

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ

Оригинальная статья
УДК 342.9+347
DOI: 10.61205/jzsp.2023.061

Взаимодействие административного и гражданского права: опыт российской и немецкой конвергенции публичного и частного права

Анна Федотовна Васильева

Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург, Россия, a.vasilyeva@spbu.ru

Аннотация. Российское и немецкое право строятся по принципу деления права на частное и публичное, что, с одной стороны, привычно для данных правовых систем, а с другой — границы публичного и частного права весьма подвижны. В результате встречного проникновения публичного и частного права на каждом этапе развития правовых систем не только «перераспределяется» предмет правового регулирования, но и появляются «смешанные» зоны. Для таких зон свойственно частно-публичное (административно-частное) регулирование, что порождает различные теоретические и практические проблемы совмещения двух типов правового воздействия на общественные отношения.

Исследование направлено на выявление особенностей проникновения публичного права в гражданское («опубликование» гражданского права) и гражданского права в административное («приватизация» административного права).

При проведении исследования ключевыми инструментами выступили межотраслевой подход и сравнительно-правовой метод, что позволило выявить «универсальные» формы взаимного проникновения частного и публичного права в российской и немецкой правовых системах.

Традиционно в российской науке права исследование конвергенции публичного и частного права проводится в обоих направлениях. Представляется, что исследование «опубликования» гражданского права и «цивилизации» административного права необходимо осуществлять раздельно, поскольку причины, цели, виды, механизмы и последствия такого проникновения различны. «Опубликование» гражданского права имеет существенные отличия в ординарный период развития правовой системы и в условиях существенных социальных и экономических перемен. При заимствовании административным правом инструментов гражданского права для целей публичного управления происходит как расширение предмета административного права, так и более широкое использование диспозитивного метода правового регулирования. Для обеих форм конвергенции публичного и частного права ключевой вопрос с точки зрения статуса субъектов права, состояния их защищенности состоит в границах влияния: границах воздействия публичного права на гражданское; границах заимствования гражданско-правовых конструкций для реализации функций публичного управления.

Ключевые слова: конвергенция административного и гражданского права, «публицизация» гражданского права, «приватизация» административного права, рецепция гражданско-правовых норм, субсидиарное применение норм гражданского права

Для цитирования. Васильева А. Ф. Взаимодействие административного и гражданского права: опыт российской и немецкой конвергенции публичного и частного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2023. Т. 19. № 5. С. 5—14. DOI: 10.61205/jzsp.2023.061

Original article

Interaction of Administrative and Civil Law: The Experience of Russian and German Convergence of Public and Private Law

Anna F. Vasilyeva

Saint-Petersburg State University, St. Petersburg, Russia, a.vasilyeva@spbu.ru

Abstract. Russian and German law are based on the principle of dividing law into private and public. Such a division of law, on the one hand, is quite customary to these legal systems; on the other hand, the boundaries of public and private law are very mobile. As a result of the mutual penetration of public and private law at each stage of the legal system development, not only the subject of legal regulation “redistributed”, but “mixed” zones appear. Such mixed zones are characterized by private-public (administrative-private) regulation, which generates various theoretical and practical problems of combining two types of legal impact on public relations.

The research is aimed at identifying the features of the penetration of public law into civil law (“publicizing” civil law) and civil law into administrative law (“privatization” of administrative law).

During the study, the key tools were the intersectoral approach and the comparative legal method, which allowed us to identify “universal” forms of mutual penetration of private and public law in the Russian and German legal systems.

Traditionally, in the Russian science of law, the study of the convergence of public and private law is conducted in both directions. It seems that the study of the “publicization” of civil law and the “civilization” of administrative law should be carried out separately, since the causes, goals, types, mechanisms and consequences of such penetration are different. The “publicization” of civil law has significant differences in the ordinary period of the development of the legal system and in conditions of significant social and economic changes. When administrative law borrows civil law instruments for the purposes of public administration, there is both an expansion of the subject of administrative law and a wider use of the dispositive method of legal regulation. For both forms of convergence of public and private law, the key issue from the point of view of the status of subjects of law, the state of their protection, is the boundaries of influence: the boundaries of the impact of public law on civil law; the boundaries of borrowing civil law structures for the implementation of public administration functions.

Keywords: convergence of administrative and civil law, “publicization” of civil law, “privatization” of administrative law, reception of civil law norms, subsidiary application of civil law

For citation. Vasilyeva A. F. Interaction of Administrative and Civil Law: The Experience of Russian and German Convergence of Public and Private Law. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 2023, vol. 19, no. 5, pp. 5—14. (In Russ.) DOI: 10.61205/jzsp.2023.061

Введение. В современном правосознании юристов, как отмечает М. Буллингер, деление права на публичное и частное воспринимается преимущественно как само собой разумеющееся. Так, в немецкой системе законодательства важнейшие законы базируются именно на этом делении¹. Немецкий Закон об административных процедурах (§ 1 абз. 1 *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*)² и законы земель об административных процедурах регулируют отношения в сфере осуществления публичного управления в публично-правовых формах. Споры, вытекающие из публичных правоотношений, подведомственны административным судам, рассматривающим дела на основании Кодекса административного судопроизводства ФРГ (*Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*)³. Похожим образом, несмотря на отсутствие Закона об административных процедурах, складывается система современного российского административного законодательства, составляющего Общую часть российского административного права. Реализация публично-правовых функций оказания государственных услуг и государственного контроля (надзора) регулируется соответственно Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» и Федеральным законом от 31 июля 2020 г. № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» (далее — Закон о госконтроле). Споры, вы-

текающие из административных правоотношений, подлежат разрешению судами общей юрисдикции по правилам Кодекса административного судопроизводства РФ (далее — КАС РФ) и арбитражными судами по правилам гл. 22, 24 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ).

