

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2022.47.265281>

УДК 342.9

*Александр Левандовскі*, аспірант

LL.M. (University Freiburg, Germany)

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Кафедра адміністративного та господарського права

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

e-mail: alexander.lewandowski@ukr.net

## ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИЙ ДОГОВІР В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ НІМЕЧЧИНИ

Стаття присвячена публічно-правовому договору в адміністративному праві Німеччини. Розглянуто питання співвідношення публічно-правового договору та адміністративного акту в контексті принципу свободи вибору форми дії адміністративних органів. Зроблено аналіз законодавчої бази публічно-правового договору. Перш за все, це охоплює детальний розгляд § 54 Закону про адміністративний процес як центральної норми публічно-правового договору, так само позначені питання обмежень у правозастосовчій практиці § 54 ЗАП.

Наряду з цим, розглянуто й конституційний бекграунд публічно-правового договору. Особлива увага при цьому надана принципу правомірності дій органів управління та його двом основним компонентам: принципу верховенства закону та принципу дотримання закону, які різною мірою мають вплив на публічно-правовий договір. Розглянута в статті подвійна природа публічно-правових договорів, в першу чергу, пов'язана з тим, що сам публічно-правовий договір безпосередньо є фігурою як матеріального так і процесуального права.

Проаналізовані відмінні риси публічно-правового договору в контексті його розмежування від інших форм реалізації своїх повноважень адміністративними органами влади. В першу чергу, це зачіпає адміністративний акт на вимогу як найбільш близького до публічно-правового договору через його зовнішні прояви. Так само це зачіпає й адміністративний акт з додатковими умовами, через те, що він володіє характеристиками, що вводять в оману, схожими з договірними відносинами.

В зв'язку з цим, зроблено огляд безпосередньо самого предмету договору як вирішального чинника, що дозволяє класифікувати його як договір, укладений в сфері публічного адміністративного права. Розглянута роль теорії особливого права та її вплив на процес індикації публічно-правового договору. В зв'язку з цим, розглянуто й кульгаючий взаємний договір, як особлива форма публічно-правового договору.

Особливе місце в статті надано питанням термінології. Зроблено висновок, що в українському адміністративному праві немає аналогів та схожого підходу не тільки до питання класифікації, а й співвідношення розглянутих термінів, які розвинуло німецьке адміністративне право.

**Ключові слова:** публічно-правовий договір, адміністративний акт, адміністративний орган, адміністративний акт за вимогою, форми управлінських дій, адміністративний акт з додатковими умовами, рівнозначні підлеглі стосунки, теорія особливого права, теорія приватноправового адміністративного права.

**Постановка проблеми.** Поняття «договір» доволі складно сприймається в контексті публічного права, хоч би через те, що «договір» у його класичній цивільно-правовій інтерпретації, передбачає рівність сторін, що первісно йде в розріз з концепцією публічного права. І навіть в тих випадках, там, де неможливо

додержатися рівності сторін, як у випадку з споживачами, тоді саме втручання держави дозволяє досягти необхідної рівноваги. Однак, що відбувається, коли сама держава є однією зі сторін договірних відносин та яким чином їх слід регулювати задля досягнення балансу у відношеннях сторін.

**Метою статті** є дослідження питання, як саме держава, в обличчі своїх адміністративних органів (нім. *Verwaltungsbehörde*) постає однією з сторін договірних відносин та як, у цьому випадку, будуються взаємовідносини сторін.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Публічно-правовий договір є темою численних досліджень відомих німецьких правознавців, що обумовлено значущістю теми адміністративного права Німеччини. Серед них, слід зазначити, Фрідріха Шнаппа (Friedrich E. Schnapp), автора монографій, присвячених приватноправовим формам дії адміністративних органів. Значний вклад в аналіз публічно-правового договору вніс Михаель Фелінг (Michael Fehling) і Утц Шлізкі (Utz Schliesky), автори, чиї коментарі до § 54 Закону про адміністративний процес Німеччини (нім. *Verwaltungsverfahrensgesetz*) (далі - ЗАП) є хрестоматійними. Свій вклад в аналіз нормативної бази публічно-правового договору також зроблено представниками баварської школи адміністративного права: Фрідрихом Харпером (Friedrich Harrer), Дитером Кугеле (Dieter Kugele) та Карстеном Тегетхоффом (Carsten Tegethoff). Щодо внеску правознавців університету міста Фрайбура в Брайсгау зазначимо роботи: Фрідріха Шоха (Friedrich Schoch) та Йенса-Петера Шнайдера (Jens-Peter Schneider). Не менш значущим є вклад Хайнца Йоахіма Бонка (Heinz Joachim Bonk), Вернера Нойманна (Werner Neumann), Торстена Зігеля (Thorsten Siegel) та інших.

