

**АДМІНІСТРАТИВНІ ДОГОВОРИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ.
НАПРЯМИ ВИКОРИСТАННЯ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ В УКРАЇНІ****ADMINISTRATIVE CONTRACTS UNDER GERMAN LAW.
USE OF FOREIGN EXPERIENCE IN UKRAINE****Патерило І.В.,***кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного, трудового та господарського права
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара*

У статті аналізуються визначення та ознаки адміністративного договору в Німеччині. Розглянуто його види та форми. Зроблено висновок про доцільність використання німецького досвіду в Україні.

Ключові слова: адміністративний договір, субординаційний договір, координаційний договір, мирова угода, договір обміну, публічна адміністрація.

В статье анализируются определение и признаки административного договора в Германии. Рассмотрены его виды и формы. Сделано вывод о целесообразности использования немецкого опыта в Украине.

Ключові слова: административный договор, субординационный договор, координационный договор, мировое соглашение, договор обмена, публичная администрация.

The article examines the definition and elements of the administrative contract in Germany. Considered its shapes and forms. Draw conclusions about the usefulness of the German experience in Ukraine.

Key words: administrative contract, subordination contract, coordination contract, settlement agreement, contract of exchange, public administration.

Прийняття Кодексу адміністративного судочинства України [1] сприяло введенню нової термінології в науку адміністративного права. Одним із таких нових термінів стало поняття «адміністративний договір», яке після 2005 р. отримало, так би мовити, офіційне визнання на законодавчому рівні.

Аналіз наукової літератури показує, що на сьогоднішній день багато вчених цікавляться сутністю та змістом названої категорії, її особливостями. У цьому випадку мова йде про наукові доробки

В. Б. Авер'янова, К. К. Афанасьєва, Д. М. Бахраха, Р. О. Куйбіди, М. І. Смоковича, Ю. М. Старилова та інших. Зазначимо, що названі автори у своїх роботах намагаються сформулювати суто вітчизняну концепцію адміністративного договору. Особливість її полягає в тому, що вона формується без врахування відповідних напрацювань зарубіжних вчених, які, до речі, доволі далеко просунулися в розумінні названого юридичного явища. З огляду на викладене метою статті є ознайомлення української наукової спільноти з розробками німецьких вчених-адміністративістів із питань адміністративного договору. Переконані, що викладена в цій статті інформація стане в нагоді українським науковцям, які здійснюють науковий пошук у цьому напрямі.

Для досягнення поставленої мети необхідним вбачається вирішення наступних завдань: розглянути поняття, основні ознаки, особливості адміністративного договору у Федеративній Республіці Німеччині; окремо зупинитися на видах адміністративних договорів, які виділяються в Німеччині. На підставі проведеного дослідження довести необхідність використання німецького підходу в Україні під час проведення відповідних наукових досліджень.

У Федеративній Республіці Німеччина (далі – ФРН) такий інститут, як публічно-правовий договір, який у певних випадках є альтернативою адміністративному акту, врегульований нормами Закону «Про адміністративну процедуру» [2]. Слід звернути увагу на те, що в законі вживається такий термін, як публічно-правовий, а не адміністративний договір. Проте аналіз положень закону «Про адміністративну процедуру», у якому закріплено, що його норми регулюють виключно публічно-правову діяльність органів публічної адміністрації, свідчить про те, що мається на увазі саме адміністративний договір, оскільки він укладається суб'єктами публічної адміністрації з приватними особами на підставі норм адміністративного права. Таким чином, норми закону «Про адміністративну процедуру» не поширюються на інші публічні договори, а саме міжнародні угоди, конституційні договори, договори, які укладаються із церквою (Staatskirchenvertrag), міжнародні угоди органів публічної адміністрації, оскільки вони перебувають під правовим регулюванням норм інших галузей права [3, с. 258].

