

О развитии договорной основы права пользования недрами

Б. Клюкин, д.ю.н., профессор, действительный член Академии горных наук России

Десять лет после принятия первых законов о пользовании недрами в России особенно наглядно продемонстрировали неоправданно медленное развитие законодательной базы, промахи и ошибки законодателя, отсутствие четкого направления и выраженной концепции развития правовой базы в этой области³.

В законопроектной деятельности этого периода определились две противоположные тенденции. Одна — на развитие системы административного регулирования, которая нашла отражение в разработке в 1995–1997 гг. законопроекта «О порядке лицензирования пользования недрами». Другая — в разработке и принятии в 1995 г. Закона «О соглашениях о разделе продукции», разработке проекта закона о концессионных договорах. Как отметили

А.И. Курский и В. Б. Подмаско, развитие отношений на основе принятого законодательства не могло не вызывать противоречий в гражданско-правовом и административно-правовом подходах к регулированию в недропользовании⁴.

Анализируя эти позиции, некоторые авторы считают, что в регулировании смешиваются и пересекаются два принципиально разных режима недропользования — гражданско-правовой и административно-правовой⁵.

Главной, как и десять лет назад, остается нерешенная проблема, по какому пути должно идти развитие законодательства о недропользовании, какой характер должны носить в будущем эти отношения.

³ Именно об этом шел разговор на заседании правительства, где М. Касьянов потребовал представить новую концепцию развития недропользования, считая, что законодательство о недрах М. Касьянов согласился с выводом МПР, что существующая законодательная база по недропользованию устарела и требует усовершенствования (см. статью М. Игнатовой и Е. Короп «Министры в недрах» // Известия. 2002. 11 октября).

⁴ См.: «Нефтегаз, энергетика и законодательство» топливно-энергетического комплекса России. М., 2001–2002. С. 162.

⁵ См.: *Сосна С.А.* Комментарии к Федеральному закону «О соглашениях о разделе продукции» М.: Юрист. 1997.

С. 37. Более подробная аргументация по поводу замены лицензионной системы договорной приведена автором в его книге «Концессионные соглашения»: Теория и практика. М.: Нестор Академик Паблшерз. 2002. С. 18–26.

Представители правовой науки, специалисты и руководители в области недропользования разделились на сторонников сохранения административного регулирования и сторонников более широкого применения договорных инструментов для регулирования недропользования. Спор идет по поводу регулирования этих отношений лицензионными — административно-правовыми — либо договорными формами. Суть спора сводится к тому, предоставлять ли в настоящих условиях недропользователям больше свободы хозяйствования на основе совместно разрабатываемых государством и недропользователями соглашений, либо в административном порядке и дальше предписывать нормы поведения хозяйствующих субъектов государственными органами управления через разрешительную систему.

Выход из этого положения нам представляется в замене административно-разрешительной системы договорными отношениями и переводе существующего законодательства на договорную основу. Не призывая к немедленной ломке сложившейся системы лицензирования пользования недрами, следует признать, что в настоящее время лицензионная система стала тормозом развития горно-добывающего производства, притока инвестиций в отрасли недропользования. Она тормозит процессы перехода к новым организационно-правовым формам, переток капитала в наиболее перспективные горные предприятия и объединения и не позволяет и государству оперативно воздействовать на развитие этой отрасли экономики, воздействуя административными методами⁶.

Проблема поиска новых подходов в правовом регулировании пользования недрами достаточно давно является предметом обсуждения специалистов. Сейчас отношения недропользования устанавливаются и изменяются в одностороннем порядке, административными методами. В основе такого подхода лежит доктрина административного регулирования отношений. Сторонники ее исходят из того, что государство как суверенная власть может, не учитывая интересов недропользователя, не принимать на себя обязательств и не отвечать за их нарушения перед недропользователями. Именно в этом проявляется главный недостаток административно-правовых (лицензионных) отношений⁷.

Авторы приведенного выше положения справедливо отмечают, что при таком подходе в

фикцию превращаются собственность и иные вещные права, не устанавливаются и не обеспечиваются встречные обязательства, убытки недропользователя как бы не замечаются, не связываются и не вытекают из характера административных подходов.

Подобный порядок не учитывает специфику недропользования (высокая степень риска, огромная капиталоемкость, длительные сроки окупаемости вложений, что требует более гибкого подхода). В результате ужесточение государственных административных мер на фоне естественного истощения сырьевой базы страны приводит к резкому сокращению инвестиций в добывающие отрасли и переводу огромного числа месторождений, а в ряде случаев и целых отраслей (в том числе золотодобывающей) в разряд нерентабельных.