Чистота гражданского права как «империи свободы» и публичного права как «империи приказа, принуждения и подчинения», отмечает М. Буллингер, может привести к замалчиванию важных переходных зон, в которых гражданское право реализует идею защиты и публичный интерес, а публичное право занимает масштабы и институты гражданского права или публичное управление использует гражданско-правовой инструментарий⁴. Именно поэтому в немецкой науке административного права уделяется значительное внимание прежде всего воздействию гражданского права на административное. Современное российское административное право также не является закрытой системой, оно, как никогда, активно взаимодействует с гражданским правом. В научной литературе такое взаимодействие исследуется в контексте *конвергенции (взаимодействия) публичного и частного права*⁵, *межотраслевых связей гражданского права*⁶, *комплексных институтов права*⁷.

⁴ См.: Bullinger M. Op. cit. S. 69, 74.

⁵ См.: Коршунов Н. М. Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 66—72; Яковлев В. Ф., Талалина Э. В. Роль публичного и частного права в регулировании экономики // Журнал российского права. 2012. № 2. С. 10—11.

⁶ См.: Чельшев М. Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2008. С. 14.

⁷ См.: Кожевников О. А. Некоторые тенденции взаимодействия публичного и частного права в современной России (к вопросу о комплексных образованиях в системе права) // Правоприменение. 2017. Т. 1. № 4. С. 9—11.

¹ См.: Bullinger M. *Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart* // M. Löwisch, Ch. Schmidt-Leithoff, B. Schmiedel (Hrsg.). *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Ritter zum 70. Geburtstag*. München, 1991. S. 69—91.

² URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/> (дата обращения: 03.03.2023).

³ URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/> (дата обращения: 03.03.2023).

Взаимодействие административного и гражданского права происходит в двух направлениях. В первом случае административное право воздействует на гражданское право и происходит его «опубликование», например, когда определенные гражданско-правовые сделки могут быть совершены только после получения согласия уполномоченного административного органа. Во втором случае административное право заимствует конструкции гражданского права, например, допуская заключение договоров в сфере публичного управления. Экономические, социальные изменения в каждом случае предопределяют «лидирование» первого или второго направления взаимодействия административного и гражданского права, поскольку еще О. С. Иоффе в 1949 г. в работе «Правоотношение по советскому гражданскому праву» отмечал, что один и тот же вид общественных отношений на различных этапах может строиться как по гражданско-правовому, так и по административно-правовому типу, и это «определяется не только самим предметом регулирования, но также и *обстоятельствами и факторами, лежащими вне этого предмета*»⁸.

1. Конвергенция административного и гражданского права: к вопросу о концепции. В научной литературе констатируется, что российской правовой науке пока не удалось разработать «единую научную концепцию соотношения частного и публичного права в механизме нормативно-правового регулирования основных сфер общественных отношений»⁹, этот аспект системности в праве признается «крайне слабо исследованным в отраслевых правовых науках»¹⁰. Большую ценность для продолжения научных исследований взаимодействия административного и гражданского права представляет собой тезис М. Ю. Чельшева о том, что сама по себе «совокупность межотраслевых связей гражданского права... представляет собой системное образование (систему); ...определенную правовую целостность... в которую включены связи норм общей и особенной частей гражданского права, в том числе норм отдельных гражданско-правовых подотраслей, институтов, субинститутов, двояко проявляющиеся в рамках системы права: в самом гражданском праве и иных правовых отраслях»¹¹. Представляется, что именно такой подход должен быть использован в изучении взаимодействия отечественного административного и гражданского права, в рамках которого нормы, институты, участвующие в таком взаимодействии, должны рассматриваться как системное образование, опреде-

ленная правовая целостность. Такой подход позволит на основе системного анализа выявить и проследить эволюцию основных *форм взаимодействия административного и гражданского права*.