**Виклад основного матеріалу.** Звертаючи увагу на актуальність питання, відповідь слід шукати в свободі вибору форми взаємодії адміністративних органів з громадянами. **Принцип свободи вибору форми взаємодії влади**<sup>1</sup> є досить визнаним принципом в адміністративному праві Німеччини, не тільки в рамках судової практики, а й безпосередньо в правовій літературі [15, Rn. 285; 13, S. 828; 14, S. 92]. При цьому, слід зазначити, що ключовим елементом при взаємодії влади та громадянами виступає, як правило, **адміністративний акт** (нім. *Verwaltungsakt*), що в принципі в повній мірі відповідає духу самого адміністративного права.

Але його застосування там, де можна задіяти більш м'який інструментарій, викликати не мало запитань та спричинятиме ряд проблем. Рішенням у такому випадку є створення правовідносин в рамках зобов'язальних відносин. При цьому слід чітко розділяти зобов'язальні відносини в контексті адміністративного права й класичний інструментарій адміністративного права, оскільки адміністративне провадження та видача адміністративного акту не є публічно-правовими зобов'язальними відносинами.

Як вже наголошувалось, відповідно до принципу свободи вибору форми взаємодії влади в адміністративних органів є вибір діяти в рамках публічно-правових чи приватноправових зобов'язальних відносинах. Останні, в свою чергу, є предметом регулювання Німецького Цивільного Уложення. Безпосередньо самі публічно-правові зобов'язальні відносини є матерією публічно-правових договірних відносин, які регулюються § 54 та подальших за ним параграфами,

<sup>1</sup> Офіційне визначення за судовими рішеннями: BVerwGE 92, 52 (64); BVerfGE 94, 229 (231ff.); BVerwG, NVwZ 2005, 1072 (1073); BGHZ 91, 84 (86)

об'єднаних за наочною ознакою ЗАП. Але навіть публічно-правовий характер відносин не означає, що про нього можна говорити як про відособлене явище. Так в реч. 2 § 62 ЗАП підкреслено субсидіарний характер норм цивільного права в питаннях регулювання даного виду стосунків: «Якщо з §§ 54 - 61 не слідує іншого, то діють інші норми цього закону. Додатково відповідно діють і норми Цивільного Уложення».

В результаті даного відсилання, система публічно-правового договору отримує завершену систему регулювання договірних відносин, як особливого підвиду договірних правовідносин.

Проте, подібна класифікація, на перший погляд, може вести в оману відносно характеру даного договору і його місця в адміністративному праві. Роз'яснення дає його офіційне визначення, яке було дано німецьким законодавцем безпосередньо в § 54 ЗАП, тим самим остаточно розставив акцент на його адміністративно-правовий характер. І не дивлячись на існування різних точок зору про допустимість публічно-правового договору як *форми управлінських дій* (нім. *Handlungsform*), то речення 2 параграфа дає досить чітку відповідь на це питання, допускаючи заміну адміністративного акту публічно-правовим документом так званим *субординаційно-правовим договором* (нім. *subordinationsrechtlicher Vertrag*) [9, Rn. 1].

По факту це дозволяє адміністративним органам діяти вільніше в порівнянні з адміністративним актом. Більш того, дана свобода полягає і в тому, що відсутні обмеження, типові для адміністративного акту. Перш за все, обмеження як за колом осіб і за типом самого договору, за метою договору. Таким чином, адміністративний орган отримує повну свободу вибору в рамках своєї компетенції [3, § 54 VwVfG Rn. 1; 9, Rn. 1]. Більш того, не поширюється на договір обмеження, встановлені вузькопрофільними законами.<sup>2</sup> Обмеження можливі лише у тому випадку, коли згідно § 54 реч. 1 ч. реч. 2 ЗАП існують спеціальні обмеження за формою договору [1, Rn. 4, 16, 92]. Дискусія, яка фактично існувала до цього, щодо можливості вживання публічно-правового договору, як форми реалізації своїх функцій адміністративними органами, була вирішена формулою «*нормативний дозвіл з обмовкою про заборону*», що забороняє його використання лише там, де він спеціально вказаний як «*не допустимий*» [9, Rn. 1a]. Основоволожні відмінності між одностороннім адміністративним актом і двостороннім договором приводять до того, що адміністративні органи в рамках публічно-договірних стосунків отримують право пред'являти претензії, які витікають з договірних стосунків, без необхідності мати для цього особливі адміністративні повноваження згідно із законом.<sup>3</sup>

Такий підхід, через небезпеку виникнення свавілля з боку адміністративних органів і втручання в основні права громадян, вимагає детального опрацювання і на рівні конституційного права. Таким чином, публічно-правовий договір потребує в досить серйозному конституційному бекграунді та повної відповідності принципам німецького Основного закону.

