiate why.

First of all, it should be mentioned that certain provisions of both the Law on Enforcement Proceedings and the General Administrative Code indicate that appeals against acts that are related to the enforcement of court decisions do not come within the jurisdiction of administrative courts. As mentioned above, Article 32 of the Law on Enforcement Proceedings explicitly states that an individual whose property was unlawfully put under a lien and/or sold at an auction should lodge a court case against the debtor and the creditor as well as against the new buyers of the property via civil litigation. As for the General Administrative Code, according to Article 3, the scope for applying the General Administrative Code (except for provisions about access to public information) does not cover the activities of executive agencies that are related to the enforcement of binding court judgments or acts envisaged by the Law on Enforcement Proceedings<sup>9</sup>. Therefore, enforcement proceedings are completely outside the scope of the General Administrative Code's application. Consequently, how can the application of the Code of Administrative Proceedings be considered when the application of substantive law (the General Administrative Code) is prohibited?

In addition to reviewing other legislative acts and provisions, which is of course important, a vital factor in accurately determining the jurisdiction over certain disputes is **analysis of the legal essence and nature of the dispute** itself. When a third person claims that a lien was unlawfully put on his property instead of the debtor's goods, the core of the dispute is the determination of property ownership. In such cases, the court's main task is to establish whether a third person is the rightful owner of the property that was put under a lien and then sold. Only after resolving this issue can the court deliver a decision on the case and, if it determines that the property did indeed belong to the third person, declare the act of putting a lien on it as null and void, or if the property has already been sold, order that it be returned to the owner. Accordingly, the legal

validity of the act completely depends on ownership rights.

It is commendable that the Supreme Court of Georgia took such a stance in regard to the jurisdiction of this category of disputes; it justly declared that an appeal against the act of putting a lien on the property of a third person should be examined by a civil court and not by an administrative court. The Supreme Court held in one of its decisions:

*"An act concerning the release of property from a lien belongs to the civil category [of proceedings] in that the right of ownership is an institution governed by private law, in particular the Civil Code. A claim related to ownership may be lodged as a civil action, which shall be examined through civil proceedings, pursuant to Article 11 of the Code of Civil Proceedings of Georgia. The cassation court deems that the said legal relationship lacks the main element characteristic to public law relations—that it is not derived from administrative legislation. Although one of the defendants is an administrative agency—the Tbilisi Enforcement Bureau—this does not constitute sufficient grounds for considering the dispute as administrative<sup>10</sup>."*

Although this decree of the Supreme Court gives clear and explicit substantiation of the position that a dispute should not be placed under the jurisdiction of an administrative court merely because an administrative act is being appealed or the administrative agency is a defendant, a lack of consistency persists in the case law of common courts in this area.

As an example, it is worth mentioning cases in which an appeal was made against the records of an auction because the property of a third person was sold instead of the debtor's property. In particular, in two cases, where I represented the interests of the plaintiffs, two claims were made: 1) to return the sold property to its rightful owner and 2) to declare the auction and its results null and void. Both disputes were absolutely identical and the lawsuits were lodged simultaneously in the civil court and plaintiffs were requested to join the cases. However, the lawsuits were handed over to different judges. One of the judges found the complaint inadmissible for examination, ruling that it should be examined through administrative proceedings<sup>11</sup>. The other judge separated the claims, ruling that the part of the lawsuit demanding return of the property should be submitted for examination, while the other part concerning the nullification of the auction and its results should be examined by an administrative court<sup>12</sup> (regardless of the fact that both these claims were inextricably linked since the appeal against the auction and its results fully depended on the claim concerning return of the property). Both verdicts were appealed in the Appeal Court, where the claims were, again, examined by different chambers. One of the cham-

<sup>7</sup> In administrative proceedings, the defendant always is an administrative body.

<sup>8</sup> Definition of an individual administrative act, General Administrative Code of Georgia, Article 2, clause 1, sub-clause "d".

<sup>9</sup> General Administrative Code of Georgia, Article 3, clause 4, sub-clauses "g" and "g<sup>1</sup>".

<sup>10</sup> Decree of the Supreme Court of Georgia #bs-805-769 (g-09), dated June 23, 2009.

<sup>11</sup> Decree of the Panel of Civil Cases of the Tbilisi City Court, dated April 27, 2010, case #2/3148-10.

<sup>12</sup> Decree of the Panel of Civil Cases of the Tbilisi City Court, dated April 28, 2010, case #2/1117-10.

bers upheld the decree of the first instance court, agreeing that the appeal against the auction and its results came under the jurisdiction of the administrative court<sup>13</sup>. The other chamber quashed the decision of the first instance court and, by quoting the abovementioned decree of the Supreme Court, ruled the following:

*“The legal interest of the lawsuit was the return of the property... Accordingly, the court has to establish whether the property sold at the auction belonged to the plaintiff. Ownership is an institution of private law, and therefore a claim related to ownership may be lodged as a civil action, which should be examined through civil proceedings<sup>14</sup>.”*

This example shows that while the factual and legal circumstances of the cases were entirely the same, four different courts delivered three contradictory decisions. In my view, this was due to the way that the issue of jurisdiction was being approached. Some judges relied fully on the strict and (I would say) superficial interpretation of administrative-procedural legislation, while others based their decision on their analysis of the legal nature of the dispute and the juridical interest of the plaintiff. If we examine this closely, the latter approach is more sensible because the above disputes were completely founded on a private law relationship and were not connected to state authority actions or provisions of the administrative legislation that governs the drafting and issuance of an administrative act. Therefore, the civil court would have been in a better position than the administrative court to examine the dispute.

In my opinion, an understanding of court jurisdiction cannot be established by merely interpreting the relevant procedural code word-for-word. Legal disputes are often complex; claims that are presented under one lawsuit may be governed by different laws, but they are so tightly intertwined that it is very difficult to separate them or address them under one code or even one field of law. However, by thoroughly analyzing substantive laws and the content of the dispute, it is always possible to determine what the main claim within the dispute is—the claim that defines the nature of the dispute—and, thus, establish the competent court. I believe that determining jurisdiction issues on the basis of formal criterion alone, such as ‘appeal against administrative act’ or ‘administrative agency as defendant’, will prevent the court from an accurate examination and resolution of the dispute. On the other hand, if from the very beginning of the case the dispute and the legal relationship that underlies it are properly identified, the amount of resources spent on the case will be reduced and the effectiveness of the administration of justice will be enhanced.

<sup>13</sup> Decree of the Tbilisi Appeal Court, dated June 28, 2010, case #2/b-1758-10.

<sup>14</sup> Decree of the Tbilisi Appeal Court, dated September 17, 2010, case #2b/1975-10.



# Report on the Court Practice of the European Court of Human Rights Regarding Individual Complaints against Azerbaijan, Armenia and Georgia (for the Period 1 September 2009 to 31 December 2010)

Dr. Norbert Bernsdorff<sup>1</sup>

*This report continues the previous report on the Court's practice which appeared in the first edition of the periodical SCLJ (No. 01/2010, for the period: 1 January 2009 to 31 August 2009). The objective of the current report is a brief review, sometimes without comment, of the European Court of Human Rights' decisions (based on the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms) against Azerbaijan, Armenia and Georgia. This review covers only those court decisions in which the European Court of Human Rights accepted individual complaints for consideration having concluded that a particular norm of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms or its Additional Protocols had been violated. The current report does not consider cases in which the European Court of Human Rights deemed the individual complaints of citizens to be inadmissible or cases that were later withdrawn from the register of the European Court of Human Rights. The decisions of the European Court of Human Rights can be accessed in English and French at [www.echr.coe.int.-case-law-hudoc](http://www.echr.coe.int.-case-law-hudoc).*

*For comparison: during the same period, the European Court of Human Rights declared 44 decisions against Germany, 24 decisions against Great Britain, and 57 decisions against France.*

## I. Decisions against Armenia

For the period 1 September 2009 – 31 December 2010, the European Court of Human Rights determined that the **Armenian authorities** violated the Convention in nine cases. In addition, there were seven cases in which the court regarded that the complaints were inadmissible or the case was withdrawn from the Registry (23693/03, 15371/07, 20289/09, 8213/06, 42702/05, 43334/05 and 4523/04).

Violations were mainly determined to have breached the following articles: Article 3 (Prohibition of Torture), Article 5 (The Right to Liberty and Security of Person), Article 6 (Right to a Fair Trial), as well as Article 1 of the First Additional Protocol (Protection of Property) and Article 2 of

the Seventh Additional Protocol (The Right to Appeal in Criminal Matters).

### **Bayatyan v. Armenia**

(Judgment of 27 October 2009, case 23459/03)

The complainant/applicant, a citizen of Armenia and a Jehovah's Witness, was called up for military service in spring 2001. However, the applicant refused to be drafted due to religious beliefs and suggested that he fulfill his duties through alternative service. Since Armenian legislation at that time did not envisage any alternative service, the applicant was told that he must complete military service. The applicant went into hiding but was later arrested and detained; only after ten and a half months he was released.

While the European Court of Human Rights ruled in favour of Bayatyan, it did not consider that Article 9 of the Convention (Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion) had been violated for the simple reason that the Armenian legislation of the time did not provide for exemption from military service on religious grounds.

### **Karapetyan v. Armenia**

(Judgment of 27 October 2009, No. 22387/05)

and

### **Stepanyan v. Armenia**

(Judgment of 27 October 2009, No. 45081/04)

Both cases were related to administrative detention that had been applied to the complainants, both citizens of Armenia, following alleged irregularities in the February 2003 presidential elections (Article 182 of the Code of Administrative Offences). Both complainants were arrested and taken to the local police station, brought before a court and convicted to, respectively, ten and six days' detention. Complainant Karapetyan reported that he was placed in a multi-occupancy cell with no more than 1.25 square meters of personal space. Moreover, he suffered from a lack of natural light as well as inadequate food and sleeping and sanitary conditions.

The European Court of Human Rights found that Armenia's competent bodies had violated Article 3, Article 6 § 3 (b), taken together with Article 6 § 1, as well as Article 2 of Protocol No. 7.

### **Khachatryan v. Armenia**

(Judgment of 1 December 2009, No. 31761/04:

violation of Article 6, § 1 and Article 1 of the First Additional Protocol of the Convention;

compensation: 365 and 380, also 1,000 Euros)

### **Asatryan v. Armenia**

(Judgment of 9 February 2010, No. 24173/06:

violation of Article 5 § 1 (c);

compensation: 2,000 Euros)

<sup>1</sup> Dr. Norbert Bernsdorff is a Judge in the Social Federal Court in Kassel, Germany

**Mamikonyan v. Armenia**

(Judgment of 16 March 2010, No. 25083/05:  
violation of Article 6 § 1;  
compensation 1,000 Euros)

**Ashot Harutyunyan v. Armenia**

(Judgment of 15 June 2010, No. 34334/04)

The complainant, an Armenian citizen, was arrested in May 2003 on suspicion of defrauding his business partner and falsifying documents; he was found guilty and sentenced to seven years' imprisonment. At court hearings, the applicant was kept in a metal cage. Although he had serious heart problems, he was refused surgery. Moreover, no regular medical checks were carried out. In January 2009, the applicant died of a heart attack.

The European Court of Human Rights determined that Article 3 of the Convention had been violated since the applicant was placed in a metal cage during hearings and was not given the necessary medical treatment. The applicant's daughter received 16,000 Euros in compensation.

**Hovhannisyan v. Armenia**

(Judgment of 20 July 2010, No. 5065/05)  
and

**Yeranosyan and others v. Armenia**

(Judgment of 20 July 2010, No. 13916/06)

For both cases, a total of 11 citizens applied to the European Court of Human Rights complaining that their right to property had been violated when their land and homes were expropriated to make way for the implementation of large construction projects in Yerevan.

The European Court of Human Rights ruled that the requirements of Article 1 of the First Additional Protocol of the Convention had been violated by the expropriation. The court did not pronounce that compensation be paid to the complainants.

**II. Decisions against Azerbaijan**

For the period 1 September 2009 – 31 December 2010, the European Court of Human Rights determined that **Az-eri authorities** violated the Convention in 22 cases. In addition, there were six cases in which the court regarded the complaints to be inadmissible (Nos. 5763/07, 4582/06, 36084/06, 16133/08, 36122/06 and 4242/07), while another six were withdrawn from the Registry (Nos. 20889/05, 13648/06, 26216/08, 26287/06, 46193/08 and 11916/06).

Violations were mainly determined to have breached the following articles: Article 2 (Right to Life), Article 3 (Prohibition of Torture), Article 5 (The Right to Liberty and Security of Person), Article 6 (Right to a Fair Trial), Article 10 (Right to Freedom of Expression), Article 11 (Right to Freedom of Assembly and Association), as well as Article

1 of the First Additional Protocol (Protection of Property) and Article 3 of the First Additional Protocol (Right to Independent Elections).

**Tebieti v. Azerbaijan**

(Judgment of 8 October 2009, No. 37083/03)

The applicants were a non-profit non-governmental organisation in the environmental field, functioning in Azerbaijan between 1995 and 2002. On the basis of alleged violations of Azeri legislation and the organization's statutes, the Association was dissolved in March 2003.

However, the Association's unlawful actions had not been proved and the domestic courts' decision to dissolve it was thus deemed arbitrary and a violation of Article 11. The court ordered that the applicant be paid 8,000 Euros in compensation.

