

Б. Плессикс\*

## АДМИНИСТРАТИВНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ПРАВОВОЙ ДУАЛИЗМ ВО ФРАНЦИИ

Когда мы говорим с иностранцами, и в частности российскими, исследователями об особенностях французского административного права, то первое, что приходит на ум, это правовой дуализм, т.е. не просто существование административных судов наравне с остальными, например торговыми или третейскими судами, но именно существование двух совершенно разных правовых органов, независимых друг от друга: с одной стороны, обычные судебные органы с Кассационным судом на самой вершине иерархии; с другой стороны — административные судебные органы во главе с Государственным советом. Очень быстро мы ассоциируем этот судебный дуализм с правовым дуализмом, расширяя, таким образом, это понятие, обозначающее, что право поделено на равные части между двумя совершенно разными правовыми корпусами: частным правом, нормы которого регулируют отношения между гражданами и всеми частными лицами, и публичным правом, нормы которого регулируют отношения между государственной властью и ее подчиненными. Для рационализации этих понятий данные формы дуализма часто ассоциируют (принимая, разумеется, во внимание различные исключения) следующим образом: обычные судебные органы существуют для защиты частного права, а административные судебные органы применяют нормы публичного права, необходимые для функционирования администрации внутри самого государства.

Это представление слишком упрощенное, чтобы быть правдой. Необходимо хотя бы уточнить, что эта ассоциация судебного дуализма с юридическим дуализмом не имеет ничего онтологического. Теоретически мы можем также создать и другие комбинации: единые судебные органы, которые не практикуют ни судебный, ни правовой дуализм; унитарные судебные системы, в которых существует разнообразие судебных органов; судебные системы,

где существует единственный судебный орган, но где признается при этом правовой дуализм (например, в Конституциях Испании или Греции написано, что административные юрисдикции являются лишь ответвлением обычных судебных органов, но при этом учитывается различие между общим частным правом и специальным административным правом).

Во Франции эта ассоциация между судебным и юридическим дуализмом верна, но имеет исторические корни: она возникла из обычного совпадения двух совершенно не связанных между собой феноменов, которого могло бы и не быть: от довольно старой идеи (существовавшей с XVIII в.) о необходимости создания республиканского права и запрете по Закону от 16–24 августа 1790 г. для обычного суда заниматься административными делами, что привело Наполеона к необходимости заполнить этот пробел с помощью создания полусудебного-полуадминистративного корпуса — Государственного совета, Советов префектуры, которые со временем стали настоящими административными юрисдикциями и начали применять нормы особого права, отличного от частного права.

Все эти основные моменты представлены для того, чтобы познакомить иностранных исследователей с правовым дуализмом.

Итак, мы оставим в стороне французский правовой дуализм, который заставляет юристов заниматься изучением многочисленных технических проблем: почему существует этот дуализм? По каким критериям происходит распределение судебных компетенций? Существуют ли конфликты компетенций? Как их решают? Лишь только три вопроса, касающиеся самой сути идеи правового дуализма, привлекут наше внимание: какие факторы объясняют существование этого дуализма во французском праве? Каким образом он реализуется? Какие альтернативные модели могут быть ему противопоставлены?

© Беноа Плессикс, 2016

\* Беноа Плессикс, профессор Университета Пантеон-Ассас (Париж II)

## УСЛОВИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ

В правовом дуализме нет никакой логики. В тех странах, где он существует, он является результатом некоторого контекста<sup>1</sup>, продуктом некоторой истории<sup>2</sup>. Во Франции этот дуализм появился благодаря двум условиям, которые могут быть инструктивными, если мы занимаемся сравнительным правом.

