

А.А. Ходырев

## ЮРИДИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРИВАТИЗАЦИИ В КОНТЕКСТЕ ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА В ГЕРМАНИИ

**Аннотация:** В статье рассматривается проблема соотношения приватизации, аутсорсинга и публично-частного партнёрства в Германии. Особое внимание уделено правовой классификации приватизации (материальная, формальная и функциональная приватизация). Автор приводит аргументы в пользу тезиса, что функциональная приватизация практически совпадает с целями публично-частного партнёрства. Как раз в зоне пересечения частных правопорядков многие немецкие административисты видят естественную «среду обитания» института частнопубличного партнёрства. При этом благодаря наличию двух перспектив на «серую зону» взаимодействия частнопубличного и административно-правового режима, т.е. административного частного права и частного административного права, институт государственно-частного партнёрства становится наиболее гибкой альтернативой всем рассмотренным выше моделям приватизации.

**Ключевые слова:** Юриспруденция, приватизация, *outsourcing*, правовая классификация видов приватизации, материальная приватизация, формальная приватизация, функциональная приватизация, публично-частное партнёрство, перераспределительные процессы, разгосударствление

Начнём с того, что немецкому правопорядку неизвестна легальная дефиниция термина «приватизация». Нормативно-правовые акты разного уровня лишь применяют этот термин в режиме *ad hoc*, т.е. адаптирует его значение к особенностям предмета данного нормативно-правового акта.

Например, Федеральный Бюджетный Кодекс Германии (§ 7 Абз.1) упоминает термин «приватизация» в следующем контексте. Федеральная публичная администрация при исполнении бюджета обязана соблюдать принципы *эффективности* (*Wirtschaftlichkeit*) и *экономичности* (*Sparsamkeit*). При этом она обязана также проверять «насколько государственные задачи или хозяйственная деятельность, служащая публичным целям, могут быть выполнены посредством *выделения и разгосударствления* или *приватизации* (*курсив мой – А.Х.*)».<sup>1</sup>

Помимо того, что каждое из трёх слов, выделенных курсивом, допускает широкое толкование, непонятно как приватизация соотносится с выделением, с одной стороны, и разгосударствлением, с другой. Как бы то ни было, логически можно допустить выделение органа публичной администрации без одновременного разгосударствления и приватизации. Труднее представить, разгосударствление без выделения и приватизации. Совсем непонятно, что такое приватизация без выделения или хотя бы разгосударствления.

На уровне *европейского* права также напрасно мы будем искать юридическое определение приватизации. Есть только единичное указание европейского права на один из конкретных модусов приватизации. Речь идёт о рекомендациях Европейского Союза в части контроля и мониторинга технических устройств делегировать государственную ответственность на субъектов частного права, обладающих соответствующими специальными знаниями и навыками.<sup>2</sup>

В итоге господствующее мнение немецких административистов остановилось на самой безопасной и поэтому тривиальной трактовке термина «приватизация» как открытого перечня организационных форм, способов и мероприятий, позволяющих публичной администрации осуществлять и контролировать «перераспределительные процессы... между публичным и частным сектором».<sup>3</sup>

Некоторую ясность в содержание понятие «приватизация» может внести излюбленная дихотомия теории публичного права Германии, а именно разграничение в рассматриваемом предмете *формального* и *материального* аспекта. Это позволяет различать *формальную приватизацию* и *материальную приватизацию*. Критерием разграничения служит понятие «государственные задачи» (*Staatsaufgaben*). При формальной приватизации содер-

<sup>2</sup> *Storr St. / Schröder R.* Allgemeines Verwaltungsrecht. Stuttgart: Kohlhammer. 2010. S.217

<sup>3</sup> *Storr St. / Schröder R.* Op. cit. S.217; *Bauer Chr.* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben //VVDStRL, 1995 nr.54. S.243 (250)

<sup>1</sup> BGBl. 1993. S.2352 ff.

жание (номенклатура) государственных задач остаётся без изменений. В случае же материальной приватизации происходит *сокращение* указанной номенклатуры.<sup>4</sup>

В качестве удачных примеров *материальной* приватизации обычно указывают на разгосударствление в начале 90х годов прошлого века двух государственных монополий: ведомства федеральных железных дорог (Deutsche Bundesbahn) и ведомства федеральной почты (Deutsche Bundespost). Как видим, материальная приватизация легко совмещается с понятиями «выделение» и «разгосударствление» (см. выше) в отличие от формальной приватизации.

