



Д О Г О В О Р
В П У Б Л И Ч Н О М
П Р А В Е



Wolters Kluwer



Договор в публичном праве

Сборник научных статей

Под редакцией

*доктора юридических наук, профессора Е.В. Гриценко,
кандидата юридических наук Е.Г. Бабелюк*



Wolters Kluwer

Москва

Волтерс Клувер 2009

УДК 341.24(063)
ББК 67.91-32я431(2Рос)
Д59

Д59 **Договор в публичном праве** : сборник науч. ст. / под ред. Е.В. Гриценко, Е.Г. Бабелюк. — М. : Волтерс Клувер, 2009. — 280 с. — ISBN 978-5-466-00360-4 (обл.).

Агентство СІР РГБ

Издание представляет собой сборник научных статей участников Международной научно-практической конференции, которая состоялась 30 июня – 1 июля 2007 г. на юридическом факультете Санкт-Петербургского государственного университета.

В книге анализируются проблемы правового регулирования договорных отношений в публично-правовых сферах. В сборнике представлены работы, посвященные общим проблемам теории публичных договоров, договорам в конституционном, административном, муниципальном и финансовом праве, соотношению частноправового и публично-правового регулирования договорных отношений между властными субъектами и гражданами (организациями), а также сравнительно-правовым аспектам на примере отдельных зарубежных стран.

Адресовано ученым, практикующим юристам, а также студентам, аспирантам, преподавателям юридических вузов и факультетов.

УДК 341.24(063)
ББК 67.91-32я431(2Рос)

ISBN 978-5-466-00360-4 (обл.)

© Коллектив авторов, 2008
© Волтерс Клувер, 2009

Геррит Манссен,
профессор, доктор,
Университет г. Регенсбурга (Германия)

Публично-правовой договор в Германии¹

1. Общие положения

В Германии институт публично-правового договора урегулирован в Федеральном законе об административном производстве (§ 54 и след.) и одноименных законах федеральных земель. Возникновение, изменение или прекращение публичного правоотношения в договорном порядке принципиально допустимо. Законы об административном производстве вступили в силу в основном в 1977 г. Таким образом, был положен конец спору о том, может ли публичная администрация вступать с гражданином в договорные управленческие отношения.

Итак, публично-правовой договор стал признанной формой реализации публичного права². Закон рассматривает его в качестве альтернативы административному акту. Поэтому в Германии разрешение на строительство, например, может быть выдано как посредством издания административного акта, так и путем заключения административного договора. Важными областями применения публично-правовых договоров являются субвенционное право (*Subventionsrecht*) и градостроительное право (*Städtebaurecht*). Осуществление инвестиционных проектов в рамках сотрудничества публичной администрации и частных инвесторов зачастую предполагает достижение договоренностей, которые могут быть достигнуты путем заключения публично-правового договора.

¹ Перевод с немецкого Е.В. Гриценко, М.Л. Проскуряковой.

² См. также: *Manssen*. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2005, S. 92 ff; *Gurlit*. Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 20 ff; *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*. Verwaltungsrecht I, 2007, § 54, Rdnr. 1 ff; *Detterbeck*. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2007, Rdnr. 775 ff; *Grziwotz*. Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, S. 29 ff.

2. Проблемы публично-правового договора

Закон об административном производстве регулирует допустимость публично-правового договора с немецкой основательностью. В частности, законодатель стремится избежать «распродажи суверенных прав государства»¹. Договор о выдаче разрешения на строительство может быть заключен только при условии, если законной также является выдача указанного разрешения посредством издания административного акта. Нельзя допустить ситуацию, при которой тот, кто располагает большими финансовыми средствами, мог бы купить себе разрешение путем заключения административного договора².

В связи с этим закон требует соразмерного соотношения взаимных обязанностей в публично-правовом договоре (§ 56 абз. 1 Федерального закона об административном производстве). Административный орган может допустить осуществление контрагентом только таких встречных обязанностей, которые являются соразмерными и предметно связаны с договорной обязанностью органа управления³. Если у гражданина имеется притязание на выполнение обязанности органом управления, то в договоре можно предусмотреть лишь такую встречную обязанность гражданина, которая также могла бы содержаться в административном акте в качестве дополнительного положения (§ 56 абз. 2 Федерального закона об административном производстве).