Первое условие касается различий между публичным и частным правом. Правовой дуализм возможно создавать и ежедневно практиковать только в том случае, если сама нация верит в различие между двумя правовыми системами: частным и публичным правом. Речь вовсе не идет о том, чтобы это различие было неизбежным и необходимым. Никто не игнорирует то, что в англо-саксонских странах дуализм почти не практикуется; никто не игнорирует и то, что в самой юридической системе континентального права различие между частным и публичным правом постоянно подвергается сомнению из-за влияния глобализации на право, доминирования неолиберальной модели, интеграции европейского права, признания всеобщих прав и ценностей. Различие остается структурным элементом французских юридических норм и объясняет, почему дуализм так хорошо прижился во Франции. Франция является наследницей европейских юридических традиций с того самого времени, как римляне утвердили в ст. 1 дигестов, что «право делится на публичное и частное», и с того момента, как в своих институциях Юстиниан дал формулировку, не допускающую возражений: «Изучение права имеет два объекта, речь идет о публичном и частном праве. Публичное право — это право, занимающееся организацией администрации государства. Частное право занимается интересами частных лиц». Именно тогда и возникло различие, существующее по сей день, отсюда и происходит идея, что не все относится к частному праву, что не все связано с экономическими и производственными от-

ношениями и что нельзя смешивать общество и рынок. Чтобы практиковать правовой дуализм, не нужно верить ни в смешение жанров, ни в скептицизм сторонников школы публичного права. Необходимо верить в существование государства, которое упорно не принимает другие формы социальной жизни, характеристиками которого являются суверенитет, своеобразиие способов управления (связанные с государственной властью), особенность целей и которое ставит на первое место общий, или трансцендентальный, интерес, а не просто сумму интересов отдельных личностей. Эта концепция подтверждает, что законными являются только такие общие интересы, которые удовлетворяют всех. В самом понятии правового дуализма есть непреодолимая вера в то, что частное право совершенно несовместимо с самим духом норм публичного права в его отношениях с отдельными гражданами. Правовой дуализм основан на убеждении, что частное право было создано для того, чтобы лишь регулировать отношения между частными лицами: это право защищает так называемую личную сферу личности и то, что к ней относится, от нанесения ущерба третьими лицами или от вмешательства власти. Это право принимает во внимание отдельную личность не в ее отношениях с политикой, но в ее отношениях с разными моментами частной жизни: рождение, совершеннолетие, семейные отношения, купля-продажа, работа, вступление в брак, родственные связи, аварийные ситуации (где эта личность является либо жертвой, либо виновником аварии), развод, смерть и т.д. Тем не менее решения властей, удовлетворение коллективных потребностей не противопоставляют эти так называемые два сюжета, две партии, два интереса. При принятии решений государственной власти необходимо иметь в виду общий интерес, который должен учитываться в первую очередь, даже если личные, эгоистичные интересы пытаются этому противостоять. В основе правового дуализма есть уверенность

<sup>1</sup> О значимости этой идеологии: Bonnet B., Deumier P. (dir.) De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé? Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2010 ; Caillosse J. Droit public-droit privé: sens et portée d'un partage académique. AJDA, 1996. P. 955 ; Desmons E. Droit privé, droit public // Dictionnaire de culture juridique. PUF, 2003 ; Testu F.-X. La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique? D., 1998, chron. P. 345 ; Troper M. La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique // Troper M. Pour une théorie juridique de l'Etat. PUF, 1994. (Coll. «Léviathan»).

<sup>2</sup> Chevrier G. Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les œuvres des anciens juristes français. Arch. phil. dr., 1952. P. 5.

в том, что государственная власть действует во имя чего-то суверенного (раньше это был король, сегодня это нация), коллективные потребности которого отличаются от индивидуальных потребностей и стоят выше их. Поэтому мы не можем использовать те же правила, когда говорим о коллективных и об индивидуальных потребностях. Когда речь идет о государственном органе, французские юристы обычно цитируют Монтескье и даже Цицерона: «Просто нелепо пытаться создавать права королевств, наций и всего мира, используя те же понятия, на которых мы основываемся при принятии решения, касающегося одной капли отношений между отдельными гражданами»<sup>3</sup>.