Отже, згідно з § 54 Закону України «Про адміністративну процедуру» під адміністративним договором розуміється згода сторін, спрямована на виникнення, зміну або припинення правовідносин у сфері публічного права [2]. З названого визначення можна виділити такі ознаки адміністративного договору:

– він являє собою угоду сторін. Це означає, що для його укладання необхідна наявність волевиявлення щонайменше двох сторін. Відповідна ознака дозволяє відмежувати адміністративний договір від адміністративного акта, який приймається суб'єктом публічної адміністрації без врахування згоди особи, на яку він спрямовується;

– він укладається у сфері публічного права, а точніше адміністративного права, що постає із положень закону «Про адміністративну процедуру». Проте слід пам'ятати, що публічна адміністрація може діяти як у публічно-правовій, так і в приватноправовій сфері, укладаючи тим самим як адміністративні, так і цивільні договори. Це у свою чергу робить деколи процес розмежування цих договорів доволі складним, оскільки трапляються ситуації, коли положення договору регулюються як нормами публічного, так і приватного права. У цьому разі необхідним є з'ясування основної мети цього договору (Schwerpunkt), тобто необхідною є відповідь на питання про те, на задоволення яких потреб він спрямовується – публічно-правових чи приватноправових [3, с. 259]. Важливість розмежування названих видів договорів зумовлена тим, що від вирішення цього питання буде залежати, нормами якої галузі права будуть керуватися суб'єкти його укладання та до якого суду вони звертатимуться в разі виникнення спору щодо укладання договору чи виконання або невиконання його положень;

– такий договір спрямовано на виникнення, зміну чи припинення адміністративно-правових відносин. При цьому слід пам'ятати, що договір укладається стосовно реально існуючих фактичних обставин, які повинні бути ним врегульовані.

З перелічених ознак стає зрозумілим, що основним критерієм відмежування адміністративного договору від цивільного є його предмет, який постає з його змісту, а саме характеру прав і обов'язків, які сторони приймають на себе. Що стосується такої ознаки адміністративного договору, як обов'язкова наявність суб'єкта владних повноважень, яка дуже часто згадується українськими авторами під час аналізу цього інституту, то вона німецькими вченими не називається. Це пов'язано з тим, що учасниками адміністративного договору можуть бути й особи, не наділені владними повноваженнями.

Таким чином, договір буде вважатися адміністративно-правовим у таких випадках:

- якщо його укладено на підставі та на виконання норм публічного (адміністративного) права;
- якщо він містить обов'язок, пов'язаний із виданням адміністративного акта або іншої державно-владної дії (наприклад, видача дозволу на будівництво);
- якщо він пов'язаний із публічно-правовими обов'язками або правами громадян [4, с. 174].

Варто також розглянути існуючі в німецькому праві підходи до виділення видів адміністративних договорів. Так, у Законі ФРН «Про адміністративну процедуру» передбачені такі види адміністративних договорів, як субординаційний, координаційний, мирова угода та договір обміну [2].

Субординаційним адміністративний договір буде тоді, коли він укладається між підпорядкованими один одному органами публічної адміністрації або між органом публічної адміністрації та приватною особою. Наприклад, орган влади зобов'язується на підставі договору дозволити провести громадянину А. заплановану демонстрацію в тому випадку, якщо

громадянин А. виконає певні вимоги. Таким чином, такий вид адміністративного договору оформлює погоджене волевиявлення сторін (у більшості випадків – органу публічної адміністрації та приватної особи), які мають уяву про настання конкретних правових наслідків і можуть впливати на їх розвиток. Відповідно до ч. 2 § 54 Закону ФРН «Про адміністративну процедуру» орган може замість видання адміністративного акта укласти з іншою стороною субординаційний адміністративний договір. Проте укладення такого договору є неможливим у тому випадку, коли правовими приписами прямо передбачено, що регулювання конкретного випадку має здійснюватися за допомогою адміністративного акта [2].

Координаційний адміністративний договір укладається за участю двох непідпорядкованих один одному органів публічної адміністрації, наприклад, договори між муніципалітетами. У цьому договорі суб'єкти мають рівний правовий статус, і жоден з органів (якщо договір укладається між органами) не може видати адміністративний акт стосовно іншого [5, с. 255].