**Maksimov v. Azerbaijan**

(Judgment of 8 October 2009, No. 38228/05, violation of Article 6 § 1)

**Seyidzade v. Azerbaijan**

(Judgment of 3 December 2009, No. 37700/05)

The complainant, a citizen of Azerbaijan, applied to a Central Election Commission to run as a candidate in the parliamentary elections of November 2005. For some time prior to this, he had been a member of the Supervisory Board of the Caucasus Muslims. Despite the fact that he no longer carried out such professional religious duties, the Constituency Electoral Commission, as well as the courts, refused to allow him to register as a candidate.

The European Court of Human Rights considered that this was a violation of Article 3 of the First Additional Protocol to the Convention and determined that the applicant be paid 7,500 Euros in compensation.

**Humbatov v. Azerbaijan**

(Judgment of 3 December 2009, No. 13652/06, violation of Article 6 § 1 of Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention)

and

**Mirzayev v. Azerbaijan**

(Judgment of 3 December 2009, No. 50187/06, violation of Article 6 § 1 of Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention)

**Mikhail Mammadov v. Azerbaijan**

(Judgment of 17 December 2009, No. 4762/05)

The applicant, an ethnic Azeri and IDP from Nagorno Karabakh, complained that during eviction from an illegally occupied residence, when his spouse committed suicide by pouring kerosene over herself and lighting it, the police

provoked and in no way tried to prevent the suicide even though they had means to do so.

The European Court of Human Rights ruled that this was a violation of Article 2 of the Convention, stating that during court investigations factual circumstances had not been properly investigated in order to ascertain whether the police were guilty and whether the government had fulfilled its relevant responsibilities in the matter. The applicant was awarded compensation in the amount of 20,000 Euros.

#### **Jafarov v. Azerbaijan**

(Judgment of 11 February 2010, No. 17276/07, violation of Article 6 § 1 of Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention)

#### **Namat Aliyev v. Azerbaijan**

(Judgment of 8 April 2010, No. 18705/06)

The applicant stood for parliamentary elections in November 2005 as a candidate of the opposition bloc *Azadliq*. According to the Constituency Electoral Commission, the applicant received only 14.19% of votes in one of the electoral districts. The applicant claimed there had been many violations – an allegation which was confirmed by OSCE observers. However, the Constituency Electoral Commission and courts rejected the applicant's complaint as unsubstantiated without further elaboration.

The European Court of Human Rights concluded that the conduct of the electoral commissions and courts and their respective decisions had revealed a lack of any genuine concern for the protection of the applicant's right to stand for election; thus, it ruled that Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention had been violated.

#### **Fatullayev v. Azerbaijan**

(Judgment of 22 April 2010, No. 40984/07)

The complainant, a citizen of Azerbaijan, was the founder and chief editor of two daily newspapers published in the Azerbaijani language, and *Realny Azerbaijan* published in Russian. The newspapers were widely known for publishing articles that harshly criticized the Government and various public officials. Two sets of criminal proceedings were brought against the applicant in connection with two articles published by him in *Realny Azerbaijan*. The courts sentenced him to eight and a half years in prison. Moreover, in civil proceedings, the applicant was ordered to publish a retraction of his statements and pay 17,000 Euros for non-pecuniary damage.

The European Court of Human Rights determined that Article 10, Article 6 § 1 and 2 of the Convention had been violated.

#### **Gulmammadova v. Azerbaijan**

(Judgment of 22 April 2010, No. 38798/07: violation of Article 6 § 1 of Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention; compensation: 4,800 Euros) and

#### **Hasanov v. Azerbaijan**

(Judgment of 22 April 2010, No. 50757/07: violation of Article 6 § 1 of Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention; compensation: 4,800 Euros)

#### **Garayev v. Azerbaijan**

(Judgment of 10 June 2010, No. 53688/08)

The applicant, an Uzbek national, was detained in April 2008 on charges of the murder of six persons and the mutilation of their corpses. He alleged that, if extradited, he would be at risk of being tortured by the Uzbek law-enforcement authorities. He also complained that his detention pending extradition was unlawful and that there had been no judicial review of his detention.

The European Court of Human Rights ruled that if the expulsion order was enforced, Article 3, and Article 5 §§ 1 (f) and 4 would be violated. The Court also ordered that the applicant be paid 16,000 Euros in compensation.

#### **Hajiyeva and others v. Azerbaijan**

(Judgment of 8 July 2010, No. 50766/07: violation of Article 6 § 1 of Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention; compensation: 1,600 up to 4,800 Euros) and

#### **Isgandarov and others v. Azerbaijan**

(Judgment of 8 July 2010, No. 50711/07: violation of Article 6 § 1 of Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention; compensation: 1,600 up to 4,800 Euros)

#### **Jafarli and others v. Azerbaijan**

(Judgment of 29 July 2010, No. 36079/06, violation of Article 6 § 1 of Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention)

#### **Kerimova v. Azerbaijan**

(Judgment of 30 September 2010, No. 20799/06)

The complainant, a citizen of Azerbaijan, stood for parliamentary elections in November 2005 as a candidate of the opposition bloc *Azadliq*. She was registered as a candidate by the Constituency Electoral Commission (ConEC). According to the protocols, she received the largest number of votes in the constituency – even though falsifications were directed against the applicant, she was still the winner according to the doctored results announced by

the ConEC. Thus, the ConEC protocol indicated that the applicant was “the elected candidate”. After this, however, the Central Election Commission (“the CEC”) issued a decision that invalidated the election results.

The European Court of Human Rights considered that the authorities had acted unfairly and arbitrarily; it determined that Article 3 of the First Additional Protocol to the Convention had been violated. Given the inherent ambiguity in any attempt to estimate the real losses sustained by the applicant, the Court decided that as an equitable compensation for losses she should be awarded 50,000 Euros; another 1,600 Euros was also awarded for non-pecuniary damage.

#### **Safarova v. Azerbaijan**

(Judgment of 14 October 2010, No. 35507/07, violation of Article 6 § 1, Article 13 of the Convention and Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention)

#### **Farhad Aliyev v. Azerbaijan**

(Judgment of 9 November 2010, No. 37138/06)

and

#### **Salayev v. Azerbaijan**

(Judgment of 9 November 2010, No. 40900/05, not enforced)

The applicants, citizens of Azerbaijan, were Farkhad Aliev, former Minister of Economic Development, and Salaev, former President of the Azerbaijani National Academy of Science. Farkhad Aliev was detained on the grounds that he was plotting to overthrow the Government/usurp State power. Initially he was detained for several hours but later he was kept for several days in a pre-trial detention cell before a court pre-trial hearing. However, following that hearing, he was imprisoned for a total of two years and six days before trial. His lawyer was not permitted to be present during examinations and Salaev, who was called for as a witness, was also imprisoned before trial for seven hours.

The European Court of Human Rights determined that such actions represented a violation of the Convention under Article 5, parts 1, 3 and 4, as well as Article 6, part 2.

#### **Faber Firm and Jafarov v. Azerbaijan**

(Judgment of 25 November 2010, No. 3365/08: violation of Article 6 § 1 of Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention; compensation: 4,800 Euros)

#### **Maradverdiyev v. Azerbaijan**

(Judgment of 9 December 2010, No. 16966/06)

The applicant, a citizen of Azerbaijan, was detained as a witness during Azerbaijan’s parliamentary elections in November 2005 and charged with the attempted organisation of mass disorder and usurpation of State power by force. He was in pre-trial detention for one year and nine

months (the pre-trial detention was extended a number of times). In October 2005, prior to conviction, it became publicly known that the applicant was being detained for a failed *coup d’etat* that was allegedly planned by high-ranking officials and was to be carried out after the parliamentary elections.

The European Court of Human Rights determined that the pre-trial detention was a violation of Article 5 § 3 of the Convention and that Article 6 § 2 had been violated when the public was encouraged to believe that the suspect was guilty before the case had even gone to trial.

#### **Ismayilova v. Azerbaijan**

(Judgment of 9 December 2010, No. 18696/08, violation of Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention)

### **III. Decisions against Georgia**

For the period 1 September 2009 – 31 December 2010, the European Court of Human Rights determined that the **Georgian authorities** violated the Convention in six cases. In addition, there were six cases in which the court regarded the complaints to be inadmissible (Nos. 55793/09, 44328/05, 40091/04, 9297/08, 21519/05 and 46365/06), while nine more cases were withdrawn from the Registry (Nos. 19358/09, 14127/05, 16956/09, 32553/04, 52196/08, 28263/07, 6024/10, 9934/10 and 43253/08).

Violations were mainly determined to have breached the following articles: Article 2 (Right to Life), Article 3 (Prohibition of Torture), Article 5 (The Right to Liberty and Security of Person), Article 6 (Right to a Fair Trial), Article 8 (Right to Respect for One’s Private and Family Life), as well as Article 1 (Protection of Property) and Article 3 of the First Additional Protocol (Right to Independent Elections).

#### **Gorgiladze v. Georgia**

(Judgment of 20 October 2009, No. 4313/04)

The complainant, a citizen of Georgia, has been convicted for murder and sentenced to 18 years in prison in Tbilisi. He complained about the poor conditions and overcrowded cell as well as about the absence of basic sanitary conditions. In addition, the applicant highlighted the illegal arrangements of the first instance court composition.

The European Court of Human Rights determined that Article 3 and Article 6 § 1 of the Convention had been violated and ordered the State to pay 50,000 Euros in non-pecuniary damages.

#### **Panjikidze and others v. Georgia**

(Judgment of 27 October 2009, No. 30323/02)

The applicants, all citizens of Georgia, were arrested in May 1999 and in December of the same year were

charged with preparing a plot to overthrow the incumbent authorities. In November 2001, the Criminal Bench of the Supreme Court, composed of one professional judge and two lay judges (*msajuli*), found the applicants guilty of high treason in the form of a plot against the constitutional order and sentenced each of them to three years in prison. In January 2002, the Criminal Bench, composed of three professional judges, upheld the current judgment.

The Court ruled that since the judges presided in a judicial practice that lacked sufficient legal basis in domestic law, the bench on which they sat did not amount to a “tribunal established by law”; therefore, it unanimously held that Article 6 § 1 had been violated.

#### **Klaus and Jouri Kiladze v. Georgia**

(Judgment of 2 February 2010, No. 7975/06)

Both applicants, citizens of Georgia and brothers, were victims of political repression. In 1998, they applied to the authorities requesting compensation for pecuniary and moral damages in correspondence with legislation in force. Their request was rejected.

The European Court of Human Rights ruled in favor of the applicants, deeming that Article 1 of the First Additional Protocol to the European Convention on Human Rights (Protection of Property) had been violated. The applicants were awarded 4,000 Euros each as compensation for damages.

#### **Saghinadze and others v. Georgia**

(Judgment of 27 May 2010, No. 18768/05)

The complainant was a Georgian family comprising IDPS from Abkhazia. The head of the family, a high-ranking official in the Abkhazian Ministry of the Interior, received a house due to his current position. He and his family were settled in a cottage belonging to the Ministry, situated on the outskirts of Tbilisi (known as “the cottage”). In June 2004, the applicant was dismissed from his position and in November of that year, a group of about sixty armed special force agents broke into the cottage and, without any legal document authorising their actions, forcibly ousted Saghinadze’s family members and relatives who were present in the cottage at the time. The civil proceedings and criminal complaints that were filed had no results. In June 2006, the applicant was arrested and moved to pre-trial detention. In 2007, Mr Saghinadze was sentenced to seven years in prison. He is currently serving his sentence.

The European Court of Human Rights determined that the Georgian authorities had violated the rights of the applicant according to Article 5 § 3 and 4, Article 8, as well as Article 1 of the First Additional Protocol to the European Convention on Human Rights; he received compensation in the amount of 15,000 Euros.

#### **Tchitchinadze v. Georgia**

(Judgment of 27 May 2010, No. 18156/05)

Violation of Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of the First Additional Protocol to the Convention; compensation: 5,000 Euros)

#### **Khaindrava and Dzamashvili v. Georgia**

(Judgment of 8 June 2010, No. 18183/05)

The applicants were Mr Khaindrava and his wife, both Georgian nationals. In 1997, as a result of family strife, Mr Khaindrava was attacked in his home as part of a murder attempt by hired killers. The applicant tracked the assailants and handed them over to the competent State legal authorities; however, in 2000, 2001 and 2004, the authorities refused to carry out investigations. Instead, the applicant himself was arrested and sentenced to seven years in prison in order to prevent him from taking revenge.

The European Court of Human Rights determined that the State had failed in its obligation to carry out an effective investigation of the alleged assault on the applicant’s life (in 1997) and that there had therefore been a violation of Article 2 (Right to Life) of the European Convention in its procedural aspect (the investigation). The court ordered the state to pay 12,000 Euros in damages.

# COMMENTS ON COURT DECISIONS

## The Specifics of Resolving Issues that Occur During the Review of Disputes over Labour Relations: Examples from Georgian Administrative Proceedings

Nino Kadagidze<sup>1</sup>

### I. Introduction

*The dynamic nature of public law and the complexity of the jurisdiction system, with its clear division between public and private laws, created a situation in which the issue of division was still pressing despite the fact that General Administrative and Administrative Procedures Codes had been adopted more than a decade ago. Pursuant to Article 42 of the Constitution of Georgia, any individual shall only be tried by the court with the relevant jurisdiction. Thus, due to the abovementioned Constitutional principles, jurisdiction over this or that type of case became an issue of paramount importance.*

### II. Administrative Justice in Georgia

Similar to the Roman-Germanic legal system, contemporary Georgian law is divided into the public and the private. We cannot say that such a division was previously unknown in Georgian law – at the theoretical level this issue has always been discussed at all stages of the development of the Georgian legal system. The adoption of various public legal relations that regulated different acts was meant to separate these two areas at the legislative level; however, it should be mentioned that, in Georgia, these two areas were ultimately separated only after the adoption of the General Administrative Code.