**Принцип правомірності дій адміністративних органів** (нім. *Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*), який є одним із складових **принципів правової держави** (нім. *Rechtsstaatsprinzip*) закріплено в ст. 20 абц. 3 Основного

<sup>2</sup> OVG RP DVBl 2003, 811 (812)

<sup>3</sup> BVerwGE 50, 171 (173 f.) = NJW 1976, 1516; E 59, 60 (62 ff.) = DÖV 1980, 644; E 89, 345 (348 f.) = NVwZ 1992, 769; BVerwG DVBl 2006, 118 (119)

закону ФРН, утворює основний конституційний бекграунд для правозастосовчої практики § 54 ЗАП [7, § 54 Rn. 4]. Проте, не дивлячись на свободу у виборі форми дії, яка спирається на ст. 20 абц. 3 Основного Закону, не слід розглядати публічно-правовий договір як «помічника для втечі» для адміністративних органів, допомагаючи тим самим їм уникати небажаних правових наслідків, які можуть виникнути в результаті використання «класичних» адміністративних інструментів.

При цьому, слід зазначити, що й сам принцип правомірності дії органів управління є композитним, бо в його основі лежать, перш за все, **принципи верховенства закону** (нім. *Vorrang des Gesetzes*) і **дотримання закону** (нім. *Vorbehalt des Gesetzes*), що впливають різною мірою на публічно-правовий договір.

Так, верховенство закону зобов'язує адміністративні органи діяти лише в рамках чинного законодавства, що, в свою чергу, спричиняє заборону на деякі дії з їх боку. Це знайшло своє закріплення у § 54 ч. 2 альтернативи 1, що містить пряме відсилання на кваліфіковану заборону відносно певних форм дій.<sup>4</sup> При цьому, принцип верховенства закону служить маркером, в першу чергу, по відношенню до змісту самого договору, підкреслюючи тим самим, що органи управління не наділені **автономією волі** (нім. *Privatautonomie*) в його цивільно-правовому розумінні [6, § 14 Rn. 31], а повинні слідувати неухильно, в повному обсязі, застосованому в даному випадку матеріальному праву, відповідно до ст. 20 абц. 3 Основного закону.

Інакше кажучи, це може спричинити ситуацію, при якій адміністративні органи можуть взяти на себе зобов'язання, які можуть суперечити чинному адміністративному законодавству. **Зобов'язальні рішення адміністративних органів** (нім. *Gebundene Verwaltungsentscheidung*) не втрачають свою силу лише через вибір публічно-правового договору як **форми управлінських дій**, проте при цьому вони і не створюють додаткових матеріально-правових опцій [12, Rn. 5].

Таким чином, укладення публічно-правового договору, який містить положення, що відрізняються від їх регулювання нормативно-правовою базою, веде до його блокування, якщо він перечить принципу верховенства закону. Існує, проте, і можливість для відхилення від норми в тих випадках, коли в тій або іншій області права існує можливість для тлумачення невизначених законодавцем понять [10, Rn. 12]. Досягнуті у такому разі положення договору, за своєю суттю, є результатом застосування органами влади своєї **компетенції до дії за розсудом** (нім. *Ermessensgebrauch*), що, в свою чергу, не повинно суперечити § 40 ЗАП [12, Rn. 7].

В той же час, досягнута договірним шляхом **стерпність неправомірної поведінки** (нім. *Duldung rechtswidrigen Verhaltens*), за класичним прикладом - незаконне будівництво, не буде суперечити принципу верховенства права, якщо у адміністративних органів є право діяти на свій розсуд та, не дивлячись навіть на подібне втручання, стерпність не спричинить істотних правових дефектів [11, S. 88].

Принцип дотримання закону вимагає від дій адміністративних органів, і перш за все в тій їх частині, направленій безпосередньо на громадян, щоб їх дії були засновані або реалізовані лише на підставі законів. Таким чином, вибір публічно-правового договору, як форми управлінської дії з боку адміністративних органів в

<sup>4</sup> OVG RP DVBl 2003, 811 (812)

рамках § 54 ЗАП, знаходиться у такому разі в повній гармонії з даним принципом. В той же час, зважаючи, що публічно-правовий договір при заключенні вимагає згоди всіх сторін, й в тому числі безпосередньо громадян, то принцип дотримання закону фактично в даному випадку спирається на конституційне право, як результат використання свободи дії<sup>5</sup>, і перш за все свободи договору, відповідно до ст. 2 абц. 1 Основного закону. Проте, приймаючи до уваги нерівність сторін і, як наслідок, необхідність в захисті громадян при заключенні такого виду договорів, можна стверджувати, що вимоги, які висуваються до змісту договору з боку принципу дотримання закону, найкраще забезпечують потрібний рівень захисту.