Вторым благоприятным фактором является существование судебного дуализма. Здесь также нет ничего онтологического: история могла бы быть совершенно иной. Появление во Франции административной юрисдикции, отделенной от обычной юрисдикции, полностью связано с политической реакцией революционеров 1789 г. на превышение полномочий обычных судов дореволюционного режима. Поэтому ст. 13 Закона от 16–24 августа 1790 г. разделяет административный «мир» и обычный суд, что означает, что теперь обычный суд не может судить органы администрации. С того самого момента, как поняли, что опасность, исходящая от административных судов, была скорее вымышленной, чем реальной, и что администрация сама по себе не должна заниматься административными тяжбами, государственная власть, начиная от Наполеона и заканчивая республиканцами 1870 г., решает постепенно создавать административную юстицию, сохраняя при этом запрет для обычного суда вмешиваться в административные дела. Так во Франции рождается правовой дуализм. Но его прошлое не важно. И не важно, если для историка сложно определить, идет ли речь о существовании специальной административной юрисдикции, охватывающей автономное административное право, или это само специальное право повлекло за собой развитие специальной юрисдикции. В настоящее время судебный дуализм объясняет постоянство правового дуализма. Никто не подвергает сомнению то, что автономия правового корпуса является академическим понятием, когда существует только лишь одна юрисдикция, один суд, который принима-

ет решения, касающиеся всех типов дел благодаря общим правилам, существующим в судопроизводстве: единство юрисдикции является своего рода носителем единства права. Если бы никто не создал административный суд, смог бы обычный суд придумать специальное публичное право, отличное от частного? Мы можем в этом сомневаться. С другой стороны, если мы анализируем настоящее и оставляем без внимания прошлое, существование специальных юрисдикций оправдано в современном, рациональном, эффективном правовом государстве только в том случае, если они разрешают специальные споры на основании специальных норм. Таким образом, многообразие судов узаконивает юридическое многообразие. В юридических системах, практикующих судебный дуализм, последний заменяет разделение правовых норм; существование двух разных судов облегчает и способствует применению двух совершенно разных юридических миров. С технической точки зрения компетенция судов официально и формально связана с правовым дуализмом, который они применяют и благодаря которому они подтверждают причинную связь между ними: это называется правилом сцепления между компетенцией и сутью, связанной с корреляцией между компетентным судом и применяемым правом.

## ФОРМЫ

Правовой дуализм получил такую значимость во французском праве благодаря тому, что он стал принимать участие в государственной деятельности, в том числе и административной.

Долгое время французское право было основано на независимости административного права, которое охватывало всю систему различных областей публичного права. Существование административного права является иллюстрацией правового дуализма: независимо от конституционного права, международного публичного права, финансового права никто не может игнорировать разницу между частным и административным правом, у которого совершенно другие правила, отличающиеся от тех, которые представлены в Гражданском

<sup>3</sup> De l'esprit des lois, Livre XXVI, chap. XVI.

кодексе. Административные нормы являются доказательством неизбежности правового дуализма там, где административные решения представляют собой как бы визитную карточку деятельности государства, находящегося в постоянном движении, принимающего решения, связанные с юридическими актами, заключающего контракты, наносящего убытки отдельным гражданам. Все эти факторы могли бы привести к мысли о применении частного права. Но такая позиция идет вразрез с Решением от 8 февраля 1873 г., принятым Трибуналом по конфликтам, ставшим неким фундаментом французского административного права. В нем Трибунал по конфликтам решил, что Гражданский кодекс и по аналогии с ним вся правовая система частного права не могут быть применимы в отношениях между администрацией и гражданами, так как такой тип отношений требует «применения специальных правил, которые меняются в зависимости от потребностей административного сервиса и необходимости согласовать между собой права государства и частные права»<sup>4</sup>.

Шарль Эйзенман пытался опротестовать мифический характер этой так называемой полной автономии административного права<sup>5</sup>. Рассматривая позитивное право, он выделил три неоспоримых момента, заставляя признать каждого непредвзятого обозревателя следующее: администрация иногда управляется частным правом, если она не занимается государственными органами, а управляет частными, негосударственными; частное право иногда присутствует при работе административных органов также благодаря контрактам частного права или благодаря тому, что подобные сервисы могут находиться под управлением частных лиц при внутреннем управлении или управлении персоналом; также существуют государственные органы, полностью управляемые по методам частного права. Речь идет об индустриальных и о коммерческих государственных органах. Все эти данные подтверждают теорию, по которой администрация управляется

то административным, то частным правом, в зависимости от правил распределения и независимо от исторического периода и предложенных теорий, что создает две области одинаковой важности, не подлежащие сравнению.