Механизм предоставления участков недр в пользование и последующее недропользование, базирующийся главным образом на институтах административного права, практически выпал из системы гражданско-правовых отношений. С этих позиций сейчас предлагается разработка упрощенного механизма изъятия или лишения лицензий⁸.

В условиях рыночных отношений такое регулирование выглядит нелогичным, поскольку регулируются имущественные отношения между государством, которое в силу Конституции РФ, ГК РФ и Закона «О недрах» выступает собственником недр в сделке о предоставлении недропользователю недвижимого имущества.

Как пишет Е.А. Суханов, «Гражданский кодекс предусмотрел не только достаточно стройную систему регламентации отношений публичной собственности, но и определенные возможности ее эффективного использования собственниками»⁹.

При этом Е.А. Суханов отмечает, что право частной и право публичной собственности следует рассматривать не в качестве разновидностей права собственности, а как обобщенное обозначение различий в правовом режиме отдельных объектов права собственности¹⁰. Однако характер публичной собственности не полностью раскрывается и обеспечивается средствами гражданско-правового регулирования. При всей сложности и неурегулированности отношений публичной собственности трудно согласиться с высказываниями ряда ци-

⁶ Не случайно долгое время в стране ведутся дискуссии и о выборе направления, и о методах регулирования горных отношений (см., например, материалы дискуссии в «Известиях» от 6 (11) февраля 2003 г. о развитии такой формы как СРП, разделившую нефтяников на сторонников и противников СРП на две части).

⁷ См.: «Нефтегаз, энергетика и законодательство» топливно-энергетического комплекса России. М., 2001–2002. С. 164–165.

⁸ См. указ. статью М. Игнатовой и Е. Короп.

⁹ Суханов Е.А. Проблемы правового регулирования отношений публичной собственности и новый Гражданский кодекс // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С. 222.

¹⁰ См. там же. С. 207.

виллистов о том, что публичная собственность как форма собственности в правовом смысле не является качественно самостоятельным явлением, отличным от права собственности¹¹.

Роль публичной собственности, к которой относятся прежде всего природные ресурсы, в Российской экономике чрезвычайно велика. Формально она отчетливо выделена в гражданском законодательстве в виде государственной и муниципальной собственности и имеет существенные особенности, выделяющие ее в особую группу. Своеобразие ее проявляется прежде всего в цели ее функционирования, состоящей в достижении публичного интереса, содержание которого не всегда совпадает с частноправовым интересом¹².

Следует отметить, что гражданским законодательством закреплена принципиальная схема участия субъектов публичного права в отношениях, регулируемых этим законодательством. От имени государства в соответствии со ст. 125 ГК РФ субъектами права на эту собственность выступают органы государственной власти в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов. В связи с этим они вправе осуществлять полномочия публичного собственника в гражданском обороте на равных началах с иными участниками этих отношений.

Что касается конкретного управления федеральной собственностью, то пунктом «г» ст. 114 Конституции РФ управление федеральной собственностью относится к компетенции Правительства РФ.

Статья 11 Закона «О недрах» уточняет, что в целях регулирования отношения недропользования органы власти Федерации и ее субъектов принимают законы и иные нормативные акты, а статья 12 устанавливает, что «владение, пользование и распоряжение государственным фондом недр в пределах территории РФ в интересах народов, проживающих на соответствующих территориях, и всех народов РФ осуществляется совместно РФ и субъектами РФ».

Однако в Конституции РФ упомянуты и другие субъекты отношений публичной собственности, такие, как народы Российской Федерации, проживающие на определенной территории (ст. 9), национальные меньшинства (ст. 71, п. «б»), малочисленные этнические общности (ст. 71, п. «м»), будущие поколения (преамбула

Конституции РФ). Однако форма участия и права их по отношению к публичной собственности не урегулированы, и названные субъекты могут самостоятельно выступать в этих отношениях только тогда, когда будет законодательно оформлен механизм их участия в этом процессе.

В законодательстве РФ требуют уточнения основные цели существования публичной собственности, ее роль в государстве с рыночной экономикой, принципы ее осуществления; не закреплены в законодательстве ее основные субъекты и объекты¹³.

Между тем опыт регулирования горных отношений за рубежом свидетельствует о том, что там это законодательство на основе публично-правовых договоров включает весь спектр норм предпринимательского права, опирающегося и на нормы гражданского права. И с этих позиций следует отметить, что и ГК РФ пока не содержит необходимых норм о регулировании такого закрепленного в ст. 129 ГК РФ объекта, как «участок недр», о его признании как объекте публичных интересов, об обязательствах государства исходить из этого положения при предоставлении участков в недропользование.