2. Дискреция законодателя в решении вопросов конвергенции публичного и частного права. Следует согласиться с Н. М. Коршуновым, что формы взаимодействия административного и гражданского права «в большей степени зависят от воли законодателя, действующего в условиях различных цивилизационных этапов эволюционного (революционного) развития общества»¹². Инструментальное ориентирование государства не на принципы, а на решение стоящих перед ним проблем в конкретных жизненных сферах приводит к переплетению публичного и частного права¹³. Можно выделить два главных вопроса: 1) каковы пределы заимствования административным правом норм и конструкций гражданского права; 2) каковы пределы воздействия административного права на правоотношения субъектов частного права¹⁴. Несмотря на то что данные вопросы взаимосвязаны, рассматривать их следует отдельно, поскольку это самостоятельные явления внутри конвергенции административного и гражданского права, хотя в научной литературе встречается пока общий подход к рассмотрению двух данных ключевых вопросов. Основная идея, высказанная в литературе, состоит в том, что при взаимодействии гражданского и административного права необходимо обеспечить «баланс гражданско-правового и иного отраслевого регулирования»¹⁵, «разумное сочетание частных начал с публичными»¹⁶. В. Ф. Яковлев и Э. В. Талапина указывают на необходимость «выработки четких принципов “заимствования” между отраслями частного и публичного права», одновременно указывая на то, что соотношение публичного и частного права в регулировании экономики зависит от исторических условий и представляет собой целую идеологию¹⁷. Представляется, что затруднительно выработать собственно принципы заимствования между отраслями права, наверное, в этом и нет необходимости, поскольку границы заимствования лежат прежде всего в сущности публичного права, в самих принципах, на которых строятся взаимоотноше-

¹² Коршунов Н. М. К вопросу о социальной сущности конвергенции частного и публичного права // Вестник Саратовской государственной академии права. 2011. № 1. С. 8—10.

¹³ См.: Bullinger M. Op. cit. S. 69—78.

¹⁴ См.: Wolff, Bachof, Stober, Kluth. Verwaltungsrecht: Band I. 13. Aufl. München, 2017. S. 203.

¹⁵ Яковлев В. Ф., Талапина Э. В. Указ. соч. С. 7.

¹⁶ Голубцов В. Г. Публично-правовые элементы в отношениях, регулируемых гражданским законодательством: теория вопроса // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2006. № 5. С. 84.

¹⁷ См.: Яковлев В. Ф., Талапина Э. В. Указ. соч. С. 13.

⁸ Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. Т. 1: Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. СПб., 2003. С. 52—75.

⁹ Коршунов Н. М. Частное и публичное право ... С. 66—72.

¹⁰ Чельшев М. Ю. Указ. соч. С. 6.

¹¹ Там же. С. 18.

ния властного и невластного субъектов. Н. М. Коршунов в качестве критерия баланса, под которым он понимает «оптимальное социальное функциональное взаимодействие частного и публичного права», пределов конвергенции, предлагает *права и свободы человека как универсальный критерий*¹⁸. Конституционный Суд РФ в п. 4.2 постановления от 24 марта 2017 г. № 9-П, рассматривая конституционность применения гражданско-правовой конструкции неосновательного обогащения в налоговых правоотношениях, по существу сформулировал правило о недопустимости произвольного применения гражданско-правового инструментария в публичных правоотношениях. При этом пределами произвольного применения выступают конституционно-правовые принципы справедливости, равенства, соразмерности. Таким образом, в условиях действующей Конституции РФ 1993 г. дискреция законодателя в вопросе использования гражданско-правового инструментария для целей публичного права не может быть произвольной, а подлежит реализации в заданных конституционно-правовых рамках.

3. Проблема конвергенции публичного и частного права, осуществляемая правоприменителем. На самом деле конвергенция административного и гражданского права осуществляется и при отсутствии оснований, указанных в законе, когда правоприменитель самостоятельно применяет конструкции гражданского права в публичных правоотношениях для эффективного осуществления публичных функций¹⁹. Так, в упомянутом примере применения гражданско-правовой конструкции неосновательного обогащения для целей налоговых правоотношений правоприменитель при отсутствии прямого указания в законе использовал ее для взыскания незаконно предоставленного налогового вычета²⁰. Другой пример касается широкого использования гражданско-правового иска о запрещении деятельности, создающей опасность причинения вреда (ст. 1065 ГК РФ). Кроме собственно «теоретической» проблемы допустимости использования гражданско-правового иска в административных правоотношениях возникают и серьезные практические проблемы, связанные с «выбрасыванием» невластного субъекта из публично-правового режима в гражданско-правовой. Особенно ярко это проявляется в нивелировании дей-

ствия принципа соразмерности ограничения прав и принципа правовой определенности при использовании гражданско-правовых исков о запрещении деятельности²¹.

Кроме того, при использовании для целей публичного права гражданско-правовых конструкций нередко возникает конкуренция между административно-правовым и гражданско-правовым инструментарием, выбор которых осуществляет правоприменитель по собственному усмотрению. В случае с гражданско-правовым иском о запрете эксплуатации конкуренция возникает между гражданско-правовым иском и административной ответственностью в виде административного приостановления деятельности на срок до 90 суток²². В ситуации, когда именно правоприменитель осуществляет выбор между публично-правовым и частноправовым инструментарием, возникает правовая неопределенность²³. Выбор гражданско-правового или административно-правового инструментария влечет существенно отличающиеся правовые последствия для невластного субъекта. При этом невластный субъект, применяя гражданско-правовую инструментарий, нередко оказывается менее защищенным по отношению к государству. Возможно, на законодательном уровне следовало бы определить последовательность: сначала применение административного приостановления деятельности, а в случае если лицо не устранит нарушения обязательных требований, обращение в суд с требованием о запрете эксплуатации здания, строения, сооружения. В настоящий момент Законом о госконтроле в ч. 1 ст. 87, п. 2 ч. 2 ст. 90 предусмотрено в случае наличия непосредственной угрозы причинения вреда (ущерба) либо в случае причинения вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям полномочие контрольного (надзорного) органа применять меры по прекращению причинения вреда вплоть до обращения в суд с требованием о запрете эксплуатации (использования) зданий, строений, сооружений, помещений, оборудования, транспортных средств и иных подобных объектов. При этом норма не содержит ни прямой отсылки к ст. 1065 ГК РФ, предусматривающей соответствующий гражданско-правовой иск, ни общей отсылки к гражданскому законодательству. Поскольку в данном случае спорные правоотношения имеют административно-правовой характер, представляется целесообразным рассматривать данные дела в рамках административного судопроиз-

¹⁸ См.: Коршунов Н. М. К вопросу о социальной сущности конвергенции частного и публичного права ... С. 8—10.