Сомневается ли французская доктрина публичного права, идущая по следам Шарля Эйзенмана, в правильности идеи автономии, чтобы представить общие черты административного права? Она предпочитает идею дуализма. Это выражение больше не обозначает просто разделения французского права на две большие разъединенные части; доктрина особо выделяет саму двойную структуру административного права. Она объясняет, что правовой режим, применяемый к администрации, является правовым корпусом, состоящим из двух равных совокупностей правовых норм: с одной стороны, особые, независимые правовые нормы (административное право в узком смысле); с другой стороны, частное право (административное право в широком смысле, или, по известному выражению, право администрации). Следует отметить, что судебный дуализм включает в себя более тонкое содержание: линия, разделяющая публичное и частное право, не проходит больше между публичным пространством и частной сферой; она находится в центре самих административной деятельности — между той, которая выражает государственную власть, и той, которая является визитной карточкой самой администрации, но ведет себя не как государственный орган, а как частное лицо.

Необходимо напомнить, опираясь на сравнительное право, как французские юристы смогли юридически разграничить эти два понятия.

Первая известная модель предлагала разграничить понятия власти и управления. Эта модель XIX в. предложена двумя государственными советниками: вначале Леоном Ококом и затем Эдуардом Лаферьером, которые опирались на университетские доктрины Леона Мишуда и Генри Бертелемея<sup>6</sup>. Это разграничение основывалось на либеральной идее двой-

<sup>4</sup> T. confl., 8 févr. 1873, Blanco: Rec. CE 1873, 1er suppl., p. 61, concl. David; D. 1873, III, p. 20, concl.; S. 1873, III, p. 153, concl.

<sup>5</sup> Eisenmann C. Cours de droit administrative. LGDJ, 1982, réed. 2013. T. I. P. 527—763 ; L'autonomie du droit administratif: un dogme faux // Perspectives del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX. Madrid : Homenaje a Enrique Sayagues-Laso, 1969. T. IV. P. 417 ; Ecrits de droit administrative. Dalloz, 2013. P. 452.

<sup>6</sup> Berthélémy H. Défenses de quelques vieux principes. Mém. Maurice Hauriou, Sirey, 1929. P. 811. См. также: Grivellé P. De la distinction des actes d'autorité et de gestion. Thèse Paris, Pedone, 1901.

ной правосубъектности государства, некой внутренней шизофрении государства, где оно одновременно является гражданским лицом и государственной властью. При таком различии совершенно неважно, кто является автором административного акта и что является целью всеобщего интереса, которая преследуется государственным органом; единственное, что принимается во внимание, это сущность административной деятельности. Таким образом, от двух явлений мы приходим к одному: либо администрация находится в ситуации, когда она является самой властью, так как законы и регламенты определили ей командную и управляющую позицию, воплощая ее в суверенитет и в государственную власть; в этом случае административная деятельность подчинена публичному праву и относится к компетенции административного суда; либо администрация является гражданским лицом и находится в ситуации управления (предприятием), так как законы и регламенты позволяют ей пользоваться своими правами, защищать свои интересы, управлять своей собственностью, отвечать за свои действия, выполнять свои финансовые обязательства как любое гражданское лицо, учитывая, что любая деятельность должна быть направлена на удовлетворение коллективных интересов и регламентирована частным правом. Это различие применяется при определении правового статуса инфрагосударственных административно-территориальных образований, контрактов публичного характера или государственной ответственности, хотя бы до того момента, пока специальный закон не изменит ситуацию и не предоставит ситуацию управления на рассмотрение административного суда (послереволюционный Закон от 28 плювиоза восьмого года, касающийся рынка публичных работ, и Декрет от 11 июня 1806 г. о поставках для государства), административное право было связано только с ситуациями государственной власти.