Мирова угода може бути укладена в тому випадку, коли існує деяка невизначеність у юридичному регулюванні взаємовідносин сторін, і ця невизначеність може бути усунута шляхом взаємних поступок. При цьому повинні виконуватись дві умови: по-перше, вирішення цього питання повинно знаходитись у межах компетенції публічної адміністрації, а по-друге, договір повинен бути доцільним, корисним та приводити до усунення існуючої правової невизначеності. Таким чином, мирова угода ліквідує правові невизначеності та задовольняє інтереси обох сторін [3, с. 263].

Договір обміну може укладатися в тому разі, коли сторона договору бере на себе зустрічну вимогу, яка формулюється в договорі й служить для реалізації функцій органу публічної адміністрації, пов'язаних із вирішенням публічних завдань. При цьому зустрічні вимоги повинні відповідати загальним умовам договору й мати безпосереднє відношення до предмету договору. Таким чином, договір обміну – це взаємно зобов'язуючий договір. Оскільки відносини з приводу обміну складаються в більшості випадків між публічною адміністрацією й громадянином, то цей договір (у цілях забезпечення захисту прав громадян і перешкоджанню «розпродажу державно-владних повноважень») може бути укладено виключно за наявності певних умов стосовно зустрічної вимоги. По-перше, зустрічна вимога приватної особи може бути поєднана тільки з певною метою, по-друге, ця вимога повинна бути спрямована на реалізацію публічних завдань, по-третє, зустрічна вимога повинна бути пропорційною основній вимозі, по-четверте, вона повинна знаходитися в безпосередньому зв'язку з основною вимогою щодо предмета договору. Прикладом такого договору може бути така ситуація. Громадянин А. має намір відкрити торговельний центр. Для цього він звертається до суб'єкта публічної адміністрації із заявою про надання відповідного дозволу. У заяві, зокрема, громадянин А. зазначає, що в нього немає можливості збудувати стоянку для автотранспорту, як того вимагає закон,

а тому він клопочеться перед суб'єктом публічної адміністрації про звільнення його від цього обов'язку. У свою чергу суб'єкт публічної адміністрації, задовольняючи клопотання громадянина А., вимагає від нього надати певну суму грошей для будівництва неподалік від торговельного центру великої стоянки для автотранспорту. Таким чином, між громадянином А. та суб'єктом публічної адміністрації виникає адміністративний договір, згідно з яким орган влади звільняє приватну особу від передбаченого в законі публічно-правового обов'язку, а вона (особа А.) зобов'язується виплатити вказану суму грошей. Відповідний приклад дозволяє виділити всі чотири ознаки адміністративного договору: по-перше, гроші направляються на будівництво конкретної стоянки; по-друге, будівництво цієї стоянки здійснюється в публічних інтересах; по-третє, внесок є пропорційним, оскільки він обчислюється в пропорційному відношенні від загальної вартості стоянки й відповідає тій економії коштів, яку отримує громадянин завдяки звільненню від обов'язку влаштувати місце для паркування на своїй ділянці; по-четверте, присутній зв'язок з основним обов'язком, оскільки внесок на будівництво стоянки компенсує невиконане для громадянина виділення на ділянці місця для паркування [3, с. 264–266; 6, с. 97–98].

Окрім закріплення видів адміністративних договорів, Закон ФРН «Про адміністративну процедуру» передбачає умови, яким повинен відповідати адміністративний договір для набуття ним дійсності. Такою умовою є форма укладення адміністративного договору. Відповідно до § 57 закону «Про адміністративну процедуру» [2] для укладення адміністративного договору передбачена письмова форма, якщо законом не передбачено іншої форми договору. Так, наприклад, § 311 b I 1 Цивільного Кодексу ФРН закріплює обов'язкове нотаріальне засвідчення публічно-правового договору, якщо його предметом є зобов'язання з передачі земельної ділянки [7].