The introduction of a different type of administration of justice was caused by differences in the administrative-private relationship's vertical nature as it regulated relations between state bodies and individuals as well as by issues of inequality.

Despite the fact that the Constitution of Georgia and the organic law of Georgia on Common Courts provides for a single system of common courts in Georgia (regional (city) courts, appellate courts and the Supreme Court of Georgia) and the fact that legislation does not envisage the creation of separate administrative courts, it should be noted that the administrative court, as guided by the Administrative Procedure Code (which was designed according to alternative

principles), functions as an integral part of the single judicial system via collegia and relevant chambers at the city, appellate and concession levels.

The transition to the new legislative format and alternative legal regulations was not painless for Georgia.

Indeed, from the very first stage of the adoption of the Georgian legislation on administrative procedures, the issue of the need to review cases in accordance with jurisdiction became a pressing and thorny issue. The hearing of a case by a court of incorrect jurisdiction was considered as heard by the illegitimate panel and, in accordance with Article 394.a of the Civil Procedure Code of Georgia, led to the unconditional abolishment of the case. Such procedure became the subject of debate among judges. The following question was raised: is it possible to declare the panel of the court illegitimate merely for, willingly or unwillingly, hearing a case beyond its jurisdiction?

Eventually a consensus was reached: it was decided that the illegitimate panel of the court represents an internal feature of such a panel and must remain such regardless of whether a case is heard and regardless of whether correct jurisdiction has been observed; the illegitimate panel of the court can never be considered as lawful unless the reason for its illegitimacy is eliminated.

While it is true that this consensus does not address the issue of whether there are grounds for the abolishment of the case being reviewed in violation of jurisdiction, a new approach resolves this matter: it is now considered inadmissible to hear a case based on proceedings containing alternative or different principles – the fact that justice was administered based on a principle that should not have been applied is perceived as a violation of procedural legislation and thus leads to the abolishment of the decision.

Although the prudence of such a decision cannot be denied, I believe that this decision raises other pressing problems. For instance, the following question arises: is there any conflict with such fundamental principles as disposition of parties or the adversarial principle? The court, in strict observance of the law, shall execute the order given by the parties; the court may not exceed the demands of parties and shall remain in the limits of such demands. In conditions where a party does not request abolishment of the decision on the grounds that their case was heard by an inappropriate court and where the claims concern only the incorrect definition of the legal category of the court, is the court authorized to abolish the decision based on the grounds that the case was heard in accordance with an alternative principle of administration of justice – even if it is obvious that the decision was correct and the demand clearly has clearly no legal aspects?

To date, there has been some controversy over the re-

<sup>1</sup> Nino Kadagidze is a Judge of the Supreme Court of Georgia

view of labour disputes. Before moving to the problem of jurisdiction, which is still an issue in this category of disputes, I would like to elaborate on a matter that arose after the administrative legislation provided a new definition of an administrative act and after a new concept of an administrative contract was introduced into the Georgian legislative framework.

The question here is: which norms should be applied in order to resolve disputes arising from labour relations? Namely, the origination as well as the termination of the labour relationship should be reviewed according to contractual norms if they are to be evaluated from the point of view of the legality of the act.

Different opinions on this matter and a lack of unified practice led to The Supreme Court of Georgia's Administrative Cases Chamber deeming it necessary to extend the jurisdiction of the Supreme Court over such matters.

The decision of 21 October 2002 of the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia indicates that although the order to dismiss a public servant contains all the elements of the legal definition of an administrative act (as prescribed by Article 2.1.d of the General Administrative Code), the outcome of the order is the termination of public labour relations and, therefore, the order to appoint or dismiss an employee does not represent an administrative act but is rather an expression of the unilateral will of the administrative body, which is aimed at the origination, alteration or termination of a public labour relationship. Based on this, the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia stated that disputes on the legality of appointment/dismissal orders should have been reviewed jointly in terms of their relation to the establishment or termination of an administrative agreement and that the court should have judged the legality of the termination of the administrative agreement and not the administrative act itself (Case no.3c – ad – 23c – 02, 21.10.2002<sup>2</sup>).

Despite the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia's decision, debate over the appropriateness of reviewing labour related disputes within contractual relations persists; as a result, the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia returned to the issue on 7 October 2005 (case no.bs- 713 – 300(k- 05) 07.10.2005<sup>3</sup>). It should be noted that its decision radically transformed judicial practice.

The Grand Chamber of the Supreme Court indicated that in order to establish the way in which the will of the administrative body was expressed, it was sufficient to examine the way in which the administrative act was issued (i.e. whether it was an 'order', 'decree', etc.) – even if the administrative body selected a type of act that was incorrect for the circumstances (i.e. it breached requirements of

relevant legislation). Judicial authorities have neither the right (the opportunity) to correct any such errors by changing the form of the act nor the right to offer the subject (addressee) other legal remedies to protect his/her rights.

The Grand Chamber of the Supreme Court indicated that the agreement is a unilateral, bilateral or multilateral expression of will aimed at the origination, alteration or termination of a legal relationship. When origination, alteration or termination of the legal relationship depends on the will of one person, it is called a unilateral agreement. During the termination of a labour relationship, the administrative body's expression of will derives not from the desire to establish or terminate the agreement but from the legal authority to execute a public relationship – i.e. when it executes its management function, its will is expressed not in contractual form but in the form of a binding administrative act.

Based on the above, the Grand Chamber of the Supreme Court stated that orders on origination/termination of labour relations should have been viewed not as an administrative agreement but as an individual administrative act and, therefore, that the verification of its legality should have been performed from this point of view.

Following the decision of the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia, the Georgian judiciary views decisions on dismissal of public servants as individual administrative acts, which, in addition to providing legal clarity, also ensure higher quality protection for public servants. That is to say that the court now examines not only the legality of the dismissal decisions but also the adoption/issuance procedures, i.e. the legality of the issuance of the act in question. Such an approach forces administrative bodies to substantiate and explain the appropriateness of their adopted decisions for every single case. In addition, if the court establishes that the formal requirements for an act's issuance have been violated, the court considers the act null and void and instructs the administrative body in question to adopt a new administrative act after the circumstances of the case have been (re)examined. In such situations, it is considered that the act was never adopted and the person is thus compensated for time and money lost before the issuance of the new act.

Despite this established practice, there is a counterview. It argues that the annulment of the act should not lead to reinstatement of the individual's primary rights (i.e. temporary reinstatement in his previous position) and should not form grounds for compensating time and money lost since in this case the boundary between 'annulment of the act' and 'recognition of the act as null and void' will be eliminated.

While I disagree with this argument in itself, merely the fact that a disproportionate amount of power is inherent in administrative legislation should mean that administrative bodies must act within the limits of the law and the Court's approach secures that – it minimizes the discretionary powers of the administrative body and ensures compre-

<sup>2</sup> Decisions of the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia, 2003-2004, P. 73-823

<sup>3</sup> Decisions of the Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia, Administrative cases, anniversary issue, P. 28-40

hensive judicial control. This approach may be thought of as a kind of punishment mechanism for the administrative body when it fails to apply, or only partially applies, administrative procedure such that a natural person is not provided with the opportunity to defend themselves with their own opinions and arguments and when it decides the matter unilaterally due to its dominant position. Indeed, I believe that the Court's position will facilitate the development of administrative proceeding's culture and activate a legal mechanism without which the development of the rule-of-law state will be impossible.

Although advances have been made, it should be noted that the issue of separating disputes that arise from civil labour relations from that arise from administrative relations still represents a pressing issue in the country; general criteria are quite clear, but the legal nature of disputes that arise from labour relations of individuals employed by legal entities of public law is still hazy.

Pursuant to Article 2 of the Law of Georgia "On Legal Entities of Public Law", a legal entity of public law is an organization, created in accordance with a relevant presidential decree or a public administration body's administrative act, that carries out, under state supervision, political, public, social, educational, cultural or any other activity. Clearly, legal entities of public law are very often created for the purpose of discharging management (administrative) functions even though an employee of that legal entity of public law may not meet the criteria of 'public servant' as established by the Law on Public Service – that is, a Georgian citizen who, in accordance with the Law on Public Service or the position held, carries out paid activities within state or local self-governance institutions.

The courts arrived at the opinion that an individual who does not fall under the legal definition of public servant as prescribed by the Law on Public Service may not be considered a public servant. Thus, the courts established that when a dispute over dismissal and compensation of time and money lost relates to an ordinary employee of a legal entity of public law, the dispute should not be heard under administrative law for three major reasons: 1. As a rule, a dismissal order given to an employee of a legal entity of public law is based on the Labour Code and thus represents a legislative act of private law; 2. Article 2 of the Law of Georgia on Public Service provides a definition of a budgetary organization and an exhaustive list of state institutions whose activities are considered public service, but that list does include 'a legal entity of public law'; 3. Employees of legal entities of public law are not included in the registry of public service positions.

It is noteworthy that a different approach is deployed towards managers of legal entities of public law (LEPLs). The rationale for this is that unlike ordinary employees, managers of LEPLs are appointed/dismissed by the President of Georgia or the state body defined by law (Presidential Decree); at the same time, the activities of LEPL

managers include administrative functions, state controls and elements of state limitation that are established for such positions. Therefore, appointment and dismissal of LEPL managers takes place based on an individual administrative act issued by administrative bodies.

I do not think that such a distinction will create problems in terms of legal interpretation of norms; however, the issue of how LEPL managers and employees appointment/dismissal acts are examined raises certain questions in terms of the formality of the procedure. Is it possible for the court to fill the legislative gap via legal interpretation and grant a different status to managers and employees? In this case, shall the legal status of the legal entity become the basis of such a distinction?

It is a fact that the major difference between the legal entities of private and public laws lies in the level of freedom they are given to achieve their goals. The principle of private autonomy fully applies to the origination and activities of the legal entity of private law – it represents a fully-fledged body of public labour turnover and has the right to perform any legally permitted activity as long as there is no statute containing restrictions on such activity. The same does not apply to the LEPL. LEPLs are created by the state for the purpose of achieving a specific goal and it remains under state control throughout its existence; it does not represent a fully-fledged body of public labour turnover. Thus, in the case of LEPLs, we are speaking about a relationship that is based on state control and, consequently, elements of public law apply to all areas of the LEPL's functions and activities as well as special regulations. This is why review of the dispute in this area by a court functioning in accordance with alternative proceedings may cause a certain amount of confusion and controversy. In my opinion, it will be better if all such debatable issues are defined at the legislative level in order to minimize liberal interpretation of norms.



# European Court of Human Rights: Khaindrava and Dzamashvili vs. Georgia (#18183/05)

Elena Fileeva<sup>1</sup>

On 8 June 2010, The European Court for Human Rights adopted another decision against Georgia after hearing the claim of Khaindrava and Dzamashvili<sup>2</sup>. This article reviews the given case in terms of the logical development of the European Court's practice in regard to Article 2 of the Convention. The case prompted the Court to reassert that the right to life guaranteed by the Convention is usually violated in life-threatening circumstances; in addition, the Court's decision indicated that the scope of the Convention's application extended to violations committed in Georgia prior to Georgia's ratification of the Convention.

The applicants, Givi Khaindrava and his wife Mary Dzamashvili, were residents of Tbilisi. In 1997, the applicants were assaulted in their own house in the Georgian city of Martvili. After receiving violent punches, they were struck on their heads with firearms and fell to the ground. The following day, the applicants' family filed a complaint to the prosecutor's office; however, law enforcement agencies did not respond in any way.

After the assailants' unsuccessful murder attempt, they continued to threaten the applicants and offered a meeting. The victim agreed to meet them with the intention of giving the prosecutor and investigator an opportunity to investigate the crime. On 24 September 1994 the applicant arranged a meeting and filmed it. The video recording reveals that the assailants certified that they had committed assault and explained that it had been organized by someone known as A.G. (it later transpired that the applicant and the instigator of the crime were long time enemies). The assailants had been promised fifty thousand dollars if they managed to kill Khaindrava and 1,500 if he remained alive. In addition, the video recording contained information about the assailants, who were wanted for various crimes, including assassination and kidnapping. One of them was wanted for prison escape. In addition, the recording revealed that the criminals were supported by a police officer. During a meeting with the prosecutor, the applicant told the prosecutor that in his opinion it was high time for the prosecutor's office to act and that the prosecutor's office would be responsible for any further consequences. After that, the district prosecutor proposed to the criminals that they stop their actions against the applicant

as a gesture of good will; but the criminals refused.

Later, in 2002, the applicant was arrested for extortion, illegal transportation of weapons and the illegal detention of one of A.G.'s children (back in 1994). According to the applicant, the real reason for his arrest was that A.G.'s children (two of which served in the police) were afraid that the applicant might take revenge and thus detained him to ensure the safety of their father. The arrest had been preceded by a meeting of Khaindrava with A.G.; however, the content of their conversation remains unknown.