¹⁹ См.: Trute H.-H. Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht // Hoffmann-Riem W., Schmidt-Assmann E. (Hrsg.). Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen. Baden-Baden, 1996. S. 69, 74.

²⁰ Подробнее см.: Васильева А. Ф. Неосновательное обогащение как новая конструкция публичного права // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 9. С. 127—141.

²¹ См.: Краценко М. В. Деятельность, угрожающая причинением вреда: запрет на основании п. 1 ст. 1065 ГК РФ или административное приостановление в порядке КоАП РФ? На примере споров, связанных с несоблюдением требований пожарной безопасности // Закон. 2020. № 3. С. 74.

²² Там же. С. 76—77.

²³ См.: Демин А. В. Принцип определенности налогообложения. М., 2015. С. 304.

водства, тем более что действующий КАС РФ допускает не только право предъявления административных исков к властным субъектам, но и право властных субъектов обращаться с административными исками к невластным субъектам.

4. «Опубличивание» частного права. «Опубличивание», «публицизация» частного права («Publizierung des Privatrechts») проявляется в зависимости частного права от публично-правовых предписаний путем дополнения, вытеснения или даже замещения частноправового регулирования публичным правом²⁴. Представляется, что «опубличивание» частного права следует рассматривать в ординарных и неординарных условиях, поскольку в первом и во втором случаях разные причины и механизмы выступают двигателями или, наоборот, сдерживающими механизмами проникновения публичного права в сферу частноправовых отношений.

Проникновение публичных элементов в частноправовое регулирование, как отмечает В. Г. Голубцов, «объективен и неизбежен в силу перемещения объектов из области публично-правового регулирования в область частного и наоборот; заимствования норм и методов правового регулирования»²⁵. В ординарных условиях проникновение публично-правовых элементов в частноправовое регулирование весьма разнообразно и в каждом случае имеет свои цели. Так, например, лицензирование определенных видов хозяйственной деятельности «осуществляется в целях предотвращения ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, обороне и безопасности государства, возможность нанесения которого связана с осуществлением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями отдельных видов деятельности» (ч. 1 ст. 2 Федерального закона от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»). Согласование определенных видов сделок антимонопольным органом осуществляется в целях предотвращения экономической концентрации, защиты конкуренции (ст. 26¹, 27—29 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»).

Нередко цивилисты оценивают каждый случай «опубличивания» частного права как потерю. Однако воздействие публичного права на частное не является линейным. Например, немецкое гражданское право претерпело значительное влияние охранительной функции конституционных прав²⁶. В соответствии с классическим немецким конституционализмом кон-

ституционно-правовые принципы действуют в отношениях властный — невластный субъект. Однако в ходе эволюции возникла концепция о действии основных прав в отношениях с третьими лицами (*Lehre der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte*), которая признает косвенный эффект конституционного регулирования — воздействие на «горизонтальные» отношения²⁷. В соответствии с данной концепцией действие основных конституционных прав распространяется и на частноправовую сферу, поскольку независимо от того, в каких формах — публично-правовых или частноправовых — действует исполнительная власть, в силу ст. 1 абз. 3 Основного закона ФРГ она связана конституционными правами, прежде всего принципом равенства, принципом соразмерности. Так, например, акционерное общество, обеспечивающее трамвайные перевозки, акции которого принадлежат городу, непосредственно связано ст. 1 абз. 3 Основного закона ФРГ, а потому обязано при установлении тарифов на перевозки (установление льгот для школьных проездных карт) учитывать принцип равенства²⁸. В российской правовой науке вопрос «горизонтального» действия основных прав рассматривается через призму конституционализации частного права. А. В. Должиков полагает, что «процесс конституционализации российского частного права внешне может быть незаметен», поскольку «законодательное регулирование частных отношений, возникших в новых экономических условиях, уже включило соответствующие конституционные принципы и ценности»²⁹.

В неординарных условиях проникновение публичного права в частноправовые отношения нередко бывает более интенсивным, «молниеносным» и направлено на быстрое решение задач, стоящих перед публичным управлением. В эпоху перемен прежде всего «политический оттенок соотношения частного и публичного права» приобретает ведущее значение, поскольку «право как социальный феномен объективно находится в тесной структурно-функциональной связи с политикой», характер и степень которой «особенно наглядно обнаруживаются как раз в контексте разделения права на частное и публичное»³⁰. Так, в целях защиты национальных интересов Рос-

²⁴ См.: Wolff, Bachof, Stober, Kluth. Op. cit. S. 179; Яковлев В. Ф., Талапина Э. В. Указ. соч. С. 12.