В контексте публичного хозяйственного права немецкие административисты также различают:

- приватизацию задач (Aufgabenprivatisierung),
- организационную приватизацию (Organisationsprivatisierung) и
- функциональную приватизацию (funktionale Privatisierung).

Понятие «приватизация (государственных) задач», по мнению профессора Элерса, ещё нуждается в догматической доработке в отличие от терминов «организационная приватизация» и «функциональная приватизация», за которыми наука административного права Германии признаёт статус юридических понятий.<sup>5</sup> Как бы то ни было, термин «приватизация (государственных) задач» легко растворяется в понятии *материальная* приватизация как вышестоящей (родовой) категории.

Данное «фамильное сходство» косвенно указывает на то, что *ядро* понятия «приватизация (государственных) задач» находится в центре жарких дискуссий немецких административистов. Речь идёт – ни много, ни мало – о том, может ли «стройное государство» (der schlanke Staat)<sup>6</sup> позволить себе «похудеть» настолько, что какие-то определенные государственные задачи будут полностью и окончательно делегированы в частный сектор без какой-либо контрольной функции государства над исполнением этих задач «частными операторами»?

*Организационную* приватизацию весьма сложно отграничить от *формальной* приватизации, поскольку оба понятия в «полемиическом» смысле указывают на один и тот же «антипод», т.е. понятие «материальной приватизации». С другой стороны, организационную приватизацию следует строго отличать от т.н. *фиска*, или фискальной деятельности (см. ниже). Термин «организационная приватизация» по своему значению является просто индексом:

он просто указывает на факт, что исполнение определенной государственной задачи публичная администрация «доверяет» субъекту частного права.

В рамках исполнения этой задачи субъект частного права признаётся правопорядком как самостоятельный носитель возникающих при этом прав и обязанностей, но это вовсе не означает индульгенцию для публичной администрации, её освобождение вообще от всех публично-правовых обязательств в отношении предоставления соответствующей публичной услуги. Другими словами, делегирование государством *осуществления* определенной государственной задачи субъекту частного права вовсе не означает одновременное делегирование публично-правовой ответственности, что абсурдно по определению.

*Функциональную* приватизацию иначе называют также «частичной приватизацией (государственных) задач» (Aufgabenteilprivatisierung).<sup>7</sup> Иногда функциональную приватизацию также называют английским термином *outsourcing*<sup>8</sup>, что весьма спорно. При функциональной приватизации органы публичной администрации «подключают» частные фирмы к исполнению государственных задач, но при этом сохраняют за собой компетенцию и ответственность за исполнение задачи.<sup>9</sup>

В этом смысле особое значение для публичной администрации приобретает экономический термин *outsourcing*. В контексте теории и практики т.н. нового менеджмента *outsourcing* представляет собой сокращённую форму для «*Outsource Resource Using*», что можно перевести как «выводы вовне использование ресурсов», т.е. используй внешние источники и мощности. Другими словами, *outsourcing* означает, экстернализацию, т.е. вывод за рамки основной деятельности учреждения или корпорации технических или вспомогательных функций.

Например, крупный госпиталь передаёт функцию охраны и обеспечения безопасности специализированной службе. При таком понимании *outsourcing* позволяет разгрузить публичную администрацию от технических или вспомогательных аспектов её деятельности и сосредоточиться на основных направлениях деятельности,<sup>10</sup> например, на обеспечении учебного процесса в национальных университетах, а, скажем, не на вопросах уборки помещений и территории университета и т.п.

Отличия *outsourcing* от функциональной приватизации государственных задач проявляются, прежде всего,

<sup>7</sup> Weiß W. Privatisierung und Staatsaufgaben. Tübingen: Mohr Siebeck. 2002. S.36

<sup>8</sup> Weiß W. Op. cit. S.36

<sup>9</sup> Kraus Hans S. Privatisierung öffentlicher Aufgaben/Perspektiven zur Gestaltung innovativer Organisationsformen. Wiesbaden 1997. S.105

<sup>10</sup> Rozek J. Entlastung des Staates durch Outsourcing? // Ch. Mecking/ M.Schulte (Hrsg.) Grenzen der Instrumentalisierung der Stiftungen. Tübingen: Mohr Siebeck. 2003. S.57 (63).