After some time, in the proceedings of another criminal case, a third person K (who participated in the assault on Khaindrava and his wife) stated that he had been at Khaindrava's home on the night of the assault along with two other assailants. According to K., the two other assailants were in Khaindrava's house at their own initiative and not on the order of A.G. He said that the assailants had pointed to A.G. because Khaindrava found them after the assault and insisted that they name A.G. as the instigator of the murder attempt. However, later in prison, K addressed judicial and investigative authorities and informed them that he provided such testimony under the coercion of A.G.

Based on the complaint of Dzamashvili, the other applicant, which was filed to the prosecutor general, the prosecutor's office of Martvili reviewed the material in the case, including the video footage, and certain actions were taken, including the taking in of suspects for questioning. However, the applicant, along with K, refused to testify; they had doubts about the independence and impartiality of the prosecutor in charge but did not express them. As for A.G., he denied any participation in the given incident and claimed he had no grounds or reasons for a murder attempt. Naturally the case was closed. Later, however, according to the decision of the prosecutor general, the case was reopened and a new investigation launched. The Prosecutor General's Office transferred the case for further investigation to the regional prosecutor's office, but no progress was achieved. Following the publishing of an open letter addressed to the president of Georgia by the wife of the applicant, the prosecutors that participated in the meeting of 24 September 1998 were interviewed; they testified that upon return from that meeting, one of them had orally informed the regional prosecutor.

After that, the applicant's wife addressed the prosecutor of Martvili and requested that action be taken in the case. Khaindrava himself addressed the Prosecutor General's Office with a request to institute a criminal case, stating that the new government (which had come into power after the so-called Rose Revolution in 2003) assumed a new policy of prosecuting previous public servants for abuse of power. He expressed the hope that his case would probably now be investigated; however, the prosecutor's office neglected the request. Khaindrava then filed an administrative claim against the officials regarding their failure to act. Nevertheless, no result ensued. Moreover, the gov-

<sup>1</sup> Elena Fileeva is a lawyer of the organization "Article 42 of the Constitution of Georgia" and member of the management board of the organization, which deals mainly with cases of strategic judicial proceedings in order to reform legislation and judicial practice.

<sup>2</sup> The lawyers of the applicants are Zaza Khatishvili (currently chairman of the GBA) and Tsira Javakhishvili, a lawyer of the organization "Article 42 of the constitution of Georgia".

ernment of Georgia failed to submit the materials of the relevant proceedings to the European Court, even though the latter had requested them.

After Khaindrava and Dzamashvili had lost all hope of resolving the case at the national level, they addressed the Strasbourg Court. In their application to the European Court on Human Rights they indicated violation of Articles 2, 3, 6 and 13 of the European Convention on Human Rights.

#### The Court reviewed the case as follows:

Based on the European Court's existing practice<sup>3</sup>, the Court reasserted that in such cases, for the purposes of Article 2, the obligation to conduct an effective investigation should be treated separately. Thus, as prescribed by Article 2 of the Convention, it is the state's immediate obligation to investigate the crime even if it was committed before the accession of Georgia to the Convention<sup>4</sup>. Moreover, based on the requirements of Article 2, the Court deemed it necessary to thoroughly study the obligation of the state to conduct an effective investigation.

Consequently, the Court arrived at the following conclusions: based on previous decisions, namely *McCann et al vs. United Kingdom* (27 September 1995, §§ 161-163, Series A, No.324), the Court repeated that it never questioned the fact that although the applicant remained alive his life was under threat due to the committed assault. The Court restated the meaning of the right to life: "the first sentence of Article 2 obliges the state not only to refrain from illegal deprivation of life but also to take all necessary measures for its protection. The above-mentioned represents the key obligation of the state – to ensure the right to life by adopting legislation that will provide a mechanism for prevention and punishment (*Karagiannopoulos vs. Greece*, No.27850/03, § 53, 21 June 2007). The European Court deemed that the scope of Article 2 means that the state is obliged to take practical measures for persons whose life is at risk (*Scavuzzo-Hager et al vs. Switzerland*, No.41773/98, § 51, 7 February 2006).

The Court reminded that in the light of Article 2 of the Convention, the obligation to protect the right to life – in combination with Article 1 ("...in the framework of [the state's] competence to ensure the rights and freedoms determined by the Convention...") – means and implies that when we talk about the fact of violent death, an official investigation of any form must be conducted (*Tahsin Acar vs. Turkey* [GC], No.26307/95, § 220, CEDH 2004-III).

In the given case, the Court described in great detail the kind of investigation that must be conducted during the review of a case. The Court reaffirmed the opinion of its current practice that investigation of the case must be comprehensive, impartial and appropriate (*McCann et al*

*vs. United Kingdom*, 27 September 1995, §§ 161-163, Series A, No.324, and others), independent, accessible for all family members, and effective – in terms of the willingness to investigate and the speed of investigation. In addition, the public must be provided with the opportunity to observe the case and, where possible, should end with the identification of those responsible and their punishment (*Varnava et al vs. Turkey* [GC], Nos.16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 191, CEDH 2009; *Oğur vs. Turkey* [GC], No.21594/93, § 88, CEDH 1999-III).

The Court also expressed its opinion about the quality of investigation, stating that any shortcomings hindering detection of the individuals responsible might lead to a generally inefficient (*Aktaş c. Turkey*, No.24351/94, § 300, CEDH 2003-V). Despite complications and obstacles during an investigation, the quick response of investigative authorities in matters of life and death represents the most important factor in keeping the trust of the public towards the justice system and avoids accusations of administrative shortcomings (*McKerr vs. United Kingdom*, No.28883/95, §§ 111 and 114, CEDH 2001-III ; *Brecknell vs. United Kingdom*, No.32457/04, § 65, 27 November 2007).

The Court believed that in the given case, the fact of life-threatening circumstances were sufficiently presented by the applicant as well as his wife to the prosecutor's office, which represented a competent authority but failed to provide an adequate response. Indeed, after the testimony of K, the prosecutor's office had sufficient grounds for the relevant response which never followed.

The Court provided its assessment by noting that although the questioning of K in April 2000 had provided representatives of the prosecutor's office with information about the assault on the applicant and the danger to his life, the prosecutor's office failed to make an adequate response. In addition, the applicant had requested an investigation into the officials' failure to act but this request had been ignored, while the Georgian government had failed to submit procedural documents (on the administrative case instituted during the criminal investigation) that the Court had requested.

The Court deemed that the relevant law enforcement bodies should have paid more attention since it was their obligation to verify information at any necessary time, while representatives of state authorities should have employed all means possible in order to obtain necessary evidence – the legal reforms of 25 March 2005 did not affect the obligation to institute a criminal case<sup>5</sup>. Despite the second request of the applicant, state representatives failed to respond. The only action taken was the meeting between the prosecutor and the alleged criminals, but even after this, there was no follow up.

<sup>3</sup> *Silih vs. Sloveny*, 3 71463/01]] 148-151, 2009, Moldovan et autres, et Rostas et autres c.Roumanie, 3 41138/98 et 64320/01, 2001)

<sup>4</sup> Accession took place on 20 May 1999.

<sup>5</sup> On this date, the Criminal Legislation was amended; however, the amendments were not related to the obligation of state authorities to investigate the crime.

In the Court's opinion, the Prosecutor General's Office failed to respond effectively despite the lack of action from the regional prosecutor (no attempts were made to ensure cooperation and deal with the ongoing requests of the applicant).

The Court noted that evidence in the case shows that the applicant, the assailants, the alleged instigator of the assault, and the regional prosecutor (and his deputy) knew each other very well. The prosecutor had connections with the well-known public figure and chose to ignore the legal demands of the applicant. The Strasbourg Court expressed its regret that the failure of certain bodies to fulfill their obligations had facilitated the hostility which had led to the detention of the applicant.

Based on the above, the Court concluded that the government of Georgia had failed to ensure that the obligation to effectively investigate the assault on the applicant had been fulfilled and, therefore, that the state had violated the positive requirements of the Convention. Thus, the Court ruled that the procedural aspects of Article 2 of the Convention had been violated.

Following its thorough review of the case in relation to Article 2, the Court deemed it unnecessary to examine what bearing Articles 3, 6 and 30 had on the case; it stated that the recognition of a violation of Article 2 superseded all other violations<sup>6</sup>. The Court's approach in this matter is regrettable since its opinion about other violations of the Convention was not expressed – namely, the failure to investigate the assault, a violation of Article 3, and the indirect refusal of law enforcement bodies to institute a criminal prosecution, a violation of the right to fair trial (Article 6 and 13).

Finally, in accordance with Article 41 of the Convention on just compensation, the Court ruled that the Georgian government must pay the applicant compensation of 12,000 Euros to cover moral damages.

---

<sup>6</sup> It states: "by determining a violation of Article 2 of the Convention, the Court believes that it reviewed the major legal issues of the claim concerned" (paragraph 72).

# European Court of Human Rights: Case *Khaindrava and Dzamashvili* *v. Georgia*

Nana Mchedlidze<sup>1</sup>

## I. Introduction

The judgment in the case of *Khaindrava v. Georgia* is the second finding of the European Court of Human Rights concerning a violation of the right to life by a state of the South Caucasus. The Court unanimously found the violation of Article 2 of the European Convention of Human Rights in its procedural limb despite the fact that the Court could not examine the substantive aspect *ratione temporis*. While the Court confirmed the progressive change in its recent jurisprudence, it did not find it necessary to examine the applicants' complaints separately under Articles 3, 6 and 13 of the Convention and resolve inconsistencies existing in this regard. The judgment has become final under Article 44.2 of the Convention. It is only available in French.

To date, there are few judgments of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as "the Court") concerning the violation of the right to life within the jurisdiction of the Council of Europe's three Member States in the South Caucasus. The first such judgment was adopted in the case of *Mikhail Mammadov against Azerbaijan* in 2009<sup>2</sup>, which concerned the violation of the right to life in a suicide case. A year later, another judgment was adopted in *Khaindrava and Dzamashvili v. Georgia* concerning the authorities' failure to investigate an attack on an individual's life.<sup>3</sup> (To date, there are no findings on the violation of the right to life reached against Armenia.)

The Court's judgment in *Khaindrava* is of historical significance; it was the first judgment in which the violation of the right to life by Georgia was found.<sup>4</sup> It was adopted eleven years after the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("ECHR", hereinafter referred to as "the Convention") had entered into force in Georgia (20 May 1999). The *Khaindrava* judgment is also remarkable in that it maintained the Court's recent approach to the procedural limb of Article 2 as being detached from the substantive aspect – i.e. the Court may exercise temporal jurisdiction over procedural aspects even if substantive aspects are inadmissible *ratione temporis*. This approach was notably manifested via an effective investigation into the actions of private persons. Further-

more, no actual death took place in the *Khaindrava* case and yet the Court still deemed that procedural obligations had come into force.

While the Court applied its case law on Article 2 to the domestic proceedings in detail, it did not find it necessary to examine the complaint concerning effective domestic investigation from the perspective of Articles 3, 6 and 13. The judgment in *Khaindrava* has already served as an authority in the Court's subsequent jurisprudence, namely, in the *Tsinstabidze* case.<sup>5</sup> Considering the relevance of the issues of temporal jurisdiction and effective domestic investigation in sensitive cases of murder in the region, it is highly possible that the *Khaindrava* judgment will be referred to again in further cases against the states of the South Caucasus.

Thus, the present article reviews the judgment of *Khaindrava and Dzamashvili v. Georgia* by critical analyzing the procedural aspect of Article 2 of the ECHR and its link with Articles 35.1, 3, 6, and 13. After providing the background to the case and the rationale for the Court's findings, the article examines the historical evolution of the procedural aspect of Article 2 and the relevant inconsistency in the Court's jurisdiction in terms of how it imposes procedural obligations on states.

## II. The Case of *Khaindrava and Dzamashvili v. Georgia*

### 1. The Background to the Case

The Court was requested by the applicants, Guivi Khaindrava and his wife Mari Dzamashvili, to deliver a judgment on the alleged failure of the Georgian authorities to investigate an attack on Mr. Khaindrava's life and conclude that Articles 2, 6 and 13 of the European Convention had been violated.

In 1997, Mr Khaindrava was attacked in his home; he was kicked and struck on the head with the butt of a gun. Following the attack, a complaint was lodged with the relevant local authorities. As no action was taken, in 1998, the applicant himself traced his attackers and arranged for them to meet the district prosecutor and his deputy and filmed the meeting. The assailants revealed the identity of the instigator of the crime, who had promised them a reward either for killing the applicant or for non-lethal injuries. The conspirator of the attack had a long-standing rivalry with the applicant and was the father of two high-ranking local police officers. No action was taken following the meeting. In January 2000, Mr Khaindrava was arrested and charged with various crimes and was sentenced to seven years' imprisonment, allegedly to prevent him from taking revenge. Following the applicants' numerous requests, criminal proceedings on the assault on his life were reopened and discontinued several times, but overall

<sup>1</sup> Nana Mchedlidze is a Legal Specialist, United Nations Development Programme.

<sup>2</sup> ECHR, appl. no. 4762/05, judgment of 17 December 2009. This and other judgments cited below are available at: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>3</sup> ECHR, appl. no. 18183/05, judgment of 8 June 2010.

<sup>4</sup> Recently, however, a second judgment in respect to Georgia was adopted: ECHR, *Tsintsabidze v. Georgia*, appl. no. 35403/06, judgment of 15 February 2011.

<sup>5</sup> *Ibid*, § 97.

no action was taken. The applicants' request in 2004 to the new Prosecutor General (appointed after the "Rose Revolution") was likewise futile.