Частково складності в питанні правозастосовчої практики публічно-правового договору виникають, виходячи з його неоднозначної правової природи. Публічно-правовий договір, також як і адміністративний акт, має подвійну природу. Він є правовою фігурою як процесуального, так і матеріального права [1, Rn. 3; 9, Rn.11]. Причина цього приховується в тому, що само укладення договору є – одночасно й завершенням адміністративного процесу по відношенню до адміністративного акту згідно з § 9 ЗАП. Це пояснює ієрархічні взаємовідносини норм, що регулюють публічно-правовий договір і інших норм ЗАП, які виходять з § 62 реч. 1 ЗАП, що в свою чергу застосовується тоді, коли інше не виходить з §§ 54 – 61 ЗАП [8, § 54 Rn. 10]. Окрім цього, публічно-правовий договір є матеріально-правовою угодою, оскільки він, згідно § 54 реч. 1 ЗАП, спрямований на створення, зміну або припинення публічно-правових відносин та має при цьому зобов'язуючу силу для обох сторін договору. З цього виходить, що сторонам, слід звертати увагу, не лише на процесуальну сторону, але також і на матеріально-правову складову договору [9, Rn. 11]. В такому разі, укладення договору ґрунтує не лише права і обов'язки сторін, але і припиняє одночасно адміністративний процес в рамках § 9 ЗАП. Велика кількість складнощів в правозастосовчій практиці пов'язано з розмежуванням публічно-правового договору від інших форм реалізації адміністративними органами своїх повноважень. Як правило, вони дуже тісно в своїй реалізації переплітаються з публічно-правовим договором.

На відміну від публічно-правового договору, який знаходить юридичну силу лише по досягненню сторонами консенсусу, існує ще **«адміністративний акт за вимогою»** (нім. *mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt*), який неможливий без подачі заяви в обов'язковому порядку громадянином чи вимагає його згоди, при цьому, він має односторонню спрямованість в питанні виникнення правових наслідків [11, S. 179; 6, § 14 Rn. 2; 1, Rn. 35; 2, Rn. 69]. Проблематичним в такому разі є ситуація, що підпадає під регулювання § 54 реч. 2 ЗАП, оскільки не ясно чи укладений сторонами публічно-правовий договір, чи адміністративними органами, в односторонньому порядку, винесена ухвала у формі адміністративного акту, яка потребує сприяння громадян. Ті обставини, що при розмові (у тому числі обговоренні) були обмовленні ті або інші моменти, або ж було отримано згоду громадянина за тим або іншим питанням, - не є достатнім критерієм для розрізнення, вирішальним тут є вивчення суб'єктивної волі учасників в загальному контексті склавшихся обставин.<sup>6</sup> Єдине, що вказує об'єктивно на те, про що йде мова, є вказівка в назві: якщо «договір», то публічно-правовий

<sup>5</sup> BVerwGE 42, 331 (335 f.) = NJW 1973, 1895

<sup>6</sup> BVerwGE 60, 208 (209 f.) = BeckRS 1980, 30436511; NJW 1984, 2113 f.



характер відносин; якщо «постанова», то адміністративний акт;<sup>7</sup> за своєю суттю є лише зовнішньою формою, що містить зовнішні прояви, які властиві конкретному типові взаємин влади та громадян. Сама ж по собі закріплена в документі взаємність виконання зобов'язань, не обов'язково вказує на те, що даний документ є договором, оскільки і адміністративний акт може бути забезпечений додатковими умовами (§ 36 ЗАП), які можуть зобов'язати громадянина до здійснення або до невиконання тих або інших дій. **Вимога до сприяння** (нім. *Mitwirkungserfordernis*), що міститься в адміністративному акті, не дає громадянам жодного права на сприяння по суті, оскільки лише перешкоджає тому, щоб їм, без їхньої волі не був нав'язаний адміністративний акт [6, § 14 Rn. 25]. Проте, при певних обставинах питання про те, чи може громадянин мати вплив на формування змісту правил, має лише непряме значення, оскільки навіть в тих випадках, коли відсутня можливість фактично вплинути на зміст договору (наприклад, зразок договору або формуляру); тим не менш, договір буде заключено, що безпосередньо вказує на те, що само по собі обговорення змісту договору з метою пошуку консенсусу не є обов'язковою складовою публічно-правового договору [8, § 54 Rn. 33].