Хотелось бы пояснить данный тезис на примере. Притязание застройщика на выдачу разрешения на строительство может быть реализовано, если имеются законные основания для выдачи такого разрешения⁴. В данном случае договором нельзя возлагать на

¹ Ср.: *Scharmer*. NVwZ 1995, 219 ff; *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 94; *Krautzberger // Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*. Baugesetzbuch, 2006, § 11, Rdnr. 168 f.

² Ср.: § 11 Строительного кодекса (*BauGB*). Согласно указанному положению община может заключать градостроительные договоры в целях стимулирования и обеспечения планирования застройки.

³ Речь идет о случаях применения § 31 Строительного кодекса.

⁴ Это вытекает, в частности, из положений федеральных земель о строительстве. См., напр.: ст. 72 абз. 1 Баварского Положения о строительстве (*Bayerische Bauordnung*): в выдаче разрешения на строительство может быть отказано лишь в случае, если проект застройки противоречит публично-правовым предписаниям.

застройщика какие-либо дополнительные встречные обязанности, корреспондирующие обязанности органа управления по выдаче разрешения на строительство. Однако если у административного органа имеется определенная свобода усмотрения на выдачу разрешения либо отказ в такой выдаче (поскольку заявителем выполнены не все условия, но он может быть освобожден от их выполнения¹), в договоре могут быть предусмотрены такие встречные обязательства застройщика, которые позволяют органу управления сделать для него исключение и освободить от выполнения требуемых условий.

Например, застройщик ходатайствует о выдаче разрешения на переоборудование торговой точки в ресторан. В связи с этим предполагается увеличение числа автомобилей, которые будут подъезжать к данному объекту и отъезжать от него. В соответствии с основными направлениями развития города в таком случае должны быть оборудованы две дополнительные автостоянки, сооружение которых потребует, однако, экономически неоправданных издержек. В таких случаях община имеет свободу усмотрения и может заменить обязанность сооружения автостоянок финансовым возмещением. Застройщик перечисляет определенную сумму (например, 8000 евро / место на стоянке) общине, которая в соответствии с законом обязана направить эти средства на улучшение ситуации с местами на стоянке и парковочными площадками. Таким образом, застройщик перечисляет денежное возмещение с тем, чтобы община в рамках свободы ее усмотрения могла бы согласовать выдачу разрешения на строительство.

Понятие соразмерности взаимных обязательств все еще остается неопределенным². Вместе с тем для органа управления заключение публично-правового договора сопряжено со значительными рисками. Он не может быть уверен, что административные суды признают договор действительным в процессе его судебной проверки. Зачастую инвесторы поступают следующим образом: они заключают публично-правовой договор с органом управления, позволяют выдать себе соответствующие разрешения, а затем выдвигают в ад-

¹ Речь идет о случаях применения § 31 Строительного кодекса.

² Bonk, in: *Stelkens/Bonk/Sachs. Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2001, § 56, Rdnr. 55; vgl. dazu *OLG München*. NJOZ 2006, 4075; *VGH Mannheim*. NVwZ-RR 2006, 90.

министративном суде требование об аннулировании предусмотренной в договоре встречной обязанности в связи с недействительностью договора. Данный сценарий развития событий имел большой успех в прошлом, поскольку административные суды предъявляли весьма строгие требования к допустимости встречных обязанностей в публично-правовых договорах¹.

В связи с этим органам управления следует относиться к публично-правовым договорам с осторожностью. Эта правовая форма в большей степени подвержена ошибкам, так как всегда существует опасность, что договор вследствие правовых недостатков будет признан недействительным. Административный акт, имеющий соответствующие недостатки, по общему правилу, хотя и признается противоправным, но сохраняет свое действие (§ 43 абз. 1 Федерального закона об административном производстве). Поэтому если недопустимая обязанность будет возложена на застройщика путем закрепления в качестве дополнительного условия в административном акте, то у органа управления имеется значительно больше шансов на то, что это условие в любом случае останется юридически действительным. Таким образом, у административного органа возникает правовое основание на удержание платежей, уже произведенных инвестором.

3. Проектный план и план освоения территории

Важной областью применения публично-правового договора является публичное строительное право. Законодатель допускает возможность достижения договоренностей между коммуной, с одной стороны, и инвестором, с другой. На практике это происходит следующим образом: община и инвестор заключают договор, в котором инвестор обязуется разработать определенный проект плана и осуществить его, если община примет соответствующее решение². В таком случае община решает в обычном порядке, издаст

¹ См. об этом подп.: BVerwG. Urt. vom 06.07.1973, E 42, 331; BVerwG. Urt. vom 14.07.1992, E 90, 310; BVerwG. Urt. vom 15.12.1989, E 84, 236 (242 f); BVerwG. NJW 1985, 989 f; BGH. NJW 1983, 2823.