Морису Орю первому пришла идея по-другому провести границу между частным и публичным правом в административной деятельности. В научном труде, появившемся в 1899 г., он первый показал, что власть и управление связаны между собой; управление де-

ятельностью, связанной с предоставлением услуг, предполагает такие решение, как отдача приказов, поэтому различие не имеет под собой основы. Необходимо защищать позицию о том, что споры, связанные с управлением государственными учреждениями, относятся к компетенции административного суда так же, как и административные решения, по причине «сотруднического предприятия», не принадлежащего ни к какой другой форме частной ассоциации. При этом данное предприятие управляет административной деятельностью между самой администрацией и гражданами, которые с ним сотрудничают.

Параллельно, благодаря целым сериям административных решений начала XX в., Государственный совет отбросил идею о разделении понятий власти и управления. Совет признал, что любая административная операция или любой административный акт, имеющие своей целью удовлетворение потребностей государственного учреждения и связанные с государственной властью, находятся под контролем административного права, если только административная власть не пожелала бы «стать гражданской» и не потребовала бы те же условия, что имеются у частного лица для подчинения частному праву и обычному суду<sup>7</sup>.

Обращая внимание на преследуемые цели и используемые средства, французские юристы считают, что административное право в узком смысле — это право, включающее в себя особые правила и отступления от частного права, которое применяется только к государственному управлению административных органов, связанных с деятельностью государственной власти. Остальное же (негосударственные учреждения, индустриальные и коммерческие государственные предприятия, частное управление государственных административных учреждений) подчиняется частному праву.

## АЛЬТЕРНАТИВЫ?

Несмотря на то что правовой дуализм, применяемый к администрации, прочно закрепился во французском праве (как в мента-

<sup>7</sup> Об этом новом определении критериев разграничения административного права в начале XX века см.: Bigot G. Introduction historique au droit administratif depuis 1789. PUF, 2002. P. 225 et s. (Coll. «Droit fondamental»).

литете судей, так и в доктрине), необходимо обратить внимание на голоса некоторых диссидентов.

С одной стороны, является ли частное право, применяемое к администрации, на самом деле полностью частным, таким же, какое применяется при юридических отношениях частного характера? У некоторых юристов это вызывает сомнение. Ведь какое бы право ни применялось, административное действие всегда полностью ориентировано на удовлетворение общего интереса: не существует частного административного интереса. Даже когда администрация занята в частной сфере, она все же не руководит этой сферой как обычный владелец предприятия. Применяемый юридический режим не исключает возможности закрепления в административных контрактах особых условий, выходящих за пределы обычных контрактов, например при договоре об аренде помещения или о применении особых правил, касающихся государственной собственности, не подлежащей конфискации и продаже за бесценок<sup>8</sup>. Если обычный суд привычно применяет общий режим гражданских и коммерческих обязательств к частным контрактам администрации, суд должен учитывать особые правила и формы, применяемые к контрактам, которые заключает администрация. Обычный суд должен также принимать во внимание саму сущность этих правил, например необходимо знать, что в некоторых областях нельзя заключать контракты (полиция, налоговая служба и т.д.)<sup>9</sup>. Соглашение, заключенное государственным органом, должно учитывать правовые нормы, по которым администрация не должна совершать безвозмездные сделки; неважно, идет ли речь о частном или административном праве. Как же можно квалифицировать это правило? Из-за указания, что это правило относится к контракту частного права