Что касается закрепленного у нас лицензионного порядка, то лицензия является, по существу, исключительно административным актом¹⁴, а заключаемые на ее основе лицензионные соглашения и иные договоры между государством и пользователем недр, являясь по форме гражданско-правовыми актами, фактически не содержат главного элемента гражданско-правовых взаимоотношений, а именно учета интересов обеих сторон таких правоотношений. Что касается дополняющих лицензию лицензионных соглашений, то их заключение по действующему законодательству о недрах является лишь возможным, а не обязательным для государства. Хотя на практике подобные соглашения заключаются уже давно, они не содержат в себе необходимых элементов гражданско-правовых правоотношений.

Понятие «лицензионное соглашение» в мировой практике не встречается. Использование в законодательстве о недрах России лицензионного порядка закрепило порядок приобретения прав на пользование недрами в сфере административного регулирования. В то же вре-

¹¹ См. там же. С. 206–207; Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2000. С. 164.

¹² См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 1995. С. 53–54; он же. Теория компетенции. М., 2001. С. 5–7.

¹³ См.: Андриченко Л.В. Характер правового регулирования публичной собственности. ст. в книге: Административное право: теория и практика. Укрепление государства и динамика социально-экономического развития. Материалы научной конференции. 28 ноября 2001 г. М., 2002.

¹⁴ См.: Административное право России. Особенная часть: Учебник для вузов / Отв. ред. проф. Д.Н. Бахрах. М.: БЕК, 1997. С. 265.

мя отношения в сфере недропользования могли бы в корне измениться при развитии их в сфере договорных отношений. Закономерно встает вопрос о возможности замены лицензионного порядка договорным и о возможных последствиях такой замены.

Возможность такой замены ряд юристов видят в использовании гражданско-правовых договоров. Однако здесь мы сразу сталкиваемся с рядом трудностей. Спор о том, какими нормами права должны регулироваться природоресурсные отношения вызваны, как это ни странно, в связи с путаным определением сферы регулирования и методов самого гражданского права.

Во ст. 2 ГК РФ указывается: «Гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность...» В этой же статье определяется, что оно определяет правовое положение участников гражданского оборота, основанное на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

И хотя ГК РФ упоминает в качестве участников регулируемых отношений Российскую Федерацию, ее субъекты и муниципальные образования, их при всем желании нельзя отнести ни к субъектам частного права, на что ориентировано все гражданское законодательство, ни к субъектам предпринимательской деятельности.

Что касается метода гражданско-правового регулирования, то здесь применяется метод юридического равенства сторон, в соответствии с которым ни одна из сторон в гражданском правоотношении не может предопределить поведение другой стороны только в силу занимаемого ею в правоотношении положения, что присуще, например, административно-правовым методам.

Принципы гражданского права также основаны на равенстве правового режима для всех субъектов гражданского права, недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, неприкосновенности собственности, свободы договора¹⁵. Приведенные положения не позволяют отнести регулирование отношений по предоставлению прав на пользование недрами к сфере гражданского права.

В большей мере для регулирования этих отношений подходят нормы предпринимательского

права, в котором используется одновременно несколько методов правового регулирования. Мы согласны с М.И. Клеандровым в том, что предпринимательское право характеризуется принципами свободы предпринимательской деятельности, ограниченной законодательством в общественных интересах посредством лицензирования отдельных видов деятельности, сочетания частных публичных интересов (выделено мной. — Б.К.) в предпринимательстве¹⁶.

Не является секретом, что использование разрешительного порядка недропользования обусловлено боязнью государства не обеспечить защиту общественных интересов, применяя договорные формы, а также отсутствием законодательных основ регулирования законодательной базы для использования публичного договора. Проще говоря, нет необходимого правового инструментария для обеспечения эффективного применения публичного договора.

Следует отметить, что публично-правовой договор как самостоятельный правовой акт может по содержанию включать те же условия, что и лицензия. Характер отношений при этом существенно меняется. Императивные предписания преобразуются в публично-правовые обязательства, принимаемые на себя недропользователями. Так, в соответствии в Горным законом ФРГ 1980 г. предусматривается обязательное составление недропользователями следующих планов: горно-промышленной деятельности предприятия, основных двухлетних планов, рамочных планов на длительные сроки, заключительных планов, что соответствует принципам использования публичной собственности.

В действующей правовой системе горных отношений РФ меры, направленные на исполнение требований и обязательств в лицензиях и договорах, в нашем горном праве почти не различаются. Основания принудительного прекращения прав пользования недрами регулируется Законом РФ «О недрах» одинаково как для лицензионного, так и договорного порядка, например для СРП. Конфликты и разногласия и в том и в другом случае улаживаются в соответствии с законодательством о недрах и гражданским законодательством.