При публічно-правовому договорі консенсус є істотною умовою його існування, тоді як адміністративний акт за вимогою без необхідної заяви або без необхідної згоди з боку громадянина хоч і є протиправним, але залишається в принципі дієвим [6, § 14 Rn. 25]. Додаткові труднощі виникають в тому випадку, якщо уявлення сторін про вибір належної форми відмінні один від одного. Типовим прикладом є випадок, коли органом була зроблена оферта, направлена на укладення обладнання, хоча громадянин розглядає свою згоду в даному випадку виключно в контексті класичних адміністративних стосунків, результатом якого повинно стати видання адміністративного акту. В результаті це приводить до недійсності публічно-правового договору унаслідок дефекту волі, з одного боку, і неможливістю його визнання адміністративним актом унаслідок відсутності волі встановленню регулюючого механізму як важливого елементу адміністративного акту з боку органів, з іншого боку.

При цьому, у тому випадку, коли дії громадянина спочатку направлені на укладення публічно-правового договору, тоді як адміністративний орган має навмисно видати адміністративний акт за вимогою, то як і в першому випадку договір буде недійсним, в той час як адміністративний акт буде дійсним, який, проте, через відсутності волі з боку громадянина може бути опротестований [3, § 54 VwVfG Rn. 32]. Інше ж трактування волевиявлення сторін в обох випадках недопустиме лише вже тому, що публічно-правовий договір і адміністративний акт через відсутність наслідків і їх реалізації в значній мірі відрізняються один від одного [1, Rn. 35].

Схожі проблеми в питанні розмежування існують і з **адміністративним актом з додатковими умовами** відповідно до § 36 ЗАП (нім. *Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen*), через те, що він наділений характеристиками, що водять в оману, схожими з договірними стосунками. Класичним прикладом є ситуація, коли громадянин на підставі **додатка до адміністративного акту** (нім. *Auflage*) відповідно до § 36 абц. 2 Nr. 4 ЗАП, переймає на себе зобов'язання, закріплені в даному додатку для того, щоб даний адміністративний акт був виданий і отримав законну силу [6, § 14 Rn. 26]. Не останню роль в цьому грає можливість інтерпретації волевиявлення учасників. Оскільки слід розмежовувати, чи йде

<sup>7</sup> BVerwGE 25, 72 (78) = DVBl 1967, 486

мова про те, що волевиявлення було наділене властивостями спрямованими на виникнення правових наслідків в силу його договірному характеру або про те, що органом через його повноваження був випущений односторонній акт. В даному випадку, *згода або засвідчення* (нім. *Zusage oder Zusicherung*) за § 38 ЗАП виступає розмежуванням *односторонню згодою державного органу виконати свої зобов'язання* (нім. *einseitiges hoheitliches Leistungsversprechen*) від публічно-правового договору.<sup>8</sup> До тих пір, поки питання класифікації неможливо вирішити одним з вище зазначених способів, то слід говорити про *рівнозначні підлеглі стосунки* (нім. *Gleichordnungsverhältnis*), опираючись на те, що не один з учасників не має повноважень на односторонню санкціоновану дію по відношенню іншого, оскільки інакше слід виходити з того, що йдеться у договорі [9, Rn. 26]. У вищих і підлеглих стосунках, в яких органи володіють повноваженнями на видання адміністративного акту і регулювання відносин за допомогою нього, у випадку виникнення сумніву, слід виходити з того, що мова йде про адміністративний акт [9, Rn. 26].

Не менш спірним моментом, відносно публічно-правового договору є і безпосередньо предмет договору, оскільки він дозволяє його класифікувати як договір, укладений в області адміністративного права. В тому випадку, якщо за договором виникають, змінюються або припиняються права і обов'язки в області публічного права, то договір має публічно-правову природу. При цьому ключовим, в даному випадку, є не суб'єктивні представлення сторін договору з питання визначення належності регульованих правовідносин, які договір утворює, змінює або припиняє, а безпосередньо сукупність об'єктивних критеріїв. На відміну від дій у формі адміністративного акту т.з. *адміністративний акт за формою* (нім. *Formverwaltungsakt*), сама форма у випадку укладення договору грає мінімальну роль для визначення його належності. Через те, що суб'єктивні уявлення сторін договору не грають жодної ролі, то в результаті це позбавляє їх право вибору в питанні класифікації договору.<sup>9</sup>

