

УДК 342.4

О КОНСТИТУЦИОННОСТИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ПУБЛИЧНО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

А. Д. Башкатов

Орловский государственный университет имени И. С. Тургенева

Поступила в редакцию 5 июля 2016 г.

Аннотация: рассматриваются положения законодательства о государственно-частном и муниципально-частном партнерстве с точки зрения реализации конституционной свободы экономической деятельности, высказывается ряд предложений по совершенствованию правового регулирования данных общественных отношений.

Ключевые слова: публично-частное партнерство, свобода экономической деятельности, конституционность, административные процедуры.

Abstract: positions of the legislation on state-private and locally-private partnership from the point of view of realization of constitutional freedom of economic activities are considered, a number of offers on perfection of legal regulation of the given public attitudes expresses.

Key words: publicly-private partnership, freedom of economic activities, constitutionality, administrative procedures.

Конституционное требование единства экономического пространства, свободы перемещения ресурсов и свободы экономической деятельности нередко ограничивается на институциональном уровне, т.е. не случайно вследствие чьих-либо противоправных действий, а целенаправленно, под руководящим началом действующего нормативного правового акта, даже закона. Одним из весьма дискуссионных по содержанию законодательных актов в связи с изложенным выше обстоятельством является принятый в июле 2015 г. Федеральный закон «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹. В целом данный закон представляет собой примечательный опыт соединения в одном нормативном правовом акте методов гражданско-правового и административно-правового регулирования общественных отношений².

105

¹ О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 13 июля 2015 г. с изм. и доп. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 29. Ст. 4350 ; 2016. № 1. Ст. 11.

² В юридической литературе термин «государственно-частное партнерство» толкуется значительно шире (см., например: Сазонов В. Е. Государственно-частное партнерство : гражданско-правовые, административно-правовые и финансово-правовые аспекты. М., 2012. С. 43 ; Лебединцев О. Н. Государственно-частное партнерство как форма гармонизации публичного и частного в экономике и праве

С одной стороны, анализируемый акт регулирует некоторый вид гражданско-правового соглашения между «публичными партнерами» и «частными партнерами» с довольно неопределенным предметом и нормативным содержанием. По логике, руководствуясь нормами действующего Гражданского кодекса РФ, любой субъект гражданского права (включая государственные органы) вправе заключить любую сделку, если только это не противоречит требованиям закона. Закон о публично-частном партнерстве как бы «подтверждает» действие одних гражданско-правовых норм и «умалчивает» о действии других норм Гражданского кодекса РФ, косвенно свидетельствуя о якобы неприменимости (или нежелательности применения) соответствующих норм гражданского законодательства. Вместе с тем, на наш взгляд, подобный юридико-технический прием не может ставить под сомнение действие Гражданского кодекса РФ, а также ряда его фундаментальных принципов (свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства государства в чьи-либо частные дела и т.д.).

С другой стороны, анализируемый федеральный закон активно использует административно-правовые формы и методы правового регулирования³. Несмотря на официальную цель достижения «партнерства» государства и бизнеса (что означает, прежде всего, равенство, т.е. использование методологии частного права)⁴, в реалиях закон позиционирует скорее юридическое неравенство «партнеров». Публичные партнеры в лице государственных органов поставлены законом в правовое положение «над» частными партнерами, что гарантируется и обеспечивается посредством ряда общих и специальных правовых норм.

Так, частного партнера можно «заменить» другим партнером в качестве санкции за неисполнение гражданско-правовых обязательств (публичного партнера «заменить» нельзя, хотя из логики гражданского права следует возможность правопреемства или перемены лиц в обязательстве со стороны любого контрагента, обладающего гражданской правосубъектностью)⁵. Публичный партнер обладает правом административного контроля над деятельностью частного партнера, что с точки зрения методологии гражданско-правового регулирования является абсолютно недопустимым, если, конечно, это не строится на началах вза-

// Актуальные проблемы частного и публичного права. Волгоград, 2013. С. 68 ; Захарова О. С. Государственно-частное партнерство как инструмент привлечения инвестиций в государственный сектор экономики // Современные проблемы в области экономики, менеджмента, социологии, бизнес-информатики и юриспруденции. Н. Новгород, 2007. С. 130–134).