Следует отметить, что многими юристами в теории права и гражданско-правовой литера-

¹⁵ См.: Яковлев В.Ф. О некоторых вопросах применения части I Гражданского кодекса арбитражными судами // Вестник ВАС РФ. 1995. № 4. С. 92–100.

¹⁶ См.: Клеандров М.И. Нефтегазовое законодательство в системе российского права. Новосибирск: Наука, 1999. С. 59–60.

туре, в том числе и в горном праве, договор воспринимается прежде всего как инструмент частного права.

В самом деле, применительно к участкам недр, земельным, водным, лесным участкам договор выступает в виде регулятора публичных отношений, поскольку перечисленные объекты относятся к объектам публичного интереса и составляют особую группу объектов, выделенных в Конституции РФ (ст. 9, 36, п. «д» ст. 71, подпункты «в» и «д» п. 1 ст. 72), ГК РФ, ЗК РФ (ст. 1, 1.1), ВК РФ (ст. 35-39), ЛК РФ (ст. 18, 19), Законе РФ «О недрах» (ст. 11, 12, 2, 21).

Эти объекты представляют собой особую самостоятельную категорию недвижимого имущества, со своей спецификой оборота, с особым кругом субъектов, с их специальными, часто исключительными правами на участки недр, приоритетами в особой защите перечисленных объектов, исходя именно из характера публичных интересов этих объектов¹⁷. Поэтому трудно согласиться с Н. Н. Вознесенской в том, что, например, СРП по своей природе относится к гражданско-правовым договорам, в котором государство выступает не как орган властвования, а как субъект гражданского права¹⁸.

Включенные в соответствии с природоресурсным и гражданским правом РФ в гражданский оборот, участки недр, земельные участки, обособленные водные объекты не теряют признаков публичного характера. Это их свойство позволяет государству регулировать их использование в интересах общества. При этом их оборот в публичных интересах ограничивается как природоресурсным законодательством, так и нормами ГК РФ.

Природоресурсное и гражданское законодательство Российской Федерации не исключает возможности оборота отдельных природных объектов на основе договоров, но требует соблюдения при этом публично-правовых интересов. В их основе лежат имущественные, сложные по юридическому составу отношения по использованию имущества, отнесенного Конституцией РФ к «общенародному достоянию». Гражданско-правовые сделки в основе своей исходят из частноправовых принципов и интересов и не могут быть применены к защите публично-правовых интересов.

Частноправовому договору в ГК РФ (ст. 153 и 420) отводится лишь роль оформления сделки,

направленной на возникновение, изменение или прекращение прав, чего явно недостаточно для договора на пользование недрами. Уже применяемые здесь договоры (лицензионный договор, договор о соглашениях о разделе продукции и др.) представляют собой прежде всего инструменты, подробно регламентирующие содержание прав и обязанностей субъектов недропользования.

Поэтому нам кажется бесперспективным спор о выборе между гражданско-правовым договором или лицензией, имеющей административно-правовой характер. На смену лицензии может прийти публично-правовой по характеру договор, успешно применяемый во многих зарубежных странах, где вообще отсутствует регулирование в административном порядке.

С этих позиций публичные договоры в сфере недропользования могут выступать как самостоятельные инструменты государственного правового регулирования горных отношений. В недропользовании эти публично-правовые договоры обеспечивают передачу прав на использование участков недр, при том что государство остается единственным собственником недр. И естественно, что ни с кем другим, кроме государства-собственника, подобные договоры заключаться не могут. Публичный характер этим отношениям придает присутствие в них в качестве одной из сторон субъекта публичного права, обладающего по отношению к другой стороне договора определенными правомочиями властного характера.

В отличие от России, где субъектом выступает орган исполнительной власти, во многих зарубежных странах таким субъектом выступают не только государственные и муниципальные учреждения, но и публичные корпорации с особым статусом, выступающие по поручению государственного или муниципального органа.

По содержанию публичные договоры обязательно содержат нормы, выражающие публичный интерес, и неприменяемые в гражданских отношениях условия, содержащиеся в лицензиях, нормативных актах о налогообложении и пр.

По справедливому замечанию Р.Н. Салиевой, такие публичные договоры могли бы получить развитие в специальном нефтегазовом законодательстве, предопределяющем во многих случаях публично-правовые основы хозяй-

¹⁷ К объектам публичного характера со времён римского права относятся публичные вещи (*res. in use publicae*) в отличие от частных, являющиеся собственностью государства, которые прежде всего имеют общественное значение (см.: *Бартошек М.* Римское право (понятие, термины, определения). М.: Юрид. лит. 1989. С. 275.

¹⁸ См.: *Вознесенская Н.Н.* Соглашение о разделе продукции в сфере нефтедобычи. М.: Нефтеотдача, 1997. С. 57.