²⁵ Голубцов В. Г. Публичные элементы в частно-правовом регулировании // Lex russica. 2006. Т. 65. № 3. С. 496—503.

²⁶ См.: Trute H.-H. Op. cit. S. 170.

²⁷ См.: Wolff, Bachof, Stober, Kluth. Op. cit. S. 230; Белов С. А. Непосредственное применение судами Конституции в Российской Федерации // Государство и право. 2014. № 1. С. 54; Кумм М., Феррерас Комелла В. Особая роль конституционных прав в разрешении частноправовых споров // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2. С. 53—57.

²⁸ См.: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. 18. Aufl. München, 2011. § 3. Rn. 28.

²⁹ Должиков А. В. Влияние конституционных прав на российскую правовую систему // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 6(91). С. 112—116.

³⁰ Коршунов Н. М. Частное и публичное право ... С. 66—72.

сийской Федерации, обеспечения ее финансовой стабильности Указом Президента РФ от 1 марта 2022 г. № 81 «О дополнительных временных мерах экономического характера по обеспечению финансовой стабильности Российской Федерации» установлен особый порядок для сделок с недвижимым имуществом, совершаемых лицами недружественных иностранных государств. Такие сделки могут осуществляться (исполняться) на основании разрешений, выдаваемых Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации и при необходимости содержащих условия осуществления (исполнения) таких сделок (операций).

5. Проникновение частного права в сферу публичного. Второй процесс взаимодействия частного и публичного права, заключающийся в использовании норм и конструкций частного права для регулирования отношений с участием властных субъектов, в российской науке обозначается как «цивилизация», «приватизация» публичного права³¹. Речь идет прежде всего об использовании частного права для целей публичного управления экономикой. В немецкой науке административного права отмечается, что гражданское право оказывает значительное влияние именно на отношения, регулируемые особенной частью административного права, к которой относятся и государственное регулирование экономики, и оказание публичных услуг. Именно в этих сферах для целей публичного управления используется гражданское право, восполняющее пробелы, отсутствующие в административном праве собственные правовые конструкции. По мнению М. Буллингера, именно позитивное (предоставляющее, а не классическое властное, обременяющее) публичное управление, предоставляющее публичные услуги и распределяющее блага, осталось во многом за пределами классической догматики общей части административного права³². Заимствование гражданско-правового инструментария усиливается и изменением современных представлений об административном праве в сторону понимания административного права как права по разрешению мультиполярных конфликтов. В целях «оснащения» административного права инструментарием по разрешению мультиполярных конфликтов административное право заимствует такие консенсуальные инструменты, как договор. При этом для регулирования административного договора § 62 предл. 2 VwVfG содержит прямое указание о применимости норм Германского гражданского уложения. Как отмечает Г. Труте, в § 62 предл. 2 VwVfG включены инструменты гражданско-правового договорного разрешения конфликтов с их модификацией посредством учения об административном

частном праве, что во многом привело к формированию общих стандартов публично-правовых и частноправовых договоров³³.

Рецепция гражданско-правовых норм посредством общих административно-правовых предписаний (отсылок) считается классической формой конвергенции административного и гражданского права. Примером такой рецепции являются обозначенные выше положения § 62 предл. 2 VwVfG. Рецептированные нормы гражданского права становятся составной частью публично-правового правопорядка. Одно из наиболее важных положений о рецепции норм гражданского права состоит в границах такой рецепции, которые, по мнению Г. Труте, находятся в гражданско-правовых принципах, вытекающих из свободы договора³⁴. В российской науке административного права вопрос о рецепции административным правом гражданско-правовых норм остается малоисследованным. Хотя А. П. Корнев, исследуя вопросы кодификации советского административного права, отмечал, что взаимосвязь (переплетение) административного права с другими отраслями права допускает включение в состав актов кодификации административного права отдельных норм других отраслей права³⁵. В большей степени данный вопрос затрагивается в цивилистических, общетеоретических исследованиях. Так, М. Ю. Чельшев говорит о межотраслевом взаимном влиянии гражданского права посредством *прямых и косвенных отсылок к гражданскому праву* в нормах иных отраслей права³⁶. Глубже всего данный вопрос раскрывается в контексте исследования субсидиарного применения правовых норм, заключающегося в применении норм одной отрасли законодательства к отношениям, складывающимся в сфере регулирования другой отрасли³⁷. Следует согласиться с А. И. Абрамовой, что субсидиарное применение не является проявлением отставания той или иной отрасли законодательства, напротив, позволяет оптимизировать законодательное регулирование путем применения правовых норм одной отрасли к отношениям другой отрасли законодательства, разрешить однотипные, уже урегулированные вопросы, таким образом исключив потребность в регулировании этих отношений специальными нормами соответствующей отрасли³⁸. При этом отношения, складывающиеся в сфере регулирования конкретной от-

³³ См.: Труте Г.-Г. *Op. cit.* S. 174.

³⁴ *Ibid.* S. 178.

³⁵ См.: Корнев А. П. Кодификация советского административного права (Теоретические проблемы). М., 1970. С. 20.