Наступною важливою умовою дійсності адміністративного договору Німеччини є необхідність наявності згоди третіх сторін та зацікавлених органів під час укладення адміністративного договору. Так, на підставі § 58 зазначеного закону, якщо договір стосується прав та інтересів третіх осіб, то умовою його дійсності є їх письмова згода. Відповідна ситуація виникає й тоді, коли договір укладається замість адміністративного акта, для прийняття якого, відповідно до положень юридичних актів, вимагається попередня згода, дозвіл або погодження з іншими суб'єктами. Договір буде дійсним лише в тому випадку, коли була забезпечена участь усіх цих органів під час укладення цього договору [2].

Недодержання викладених вимог буде призводити до визнання адміністративного договору недійсним. Положеннями Закону ФРН «Про адміністративну процедуру» [2] передбачені також випадки визнання адміністративного договору нікчемним. У § 59 вказано, що договір буде визнано нікчемним, якщо це постає з відповідних положень цивільного законодавства, яке застосовується до адміністратив-

них договорів. Додатково адміністративний договір буде визнаватися нікчемним за тих умов, за яких визнавався би нікчемним адміністративний акт такого ж змісту, а також якщо орган публічної адміністрації дав обіцянку виконати недопустимі зобов'язання. Таким чином, німецький законодавець визнає можливість застосування положень цивільного законодавства до інституту адміністративного договору.

Законодавчо врегульовано також можливість розірвання або зміни адміністративного договору за ініціативою сторін. При цьому § 60 закону передбачено, що суб'єкт публічної адміністрації може розірвати договір в односторонньому порядку лише для попередження або усунення тяжких наслідків із метою задоволення публічного інтересу. Відповідним чином законодавець захищає приватну особу від свавілля з боку органу публічної адміністрації, ставлячи їх тим самим на один рівень. Розірвання договору повинно здійснюватись у письмовій формі з обов'язковим зазначенням причини його розірвання, якщо положеннями інших юридичних актів не передбачена інша форма цієї процедури [2].

Таким чином, німецьким законодавством визначено поняття адміністративного договору та його форма; умови дійсності та нікчемності адміністративного договору, а також можливість його зміни та розірвання. При цьому правове регулювання інституту адміністративного договору здійснюється нормами цивільного права в разі неврегульованості деяких аспектів нормами адміністративного права (§ 61 Закону ФРН «Про адміністративну процедуру» [2]).

Як постає з викладеного, німецька теорія та законодавство принциповим чином відрізняються від тих напрацювань, які нині можна зустріти на сторінках української юридичної літератури. Проте вона (теорія) може бути надзвичайно корисною для вітчизняного законодавця та науковців, оскільки в ній можна знайти чималу кількість апробованих практикою положень, необхідних для покращення розуміння сутності та змісту цього інституту. У цьому аспекті також варто зазначити, що, на наш погляд, необхідним є внесення змін до КАС України, зокрема до закріпленого в ньому визначення категорії «адміністративний договір». Нагадаємо, що в кодексі під останнім розуміється дво- або багатостороння угода, зміст якої складають права та обов'язки сторін, що постають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією зі сторін угоди [1].

У зв'язку із цим можна зробити висновок, що законодавець розглядає адміністративний договір через обов'язкову присутність у ньому суб'єкта владних повноважень і наявності підпорядкування між суб'єктами, які укладають адміністративний договір. На нашу думку, наділення адміністративного договору такими ознаками пов'язано з неправильним розумінням адміністративно-правових відносин, яке на сьогодні існує в науці адміністративного права. Так, майже всі науковці одностайні в тому, що в адміністративно-правових відносинах в обов'язковому випадку бере участь суб'єкт, наділений державно-