<sup>4</sup> Weiß W. Privatisierung und Staatsaufgaben. Tübingen: Mohr Siebeck. 2002

<sup>5</sup> Erichsen H.-U./ Ehlers D.(Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht. 13 Aufl. 2005. S.314

<sup>6</sup> Busse V. Verfahrenswege zu einem „schlankeren Staat“. DÖV 1996. S. 389 ff.

в части недостатков модели «*outsourcing*». Во-первых, в рамках этой модели публичная администрация отказывается от компетенции в части функции, делегированной третьему лицу частного права. Во-вторых, при данной модели публичная администрация обычно не имеет влияния на сотрудников на «плановый отдел» фирмы, которая сотрудничает с публичной администрацией в режиме «*outsourcing*».

В контексте базовых категорий немецкого административного права второй дефект, связанный с режимом «*outsourcing*», имеет особенно тревожную коннотацию, так как он практически блокирует возможность публичной администрации осуществлять свою деятельность в режиме «опережающей заботы об основах жизни», что в административном праве Германии обозначается одним словом «*Daseinsvorsorge*».

Термин принадлежит ведущему административисту послевоенной Германии Эрнсту Форстхоффу. Он даёт ему следующее определение: «Государству выпала задача и ответственность, предпринимать все меры, которые требуются для того, чтобы сделать возможным существование (*Daseinsmöglichkeit*) современного человека, лишённого жизненного пространства. То, что необходимо во исполнение этой задачи, я называю *Daseinsvorsorge*».<sup>11</sup> К указанным «государственным мероприятиям» Форстхофф причислял, прежде всего, энергетику, водоснабжение и транспорт. В контексте современного «стройного государства» фундаментальная категория Эрнста Форстхоффа обычно интерпретируется рестриктивно, к чему – в отличие от социал-демократов – склонялся и сам Форстхофф.

Когда публичная администрация выбирает для своей деятельности режим частного права (например, создаёт «собственные» предприятия или «собственные фонды частного права»), всегда возникает вопрос о соотношении двух «частичных правопорядков» (*zwei Teilsrechtsordnungen*): сферы публичного права и сферы частного права. Это – один из самых сложных вопросов теории современного административного права Германии.

Исторически первой частноправовой формой деятельности публичной власти является т.н. *фискальная* деятельность, т.е. коммерческая (предпринимательская) деятельность государства. В качестве фискальной деятельности можно привести пример коммунального пивоваренного завода. Либеральная теория фиска 19 века фактически учреждала «хозяйственного двойника» государства,<sup>12</sup> а именно в форме

государства – предпринимателя. При этом фиск гипостазировался в качестве *частноправового* субъекта публичной власти. Задача этой «фискальной фикции» удвоения правосубъектности государства была ясна: не только обеспечить правовую базу притязаний индивида или частной фирмы к государству-предпринимателю, но и обеспечить соблюдение принципа равенства сторон, а это возможно только в рамках частноправового режима.

Сейчас, однако, эта задача совсем неактуальна, прежде всего, в виду наличия в современном конституционном праве каталога основных прав и свобод и, во-вторых, наличия в Германии (как и во Франции) административной юстиции, которая обеспечивает реальную защиту конституционных прав граждан и юридически лиц частного права.

Таким образом, традиционная дихотомия полицейского государства 18-19 века: публично-правовой режим деятельности публичной администрации – частноправовой режим деятельности фиска в настоящее время устарела. *Любая* деятельность государства в части вторжения в сферу конституционных прав граждан и юридически лиц частного права ограничена императивами *конституционного и административного права*.

На смену во многом архаичному понятию фискальной деятельности пришли два коррелирующих понятия:

- административное частное право (*Verwaltungsprivatrecht*)<sup>13</sup> и
- частное административное право (*Privatverwaltungsrecht*).<sup>14</sup>

Термин «административное частное право» ориентирован на следующую проблему не только теоретического, но и практического плана. Речь идёт о том, чтобы «формально частноправовую деятельность публичной администрации взять под контроль материального публичного права».<sup>15</sup> На практике нередко возникает проблема отграничения «чисто» фискальной деятельности государства и деятельности публичной администрации в режиме административного частного права. В административно-правовой догматике для этого были разработаны два критерия:

- во-первых, важно установить, сохраняет ли публичная администрация достаточно серьёзные рычаги влияния на соответствующую организацию и
- во-вторых, продолжает ли эта организация ещё вы-

<sup>13</sup> См. *Stelkens U. Verwaltungsprivatrecht: Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*. Berlin: Duncker & Humblot. 2005

<sup>14</sup> См. *Hoffmann-Riem W./ Schmidt-Aßmann E. Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*. Baden-Baden: Nomos. 1996.