³⁶ См.: Чельшев М. Ю. Указ. соч. С. 16—17.

³⁷ См.: Абрамова А. И. Субсидиарное применение правовых норм как способ оптимизации законодательного регулирования // Журнал российского права. 2013. № 10. С. 46.

³⁸ Там же. С. 49—50.

³¹ См.: Яковлев В. Ф., Талатина Э. В. Указ. соч. С. 12.

³² См.: Bullinger M. *Op. cit.* S. 76.

расли права, не перестают быть отношениями, принадлежащими данной отрасли, в случае если они регулируются нормами иных отраслей³⁹. Для субсидиарного применения характерно проникновение в само содержание правового регулирования той или иной отрасли права метода регулирования другой отрасли⁴⁰. В актуальном российском административном законодательстве наиболее часто прием субсидиарного применения норм гражданского права встречается в сферах, отнесенных к Особенной части административного права. При этом такое субсидиарное применение состоит не в распространении конкретных норм гражданского законодательства на отношения, складывающиеся в сфере публичного управления, а в использовании общей отсылки. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 1 Федерального закона от 1 апреля 2022 г. № 75-ФЗ «О соглашениях, заключаемых при осуществлении геологического изучения, разведки и добычи углеводородного сырья, и о внесении изменения в Закон Российской Федерации «О недрах»» «отношения, не урегулированные настоящим Федеральным законом, регулируются гражданским законодательством и законодательством Российской Федерации о недрах».

Использование инструментов гражданского права для реализации публичных функций представляет собой еще одну классическую форму современной конвергенции немецкого частного и публичного права, именуемую *административным частным правом* (*Verwaltungsprivatrecht*)⁴¹. Одним из основных тезисов административного частного права является тезис об ошибочности утверждения о том, что правила частного права, применяемые к управленческим действиям, одновременно образуют и масштаб управленческих действий. Управленческое действие, оформленное в частноправовых отношениях, связано масштабами публичного права и субъект публичного управления не приобретает свободы договора посредством осуществления управления с использованием частного права. Заимствование частноправовых средств оформления правоотношений не отменяет действующих публично-правовых ограничений. Субъект публичного управления, действующий в частноправовых формах, использует право, созданное не для него. Частное право в этом случае выполняет не более чем инструментальную роль. Действия субъекта публичного управления как субъекта частного права не являются основанием для преобразования его в частное лицо⁴².

В российской научной литературе предлагается использовать термин «*частно-публичное регулирование*», поскольку данное регулирование отражено в за-

конодательстве, существует внутри системы права⁴³. Из актуального российского законодательства можно привести примеры использования гражданско-правового инструментария при реализации функции государственного контроля (надзора). Реализация риск-ориентированного подхода в сфере осуществления функции государственного контроля (надзора), внедрение категории «добросовестность контролируемых лиц» повлекли включение гражданско-правового инструментария в реализацию функции государственного контроля (надзора).

Во-первых, использование частноправовых организационных форм для реализации функции государственного контроля (надзора). Статья 54 Закона о госконтроле, вводя институт независимой оценки соблюдения обязательных требований, предоставляет возможность передачи функции государственного контроля (надзора) в частную сферу в случае, если это допускается соответствующим федеральным законом о виде контроля (так называемая функциональная приватизация функции публичного управления). Независимая оценка соблюдения контролируемых лицами обязательных требований в таком случае проводится не государственным контрольным (надзорным) органом, а аккредитованным в национальной системе аккредитации независимым органом инспекции. В приведенном примере можно увидеть трансформацию государственного контроля (надзора) в некоторую услугу, поскольку независимый орган инспекции осуществляет контроль не по собственной инициативе, а по инициативе контролируемого лица. Заключение о соответствии, выданное независимым органом инспекции, освобождает контролируемое лицо от проведения в отношении него плановых проверок в течение срока действия заключения. При этом независимый орган инспекции несет субсидиарную ответственность с контролируемым лицом перед потерпевшим в случае причинения вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям. В данном случае, как представляется, законодатель использует гражданско-правовой институт субсидиарной ответственности как своеобразную меру обеспечения качества реализации независимым органом инспекции переданной публичной функции. Устанавливая субсидиарную ответственность органа инспекции, законодатель не сделал отсылку к нормам гражданского законодательства, не определил четкие основания и пределы такой ответственности. Такая отсылка и определение пределов субсидиарной ответственности независимого органа инспекции представляется целесообразной. Например, законодатель в п. 3 ст. 66² ГК РФ, определяя субсидиарную ответственность независимого оценщика, установил, что независимый оценщик несет субсидиарную ответственность «в пределах суммы, на которую завышена

³⁹ См.: *Абрамова А. И.* Указ. соч. С. 51.

⁴⁰ Там же. С. 52.

⁴¹ См.: *Wolff, Bachof, Stober, Kluth.* Op. cit. S. 179.

⁴² См.: *Trute H.-H.* Op. cit. S. 533, 539.

⁴³ См.: *Чельшев М. Ю.* Указ. соч. С. 144.