The Court found that in light of the nature and degree of the attack, Article 2 was applicable; the substantive aspect of the right to life was not examined, however, since it was considered to be outside the Court's temporal jurisdiction. The Court examined the issue of exhaustion of local remedies and concluded that it was legitimate for it to consider the case. The Court found that the state had failed to carry out an effective investigation into the assault on Mr. Khaindrava's life and concluded that the procedural limb of Article 2 of the Convention had been violated. The applicants' complaints under Articles 3, 6 and 13 were not examined separately. Mr. Khaindrava was awarded 12,000 Euros for non-pecuniary damage under Article 42 of the ECHR. The Court was unanimous in its reaching its judgment.

## 2. The Procedural Aspect of the Right to Life

The right to life as defined in Article 2 has been interpreted in the case law of the European Court as embodying substantive and procedural obligations of the Contracting States. Substantive obligations include both the negative obligation of a state to refrain from the intentional and unlawful interference with the right to life and the positive obligation to take appropriate measures to protect life. Procedural obligations include the states' (positive) duty under Article 2 (the so-called "procedural aspect") to conduct an adequate and effective investigation into the circumstances surrounding interference with the right to life.<sup>6</sup> An investigation is supposed "to secure the effective implementation of domestic laws that protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility". Although the means chosen to fulfill that obligation are left to a state's discretion, the requirements for investigation as laid down in the Court's case law must be met.<sup>7</sup>

The implication of a procedural aspect in the right to life in Article 2 of the ECHR dates back to the case of *McCann and others v. the United Kingdom*<sup>8</sup>. The European Commission of Human Rights held that the state's obligation to protect the right to life by law might include a "procedural aspect".<sup>9</sup> The Court confirmed that the state's obligation under Article 2, read in conjunction with a general duty under Article 1 of the Convention, implies the obligation to conduct an effective official investigation when a life was taken as a result of the use of force by, *inter alios*, state

agents.<sup>10</sup> The Court referred to the UN Principles on Extra-Legal Executions<sup>11</sup> and the UN Force and Firearms Principles.<sup>12</sup>

Later case law upheld and further elaborated on the procedural aspect of Article 2; it held that as well as deaths resulting from state agents, all unlawful deaths, alleged collisions, deaths in custody, disappearances, attempted murders or abortions must be investigated. While in the *McCann* case, the substantive aspect was held to be violated but not the procedural limb, in *Mehmet Kaya v. Turkey*, despite the fact that the intentional killing by security forces could not be established (substantive aspect), the Court still found that the procedural aspect had been violated.<sup>13</sup>

While the substantive and procedural aspects are "clearly separable"<sup>14</sup>, it was not before 2009 that the obligation to carry out an effective investigation under Article 2 was interpreted as detached from the substantive aspect of the same Article in the context of the temporal jurisdiction of the Court. In *Šilih*, it was undisputed that the Court lacked temporal jurisdiction over the substantive aspect of Article 2 since the facts leading to the death of the applicant's son happened before the enforcement of the Convention in Slovenia. The Court, however, found a violation of Article 2 in its procedural limb on account of the lack of effective legal proceedings at the domestic level to establish the cause of and responsibility for the death – a situation which had continued after the Convention had come into force. Thus, in this case the Grand Chamber observed that the procedural obligation had evolved into a "separate and autonomous duty".<sup>15</sup>

Prior to the *Šilih* case, it was deemed that if the facts of a particular case took place before the respective state's signing of the Convention, the case was, accordingly, outside of the Court's temporal jurisdiction, and that the proceedings originating from these facts were also, therefore, inadmissible *ratione temporis*. Indeed, in the *Šilih* Chamber judgment of 2007 itself, the Court ruled in favour of temporal jurisdiction only on the grounds that the investigation was reopened and civil proceedings were instituted after the Convention had come into force.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> *ibid*, § 161.

<sup>11</sup> United Nations Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions, adopted on 24 May 1989 by Economic and Social Council Resolution 1989/65, Article 9. Available at: [www1.umn.edu](http://www1.umn.edu) [last visited on 7 February 2011].

<sup>12</sup> The United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, adopted on 7 September 1990 by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Article 22. Available at [www1.umn.edu](http://www1.umn.edu) [last visited on 7 February 2011].

<sup>13</sup> ECHR, appl. no. 158/1996/777/978, judgment of 19 February 1998, § 92.

<sup>14</sup> Korff, D. The Right to Life, A Guide to the Implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2006, p. 40.

<sup>15</sup> ECHR (Grand Chamber), *Šilih v. Slovenia*, appl. no. 71463/01, judgment of 4 April 2009, § 159.

<sup>16</sup> ECHR, *Šilih v. Slovenia*, appl. no. 71463/01, judgment of 28 June 2007, § 134.

<sup>6</sup> Interights, Manual for Lawyers - the Right to Life under the European Convention on Human Rights, Interights, 2008.

<sup>7</sup> ECHR, (Grand Chamber), *Ilhan v. Turkey*, appl. no. 22277/93, judgment of 27 June 2000, § 63.

<sup>8</sup> ECHR (Grand Chamber), appl. no. 18984/91, judgment of 27 September 1995.

<sup>9</sup> European Commission of Human Rights, appl. no. 18984/91, report of 4 March 1994.

### 3. Application of these Principles in the *Khaindrava* Case

In the *Khaindrava* case, the Georgian government's position was relatively weak since it relied on the decision from the *Moldovan* case and requested that the Court refuse the application *ratione temporis*. According to the Government, the facts giving rise to the procedural obligation under Article 2 took place before 20 May 1999.<sup>17</sup> Rather predictably, the Court reaffirmed the approach taken by the Grand Chamber in *Šilih* and held that it had temporal jurisdiction over the actions and/or omissions of a procedural character subsequent to 20 May 1999.<sup>18</sup>

Thus, the Court deemed it legitimate to ascertain if an effective investigation, within the meaning of its established case law (i.e. comprehensive, impartial and diligent), had been launched by the Georgian authorities. The State had been under obligation to take all reasonable measures to obtain evidence and establish the truth. However, although the applicant had supplied information that was sufficient for the initiation of an investigation, the local authorities had remained inactive even when the applicant made recourse to private efforts. Moreover, even if he had never lodged a complaint, information about the attack had been revealed during interrogations with the assailants in regard to other offences. Furthermore, the Georgian government had failed to provide any document from the administrative inquiry file; both the regional and General Prosecutor's Offices had been inactive.

It is worth mentioning that, *inter alia*, in the case of *Mammadov v. Azerbaijan* the Court reiterated that while the standards for the effectiveness of investigations into private actions may be less exacting, there are certain minimum requirements that which must be met.<sup>19</sup> The Court rigorously applied its case law to the facts of the case and concluded that the authorities failed to conduct an effective investigation into the facts surrounding the attack on the applicant's life.<sup>20</sup>

### 4. Non-exhaustion of Domestic Remedies

The procedural limb of Article 2 is closely linked to Article 35.1, which requires the use of all available domestic remedies before an application is filed to the ECHR. If those remedies are considered to be only nominal and ineffective, however, it is not necessary to exhaust them before lodging an application with the European Court. This approach was recently upheld in *Mammadov* – all the applicant's challenges had resulted in the same outcome and so he was absolved from the relevant obligation under Article 35.1.<sup>21</sup>

In *Khaindrava*, the Court looked into this issue even

though the Government had not expressly claimed (in conjunction with Article 35.1) that domestic remedies had not been exhausted by *Khaindrava*. The Government had told the Court, however, that notification about closure of the case had been provided to the applicant in 2002 and in 2006 but that the latter had taken no available judicial or administrative measures to appeal the decision. The applicant, in response, informed the Court that he had only received notification in 2006, when it was already too late to appeal. Unlike the *Mumladze* case, where the Government at least provided proof that a document had been dispatched (although this was still considered insufficient evidence that notification was actually delivered to the applicant), in *Khaindrava* the state failed to produce any evidence that *Khaindrava* had been officially notified about the closure of the case.

In the light of these circumstances and Mr. *Khaindrava*'s multiple allegations concerning the lack of communication from the authorities (which stood in direct contrast to the applicant's administrative diligence), the Court concluded that notification had not been provided in 2002 when the decision could have been appealed. Accordingly, the non-exhaustion of remedies did not raise any problems in this case.

### 5. Articles Left Unexamined

Having examined the violation of Article 2 of the Convention, the Court was satisfied that it had considered the main legal question raised by the application. Without further explanation, the Court stated that it was not necessary to rule separately on the other complaints, filed under Articles 3, 6 and 13 of the Convention. The only case law the Court referred to in this connection was *Kamil Uzun v. Turkey*, where the same *dictum* was used with regard to the relevant articles (Articles 6 and 13)<sup>22</sup>.

It is not, however, without importance to discuss the link the procedural aspect of Article 2 has with Articles 3, 6 and 13. Since the Court has pronounced itself on such issues in previous case law, the relevant reasoning the Court provided in those judgments is considered below in order to assess whether it could have applied to the *Khaindrava* case.

First, the applicants claimed that the authorities' implicit refusal to prosecute the perpetrators amounted to a violation of Article 6.<sup>23</sup> The relevant Article reads: "1. In the determination of a person's civil rights and obligations or of any criminal charge against them, everyone is entitled to a fair and public hearing..."

The Court, among other authorities, rightly observed in *Ramsahai* that proceedings brought against assailants was not indicative of the applicant's civil rights or obligations and thus did not undermine the applicant's right to civil proceedings. Article 6, therefore, is irrelevant from in

<sup>17</sup> *Khaindrava* case cited above, § 36.

<sup>18</sup> *Ibid.*, §§ 39-41.

<sup>19</sup> *Mammadov* case cited above, § 102.

<sup>20</sup> *Khaindrava* case cited above, § 70.

<sup>21</sup> *Mammadov* case cited above, §§ 89-90.

<sup>22</sup> ECHR, appl. no. 37410/97, judgment of 10 May 2007, § 64.

<sup>23</sup> *Khaindrava* case cited above, § 71.

cases like *Khaindrava* from a civil perspective. Similarly, Article 6 does not apply from a criminal point of view since it offers guarantees for the person facing a criminal charge.<sup>24</sup> Earlier in 2004, the Court was even more voluble on this matter, explaining that the Convention does not confer any right to “private revenge” and *actio popularis* – it stated: “the right to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence could not be asserted independently: it had to be indissociable from the victim’s exercise of the right under domestic law to bring proceedings which were civil by their nature, even if only to secure symbolic reparation or to protect a civil right.”<sup>25</sup> This is likely the reasoning the Court had in mind when it refused to consider *Khaindrava*’s claims under Article 6.

Second, the applicants complained that no investigation was held about the ill-treatment of the complainant during the attack in question. In the context of the present case, the judgment in *Opuz v. Turkey* is significant *mutatis mutandis*. It was also concerned with the violent action of a private individual and resulted in the Court ruling that the right to life of the applicant’s mother had been violated. The Court also found a violation of Article 3 in the light of the authorities’ failure to take protective measures against the applicant’s ex-husband.

Given the *Opuz* judgment, the examination of the applicants’ allegations concerning violation of Article 3 would have been reasonable. Unfortunately, the Court did not examine the issue, and *a fortiori* failed to give any reason for such an omission. Later, the same approach was taken in *Tsintsabadze*, with the Court even making reference to the *Khaindrava* judgment.<sup>26</sup>

Third, the applicants claimed to be the victims of a violation of Article 13 of the Convention as they were unable to challenge the inactivity of the prosecution before a domestic court.<sup>27</sup> The relevant part of Article 13 reads: “Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority...”

In an earlier judgment against Georgia on extradition, the Court had found a violation of Article 13, where the applicants, for example, were unable to submit their complaints to a national authority under Article 2.<sup>28</sup> Although it was held unanimously that Georgia did not violate Article 2 with regard to the five extradited applicants, the Court did find that Article 13, taken in conjunction with Article 2, had been violated.<sup>29</sup>

According to some commentators, the Court has been “more or less” consistent in holding violations of Article

2 in its procedural limb in conjunction with Article 13.<sup>30</sup> It is difficult to share this view, however, in the light of the growing number of later judgments where the Court has held that applicants’ complaints under Article 13 coincided with their complaints under the procedural limb of Article 2 and has thus limited its findings to the latter. Indeed, it considered that there was no separate issue under Article 13 in *Ramsahai*, *Makaratzis*,<sup>31</sup> *Nachova*,<sup>32</sup> *Medova*,<sup>33</sup> *Angelova*,<sup>34</sup> *Cheniku*<sup>35</sup>, *Bakan*<sup>36</sup> and numerous other cases. In the *Mammadov* case, the applicant was contesting the failure of the authorities to investigate his wife’s death under Article 13 along with Article 2 of the Convention. The Court, however, observed that it would only examine the alleged shortcomings of the domestic proceedings under Article 2.<sup>37</sup> (Apart from Article 2 there are no judgments against Armenia concerning Article 13 so far.)

It might be assumed that the Court’s approach in this matter has cardinally changed and that it now altogether refuses to consider the effectiveness requirement under Article 13. However, there are still many judgments in which ineffective investigation into the circumstances surrounding unlawful violations of the right to life have been deemed to constitute a concurrent violation of the procedural limb of Article 2 and Article 13. For instance, in the judgment of 2008 concerning *Ibragimov and others v. Russia*,<sup>38</sup> the reasoning for the Court’s judgment in relation to the two articles was one and the same – the failure of the authorities to conduct an effective criminal investigation of Rizvan Ibragimov’s disappearance.<sup>39</sup>

Such case law inconsistencies over the link between Articles 2 and 13 were regrettably left unresolved in the *Khaindrava* case. Moreover, it is worth mentioning that it is also not clear from the *Khaindrava* judgment whether Article 13 was invoked in conjunction with Article 2 only or with Article 3 as well.