Більш того, також і самі адміністративні органи позбавлені права вибору, чи укласти їм публічно-правовий або ж приватноправовий договір. Лише у тих областях адміністративного права, що пов'язані з фінансовими потоками, органам надається така можливість. Як правило, йдеться про користування суспільними установами. Оскільки сам по собі факт того, що договір був укладений для виконання завдань в області публічного адміністрування, не є підставою до його прилічення до області публічного права. В основі лежить те, що в області *приватноправового адміністративного права* (нім. *Verwaltungsprivatrecht*), виконання суспільних завдань можливо також через засоби приватного права.<sup>10</sup> Проте, є *praesumptio iuris tantum* припущення про те, що адміністративні органи при виконанні суспільних завдань, а також при виборі форми дії, спираються, в першу чергу, на публічне право [4, § 30 Rn. 4]. Участь адміністративного органу як сторони договору, як елемента для кваліфікації договору, як публічно-правового, є вирішальним через те, що існує можливість укласти публічно-правовий договір і між приватними особами, що робить його обов'язковою

<sup>8</sup> VGH BW Ur. v. 20.4.2020 – 9 S 1897/18, BeckRS 2020, 8806 Rn. 37; SächsOVG SächsVBl 2017, 40 Rn. 18; VGH BW Ur. v. 20.4.2020 – 9 S 1897/18

<sup>9</sup> OVG NRW Beschl. v. 29.4.2020 – 6 E 28/20, BeckRS 2020, 9239 Rn. 7

<sup>10</sup> BVerwGE 92, 56 (58 f.) = NJW 1993, 2695; BVerwGE 129, 9 (14 f.) = DVBl 2007, 969 (971); BGHZ 91, 84 (95) = NJW 1985, 197; BGHZ 153, 93(97) = NVwZ 2003, 371 (372)

умовою. Все це є обов'язковим для подальшої кваліфікації публічно-правового договору за § 54 ЗАП.

Для того, щоб віднести предмет договору до публічного і, зокрема, адміністративного права, необхідно, перш за все, орієнтуватися на критерії розмежування публічного і приватного права як такого і, в першу чергу, на т.з. *теорію особливого права* (нім. *Sonderrechtstheorie*).<sup>11</sup> Вирішальним тут є те, чи знаходяться права і обов'язки, урегульовані даним договором, в області публічного права, або іншими словами, чи можна говорити про те, що предмет договору підпадає за обставинами справи до закону, що регулює публічно-правовий порядок.<sup>12</sup>

Це, як правило, справедливо у тому випадку, коли як мінімум одна сторона договору діє в рамках правових положень, які наділяють її повноваженнями або зобов'язують її, зважаючи на її властивості, як представника влади. У свою чергу, це веде до того, що дозволяє чіткіше провести класифікацію договору, до тих пір, поки договір в даному контексті спирається на норми публічного права. При цьому, розгляд з абстрактного боку вимагає, щоб встановлювані договором права і обов'язки за своїм типом та змістом були типовими предметами регулювання публічно-правових норм. Віднесення надалі договорів до області публічного права, в якому *носій адміністративних повноважень* (нім. *Verwaltungsträger*) зобов'язаний надати послугу або зробити дію, яка жодна приватна особа нездатна надати, з тієї причини, що приватноправові стосунки позбавлені можливості здійснювати такого роду діяльність.<sup>13</sup> Більш того, щоб долучити подібний договір до публічно-правових, необхідно, щоб їх предметне врегулювання знаходилося в *тісному наочному взаємозв'язку* (нім. *enger Sachzusammenhang*) з публічно-правовими правами або обов'язками.<sup>14</sup> Відповідно до цього критерію до них слід відносити так звані *кульгаючі взаємні договори* (нім. *hinkender Austauschvertrag*), в якому нормовані публічно-правові послуги адміністративних органів не є безпосередньо предметом договору, скільки метою, умовою або підставами угоди для того, хто зобов'язався їх виконати перед громадянином від імені адміністративних органів [16, S. 598].<sup>15</sup>

Тісний предметний взаємозв'язок з виконання публічних завдань утворює на противагу цьому недостатній критерій приналежності, оскільки публічні завдання можна виконати і вдавшись до допомоги приватного права. В разі відсутності прив'язки до закону, що виникає в наслідку відсутності регулювання предмету договору публічними нормативними актами, акцент зміщується на те, чи можливе регулювання підпадаючи за договором матерія, якби вона була випущена як правова норма, відповідно до теорії особливого права віднесена до публічного права. При виникненні сумніву, питання належності слід досліджувати в контексті загального характеру договору і мети договору.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> BVerwGE 129, 9 Rn. 4 = NJW 2007, 2275; BVerwG NVwZ-RR 2010, 682 (683); Gurlit in: *Verwaltungsvertrag*, S. 24

<sup>12</sup> BVerwGE 92, 56 (58) = NJW 1993, 2695; E 96, 326 (329) = NJW 1995, 1104; E 111, 162 (164) = NVwZ 2000, 1285; E 161, 255 (261) = NVwZ 2018, 993 Rn. 18

<sup>13</sup> BVerwGE 23, 213 (214) = NJW 1966, 1936; E 98, 58 (61) = NJW 1996, 608; NVwZ-RR 2003, 874; NVwZ-RR 2004, 413 (415).