оценка имущества, внесенного в уставный капитал, в течение пяти лет с момента государственной регистрации общества или внесения в устав общества соответствующих изменений». Можно прогнозировать, что применение института субсидиарной ответственности независимого органа инспекции столкнется с аналогичными проблемами, выявленными в практике применения субсидиарной ответственности независимого оценщика: установление причинно-следственной связи между выданным заключением и наступившим от деятельности контролируемого лица вредом; достоверность заключения и т. д.⁴⁴

Во-вторых, введение договорных форм для целей осуществления функции государственного контроля (надзора). В соответствии со ст. 55 Закона о госконтроле саморегулируемая организация с добровольным членством и контрольный (надзорный) орган вправе заключить соглашение о признании результатов деятельности такой организации по осуществлению контроля за предпринимательской или профессиональной деятельностью своих членов, в случае если такая возможность предусмотрена федеральным законом о виде контроля. Критерии признания результатов, существенные условия соглашения, порядок заключения, регистрации и прекращения действия соглашения, порядок контроля за соблюдением условий соглашения определяются Правительством в положении о виде контроля. При заключении такого соглашения контрольный (надзорный) орган не осуществляет в отношении членов саморегулируемой организации контрольную (надзорную) деятельность. Формулировка ч. 3 ст. 55 Закона о госконтроле позволяет предположить, что контрольный (надзорный) орган не осуществляет в отношении члена саморегулируемой организации не только плановые (как в случае с заключением независимого органа инспекции), но и внеплановые мероприятия. Таким образом, в данном случае на основе соглашения в частноправовую сферу передается функция государственного контроля (надзора), что представляет собой еще один случай функциональной приватизации функции государственного контроля (надзора). Приведенный пример также пока-

зывает, что использование договорных форм приводит в современное административно-правовое регулирование элементы диспозитивного метода правового регулирования, поскольку заключение такого соглашения является правом, а не обязанностью саморегулируемой организации.

В-третьих, ст. 96 Закона о госконтроле предусматривает использование договорной формы в целях предоставления возможности изменения «обычного» режима контроля на режим постоянного дистанционного государственного контроля (надзора) — мониторинг, осуществляемый на основе добровольного участия контролируемых лиц. Для осуществления мониторинга требуется заявление контролируемого лица и соглашение между контролируемым лицом и контрольным (надзорным) органом, форма которого утверждается контрольным (надзорным) органом. Соглашение определяет порядок организации и осуществления мониторинга (срок действия которого не может быть менее года) и не может предусматривать преимущества для отдельных контролируемых лиц или оказание предпочтения отдельным контролируемым лицам.

Заключение. Современное административное и гражданское право взаимодействуют, проникая друг в друга. При исследовании форм проникновения представляется необходимым с методологической точки зрения проводить раздельные исследования двух самостоятельных форм взаимодействия: «опубликования» гражданского права и «цивилизации» административного права, поскольку причины, цели, виды, механизмы такого проникновения в двух данных самостоятельных формах различны. «Опубликование» гражданского права имеет существенные отличия в ординарный период развития правовой системы и в условиях существенных социальных и экономических перемен, поскольку в первом и во втором случаях это «опубликование» направлено на достижение разных целей. Для административного права большую ценность представляет именно исследование проникновения в административное право норм и конструкций гражданского права. Такое проникновение не только влечет расширение предмета административного права, более объемное использование диспозитивного метода правового регулирования, но и ставит сложный вопрос о границах заимствования гражданско-правовых норм и конструкций.

⁴⁴ См.: Савиных В. А. Гражданско-правовая ответственность оценочных компаний и оценщиков: обзор судебной практики // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2020. № 2. С. 93—105; № 3. С. 81—96.

Список литературы

1. Bullinger M. Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart // M. Löwisch, Ch. Schmidt-Leithoff, B. Schmiedel (Hrsg.). Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Ritter zum 70. Geburtstag. München, 1991.
2. Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. 18. Aufl. München. 2011.
3. Trute H.-H. Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht // Hoffmann-Riem W., Schmidt-Assmann E. (Hrsg.). Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangsordnungen. Baden-Baden, 1996.
4. Wolff, Bachof, Stober, Kluth. Verwaltungsrecht: Band I. 13. Aufl. München, 2017.
5. Абрамова А. И. Субсидиарное применение правовых норм как способ оптимизации законодательного регулирования // Журнал российского права. 2013. № 10.