<sup>30</sup> Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A., Zwaak, L (eds) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, fourth edition, Intersentia, 2006, pp. 1013-1014.

<sup>31</sup> *Mammadov* case cited above.

<sup>32</sup> ECHR (Grand Chamber) *Nachova and others v. Bulgaria*, appl. nos. 43577/98, 43579/98, judgment of 6 July 2005.

<sup>33</sup> ECHR, *Medova v. Russia*, appl. no. 25385/04, judgment of 15 January 2009.

<sup>34</sup> ECHR, *Angelova and Ilev v. Bulgaria*, appl. no. 55523/00, judgment of 26 July 2007.

<sup>35</sup> ECHR, *Cheniku v. Greece*, appl. no. 21449/04, judgment of 5 July 2007.

<sup>36</sup> ECHR, *Bakan v. Turkey*, appl. no. 50939/99, judgment of 12 June 2007.

<sup>37</sup> *Mammadov* case cited above, § 86.

<sup>38</sup> ECHR, appl. no. 34561/03, judgment of 29 May 2008, §§ 100 and 135.

<sup>39</sup> See also, among other authorities, *Abuyeva and others v. Russia*, appl. no. 27065/05, judgment of 2 December 2010; *Kontrova v. Slovakia*, appl. no. 7510/04, judgment of 31 May 2007; *Dink v. Turkey*, appl. nos. 2668/07; 6102/08; 30079/08; 14 September 2010; *Lyanova and others v. Russia*, appl. nos. 12713/02; 28440/03, Available at: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>24</sup> ECHR [Grand Chamber] *Ramsahai and Others v. the Netherlands*, appl. no. 52391/99, Judgment of 5 May 2007, §§ 359-360.

<sup>25</sup> ECHR [Grand Chamber], *Paule Perez v. France*, appl. no. 47287/99, judgment of 12 February 2004, § 70.

<sup>26</sup> *Tsintsabadze* case cited above, § 97.

<sup>27</sup> *Khaindrava* case cited above, § 71

<sup>28</sup> ECHR, *Shamayev and others v. Georgia*, appl. no. 36378/02, judgment of 12 April 2005.

<sup>29</sup> *ibid.* § 466.

### III. Conclusion

As mentioned, there are only three ECHR judgments regarding the violation of ECHR Article 2 by South Caucasus states. This may imply that there are few violations of the right to life in the South Caucasus or that there is a low awareness about the Court's standards implied in Article 2 of the European Convention. In any case, the present article discussed some of the key aspects of jurisprudence regarding the right to life as guaranteed by Article 2 of the Convention through the review of one such judgment.

The judgment in the *Khaindrava* case is significant in terms of the fact that it maintained the Court's recently established approach of extending temporal jurisdiction over the procedural aspect of Article 2 with regard to private persons. Thus, the Court once more closely scrutinised the duties prescribed by the Convention and appraised national proceedings in the prism of its own standards of effectiveness.

Although there is no reason to disagree with the European Court's view taken with regard to Article 6, it is apparent that sometimes the reasoning of the Court becomes more minimalist over time and thus case law referred to may fail to represent a meaningful rationale for the Court's statements. As for the issue about the violation of Article 13 in conjunction with Article 2, the inconsistency in the jurisprudence of the Court in this regard was not addressed in *Khaindrava*. The judgment's wording about the claims under Article 3 is likewise unsatisfactory, and it was reiterated in the *Tsinstadze* case.

In the light of the previous jurisprudence discussed above, these rejected complaints under Articles 3 and 13 are clearly arguable before the Court. It is to be hoped that the present inconsistencies will be adequately addressed by the Grand Chamber in forthcoming judgments.



# European Court of Human Rights: Case *Uitgevers B.V. v. the Netherlands*

Nana Mchedlidze<sup>1</sup>

## Abstract

*The Chamber judgment of 31 March 2009, adopted in the case of Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands, was the first instance in the history of the European Court of Human Rights that interference with the confidentiality of a journalistic source was deemed justified. The case was subsequently referred to the Grand Chamber and the latter ruled that the interference was not in accordance with law since it breached Article 10 of the European Convention. While the Court was convincing in its arguments about the quality of the law, from a scholarly point of view it is regrettable that the Court, with its firmly established case law, did not go further in its assessment of the criteria “legitimate aim”, and, most importantly, “pressing social need”. This article analyses the legislative regulation for the protection of journalistic sources in the three states of the South Caucasus in the light of the Court’s jurisprudence.*

## I. Introduction

Media-related problems in the South Caucasus differ from those in Western Europe. While this difference is understandable from a historical perspective, there has now been a significant period of time since Armenia, Azerbaijan and Georgia joined the Council of Europe and committed themselves to uphold democratic values, a cornerstone of which is freedom of expression. After the ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“ECHR”), along with recommendations from the Council of Europe, the states of the South Caucasus gradually started introducing the standards of the Convention and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (“the Court”) in their respective legislation and administrative practice. This article considers legislative regulations that exist to protect journalistic sources in the South Caucasus.

On 31 March 2009, the Court (third Section) adopted a judgment in the case of *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands*, finding no violation of the right to freedom of expression of the applicant company.<sup>2</sup> The latter had been compelled to hand over to the domestic authorities a CD-ROM, which could reveal the identity of journalistic sources. The case was referred to the Grand Chamber which held that interference with the applicant’s freedom

of expression was not, in fact, “in accordance with law” due to the lack of procedural guarantees and that it therefore amounted to a breach of Article 10 of the Convention.<sup>3</sup>

This article reviews and critically analyses the South Caucasus states’ domestic legislation governing the protection of journalistic sources and material obtained in confidence. Analysis is offered in light of the *Sanoma* judgments and the Court’s preceding case law as well as the relevant recommendations of the Council of Europe.<sup>4</sup>

## II. Protection of journalistic sources in the Court’s case law<sup>5</sup>

Freedom of expression is an essential foundation of a democratic society. It is of particular importance to have adequate guarantees in place for the press, and the protection of journalistic sources is a vital precondition for having free press. Without such protection, sources may be deterred from informing the press on matters of public interest. This may in turn undermine the vital public-watchdog role of the press and have ramifications for the ability of the press to impart accurate and reliable information to the public.

Although journalistic sources are vitally important for free press and the freedom of expression in general, they do not enjoy absolute protection under the Convention. Rather, a source or certain material may be disclosed in accordance with law if there is a legitimate aim and the interference is necessary in a democratic society in order to achieve the legitimate aim. Regardless of such caveats, however, there is no final judgment of the European Court that holds interference with journalistic sources was lawful.

For example, in *Goodwin v. the United Kingdom*,<sup>6</sup> the Court heard how a journalist had been requested by a court order to reveal the identity of a source that had provided him with information, the source of which was to remain ‘unattributable’. The applicant has refused to comply with the order, and a fine was imposed. The Court held that the disclosure order constituted a violation of the applicant’s right to freedom of expression.

In *Roemen and Schmit v. Luxembourg*,<sup>7</sup> *Ernst and Oth-*

<sup>1</sup> Nana Mchedlidze is Legal Specialist, United Nations Development Programme. All views expressed are those of the author in her personal capacity.

<sup>2</sup> ECtHR, appl. no. 38224/03. This and other judgments cited below are available at: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>3</sup> ECtHR [GC], appl. no. 38224/03, the judgment of 14 September 2010.

<sup>4</sup> The comments below are based on an unofficial translation of the Armenian and Azerbaijani laws into English and the author takes no responsibility for errors based on a lack of clarity in translation.

<sup>5</sup> Apart from the jurisprudence, see the Council of Europe documents on the protection of journalistic sources based on case law: The Resolution on Journalistic Freedoms and Human Rights, adopted at the 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy (Prague, 7-8 December 1994); The Resolution on the Confidentiality of Journalists’ Sources by the European Parliament (18 January 1994, Official Journal of the European Communities No. C 44/34); Recommendation No. R(2000) 7 adopted on 8 March 2000 by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 8 March 2000.

<sup>6</sup> ECtHR [GC], *Goodwin v. the United Kingdom*, appl. no. 17488/90, judgment of 27 March 1996.

<sup>7</sup> ECtHR, appl. no. 51772/99, judgment of 25 February 2003.

*ers v. Belgium*,<sup>8</sup> and in *Tillack v. Belgium*,<sup>9</sup> the Court found that searches of journalists' homes and workplaces in order to identify which civil servants had provided the journalists with confidential information constituted a violation of the rights guaranteed by paragraph 1 of Article 10. In all three judgments, the balance of interests was not maintained and the interferences were held to be disproportionate.

Furthermore, in *Voskuil v. the Netherlands*,<sup>10</sup> the Court found that the applicant's rights had been violated under Article 10. A journalist had been forced, via detention, to name the person who had presented him with information on alleged wrongdoing by police officers in a criminal investigation. The Court held that the interference was disproportionate for achieving the legitimate aim.

The *Sanoma* case is probably the most important in terms of the protection of journalistic sources. The application was lodged by a limited liability company, specialising in publishing and marketing magazines, based in the Netherlands. The company was in possession of photos of an illegal car race that had been obtained from a source on the promise of anonymity (the identity of the journalistic sources could be identified from the photos). The applicant company was forced by national authorities to hand over the CD-ROM with the original photos and alleged that this amounted to a violation of the freedom of expression as guaranteed by the Convention.

Having noted that while in principle the compulsory handing over of journalistic material might curb the exercise of journalistic freedom of expression, domestic authorities were not prevented from balancing conflicting interests, including the prosecution of persons who committed crimes under the protection of journalistic privileges. The Court found, in particular, that the information contained on the CD-ROM, which the company had been obliged to hand over to the authorities, had been relevant and necessary for the purpose of identifying the perpetrators of other crimes under police investigation, and since the authorities had only used that information for those purposes, it held, by four votes to three, that there had been no violation of Article 10 in this case.<sup>11</sup>

The *Sanoma* case was referred to the Grand Chamber. Unlike the Chamber, however, the Grand Chamber ruled that the interference was unlawful due to the quality of the law that detailed the procedural guarantees required and therefore amounted to a violation of Article 10. Indeed, the decision of disclosure had been entrusted to the public prosecutor rather than an independent judge. In terms of procedure, the public prosecutor was a "party" who could not be viewed as an objective or impartial body, and the situation was not remedied by

involving an investigative judge with a mere advisory role. The Court concluded that there was no procedure in place to afford adequate legal safeguards to the applicant company and enable an independent assessment as to whether the interests of criminal investigation overrode the public's interest in the protection of journalistic sources.<sup>12</sup> Thus, the Court had no need to ascertain whether the interference pursued one of the legitimate aims stated in Article 10.2 and whether the interference was necessary in a democratic society in order to achieve such an aim.<sup>13</sup>

### III. Domestic legislation and practice

Under the Law of Georgia on Freedom of Speech and Expression, the source of information confided in a journalist is protected with absolute privileges: a respondent in a court hearing cannot be requested to divulge a source of confidential information; confidential information may not be revealed without the permission of the one who possesses it or without a reasoned court decision in cases defined by law. A court may only rule that confidential information may be partially disclosed – i.e. the divulged information is only the part that is deemed to be necessary – and the information may only be used for the reason for which it was disclosed.<sup>14</sup>

Under the Law of the Republic of Armenia on the Dissemination of Mass Information, "persons implementing media activity and journalists must not be forced to disclose their sources of information."<sup>15</sup> However, there is an exception to this clause: "An obligation to disclose the source of information may be ordered by court decision for criminal proceedings if the aim is to revealing grievous or especially grievous crimes and if public interest in law enforcement outweighs public interest in protecting sources of information and if all other means of protecting public interest have been exhausted. In such cases, at the petition of a journalist, the court proceedings may be filmed by camera."<sup>16</sup>

Under the Law of the Republic of Azerbaijan on Mass Media, "an editorial office of mass media or a journalist is not permitted to disclose information in news and materials that has been provided in confidence or identify the name of the person providing such information. An editor or journalist may be ordered by a court to reveal their sources of information in the following cases: 1. to protect human life; 2. to prevent a grievous crime; 3. to protect the person

<sup>8</sup> ECtHR, appl. no. 33400/96, appl. no. 33400/96, judgment of 15 July 2003.

<sup>9</sup> ECtHR, appl. no. 20477/05, judgment of 27 November 2007.

<sup>10</sup> ECtHR, appl. no. 64752/01, judgment of 22 November 2007.

<sup>11</sup> *Sanoma* case cited above, paras. 55-63.

<sup>12</sup> *Sanoma* case cited above, paras. 88-100.

<sup>13</sup> *ibid.* para. 101.

<sup>14</sup> The Law of Georgia on the Freedom of Speech and Freedom of Expression, adopted 24 June 2004, Article 11.

<sup>15</sup> The Law of the Republic of Armenia on the Dissemination of Mass Information, adopted 14 January 2004, Article 5. [unofficial translation].