ственных договоров, в силу специфики регулируемых отношений, связанных с государственной собственностью на недра¹⁹.

Регулируя публично-правовые отношения, такие договоры характеризуются формально-юридическим равноправием сторон, эквивалентными обязательствами сторон и их взаимной ответственностью. Характеризуя публично-правовой договор, следует отметить, что он заключается на основе норм законодательства либо акта исполнительного органа власти. Выступая в этой роли, они могут полностью заменить собой существующие лицензии на пользование недрами²⁰.

Опыт использования такого регулирования мы наблюдаем в большинстве стран с развитым горным производством²¹, в том числе и в бывших социалистических странах — Китае²², Казахстане²³ и др.

В Китае на договорной основе производится в основном нефтедобыча. Нефтяной договор — аналог нашего Закона об СРП, в соответствии с Законом «О минеральных ресурсах КНР» от 19 марта 1986 г. (с изм. от 29 августа 1996 г., 19 июня 2002 г., 8 июля 2002 г. и 10 июля 2002 г.) утверждается Министерством внешней торговли КНР.

Что касается Республики Казахстан, то там действует Контракт на пользование недрами в Республике Казахстан. Как тип публичного договора, опираясь на право государственной собственности на недра, он предусматривает помимо предоставления права на пользование, также передачу права пользования третьим лицам на основе гражданско-правовых сделок с согласия компетентного органа, передачу права пользования в залог и переход права пользования недрами в порядке универсального правопреемства. Договор подлежит обязательной государственной регистрации и вступает в силу с момента регистрации, если иное не предусмотрено в самом договоре²⁴.

Публичные договоры во всем мире, как правило, выступают инструментами комплексного правового регулирования, включающими административно-правовые методы воздействия и принципы договорных отношений с определенными ограничениями. В них значительное место уделяется регулированию организационных отношений.

При реализации указанного подхода к недропользованию создается возможность использовать публичный договор для вовлечения участков недр в хозяйственный оборот, используя такие рыночные механизмы, как залог, переуступка прав пользования недрами, передача участка в аренду, доверительное управление под государственным контролем.

Он позволит привлекать инвестиции в развитие горно-добывающего и нефтегазового комплекса под залог при разрешении и гарантиях государства как собственника недр. При этом можно ожидать активизации рынка ценных бумаг за счет изменения биржевых котировок акций с учетом роста стоимостной оценки запасов полезных ископаемых, приходящихся на одну акцию, и за счет дополнительной эмиссии акций предприятий под полученные лицензии на новые участки недр.

При реализации этой концепции публичный договор на право пользования недрами и в наших условиях может служить основой выполнения следующих основных функций:

- залога для получения кредитных средств, привлечения инвесторов и инвестиционных ресурсов;
- фиксировать оценку долгосрочных активов предприятия, в том числе горного имущества, потенциал участка месторождения полезных ископаемых, имеющих стоимостную оценку, либо учитываемую сейчас остаточную «промышленную ценность месторождения»;
- недвижимого имущества, которое можно передавать в субаренду, доверительное управление и т.п.

Говоря об участках недр как о недвижимом имуществе, следует иметь в виду, что любая операция с участком недр может рассматриваться только с позиций того, что такой участок не может быть отчужден у государства. Поэтому при вовлечении участков недр в хозяйственный оборот следует учитывать, что в соответствии с Конституцией РФ недра являются собственностью государства.

Одним из возможных путей решения этой проблемы было предложено внедрение в практику хозяйствования в стране концессионных (по своему характеру публично-правовых договоров) и иных договоров, посредством которых негосударственному инвестору предоставляется на срочной и возмездной основе право пользования имуществом, являющимся госу-

¹⁹ См.: Салиева Р.Н. Правовое обеспечение развития предпринимательства в нефтегазовом секторе экономики. Новосибирск: Наука, 2001. С. 185.

²⁰ В результате неразработанности классификации публичных договоров в их состав в России относятся значительную группу разнородных в том числе административных, договоров (договоры между Федерацией и субъектами РФ о разграничении компетенции, о разграничении предметов ведения и др.) и других договоров, которые в данной статье не рассматриваются.

²¹ См., например: Клюкин Б.Д. Горные отношения в странах Западной Европы и Америки. М., 2000. С. 144–167.

²² См.: Лю Хузи. Правовое регулирование горных отношений в КНР: Автореф. Дисс. ... к. ю. н. М., 2003. С. 30–31.

²³ В основе недропользования в Республике Казахстан лежит «Модельный (или примерный) контракт, на проведение операций по недропользованию» в Республике Казахстан, утвержденный постановлением Правительства Казахстана от 31 июля 2001 г. № 1015. Целью контракта является юридическое оформление договорных отношений между государственным органом, которому делегированы права, непосредственно связанные с заключением договора, и недропользователем.