6. Белов С. А. Непосредственное применение судами Конституции в Российской Федерации // Государство и право. 2014. № 1.
7. Васильева А. Ф. Неосновательное обогащение как новая конструкция публичного права // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 9.
8. Голубцов В. Г. Публично-правовые элементы в отношениях, регулируемых гражданским законодательством: теория вопроса // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2006. № 5.
9. Голубцов В. Г. Публичные элементы в частно-правовом регулировании // Lex russica. 2006. Т. 65. № 3.
10. Демин А. В. Принцип определенности налогообложения. М., 2015.
11. Должиков А. В. Влияние конституционных прав на российскую правовую систему // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 6(91).
12. Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. Т. 1: Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. СПб., 2003.
13. Кожевников О. А. Некоторые тенденции взаимодействия публичного и частного права в современной России (к вопросу о комплексных образованиях в системе права) // Правоприменение. 2017. Т. 1. № 4.
14. Корнев А. П. Кодификация советского административного права (Теоретические проблемы). М., 1970.
15. Коршунов Н. М. К вопросу о социальной сущности конвергенции частного и публичного права // Вестник Саратовской государственной академии права. 2011. № 1.
16. Коршунов Н. М. Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции // Журнал российского права. 2010. № 5.
17. Кратенко М. В. Деятельность, угрожающая причинением вреда: запрет на основании п. 1 ст. 1065 ГК РФ или административное приостановление в порядке КоАП РФ? На примере споров, связанных с несоблюдением требований пожарной безопасности // Закон. 2020. № 3.
18. Кумм М., Феррерас Комелла В. Особая роль конституционных прав в разрешении частноправовых споров // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2.
19. Савиных В. А. Гражданско-правовая ответственность оценочных компаний и оценщиков: обзор судебной практики // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2020. № 2, 3.
20. Чельшев М. Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2008.
21. Яковлев В. Ф., Талапина Э. В. Роль публичного и частного права в регулировании экономики // Журнал российского права. 2012. № 2.

References

1. Bullinger M. Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart. In: Löwisch M., Schmidt-Leithoff Ch., Schmiedel B. (Hrsg.). *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Ritter zum 70. Geburtstag*. München, 1991.
2. Maurer H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18. Aufl. München, 2011.
3. Trute H.-H. Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. In: Hoffmann-Riem W., Schmidt-Assmann E. (Hrsg.). *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*. Baden-Baden, 1996.
4. Wolff, Bachof, Stober, Kluth. *Verwaltungsrecht: Band I*. 13. Aufl. München, 2017.
5. Abramova A. I. Subsidiary Application of Legal Norms as a Method of Optimization of Legislative Regulation. *Journal of Russian Law*, 2013, no. 10, pp. 46—55. (In Russ.)
6. Belov S. A. Direct Application by the Courts of the Constitution in the Russian Federation. *State and Law*, 2014, no. 1, pp. 45—55. (In Russ.)
7. Vasilyeva A. F. Unjustified Enrichment as a New Public-Law Construction. *Herald of Economic Justice*, 2020, no. 9, pp. 127—141. (In Russ.)
8. Golubtsov V. G. Public Law Elements in Relations Regulated by Civil Legislation: Theory of the Issue. *Proceedings of Higher Educational Institutions. Pravovedenie*, 2006, no. 5, pp. 79—86. (In Russ.)
9. Golubtsov V. G. Public Elements in Private Legal Regulation. *Lex russica*, 2006, vol. 65, no. 3, pp. 496—503. (In Russ.)
10. Demin A. V. *The Principle of Tax Certainty*. Moscow, 2015. 368 p. (In Russ.)
11. Dolzhikov A. V. The Influence of Constitutional Rights on the Russian Legal System. *Comparative Constitutional Review*, 2012, no. 6(91), pp. 109—120. (In Russ.)
12. Ioffe O. S. *Selected Works*. Vol. 1. St. Petersburg, 2003. 574 p. (In Russ.)
13. Kozhevnikov O. A. Some Trends in the Interaction between Public and Private Law in Today's Russia (The Issues of Complex Formations in the System of Law). *Law Enforcement Review*, 2017, vol. 1, no. 4, pp. 5—13. (In Russ.)
14. Korenev A. P. *Codification of Soviet Administrative Law (Theoretical Problems)*. Moscow, 1970. 134 p. (In Russ.)
15. Korshunov N. M. On the Issue of Social Nature of Private and Public Law Convergence. *Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy akademii prava*, 2011, no. 1, pp. 8—10. (In Russ.)
16. Korshunov N. M. Private and Public Law: Issues of Forming the Basis of the Modern Theory of Convergence. *Journal of Russian Law*, 2010, no. 5, pp. 66—72. (In Russ.)

17. Kratenko M. V. Activity Likely to Cause Damage: Prohibition in Accordance with Article 1065 of Civil Code or Administrative Suspension under Code of Administrative Offences? (Based on Non-Compliance with Fire Safety Regulations). *Zakon*, 2020, no. 3, pp. 69—78. (In Russ.)
18. Kumm M., Ferreras Komella V. The special role of constitutional rights in resolving private law cases. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, 2006, no. 2, pp. 51—74. (In Russ.)
19. Savinykh V. A. Civil Legal Responsibility of Evaluation Companies and Evaluators: Review of Judicial Practice. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii*, 2020, no. 2, pp. 93—105; no. 3, pp. 81—96. (In Russ.)
20. Chelyshev M. Y. *System of intersectoral connections of civil law: civil law research*. Dr. diss. Kazan', 2008. 501 p. (In Russ.)
21. Yakovlev V. F., Talapina E. V. The Role of Public and Private Law in Regulation of Economy. *Journal of Russian Law*, 2012, no. 2, pp. 5—16. (In Russ.)

Информация об авторе

А. Ф. Васильева, доцент кафедры конституционного права Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук

Information about the author

A. F. Vasilyeva, Cand. Sci. (Law), Associate Professor at the Department of Constitutional Law, Saint-Petersburg State University

Поступила в редакцию 03.03.2023

Received 03.03.2023

Принята к публикации 05.07.2023

Accepted 05.07.2023