<sup>16</sup> *Idem.*

accused or suspected of committing a grievous crime.”<sup>17</sup>

It is evident from the above articles that only the Georgian legislation draws a clear distinction between the source of information and the information itself. In particular, the source of information cannot be revealed under any circumstances and enjoys absolute protection. The Armenian and Azerbaijani laws provide for legal interests that can outweigh the importance of upholding the confidentiality of the source of information and thus may be considered to be ‘legitimate aims’ within the meaning of Article 10.2 of the Convention.

It should be noted that the disclosure of an information source can potentially have a more negative impact than divulging the information itself since the identity of the person is revealed. However, sometimes there is no clear boundary between the source of information and the information itself since the information can reveal the identity of the source. Under the Court’s jurisprudence, in cases where the information source and the information can be safely separated, the source of information should be afforded more protection; interference with the journalistic source may need greater justification than disclosure of the material obtained from such a source. While there is no clear indication that this is the case in Armenian and Azerbaijani legislation, the Georgian law went to the other extreme and afforded absolute protection to journalistic sources even though, at the same time, it set out grounds that could justify interference with confidential information.

As described above, all cases before the European Court that involved disclosure of journalistic sources were found to be violations of Article 10. The Court, however, did not state that a journalistic source should never be interfered with, and in the Chamber judgment of *Sanoma* it was even justified. The cases were deemed to be violations either due to the quality of a law allowing disclosure of sources or the absence of adequate safeguards. The conflicting interests *vis-à-vis* the protection of a journalistic source can only be wholly legitimate in the face of the facts of the cases – i.e. to date, public interests have not overridden the importance of securing the confidentiality of a source.

The Georgian legislation, however, totally ignores the tension of public-individual interests that disclosure of a confidential journalistic source may have. Any legitimate aim, as referred to in the second paragraph of Article 10, can thus be at stake, certainly for cases where the disclosure of information received in confidence is prevented. The fact that the confidentiality of journalistic sources is unconditionally guaranteed does not necessarily mean that Georgia offers a higher standard of human rights protection. For, by affording absolutes to a right that inherently allows for interference, even if under exceptional circum-

stances, the interest of the other party is neglected and deprived of protection.

The Strasbourg Court has pointed out numerous times the difficulties involved in framing laws on freedom of expression that are absolute in nature. Instead, such laws must allow a certain degree of flexibility so that domestic courts can develop jurisprudence.<sup>18</sup> The law of Georgia on “The Freedom of Speech and Freedom of Expression” definitely lacks this flexibility and sets out rigid standards in terms of the protection of journalistic sources.

#### IV. Conclusion

The European Court of Human Rights in its judgment in the *Sanoma* case upheld the significance of the protection of journalistic sources. The judgment, however, once again emphasizes the fact that the said protection is not absolute; it stresses the importance of counterweighing the necessity of lifting this protection *vis-à-vis* securing other interests. In the Chamber judgment, protection of journalistic sources was even held to be overridden by the legitimate aim of prosecuting crimes committed by persons under the protection of journalistic privileges. Georgian law, unlike Armenian and Azerbaijani legislation, lays down rigid standards for protecting confidential journalistic sources by not providing for any exceptions to the rule. While this can contribute to the unfettered assistance of the press in informing the public of matters of interest, any legitimate aims for the disclosure of such sources is overlooked; this may result in an undermining of significant public and individual interests.

<sup>17</sup> The Law of the Azerbaijan Republic on Mass Media, adopted 7 December 1999, Article 11. [unofficial translation].

<sup>18</sup> Goodwin judgment cited above, para. 33.

## The South Caucasus on the Path to the Rule of Law: an Overview

Salome Tsereteli-Stephens<sup>1</sup>

*“The rule of law does not mean merely a formal legality which assures regularity and consistency in the achievement and enforcement of democratic order, but justice based on the recognition and full acceptance of the supreme value of the human personality and guaranteed by institutions providing a framework for its fullest expression.” (Copenhagen Document, 1990)<sup>2</sup>*

The reform of the rule of law has been a goal to which the countries of the South Caucasus have been committed since their independence from the Soviet Union. After almost 20 years of cooperation with German development activities in the region, it is worth examining and reflecting on current trends and advances made along this path from the point of view of various international sources.

GIZ (formerly GTZ) started working in Georgia in 1993 through consultation on civil law reforms and then later on administrative law reforms. After successful cooperation in Georgia, the agency started supporting Armenian legal reforms (administrative law in particular) in 2001, and later in Azerbaijan, which culminated in the creation of Administrative court systems in Armenia (2009) and Azerbaijan (2011).

In the framework of these bilateral projects—which later amalgamated into a regional program with a unified approach as part of the German government’s Caucasus Initiative—GIZ has long been supporting institutional development, capacity building and public awareness raising in the field of judiciary and the rule of law. Over this period, hundreds of legal professionals – including judges, prosecutors and court staff as well as journalists and students – have been trained within the framework of the GIZ national projects and the regional program. Multiple TV shows and several hundred newspaper articles have become accessible for the public in the region. German laws have been translated into local languages and German field experts have scrutinized local legislation during its drafting, debate and hearing stages. The Georgian Constitutional Commission has been supported in the process of rewriting the country’s main legal document. Judges, court staff and other legal professionals have been offered multiple opportunities to acquaint themselves with European legal

systems and methods via first-hand exposure to them. Over 100 roundtables and workshops have been held in the region to foster discussion regarding legal reforms, institutional development, capacity building and continued legal education. A culture of legal dialogue has been established in the region and is now evolving with new sources for academic debate on legal issues, including professional critical analysis of both local and European court decisions.

To sustain the efforts of these past years, the international community has been actively engaged in supporting the development of new textbooks and curricula for legal education in the universities of the South Caucasus countries. Various exchange programs and academic scholarships are available for law students and legal scholars from Armenia, Azerbaijan and Georgia. Since time is a critically important factor in assessing what impact programs implemented in a field as complex as legal reform have had, this article attempts to provide a brief review and analysis of what progress has been made towards the rule of law in the South Caucasus.

The Committee on Efficiency of Justice at the Council of Europe (CEPEJ) publishes bi-annual statistics from CoE countries, including Georgia, Armenia and Azerbaijan. This data provides a good basis for comparison and observation of what advances have been made in the region. Additionally, various national and international sources conduct studies to identify and measure steps that the three countries are taking towards the establishment of a strong judicial system.

Judicial reforms summarized in the last CEPEJ report<sup>3</sup> cover a broad spectrum, including reform plans, courts and judges, public prosecution, management and working methods of the courts, reforms in civil, criminal and administrative law and procedures, judicial efficiency and cases of backlogs, improvement in the area of surveying public opinion and court user satisfaction, judicial training and schools.

The modernization of the judiciary, in-service training and improvement of electronic databases, forms and systems are all areas in which the South Caucasus countries are recognized to have made progress.

One of the more measurable signs of the South Caucasus countries’ commitment to legal reform and the rule of law is the reported increase in budget funds allocated for the overall justice system.

<sup>1</sup> Salome Tsereteli-Stephens is a Monitoring Expert at GIZ regional program – advice on legal and judicial reform in the South Caucasus

<sup>2</sup> Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, section I (2). Copenhagen, 29 June 1990.

<sup>3</sup> CEPEJ report 2010, data 2008. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ%282010%29Evaluation&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>

	2006 (Euro)	2008 (Euro)	Increase in %
ARMENIA	8,851,162	14,622,030	65.2
AZERBAIJAN	53,517,697	60,305,580	12.7
GEORGIA	19,813,558	24,940,020	25.9

Of these funds, it is worth noting that in Armenia, Azerbaijan and Georgia, less than €10 per capita is budgeted on courts, prosecution systems and legal aid – an amount comparable to that budgeted in Moldova, Albania and Ukraine. In contrast, there are four countries in the Council of Europe that allocate more than €100 per inhabitant<sup>4</sup>: the Netherlands, Luxembourg, Switzerland and Monaco. However, when the efforts of the South Caucasus governments are compared to GDP per capita, the commitment to legal reform becomes more obvious than the raw data suggests. The total annual public budget allocated to all courts, prosecution and legal aid as a percentage of GDP per capita was, in 2008, 0.20% in Armenia and Azerbaijan and 0.31% in Georgia, while judicial allocations as a percentage of per capita GDP were for the Netherlands 0.32%, Luxembourg 0.16%, Switzerland 0.30%, and Monaco 0.34%. These are clearly much more comparable figures.

Among the rankings provided by the 2008 CEPEJ report on the level of computerization of court systems (based on 2006 data), Georgia and Azerbaijan fell into the “moderate” category while Armenia was assessed as “low”. To improve the overall infrastructure and modernize the judicial systems of all three countries, large projects– have been initiated and implemented since 2008 with the support of the World Bank, GTZ, USAID and other international organizations and partner countries. Armenia has subsequently improved its level of computerization of the system and use of IT, while according to the 2010 report (based on 2008 data), Georgia and Azerbaijan remain at the lower end of “developed technological facilities”. CEPEJ suggests that this may be due to insufficient funding. It should be noted, of course, that current, ongoing projects should have an impact on this area in the next CEPEJ report and should be duly observed.

According to CEPEJ, beyond the European Convention of Human Rights and case law of the Court of Strasbourg, the Council of Europe encourages its member states to develop legal aid systems and has adopted several Recommendations and Resolutions in this field: Resolution 76 (5) on legal aid in civil, commercial and administrative matters; Resolution 78 (8) on legal aid and advice; Recommendation 93 (1) on effective access to the law and justice for the very poor; and Recommendation 2005 (12) containing an application form for legal aid abroad for use under the European Agreement on the transmission of applications for legal aid (STCE No. 092) and its additional protocol.

Legal aid is defined in the explanatory note of the CEPEJ Evaluation Scheme as: aid given by the State to persons who do not have sufficient financial means to defend themselves before a court (or to initiate a court proceeding). In this definition, legal aid mainly concerns legal representation before the court. However, legal aid consists also of legal advice, since not all citizens turn to litigation, especially when alternative dispute resolution mechanisms are available. In either case, legal aid serves as an aid to safeguard individual rights.

In the South Caucasus, court fees and costs related to litigation remain challenging from the standpoint of access to justice. According to the Global Integrity Report published in 2010<sup>5</sup>, access to judicial systems is difficult for citizens earning the median income and appeals mechanisms are more costly than most citizens can afford. Although the report does not provide specific data for Armenia for the time period, the economic conditions in this country are not radically different from its neighbors. The report provides 2009 data for Azerbaijan and Georgia and rates the Anti-corruption and rule of law area at 69 (weak) and 73 (moderate) respectively. Notably, rule of law is rated at 80 (strong) in Georgia and 63 (weak) in Azerbaijan.<sup>6</sup>

In addition, a study published by Transparency International<sup>7</sup> provides an assessment of the public’s view of governments’ efforts to fight corruption. The results in the South Caucasus vary among the three countries but, overall, the results provide an interesting insight into the impact of the reforms taking place in the region.

How would you assess your current government’s efforts to fight corruption?			
	Ineffective	Neither	Effective
Armenia	53%	20%	27%
Azerbaijan	26%	9%	66%
Georgia	12%	11%	77%

Source: Transparency International Global Corruption Barometer 2010. Figures are weighted.

Additional measures of progress relating to rule of law occur in the World Bank Governance Matters Indicators 2009 report on the Worldwide Governance Indicators, covering 212 countries and territories and measuring six dimensions of governance between 1996 and 2008: Voice and Accountability, Political Stability and Absence of Violence/Terrorism, Government Effectiveness, Regulatory Quality, Rule of Law, and Control of Corruption. The indicators are based on hundreds of specific and disaggregated individual variables measuring various dimensions of governance, taken from various data sources provided by different organizations. The data reflect views on governance by the public

<sup>4</sup> Keeping in mind the prosperity of each country allows a more precise evaluation of the public authorities’ commitment towards court, prosecution and legal aid services. Thus, one should read analysis per capita in the light of GDP.

<sup>5</sup> <http://report.globalintegrity.org/>

<sup>6</sup> Ibid

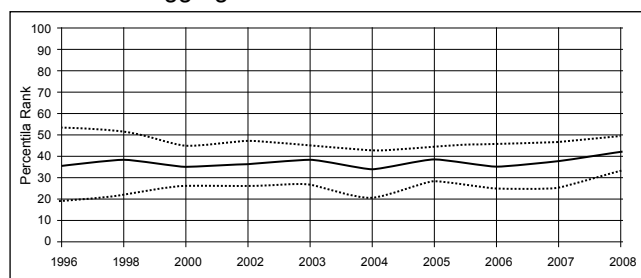
<sup>7</sup> Global Corruption Barometer, 2010 [http://www.transparency.org/policy-research/surveys\\_indices/gcb/2010/results](http://www.transparency.org/policy-research/surveys_indices/gcb/2010/results)

sector, private sector and NGO experts, as well as citizens and survey respondents.<sup>8</sup> The South Caucasus rankings are provided in the table with the respective number of sources cited. The sources include, among others, Bertelsmann Transformation Index, Freedom House Countries at the Crossroads, Gallup World Poll, Political Risk Services International Country Risk Guide, World Economic Forum Global Competitiveness Report, Asian development bank country polity and institutional assessments, and Cerberus Corporate Intelligence Gray Area Dynamics.