<sup>14</sup> BVerwGE 42, 331 (332 f.) = NJW 1973, 1895; E 111, 162 (164 f.) = NVwZ 2000, 1285; BayVGH Beschl. v. 18.3.2020 – 7 ZB 19.1308, BeckRS 2020, 6712 Rn. 11.

<sup>15</sup> BVerwGE 111, 162 (164) = NVwZ 2000, 1285

<sup>16</sup> GmSOGB BVerwGE 74, 368 (370) = NJW 1986, 2359; BVerwGE 42, 331 (332 f.) = NJW 193, 1895



Підсумовуючи можна дійти висновку, що договори спрямовані на зміни або припинення відносин, розділяють правову натуру правовідносин, які будуть змінені або припинені: договори, чії адміністративно-правові договірні правовідношення змінюються або припиняються, є у такому разі публічно-правовими договорами.

**Висновки і пропозиції.** Таким чином, можна зробити висновок, що публічно-правовий договір є особливим елементом німецького адміністративного права, направлений на вирішення адміністративних завдань, що виникають перед адміністративними органами в рамках договірних стосунків, як найбільш м'який субінститут директивного права, тісно пов'язаний з адміністративним актом.

Фактично він дозволяє адміністративним органам вступати в ті правовідносини, в які вони, діючи лише в рамках адміністративного акту, вступити не могли б або це спричинило б ряд проблем, вирішення яких потребувало б значних витрат адміністративного ресурсу. В той же час, саме це і є основною проблемою публічно-правового договору, оскільки саме це може дозволити адміністративним органам уникнути відповідальності за свої дії за рахунок «втечі в приватне право». Саме з цією метою, є принциповим контроль публічно-правового договору як з боку конституційного права, а саме: дотримання принципів верховенства закону і дотримання закону; так і з боку безпосередньо адміністративного права через розмежування публічно-правового договору від інших форм реалізації адміністративними органами своїх повноважень.

### Список використаної літератури

1. *Bonk, Heinz Joachim/ Neumann, Werner/Siegel, Thorsten.* VwVfG § 61. *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar.* 2018.
2. *Brüning, Christoph / Bosesky, Pino.* § 54 /VwVfG. *Mann/Sennekamp/Uechtritz (ed.)* 2019.
3. *Fehling, Michael.* § 54 VwVfG / *Verwaltungsrecht. Kommentar.* Kastner, Berthold/ Störmer, Rainer. 5. Auflage. 2021. 3462 s.
4. *Gurlitt, Elke.* § 30 / *Allgemeines Verwaltungsrecht.* Ehlers / Pünder (Hrsg.). 2002. 1000 s.
5. *Gurlit, Elke.* *Verwaltungsvertrag und Gesetz.* 2000. 692 s.
6. *Maurer, Hartmut/ Waldhoff, Christian.* *Allgemeines Verwaltungsrecht.* 2002. 872 s.
7. *Rozek.* VwVfG § 54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags. / *Schoch/ Schneider, Verwaltungsrecht.* 2002.
8. *Rozek.* VwVfG § 54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags. / *Schoch/ Schneider, Verwaltungsrecht.* 2021.
9. *Tegethoff, Carsten.* / *Verwaltungsverfahrensgesetz Gebundene Ausgabe.* Ulrich Ramsauer/ Ferdinand O. Kopp (Herausgeber). 18. Juli 2019. 2002 s.
10. *Thiele, Alexander.* /*Verwaltungsverfahrensgesetz.* Pautsch / Hoffmann (Hrsg.) 2. Auflage. 2021. 1082 s.
11. *Schlette, Volker.* *Die Verwaltung als Vertragspartner.* 2019; 2000. 777 s.
12. *Schliesky, Utz.* / *Verwaltungsverfahrensgesetz.* Knack / Henneke (Hrsg.). 2019. 1764 s.
13. *Schnapp, F.* *Öffentliche Verwaltung und privatrechtliche Handlungsformen // DÖV* 1990. S. 826 ff.
14. *Spannowsky, Willy.* *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen.* // *Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht.* 1993/94. Band 26. S. 587
15. *Storr, Stefan / Schröder, Rainer.* *Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehrbuch.* 2., Auflage. 2021. 340 S.