³ См.: Канунникова Н. Г. К вопросу о методах административного права // Административное право и процесс. 2013. № 1. С. 19–21.

⁴ См.: Кожевников А., Рясной В. Равенство и партнерство // Хозяйство и право. 1990. № 2. С. 49–56.

⁵ См.: Новоселова Л. Перемена лиц в обязательстве // Хозяйство и право. 2009. № 5. С. 40.

имности и равенства в рамках гражданских правоотношений⁶. Исходя из общего смысла анализируемого закона можно предположить, что частные партнеры правом контроля над деятельностью публичных партнеров не обладают (частные партнеры участвуют в конкурсах, доказывают перед публичными партнерами свою экономическую эффективность и сравнительные преимущества, «рапортуют», «отчитываются», но никак не позиционируются в качестве действительно «партнеров», т.е. равных по статусу лиц в гражданско-правовом смысле).

Несмотря на столь очевидную экспансию административно-правовых методов в сугубо частную сферу правового регулирования, законодатель в целях обеспечения конституционного баланса конкурирующих принципов и ценностей идет на поистине беспрецедентный шаг: вследствие соглашения о государственно-частном партнерстве государство берет на себя дополнительные обязательства «обеспечения окупаемости инвестиций частного партнера» и даже «содействия в получении государственных разрешений на предпринимательскую деятельность». Эти обязательства имеют не гражданско-правовую, а публично-правовую природу. Взаимность государственно-частного партнерства обеспечивается тем, что частные партнеры берут на себя несвойственные гражданскому обороту дополнительные административные обязанности перед публичными партнерами, в то время как публичные партнеры как бы «расплачиваются» за обязательства частных партнеров публичными ресурсами, которые согласно требованиям конституции страны и законов не могут и не должны вовлекаться в рыночный оборот.

Полагаем, что подобные правовые нормы не являются допустимыми в демократическом обществе, поскольку они отрицают полноту государственного суверенитета России, компетенцию законодательных и судебных органов власти, а главное – ставят в дискриминационное положение хозяйствующих субъектов по одному лишь признаку – являются ли они официальными частными партнерами государства или нет⁷. Лица, заключившие соглашение с государством об организации «партнерства», приобретают ничем не обусловленное право требовать от государства предоставления налоговых и административных льгот и преимуществ, что наносит ущерб правам и обязанностям других юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, которые не заключали соглаше-

⁶ См.: *Останина Е. А.* К вопросу о методе гражданского права // Становление и развитие научных школ права в государственных университетах России. СПб., 1999. С. 3–7.

⁷ См.: *Варламова А. Н.* К вопросу о правовой поддержке развития конкуренции // Вестник Моск. ун-та. 2008. № 5. С. 17–29 ; *Маслов Ю. Н.* Развитие и совершенствование законодательства о поддержке конкуренции и антимонопольном регулировании в Российской Федерации // Осуществление права и формы защиты нарушенных прав. Курск, 2012. С. 84 ; *Булах Д. А.* Свободная экономика и поддержка конкуренции как базовые конституционные экономические ценности // Конституция России : глобальное, национальное, региональное. Волгоград, 2013. С. 190–192.

ния с государством о государственно-частном партнерстве, так как участвуют в гражданском обороте на общих основаниях⁸.

Одна из ключевых целей анализируемого федерального закона о публично-частном партнерстве состояла в создании «правовых условий привлечения инвестиций в экономику», повышении «качества товаров, работ и услуг», а также обеспечении их «доступности». Каким образом публично-частное партнерство способно повысить качество и доступность объектов гражданского оборота – сказать весьма непросто. Есть основания полагать, что при прочих равных условиях форма взаимодействия государства и бизнеса вообще никак не влияет на качество товаров, работ и услуг (если, конечно, не исходить из презумпции, что государственные и муниципальные организации производят товары, работы и услуги всегда в худшем качестве по сравнению с частным бизнесом). Что же касается привлечения инвестиций в экономику, возможно, анализируемый закон действительно создает для этого определенные условия, однако существуют принципиально иные правовые механизмы стимулирования инвестиционной активности, давно уже выработанные и апробированные юридической наукой и практикой как России, так и зарубежных стран (речь идет о корпоративном бизнесе, акционерном капитале, свободном рынке ценных бумаг, инвестиционном портфеле граждан и организаций без вмешательства государства на основе конституционной свободы экономической деятельности, что регулируется конституционным правом и обеспечивается нормами гражданского права при общем запрете административно-правового вмешательства с рядом конституционно допустимых исключений из этого общего правила).