дарственной и муниципальной собственности, а также право на осуществление деятельности, составляющей государственную монополию. Эти отношения относятся к сфере регулирования концессионного законодательства. Таковыми являются проект закона «О концессионных и иных договорах» (проект, одобрен Государственной Думой в первом чтении 3 апреля 1996 г.) и Закон от 11 января 1996 г. «О соглашениях о разделе продукции»

Как мы видим, государство встало на путь разработки специальных законов, регулирующих специфические договорные отношения, такие, как концессия, соглашение о разделе продукции, закрепляющие понятия и основы правового режима публично-правового договора²⁵. При этом выдвигается и концепция издания модельных, типовых, примерных либо иных договоров о недопользовании.

Рассматривая вопрос о системе актов, регулирующих отношения публично-правовыми договорами, следует в федеральном законе установить общие нормы, относящиеся ко всем публично-правовым договорам в недопользовании, а в специальных законах урегулировать конкретные виды договоров.

Мы отметим лишь основные принципы и гарантии предпринимательской деятельности, которые должны быть отражены в такого типа договорах. Они заключаются в признании формального равенства недропользователей, свободы договора, обязательности выполнения участниками экономического оборота принятых на себя обязательств, неприкосновенности собственности, недопустимости произвольного вмешательства в частные дела предпринимателя со стороны других лиц и государства, в частности необходимости защиты имущества предприятий от незаконного изъятия; необходимости обеспечения восстановления нарушенных прав и их судебной защиты, право на которую не подлежит какому-либо ограничению (ст. 1 ГК РФ).

Предприниматель имеет право на защиту от обращения в суд с заявлением о признании недействительными (полностью или частично) актов государственных органов, не соответствующих законодательству и нарушающих охраняемые законом права и интересы. Причиненные предпринимателю убытки в результате выполнения противоречащих законодательству решений государственных или иных орга-

нов либо их должностных лиц, нарушивших права предпринимателя, а также ненадлежащее осуществление такими органами или их должностными лицами предусмотренных законодательством обязанностей по отношению к предпринимателю подлежат возмещению этими органами.

Договор должен закреплять право равного доступа к материальным, финансовым, трудовым, информационным и природным ресурсам, а также равные условия деятельности предприятий независимо от вида собственности организационно-правовых форм, обеспечивать возможность в соответствии с законодательством, учредительными документами и договором самостоятельно распоряжаться имуществом предприятия, определять объемы производства, порядок и условия сбыта продукции, распределять прибыль на развитие производства, возможность страховать предпринимательские риски страховыми обществами, не допускать монопольное положение на рынке отдельных предприятий и их объединений и недобросовестную конкуренцию²⁶.

Таким образом, публичный договор может выступать как инструмент регулирования отношений недропользования с использованием диспозитивных методов, основанных на условиях, выработанных сторонами путем согласования.

Однако помимо общих положений диспозитивного характера эти договоры обладают рядом специфических черт. Специфическим характером для публичных договоров являются:

- условия выбора партнера, наиболее соответствующего выполнению условий с точки зрения удовлетворения публичных интересов, что обеспечивается уже сейчас системой конкурсов;
- выработка требований к отбираемым для заключения недропользователям (закрытые конкурсы, особые конкурсные условия и т.п.);
- конкурсный отбор;
- общие предписания для будущих недропользователей;
- специальные предписания для конкретных условий каждого договора.

Обычно в договоре на стадии исполнения более четко определяется характеристика полномочий уполномоченного государственного органа, направленная на контроль за деятельностью недропользователя, не только с позиций собственника недр, но и стороны, предста-

²⁴ См. имеющий силу закона Указ Президента Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» от 27 января 1996 г. № 2828 (с изменениями, внесенными законами РК от 11 мая 1999 г. № 381-1 и от 11 августа 1999 г. № 467-1).
²⁵ Длительное время в нашей правовой литературе и особенно публицистике договоры типа концессий, соглашения о разделе продукции ошибочно относят к гражданско-правовым договорам, каковыми они по нашему мнению, не являются. Такое смешение часто ведет к противопоставлению публичного метода регулирования гражданско-правовому, что не отражает сути различий между публичными и гражданско-правовыми договорами. (См., например: Кошиков О.И. Современное состояние и перспективы совершенствования Закона об СРП и соответствующей нормативной базы // «Нефтегаз, энергетика и законодательство» топливно-энергетического комплекса России. М., 2001-2002. С. 59.
²⁶ См.: Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 141-142.