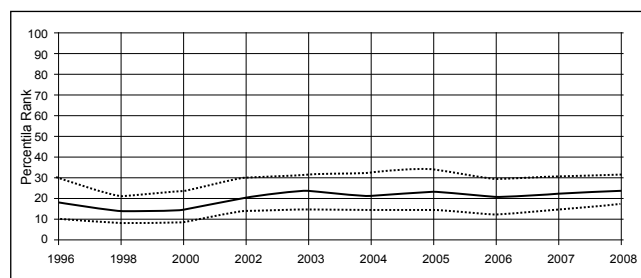
Country	Sources	Year	Percentile Rank(0-100)	Governance Score
ARMENIA	19	2008	42.6	-0.36
AZERBAIJAN	18	2008	40.6	-0.76
GEORGIA	18	2008	44.0	-0.34

To gain an idea of how the area of Rule of Law has developed, the charts below present percentile rankings for each country over a 12 year period<sup>9</sup>. It can be seen that the three countries have had a similar path of rise and fall in terms of rule of law but are now all experiencing a rising trend<sup>10</sup>. Georgia has had a more rapid and pronounced improvement than its neighbors, while Azerbaijan's level of development in this area, despite slight fluctuations, has changed little since 2003. For Armenia, 2008 was the first year its ranking exceeded the 40 percentile mark, having spent the previous years in the 30-40 percentile range.

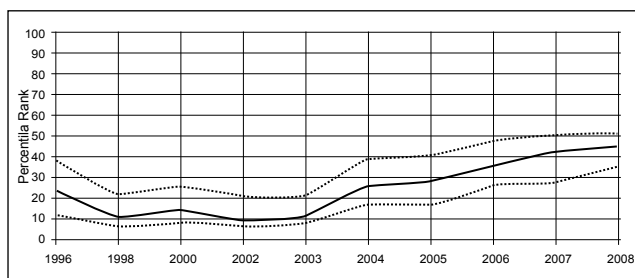
Armenia, 1996 - 2008  
Aggregate Indicator: Rule of Law



Azerbaijan, 1996 - 2008  
Aggregate Indicator: Rule of Law



Georgia, 1996 - 2008  
Aggregate Indicator: Rule of Law



Needless to say, all three Countries are still in need of continuing their commitment towards a reformed judicial system, judicial independence and established rule of law. However, it must be noted that progress is evident. If the upholding of citizens' rights and freedoms remains a government priority, conflicts are resolved in a peaceful manner and institutional growth is ensured – along with the commitment and support of a number of international organizations such as GIZ, US-AID, OSCE, the World Bank, Council of Europe, and others as well as partner countries such as Germany, the United States, and Norway – the outlook for the development and establishment of the rule of law looks promising for the next few years.

<sup>8</sup> World Bank Governance Matters Aggregate and Individual Governance Indicators – 1996 – 2008. Kaufmann, Kraay, Mastruzzi. The World Bank Development Research Group. Macroeconomics and Growth Team. June 2009 www.govindicators.org

<sup>9</sup> Ibid

<sup>10</sup> Dashed blue lines indicate margin of error.

## НОВОСТИ ИЗ РЕГИОНА

### Азербайджан

**Когда:** 8 июня 2011

**Где:** Верховный Суд Азербайджана, Баку

**Что:**

Конференция «Гражданин и государство: насколько оправдало себя административное право в восточно-европейских государствах»

**Организаторы:**

Верховный Суд Азербайджана и Германское Общество международного сотрудничества (GIZ) при поддержке Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОСБЕ)

**Участники:**

Представители Азербайджана, Грузии, ФРГ, Киргизии, Украины и Узбекистана

**Когда:** 22-23 сентября 2011

**Где:** Академия наук Азербайджана

**Что:**

Конференция «Реформа юридической профессии – вклад в развитие правосудия»

**Организаторы:**

Институт прав человека при Академии наук Азербайджана при поддержке ОСБЕ

**Когда:** 26 - 27 сентября 2011

**Где:** Конституционный Суд Азербайджана, Баку

**Что:**

Круглый стол «Актуальные проблемы административного судопроизводства»

**Организаторы:**

Конституционный Суд Азербайджана, Федерация юристов Азербайджана, Международный союз юристов.

**Участники:**

Представители стран СНГ

### Армения

**Когда:** 13 апреля 2011

**Где:** Ереван

**Что:**

Конференция «Правовые последствия решений Конституционного суда Армении»

**Организаторы:**

GIZ

**Участники:**

Руководители и представители всех областей юстиции Армении, проф. Люхтерхандт (ФРГ)

## NEWS FROM THE REGION

### Azerbaijan

**When:** 8 June 2011

**Where:** The Supreme Court of Azerbaijan, Baku

**What:**

Conference "Citizen and the State - How has Administrative Law Proven Itself in Eastern European Societies?"

**Organizers:**

The Supreme Court of Azerbaijan and German Society for International Cooperation (GIZ) with support of Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE).

**Participants:**

Representatives of Azerbaijan, Georgia, Germany, Kyrgyzstan, Ukraine and Uzbekistan

**When:** 22-23 September 2011

**Where:** The Academy of Sciences of Azerbaijan

**What:**

Conference "Reforming the legal profession – contribution to the promotion of justice"

**Organizers:**

Human Rights Institute of the Academy of Sciences of Azerbaijan with the support of OSCE

**When:** 26 - 27 September 2011

**Where:** The Constitutional Court of Azerbaijan, Baku

**What:**

Roundtable "Topical Problems of the Administrative Procedure"

**Organizers:**

The Constitutional Court of Azerbaijan, The Federation of Lawyers of Azerbaijan, The International Union of Lawyers

**Participants:**

Representatives of CIS-countries

### Armenia

**When:** 13 April 2011

**Where:** Yerevan

**What:**

Conference "Legal Consequences of the Decisions of the Constitutional Court of Armenia"

**Organizers:**

GIZ

**Participants:**

Senior representatives of all fields of justice of Armenia, Prof. Luhterhandt (Germany)

**Когда:** 18 июля 2011  
**Где:** Ереван  
**Что:** Семинар «Реформа Уголовно-процессуального права Армении»  
**Организатор:** GIZ.  
**Участники:** Рабочая группа по Уголовно-процессуальному праву, проф. Радтке (ФРГ)

**When:** 18 July 2011  
**Where:** Yerevan  
**What:** Workshop "The Reform of the Criminal Procedure Legislation of Armenia"  
**Organizers:** GIZ  
**Participants:** Working group on Criminal Procedure Legislation, Prof. Radtke (Germany)

### Грузия

### Georgia

**Когда:** 24 - 26 июня 2011  
**Где:** Озеро Базалети, Грузия  
**Что:** Воркшоп по вопросам методики юридического образования в Грузии  
**Организаторы:** Ассоциация молодых юристов Грузии (GYLA), Немецкий Фонд по международному правовому сотрудничеству (IRZ) и Германское Общество международного сотрудничества GIZ.  
**Участники:** Преподаватели университетов, судьи, эксперты-правоведы

**When:** 24 - 26 June 2011  
**Where:** Bazaleti Lake, Georgia  
**What:** Workshop on the Methods of legal education in Georgia  
**Organizers:** The Georgian Young Lawyers' Association (GYLA), The German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ) and GIZ  
**Participants:** University academic staff, judges, legal professionals

**Когда:** 24 - 26 июня 2011  
**Где:** Батуми, Грузия  
**Что:** Конференция «Прошлое и будущее конституционного контроля в новых демократиях»  
**Организаторы:** Конституционный суд Грузии, GIZ, Венецианская Комиссия.  
**Участники:** Представители Грузии, Азербайджана, Турции, Литвы, Латвии, Молдавии, Польши, Болгарии, представители ЕСПЧ

**When:** 24 - 26 June 2011  
**Where:** Batumi, Georgia  
**When:** Conference "The Past and the Future of the Constitutional Review in New Democracies"  
**Organizers:** The Constitutional Court of Georgia, GIZ, the Venice Commission  
**Participants:** Representatives of Georgia, Azerbaijan, Turkey, Lithuania, Latvia, Moldova, Poland, Bulgaria, representatives of ECHR

**Когда:** 29 сентября - 1 октября 2011  
**Где:** Батуми, Грузия  
**Что:** Семинар по практическому применению трудового законодательства  
**Организаторы:** Высшая школа юстиции, Германское Общество международного сотрудничества GIZ.  
**Участники:** Судьи палат по гражданским делам судов Грузии, судья Фосскюлер (ФРГ)

**When:** 29 September - 1 October 2011  
**Where:** Batumi, Georgia  
**What:** Workshop on the Practical Application of Labour Legislation  
**Organizers:** High School of Justice of Georgia, GIZ  
**Participants:** Judges of the Chambers of Civil Cases of the courts of Georgia, Judge Vosskühler (Germany)



**Межрегиональное**

**Когда:** 20 - 21 октября 2011

**Где:** Тбилиси, Грузия

**Что:**

Конференция «Оценка законодательства в странах Восточной Европы и Южного Кавказа»

**Организаторы:**

Министерство юстиции Грузии, GIZ, IRZ, ODIHR.

**Участники:**

Представители Грузии, Азербайджана, Армении, Молдавии, Украины

**Supraregional**

**When:** 20 - 26 October 2011

**Where:** Tbilisi, Georgia

**What:**

Better Regulation in Eastern Europe and the South Caucasus

**Organizers:**

Ministry of Justice of Georgia, GIZ, IRZ, ODIHR

**Participants:**

Representatives of Georgia, Armenia, Azerbaijan, Moldova, Ukraine

## РЕЦЕНЗИЯ

### Георгий Джугели: «Защита капитала в корпорации»

Лия Шатберашвили\*

В начале 2011 года при поддержке GIZ была издана книга Георгия Джугели «Защита капитала в корпорации». Книга представляет собой сравнительный анализ защиты капитала и поддержания капитала в соответствии с предпринимательским законодательством. В труде приводится обзор европейского, немецкого, американского и грузинских законов о предпринимательстве. Проблемы рассматриваются в свете европейских дебатов об эффективности поддержания капитала на основе Закона о предпринимателях Грузии, и его реформы, проведенной в 2008 году. В результате реформы в закон Грузии о предпринимателях были внесены значительные изменения. В результате, грузинское предпринимательское законодательство отказалось от традиционных методов защиты капитала, которые основывались на идее Второй корпоративной директивы Евросоюза о статусе акционерных обществ. Вдохновленный европейской дискуссией и опытом американского корпоративного права, автор рассматривает альтернативные пути защиты кредиторов и акционеров корпорации.

Автор предлагает критический анализ инструментов защиты капитала, предписанных европейскими корпоративными директивами, немецким законом об акционерных обществах (AktG), Пересмотренным Модельным актом США о корпорациях (RMBCA), Делаверским Общим корпоративным законом (DGCL) и грузинским корпоративным правом.

В своей книге автор также рассматривает возможные пути защиты капитала в обанкротившихся корпорациях и в корпорациях, находящихся на грани банкротства. Американские законодательные акты о передаче имущества с целью обмана, Закон о банкротстве США и швейцарский Федеральный Закон о принудительной выплате обязательств и банкротству (SchKG), использовались в качестве основных источников рекомендаций, предложенных автором.

В юрисдикциях, где не существует правовой системы регулирования капитала, фидуциарные обязанности менеджеров и контролирующих акционеров, как правила, представляют собой существенную функциональную замену правилам защиты капитала. В этом смысле книга рассматривает корпоративное

\* Сотрудник Программы правовой реформы Немецкого общества по интернациональному сотрудничеству (GIZ)

## BOOK REVIEW

### George Jugeli “Capital Protection in the Corporation”

Lia Shatberashvili\*

George Jugeli’s book “Capital Protection in the Corporation”, published early 2011 with GIZ assistance, represents a comparative study on capital protection and capital maintenance in corporate law. The treatise reviews EU, German, US and Georgian corporate law. Issues are examined in light of the European debate over the effectiveness of statutory capital maintenance and the reform of Georgian corporate law in 2008. The reform brought about essential changes to the Georgian Law on Entrepreneurs. As a result, Georgian corporate law abandoned the traditional capital protection system, which is largely based on the concepts of the EU Second Company Law Directive. Inspired by the European discussion and the experience of US-corporate law, the author explores alternative ways of protecting a corporation’s creditors and shareholders.

The author offers a critical analysis of the capital protection tools that are enshrined in EU company law directives, the German Stock Corporation Act (the AktG), the US Revised Model Business Corporation Act (RMBCA), Delaware General Corporate Law (DGCL), and Georgian corporate legislation. The book also reviews various expert reports and scientific works dedicated to the theme of capital protection.

In his book, Dr. Jugeli also examines ways in which capital can be protected in insolvent corporations and in corporations close to insolvency by offering observations on the US fraudulent transfer statutes, the US Bankruptcy Code, and the Swiss Federal Law on Debt Enforcement and Bankruptcy (the SchKG).

In jurisdictions without a legal capital system, the fiduciary duties of managers and controlling shareholders usually represent an important functional substitute for the statutory rules of capital maintenance. To this end, the book addresses corporate governance as an aspect of maintaining capital. Analysis of the fiduciary duties of directors and shareholders gives the reader insights into the features of a prudently managed corporation.

\* Program Staff GIZ, Advise of Legal and Judicial Reform in the South Caucasus

управление в качестве одного из средств поддержания капитала. Анализ фидуциарных обязанностей директоров и акционеров дает читателям представление об особенностях разумного управления корпорацией.

Книга хорошо структурирована и написана ясным и определенным языком. Представленное исследование выполнено на самом высоком научном уровне и несомненно представляет собой обогащение для любого юриста, интересующегося корпоративным правом.

The book is well structured and is written with a clear and definite language. The presented research is carried out on the highest scholarly level and definitely adds value for any legal professional interested in corporate law.