Вместо публично-правовой поддержки частного бизнеса и эффективного гражданско-правового механизма распоряжения государственными ресурсами (полагаем, что именно это и требует ч. 1 ст. 8 Конституции РФ, т.е. ее обеспечения нормами гражданского права при минимальном административно-правовом вмешательстве) отечественный законодатель предпочитает «гибридную» форму правового регулирования, основанную на комплексе смешанных административных и гражданских правоотношений, порождающих некие «государственно-частные и муниципально-частные партнерские правоотношения». В действительности никаких «публично-частных партнерских правоотношений», на наш взгляд, нет и быть не может: правоотношения могут быть либо частноправовыми, либо публично-правовыми⁹. Более внимательный анализ данного федераль-

⁸ См.: *Тотьев К. Ю.* Правовая поддержка конкуренции в России // Государство и право. 1997. № 12. С. 37–42; *Донецков Е. С.* Баланс частного и публичного интересов в контексте реализации принципа поддержки конкуренции : анализ отдельных правовых позиций Конституционного Суда РФ // Конституция России : глобальное, национальное, региональное. Волгоград, 2013. С. 183–186.

⁹ См., например: *Волкова И. А.* Частноправовое и публично-правовое сотрудничество интересов в регулировании страховых правоотношений // Вестник Саратов. гос. академии права. 2011. № 1. С. 65; *Волосов Д. В.* Переплетение частноправовых и публично-правовых элементов в железнодорожных правоотношениях

ного закона показывает, что и сам законодатель достаточно четко разграничивает гражданско-правовой и административно-правовой аспекты в этих правоотношениях. Соглашение между публичным и частным партнером в законе позиционируется именно как гражданско-правовое. Заключению этого договора предшествуют две административные процедуры – *управления проектами публично-частных партнерств*¹⁰ и *конкурсного производства*¹¹. Все это представляет собой один из механизмов, с одной стороны, обеспечения, а с другой – ограничения конституционной свободы экономической деятельности.

Конституционная свобода экономической деятельности *ограничивается*¹² посредством института управления проектами публично-частных партнерств. Ограничения состоят в том, что публичные экономические ресурсы, которые принадлежат государству (объекты публичной собственности), или «контролируются» государством (вследствие его права на распоряжение земельными, водными, лесными ресурсами и недрами, без распоряжения которыми невозможно создание новых объектов), или распределяются на основе административного, а не свободного рыночного механизма. Чтобы проект публично-частного партнерства состоялся, нужно, чтобы его инициировали, рассмотрели и утвердили. Правом на инициативу обладают публичные и частные партнеры, но чаще всего этим правом пользуются юридические лица, т.е. предприниматели. Именно они (подчеркнем, что согласно Конституции РФ – это компетенция министерств и ведомств, но никак не предпринимательского сообщества) разрабатывают административно-правовые документы, доказывают их целесообразность, состоятельность, коммерческую привлекательность и экономическую эффективность. Государство при этом занимает судейско-оценочную позицию (согласиться или не согласиться, утвердить или не утвердить), что в конечном итоге выражается в ряде юридических форм (Правительство РФ утверждает форму и требования

// Наука. Технологии. Инновации. Новосибирск, 2008. С. 165 ; Радченко С. А. Соотношение публично-правовых и частноправовых методов регулирования информационных правоотношений // Право и политика. 2008. № 5. С. 1218 ; Черкаева М. А. Соотношение частноправовых и публично-правовых средств при регулировании правоотношений в сфере использования водных биологических ресурсов // Право и образование. 2010. № 1. С. 160.

¹⁰ Об управлении проектами см., например: Безденежных В. М. Учет неопределенности и рисков инновационности при проектировании и управлении проектами в России // Безопасность бизнеса. 2014. № 1. С. 11–15.

¹¹ См.: Борисенкова Т. В. К вопросу о сочетании частных и публичных интересов в конкурсном производстве // Юрист. 2004. № 10. С. 55.