вляющей публичные интересы, чтобы не позволить недропользователю действовать исключительно для удовлетворения лишь собственных интересов. Такие полномочия позволяют государству без судебного вмешательства оказывать воздействие на партнера через право оперативного контроля, дачу обязательных предписаний, право на одностороннее расторжение договора, применение оговоренных в договоре санкций, разрешение на привлечение к договору третьих лиц и др.

Среди публичных функций уполномоченный государственный орган имеет право получать от недропользователя установленную отчетность о ходе проведения работ, связанных с исполнением договора; запрашивать сведения, связанные с исполнением договора на пользование участком недр; проводить проверки соблюдения недропользователем условий договора и выполнения им договорных обязательств; посещать производственные и служебные помещения недропользователя; требовать предоставления документов, имеющих отношение к исполнению договора; запрашивать объяснения должностных лиц и других работников недропользователя; проводить контрольные замеры добываемого минерального сырья; требовать изменения или расторжения договора по основаниям, предусмотренным законодательством, а также осуществлять иные предусмотренные функции.

В соответствии с публичным договором на пользование недрами уполномоченный государственный орган предоставляет недропользователю на возмездной и срочной основе исключительное право пользования индивидуально определенным участком недр, а недропользователь обязуется осуществлять за свой счет и на свой риск деятельность по тому виду пользования участком недр, который обусловлен договором.

Договор на пользование участком недр может строиться также на основе типовых форм, разрабатываемых и утверждаемых Правительством Российской Федерации.

Условия публичного договора могут включать вид пользования участком недр, границы участка недр, земельного участка или акватории, срок действия договора и начала работ, условия, связанные с платежами, обязательства недропользователя, включая согласованные уровень и график добычи минерального

сырья, объем и сроки развития инфраструктуры участка недр или связанной с ним территории, если это вытекает из существа договора, а также положения о порядке и сроках подготовки завершения недропользования, ликвидации месторождения, его консервации и рекультивации земель, если это вытекает из характера недропользования.

Обязательствами уполномоченного государственного органа перед недропользователем являются условия предоставления права пользования иными видами природных ресурсов, необходимых для исполнения договора, а также условия предоставления недропользователю иных государственных услуг, пользования объектами и коммуникациями общего пользования как на указанном земельном участке, так и вне его пределов в порядке и на условиях, предусмотренных федеральным законодательством или законодательством субъектов Российской Федерации.

Договор должен содержать выработанные сторонами положения об ответственности сторон за нарушение условий договора.

Стороны договора на пользование участком недр могут согласовать применение принятых в качестве положительной мировой практики ведения работ по разведке и добыче минерального сырья стандартов (норм, правил) по безопасному ведению работ, охране недр, окружающей среды, здоровья работников и населения при условии предварительного одобрения указанных стандартов (норм, правил) соответствующими государственными органами Российской Федерации.

Согласование договора предполагает и предоставление оговоренных в договоре исключительных полномочий недропользователю. Это прежде всего права на бонусы, привилегии и вознаграждения.

Определенным шагом на пути развития отношений, регулируемых публично-правовыми договорами, является система концессионных договоров. С принятием концессионного законодательства возникла бы совершенно новая ситуация и в российском горном законодательстве.

Что касается законодательного регулирования договорных отношений, то мы считаем, что, поскольку публичные договоры подобного ти-

па содержат комплекс норм гражданского и административного права, их регулирование входит в компетенцию федерального законодательства.

Принятие концессионного законодательства означает появление правовой возможности для государства не приказывать или указывать, а договариваться с инвестором, что заметно расширило бы возможности государства по хозяйственному маневрированию, позволило бы ему более рачительно распоряжаться своей не подлежащей приватизации собственностью, которая сегодня остается вне зоны эффективного правового регулирования. С использованием системы публичных договоров создаются правовые основы для осуществления широкомасштабного проектного финансирования российской экономики.

У государства появляется возможность выбрать достойного инвестора, который обладал бы всеми необходимыми финансовыми, технологическими возможностями, соответствующим опытом управления и т.п. для реализации того или иного конкретного проекта. В свою очередь инвестор может в соответствующем договоре не только зафиксировать достигнутые в ходе серьезных переговоров и устраивающие его коммерческие условия, но и гарантировать стабильность соблюдения этих условий на протяжении всего срока действия договора.

У инвесторов появится обоснованная надежда на стабильный правовой режим, обеспечивающий не временные льготы, а необходимые долгосрочные гарантии возврата вложенного в экономику России капитала.