² Это урегулировано в § 12 Строительного кодекса; см. также: *Glombik*. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan — Die neue Regelung in § 12 BauGB, LKV 1999, 392 ff; *Bergmann/Schumacher (Hrsg.)*. Handbuch der kommunalen Vertragsgestaltung, Band

ли она соответствующий план застройки. Если план застройки принимается решением общины, инвестор должен будет реализовать соответствующий проект.

Эта легальная модель является в Германии исключительно успешной. С одной стороны, инвестор не имеет права требовать от общины издания соответствующего плана застройки. С другой же стороны, на основании предварительных договоренностей в большинстве случаев инвестору удастся все же подтолкнуть общину к принятию соответствующего решения. Община, в свою очередь, в значительной мере экономит расходы на планирование и при этом может быть уверена, что проект, который запланирован, в конечном счете будет реализован.

4. «Бегство» в частное право

Договор в публичном праве — это сравнительно молодой правовой институт. Он был заимствован из гражданского права и преобразован для публичного права. В Германии, однако, общины могут вместо публично-правовых договоров заключать частноправовые¹. Они вправе, например, покупать или продавать земельные участки как обычные граждане. Таким образом, общины избегают особых требований, которые предъявляют законы об административном производстве к заключению публично-правового договора.

Отличие публично-правового договора от частноправового вытекает из предмета договора². Дело заключается в том, урегулировано ли содержание договорных обязательств органа управления нормами публичного права либо нет. Не является решающим для определения юридической природы договора тот факт, что посредством договора исполняется публичная задача. Административный орган

IV, 2001, S. 31 ff; *Becker/Heckmann/Kempen/Manssen*. Öffentliches Recht in Bayern, 2005, S. 461 f.

¹ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*. Verwaltungsrecht I, 2007, § 23, Rdnr. 38 ff; *Detterbeck*. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2007, Rdnr. 895 ff; *Maurer*. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, § 3, Rdnr. 9 f.

² См. об этом: *Manssen*. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2005, 5.1; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*. Verwaltungsrecht I, 2007, § 22, Rdnr. 50 f; *Detterbeck*. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2007, Rdnr. 785 ff; *Henneke* in: *Knack*. Verwaltungsverfahrensgesetz, § 54, Rdnr. 2.

может способствовать достижению публичных целей и путем заключения частноправовых договоров¹.

Частноправовые соглашения по-прежнему являются более гибким инструментом по сравнению с публично-правовыми договорами. В частности, при совершении сделок с землей общинам можно посоветовать по возможности оставаться в сфере частного права. Публично-правовые мероприятия, такие как выдача разрешений или осуществление планирования могут быть предусмотрены в качестве условий или оснований частноправового договора, не будучи при этом включенными в предмет договора². В то же время общины получают более высокие правовые гарантии действительности заключенных соглашений.

5. Заключительные положения

В Германии публично-правовой договор признан в качестве самостоятельного правового инструмента. Однако он все еще находится в тени своего «старшего брата» — административного акта. В юридической практике административный акт имеет существенные преимущества по сравнению с договором. Кроме того, сильным конкурентом публично-правового договора по-прежнему остается гражданско-правовой договор. Освобожденная от «оков» Федерального закона об административном производстве публичная администрация может заключать квази приватно и автономно частноправовые договоры. Это придает большую гибкость управленческой деятельности. Поэтому в целом публично-правовой договор является пока мало привлекательным. Задача науки и законодателя в ближайшие годы — совершенствовать институт публично-правового договора, подумать о том, как можно стимулировать его использование путем ослабления чрезмерно жестких законодательных рамок.

¹ P. Stelkens/Schmitz // *Stelkens/Bonk/Sachs. Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2001, § 1, Rdnr. 96 ff; *Maurer. Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, § 3, Rdnr. 9 f und § 23, Rdnr. 60 ff; vgl. dazu auch *Burgi. Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung*, NVwZ, 2001, S. 601 ff; *Endler. Privatisierungen und Vergaberecht*, NZBau 2002, S. 125 ff.

² См. об этом подп.: BVerwG. Urt. vom 11.02.1993, E 92, 56; BVerwG. DNotZ 1994, 63; BGH. NZBau 2003, 145; VGH München. NVwZ-RR 2000, 121.