¹² См.: Бут Н. Д., Ларьков А. Н. Свобода экономической деятельности и защита ее от незаконных ограничений // Вестник Академии Генпрокуратуры РФ. 2010. № 1. С. 11 ; Паулова Ю. Е. Виды ограничений экономических прав и свобод // Актуальные проблемы юридической науки и практики. Саранск, 2006. С. 100–102 ; Милушев Д. Ф., Цыбулевская О. И. Справедливость как критерий ограничения права на свободу экономической деятельности // Обеспечение прав человека в условиях современного государства. Владимир, 2009. С. 309.

к предложениям о реализации проектов публично-частных партнерств, принимает окончательное решение о реализации проекта на федеральном уровне; уполномоченные органы исполнительной власти специальной компетенции дают заключения об эффективности и сравнительных преимуществах проектов публично-частных партнерств; высшие исполнительные органы субъектов РФ и главы муниципальных образований принимают окончательные решения о реализации проектов на их территориях).

Заметим, что механизм обеспечения инвестиционной привлекательности проектов в этой сфере мог бы быть совершенно иным: государство само решает, в каких именно целях нужно распорядиться принадлежащими ему экономическими ресурсами. Чиновники министерств и ведомств сами обеспечивают разработку и прохождение административно-правовых документов не только без привлечения заинтересованных предпринимателей, но и при юридическом запрете такого участия (иначе нарушаются конституционные требования равенства субъектов правоотношений, поддержки экономической конкуренции, единства экономического пространства, свободного движения экономических ресурсов).

Конституционная свобода экономической деятельности *защищается и поддерживается* посредством административно-правового института конкурсного производства. В этой части нормы Федерального закона «О государственно-частном партнерстве...», безусловно, заслуживают положительной оценки. Если государство намерено организовать процесс публичного управления созданием и реконструкцией крупных объектов (автодороги, транспортные системы, аэродромы, порты и т.д.)¹³, оно должно обеспечить равный доступ предпринимателей к участию в государственных проектах и программах на конкурсной основе. Именно в рамках процедуры конкурса должна производиться оценка экономической эффективности и сравнительных преимуществ тех или иных конкурсных предложений (а не на более ранних стадиях управления проектами публично-частных партнерств, как это сделано в действующем правовом регулировании). Победителем конкурса должен признаваться субъект, который в максимальной степени удовлетворяет заранее установленным законом критериям конкурсного отбора (техническим, социально-экономическим, юридическим и др.).

Таковы наши выводы, касающиеся механизма правового регулирования публично-частных партнерств. Полагаем, что по общему правилу (которое должно быть закреплено на законодательном уровне) именно государство несет публично-правовую обязанность управления государственными проектами. При возникновении необходимости распоряжения земельными, водными, лесными ресурсами и недрами в целях строительства или реконструкции автодорог, транспортных систем, аэродромов,

¹³ Подчеркнем, что именно об этих объектах и идет речь в Федеральном законе «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

портов и других аналогичных им крупных объектов государство само, без участия предпринимательского корпуса (и даже, возможно, с юридическим запретом такого участия), должно разработать соответствующий проект, который может быть, во-первых, строго государственным (экономическая монополия, запрет последующего участия в проекте частного бизнеса); во-вторых, исключительно частным (запрет финансирования проекта за счет бюджетных ресурсов и распоряжения в подобных целях объектами публичной собственности); в-третьих, публично-частным (при необходимости совместного финансирования, иного объединения ресурсов государства и бизнеса, а также паритетного распределения их рисков, прибылей и убытков). Только в последнем из трех названных случаев должен считаться юридически допустимым институт публично-частного партнерства. Причем правоотношения публично-частного партнерства должны позиционироваться как гражданско-правовые в рамках процедуры заключения и реализации гражданско-правового договора между публичным и частным партнерами, чему предшествует административная процедура конкурсного производства. Подобное сочетание частного-правового и публично-правового регулирования данных общественных отношений в полной мере соответствует принципам, изложенным в ч. 1 ст. 8 Конституции РФ.

Орловский государственный университет имени И. С. Тургенева

Башкатов А. Д., аспирант кафедры конституционного и муниципального права

E-mail: konst-kafedra@mail.ru

Тел.: 8-486-241-98-07

Orlov State University named after I. S. Turgenev

Bashkatov A. D., Post-graduate Student of the Constitutional and Municipal Law Department

E-mail: konst-kafedra@mail.ru

Tel.: 8-486-241-98-07