Существующая в стране система законодательного регулирования капиталовложений, и прежде всего в сфере недропользования, построена на основе административного регулирования, в соответствии с которым отношения между принимающей страной и инвестором устанавливаются посредством властно-распорядительных, административных актов государства. При этом роль договорных актов в этой сфере, по существу, сводится к закреплению условий, содержащихся в Законе «О недрах», других законодательных актах и главным образом в лицензиях. Таким образом, правила игры, по которым инвестор должен осуществлять свою деятельность, устанавливаются государством, по сути, в одностороннем порядке

и в одностороннем же порядке и изменяются, причем, как правило, не в пользу инвестора. Поэтому у инвестора отсутствуют достаточные правовые гарантии незыблемости условий его соглашения с государством. В результате инвестор вынужден «перестраховываться», вкладывая в обоснование проекта дополнительную норму прибыли для покрытия рисков правовой нестабильности соглашения. В итоге страдает и государство, получая — после компенсации затрат инвестора — меньшую долю произведенной продукции.

Думается, что на решение задачи замены чисто административных отношений должен быть нацелен и законопроект «О концессионных договорах» как основной элемент целостной системы концессионного законодательства (или концессионного раздела в инвестиционном законодательстве России).

Положенные в основу концессионного законодательства публично-правовые принципы были бы более привлекательны не только для инвестора, обеспечивая ему повышенную правовую стабильность, но и для государства, давая возможность более эффективно распоряжаться передаваемой во временное пользование негосударственному инвестору государственной собственностью. Принятие концессионного законодательства как целостного свода законов дает возможность исключить (минимизировать) риски, связанные с возможными противоречиями между несогласованно подготовляемыми законодательными документами.

Другая сторона — российский или иностранный инвестор располагает необходимыми финансовыми ресурсами и технологиями и умеет эффективно разрабатывать такие природные ресурсы, поэтому заинтересован получить их во временное пользование на срочной и возмездной основе с максимальной для себя выгодой и готов также взять на себя при этом все затраты и весь риск их освоения.

Налицо основа для взаимовыгодного сотрудничества двух сторон. Однако сделка не состоится, если это сотрудничество не будет действительно взаимовыгодным, т.е. выгодным и государству, и инвестору. Сделка не может являться результатом односторонних уступок или преференций инвестору со стороны государства, когда одна из сторон — инвестор является просителем льгот, только при наличии которых он может рентабельно реализовать проект,

а другая — государство — «дарителем» этих льгот. С развитием отношений на основе публично-правового договора создается возможность для выработки условий равноценного, справедливого обмена или условий договора двух равноправных сторон — государства и инвестора, каждая из которых готова пойти в процессе переговоров на обоснованные уступки друг другу, с тем чтобы выработать взаимоприемлемые условия реализации проекта и закрепить их в соответствующем договоре на весь срок его действия.

Характерная особенность зарубежных публичных договоров — стабильность его условий. Они устанавливаются, что его условия сохраняют свою силу в течение всего срока действия, а изменения допускаются в соответствии с действующим законодательством и условиями самого договора. Обязательство государства при надлежащем исполнении недропользователем своих договорных обязательств гарантировать ему неизменность условий договора, на которых участок недр предоставлен в пользование, в течение всего срока пользования. При ухудшении условий вследствие изменения законодательства ухудшающего коммерческие результаты деятельности недропользователя в рамках договора, в договор вносятся изменения, обеспечивающие ему коммерческие результаты, которые могли быть им получены при применении законодательства, действовавшего на момент заключения договора.

При этом устанавливаются и ряд прав по более широкому распоряжению недропользователя предоставленными ему правами. В том числе право привлекать субподрядчиков для выполнения отдельных видов работ, связанных с исполнением договора, передавать полностью

или частично свои права по недропользованию другим лицам с соблюдением условий, установленных федеральным законодательством или договором.

Вместе с тем мы считаем, что лицензионный порядок может быть сохранен в тех немногих сферах экономики, где, в силу особых государственных интересов, связанных, например, с национальной безопасностью (скажем, в добыче расщепляющихся материалов), деятельность инвестора будет осуществляться на основе разрешительного порядка. Сохранение лицензионного порядка может вызываться необходимостью жесткой регламентации деятельности инвестора и возможностью прекращения государством таких отношений в таких сферах, как разработка радиоактивных полезных ископаемых, захоронение опасных отходов и т.п., где чрезвычайно высок риск возникновения опасных ситуаций, требующих применения срочных мер и пр.

Доминировать же должна система, основанная на публичных договорах, которая в законах и других нормативных актах, и прежде всего в публичных договорах, задает правила игры. При этом законодательство устанавливает регламент проведения конкурсов, аукционов, а в некоторых случаях и прямых переговоров полномочного государственного органа с инвестором, в результате которых детали согласуются сторонами в процессе переговоров и заключаются публично-правовые договоры.

При этом стороны равны перед гражданским судом (при отказе государства от своего иммунитета в области судебно-арбитражных отношений). К этому сводится существо законов «О концессионных договорах» и «О соглашениях о разделе продукции».