<sup>15</sup> *Ehlers D. Verwaltung in Privatrechtsform*. Berlin: Duncker & Humblot. 1984. S.187

<sup>11</sup> См. *Forsthoff E. Die Daseinsvorsorge und die Kommunen*. Köln. 1958

<sup>12</sup> *Storr St. Staat als Unternehmer: öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck. 2001. S.465

полнять государственную задачу или использовать в своей деятельности публично-правовые формы.<sup>16</sup>

Если специфику *административного* частного права можно охарактеризовать как «секторальное вклинивание» частнопроводного режима в административно-правовой режим деятельности публичной администрации, то особенность *частного* административного права заключается, напротив, в «административно-правовом обрамлении» частнопроводной по определению деятельности субъекта частного права. В этом случае государство «приватизирует задачи, само себя отводит на задний план и предоставляет частным лицам выполнение публичных задач».<sup>17</sup>

Так, в режиме частного административного права будет, например, осуществляться деятельность независимого архитектора, который готовит экспертное заключение о качестве проекта нового здания муниципалитета *по заданию* архитектурной фирмы, которой муниципалитет в режиме *outsourcing* делегировал задачу публичной экспертизы всех новостроек на территории муниципалитета. Итак, от *административного* частного права констелляции *частного* административного права отличаются тем, что в них государство формально «невидимо», публичная администрация как бы выведена за скобки реальной деятельности. Правоотношения реализуются между двумя лицами частного права, где одна сторона поручает другой стороне выполнение публичной задачи.

Как же все эти формы соотносятся с государственно-частным партнерством в Германии?

**Вывод:** Как раз в зоне пересечения частичных правопорядков многие немецкие административисты видят естественную «среду обитания» института частнопроводного партнерства.<sup>18</sup> При этом благодаря наличию двух перспектив на «серую зону» взаимодействия частнопроводного и административно-правового режима, т.е. административного частного права и частного административного права, институт государственно-частного партнерства становится наиболее гибкой альтернативой всем рассмотренным выше моделям приватизации.

#### Библиография (References):

1. Bauer Chr. Privatisierung von Verwaltungsaufgaben // VVDStRL, 1995 nr.54. S.243 (250)
2. Ehlers D. Verwaltung in Privatrechtsform. Berlin: Duncker & Humblot. 1984
3. Forsthoff E. Die Daseinsvorsorge und die Kommunen. Köln. 1958
4. Hoffmann-Riem W./ Schmidt-Aßmann E. Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen. Baden-Baden: Nomos.1996.
5. Kraus Hans S. Privatisierung öffentlicher Aufgaben/ Perspektiven zur Gestaltung innovativer Organisationsformen. Wiesbaden 1997. S.105
6. Remmert B. Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren: eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Untersuchung zur privaten Entscheidungsvorbereitung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003
7. Rozek J. Entlastung des Staates durch Outsourcing? // Ch. Mecking/ M.Schulte (Hrsg.) Grenzen der Instrumentalisierung der Stiftungen. Tübingen: Mohr Siebeck. 2003
8. Schuppert G. F. Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoption eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, Juni 2001.
9. Stelkens U. Verwaltungsprivatrecht: Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen. Berlin: Duncker & Humblot. 2005
10. Storr St. Staat als Unternehmer: öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck. 2001
11. Storr St. / Schröder R. Allgemeines Verwaltungsrecht. Stuttgart: Kohlhammer. 2010. S.217
12. Weiß W. Privatisierung und Staatsaufgaben. Tübingen: Mohr Siebeck. 2002

<sup>16</sup> Remmert B. Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren: eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Untersuchung zur privaten Entscheidungsvorbereitung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. S.20

<sup>17</sup> Storr St. / Schröder R. Allgemeines Verwaltungsrecht. Stuttgart: Kohlhammer. 2010. S.229

<sup>18</sup> Cp. Schuppert G. F. Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoption eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, Juni 2001. S. 6 ff.