владними повноваженнями [8, с. 42]. Проте подібне ставлення до категорії «адміністративно-правові відносини» дещо суперечить оновленій концепції адміністративного права, відповідно до якої пануючі за радянських часів адміністративно-управлінські відносини, характерною рисою яких саме й було підпорядкування одного суб'єкта іншому, трансформувалися переважно в адміністративно-сервісні, у межах яких відбувається вирівнювання правових статусів учасників правовідносин. Таким чином, на сьогодні спостерігається постійна тенденція до звуження кількості правовідносин, які характеризуються прямою підпорядкованістю одного суб'єкта іншому [9]. Отже, ознака наявності суб'єкта владних повноважень не є обов'язковою умовою для укладення адміністративного договору. Тому необхідно шукати нові критерії для відмежування адміністративного договору від інших видів договорів, оскільки суб'єкт владних повноважень може вступати й у цивільно-правові відносини, спрямовані на укладання цивільного договору. Слід погодитися з німецькими колегами стосовно того, що головна ознака адміністративного договору полягає в характері прав і обов'язків, які сторони приймають на себе. Відповідно, договір буде адміністративним у тому випадку, коли права й обов'язки його учасників будуть спрямовуватись на виконання публічних завдань, тобто тих, які знайшли закріплення в нормах публічного права. Таким чином, під адміністративним договором, на наш погляд, необхідно розуміти угоду сторін, спрямовану на виникнення, зміну та припинення правовідносин у сфері публічного права.

Доречним, поміж іншим, виглядає також і нормативне закріплення видів адміністративних договорів. Це можливо зробити в Адміністративно-процедурному кодексі України, проект якого сьогодні знаходиться на розгляді у Верховній Раді України. У ч. 1 ст. 1 проекту цього юридичного акта передбачено, що кодекс регулює відносини, що виникають під час про-

вадження органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими й службовими особами діяльності щодо забезпечення реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, у тому числі щодо отримання адміністративних послуг, та виконання ними визначених законом обов'язків, регламентує процедури розгляду адміністративних справ [10]. Розвиваючи це положення, можна дійти висновку, що шляхом укладання адміністративного договору також здійснюється реалізація та захист прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, оскільки публічна адміністрація й приватні особи стають партнерами та вирішують спільно завдання публічного спрямування. У зв'язку із цим є доречним закріплення положення стосовно адміністративного договору та його видів у вищезазначеному юридичному акті.

Враховуючи те, що на сьогодні адміністративний договір все більше застосовується суб'єктами адміністративного права для регулювання адміністративно-правових відносин, то необхідним виглядає закріплення в проекті Адміністративно-процедурного кодексу України за аналогією з німецьким законодавством положень стосовно форми адміністративного договору, умов його дійсності та нікчемності, а також умови його розірвання. Закріплення відповідних положень сприятимуть захисту приватних осіб від свавілля зі сторони органів публічної адміністрації.

Таким чином, на підставі викладеного вище робимо висновок, що інститут адміністративного договору нині все ще не знайшов належного закріплення в українському законодавстві. У зв'язку із цим практично корисним буде запозичення досвіду Федеративної Республіки Німеччини в цій сфері та внесення змін до проекту Адміністративно-процедурного Кодексу України стосовно видів адміністративного договору, форми його укладання, порядку його розірвання, умов дійсності та визнання останнього нікчемним.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, № 37. – Ст. 446.
2. *Verwaltungsverfahrensgesetz der Bundesrepublik Deutschland* von 25. Mai 1976 // *BGBI. I S.* 1253.
3. *Detterbeck S. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht* / S. Detterbeck. – München : Verlag C. H. Beck München, 2006. – 612 s.
4. Мицкевич Л. Административные договоры в Германии и в России / Л. Мицкевич // *Договор в публичном праве : сборник науч. ст. / под ред. Е. Греценко, Е. Бабелюк.* – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 280 с.
5. Мельник Р. Система адміністративного права України : [монографія] / Р. Мельник. – Х. : Вид-во Харків. нац. ун-ту внутр. справ, 2010. – 398 с.
6. Мицкевич Л. Основы административного права Германии : [монография] / Л. Мицкевич. – Красноярск : Универс, 2002. – 181 с.
7. *Bürgerliches Gesetzbuch* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BjNR001950896.html/>
8. Васильев А. Административное право Украины (общая часть) : [учебное пособие] / А. Васильев. – Х., 2002. – 288 с.
9. Мельник Р. Від чого залежить ефективність здійснення адміністративного судочинства? / Р. Мельник // *Вісник господарського судочинства України.* – 2008. – № 5. – С. 154–159.
10. Проект Адміністративно-процедурного Кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF25H00A.html.