16. Ziekow, Jan /Siegel, Thorsten. Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages. // VerwArch № 94. 2003. S. 593-608

## References

1. Bonk, Heinz Joachim/ Neumann, Werner/Siegel, Thorsten. (2018) VwVfG § 61/ Administrative Procedure Act. Commentary [in German].
2. Brüning, Christoph / Bosesky, Pino. (2019) § 54 /VwVfG. Mann/Sennekamp/Uechtritz (ed.) [in German].
3. Fehling, Michael. (2021) § 54 VwVfG / Administrative Law. Commentary. Kastner, Berthold/ Störmer, Rainer. 5th ed. 3462 s. [in German].
4. Gurlitt, Elke. (2002) § 30 / General Administrative Law. Ehlers / Pünder (eds.) 1000 pp. [in German]
5. Gurlitt, Elke. (2000) Administrative Contract and Law 692 p. [in German]
6. Maurer, Hartmut/ Waldhoff, Christian. (2002) General Administrative Law. 872 S. [in German]
7. Rozek. (2002) VwVfG § 54 Admissibility of public law contract. / Schoch/Schneider, Administrative Law. [in German]
8. Rozek. (2021) VwVfG § 54 Admissibility of the public-law contract. / Schoch/Schneider, Administrative Law. [in German]
9. Tegethoff, Carsten (2019) / Administrative Procedure Act Bound edition. Ulrich Ramsauer/ Ferdinand O. Kopp (editors) 2002 pp. [in German]
10. Thiele, Alexander. (2021) / Administrative Procedure Act. Pautsch / Hoffmann (eds.) 2nd ed. 1082 s. [in German]
11. Schlette, Volker. (2019) The administration as a contractual partner. 777 s. [in German]
12. Schliesky, Utz. (2019) / Administrative Procedure Act. Knack / Henneke (eds.). - 1764 S. [in German]
13. Schnapp, F. (1990) Public administration and forms of action under private law // DÖV. P. 826 [in German]
14. Spannowsky, Willy. (1993/94) Limits of administrative action through contracts and agreements. // Tübinger Schriften zum Staats und Verwaltungsrecht. Volume 26. p. 587 [in German]
15. Storr, Stefan / Schröder, Rainer. (2021) General administrative law. Textbook. 2nd, edition. 340 S. [in German]
16. Ziekow, Jan /Siegel, Thorsten. (2003) Development and perspectives of the law of public law contract. // VerwArch № 94. pp. 593-608 [in German]

Стаття надійшла 15.09.2022 р.

*Alexander Lewandowski*, Postgraduate Student  
LL.M. (University Freiburg, Germany)  
Odesa I. I. Mechnikov National University  
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine  
e-mail: alexander.lewandowski@ukr.net

## PUBLIC LAW CONTRACT IN GERMAN ADMINISTRATIVE LAW

### Summary

The article focuses on the public-law contract in German law. It considers the relationship between the public-law contract and the administrative act in the context of the principle of freedom of choice of form of action of the administrative authorities.

It analyses the legal basis of the public law contract. First of all, these covers § 54 of the Administrative Procedure Act as the central norm of the public law contract. Issues relating to the limitations in the enforcement of § 54 are also outlined. In addition, the constitutional background of the public contract is discussed. Particular attention is paid to the principle of lawfulness of government action and its two main components: the rule of law and the principle of compliance with the law, which have a varying impact on the public-law contract.

The article also considers the dual nature of public-law contracts, which is primarily due to the fact that the public-law contract itself is directly a figure of both procedural and substantive law.

Distinctive features of a public-law contract in the context of its differentiation from the other forms of implementation by administrative authorities of their powers are analyzed. First of all, it affects the administrative act on demand as the closest to the public-law contract type of its external manifestations.

The same applies to an administrative act with additional conditions, since it has misleading characteristics similar to a contractual relationship. The subject matter of the contract itself was analyzed as a decisive factor enabling it to be classed as a contract entered into in the field of public administrative law. The role of the theory of special law and its impact on the process of identifying the public law contract was examined. In this regard, the limping mutual contract as a special form of a public-law contract has been defused.

A special place in the article is given to the issues of terminology. It is concluded that Ukrainian administrative law has no analogues and similar approach not only to the question of classification but also to the correlation of the considered notions developed by German administrative law.

**Keywords:** public-law contract, administrative act, administrative body, administrative act on demand, forms of administrative actions, administrative act with additional conditions, equivalent subordinate relations, theory of special law, theory of Private Administrative law.