администрации и что оно санкционируется обычным судом, нужно ли здесь видеть «правило частного права»? Но в этом выражении мало смысла. Также когда государственный орган управляет индустриальным и коммерческим публичным сервисом, неверным будет утверждение, что «он относится к частному праву»: сама сущность государственного органа требует применения особых правил, связанных с организацией и функционированием государственного органа; применения процедурных правил и правил, связанных с компетенцией (основное публичное или институциональное право). При управлении таким сервисом нельзя исключать применение публичного права, идет ли речь о регламентах самого сервиса или о реализации общественных работ. В общем, режим экономической деятельности государственной власти является объектом некой коммерческой лестницы<sup>10</sup>; частное право (право конкуренции, право потребителей), которое применяется к этой власти, может видоизменяться до такой степени, что французская доктрина единогласно назвала его настоящим «публичным правом конкуренции»<sup>11</sup>. Не стоит ли после этого отбросить идеи о двух юридических правилах, двух юридических блоках, когда речь идет об административной деятельности, и вернуться к одному выражению «административное право»? Необходимо уточнить, что между общим правилом частного и публичного права существует целая лестница правил, применимых к администрации, между которыми можно незаметно «пройти» и интенсивность которых изменяется в зависимости от юридических ситуаций. Но все эти правила, независимо от степени их специализации по отношению к частному праву, будут сгруппированы под общим названием «административное право», что является синонимом права администрации<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> См.: *Auby J.-M.* Contribution à l'étude du domaine privé de l'administratio. EDCE, 1958. P. 35 ; *Chouquet M.* Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics. Thèse Bordeaux IV, 2013 ; *Lemercier C.* La part du droit administratif dans la gestion du domaine privé de l'Etat. Thèse Paris II, 1988.

<sup>9</sup> *Martin J.* Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées. Contribution à l'étude de l'application du droit public par le juge judiciaire // A propos des contrats des personnes publiques. Mél. en l'honneur du Professeur Laurent Richer. LGDJ, 2013. P. 167 ; *Ubaud-Bergeron M.* Le juge judiciaire et la «commande publique». RFDA, 2013. P. 531.

<sup>10</sup> *Eckert G.* Droit administratif et commercialité. Thèse Strasbourg III, 1994.

<sup>11</sup> *Nicinski S.* Droit public de la concurrence. LGDJ, 2005. (Coll. «Systèmes»).

<sup>12</sup> *Eckert G.* Droit administratif et droit privé // *Gonod P., Melleray F., Yolka Ph.* (dir.). Traité de droit administrative. Dalloz, 2011. T. I. P. 636 et s.

С другой стороны, Жан-Жак Бьенвеню предложил во время конференции «Административная структура Франции» (Париж, 2011 г.) объединить эту структуру с международным частным правом, чтобы рассмотреть с разных сторон право, применяемое к администрации<sup>13</sup>. Вместо того чтобы говорить о двух разъединенных структурах: с одной стороны, о частном праве, с другой — об административном праве, применяемых к администрации целым блоком и без нюансов, почему бы не использовать микроюридический подход? Международное частное право богато своими наставлениями: в XIX в., после того, как мы были заперты в строгие системы решения конфликтов между законами (принимающими во внимание либо личность, либо территорию), появилась революционная идея Савиньи, который предложил установить правила конфликта по природе и контексту юридических отношений: «определить для каждого правового отношения наиболее подходящую по своей природе область права, приложенную только к этому отношению». Международное частное право учит, что мы не можем приме-

нять слишком строгую и безоговорочную точку зрения, касающуюся корреляции между компетенцией суда и правом, которое должно применяться; нужно, наоборот, иметь больше гибкости для принятия наиболее подходящего судебного решения. Метод Савиньи для решения конфликтов между законами дарит юристу настоящий компас, что позволяет доктрине не тратить время на поиски твердо установленных концепций для применения совершенно разных юридических режимов. Мы можем также попытаться объяснить функционирование французской юридической системы в области административного права с помощью этой теории, отдельно рассматривая каждую ситуацию для того, чтобы выбрать наиболее подходящую правовую норму для ее применения в самых что ни на есть оригинальных отношениях между администрацией и гражданами, говоря о своеобразии целей и оригинальности используемых средств. Может, у нас и получится отойти от слишком застывшего представления о французском правовом дуализме.

*Перевод Елены Жербо*

<sup>13</sup> *Bienvenu J.-J., Petit J., Plessix B., Seiller B. (dir.). La Constitution administrative de la France. Dalloz, 2012. P. 46–47, 387. (Coll. «Thèmes et commentaires»).*