

ЧАСТНОПРАВОВАЯ ПРАКТИКА АДВОКАТСКОЙ ФИРМЫ "МОНАСТЫРСКИЙ, ЗЮБА, СЕМЕНОВ & ПАРТНЕРЫ"

ОГРАНИЧЕНИЕ ДОПУСКА ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ К УЧАСТИЮ В КОНКУРСАХ И АУКЦИОНАХ НА ПРАВО ПОЛЬЗОВАНИЯ НЕДРАМИ: ТЕКУЩЕЕ, БУДУЩЕЕ И ПРЕДШЕСТВУЮЩЕЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

*Муранов А.И.**

Важной областью правового регулирования, в которой активно оказывает услуги адвокатская фирма "Монастырский, Зюба, Семенов & Партнеры", являются отношения по недропользованию.

Один из возникающих в этой сфере значимых вопросов состоит в том, допустимо ли устанавливать для иностранных лиц¹ ограничения на участие в конкурсах и аукционах на право пользования участками недр², в том числе проводимых для целей заключения соглашений о разделе продукции³?

Рассмотрим этот вопрос подробно, в том числе с освещением ситуации с его решением в правоприменительной деятельности, а также с экскурсом в историю его регулирования в российском законодательстве⁴.

* К.ю.н., доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России, адвокатская фирма "Монастырский, Зюба, Семенов & Партнеры"

¹ Далее под иностранными лицами будут пониматься только те иностранные физические и юридические лица, которые обладают правом осуществлять предпринимательскую деятельность, причем в качестве основной, а не вспомогательной цели своей деятельности.

² Согласно статье 10.1 Закона РФ "О недрах", конкурсы или аукционы проводятся в целях принятия решений о выдаче лицензий на разведку и добычу полезных ископаемых на участках недр внутренних морских вод, территориального моря и континентального шельфа России, а также на разведку и добычу полезных ископаемых на участках недр, расположенных на территории субъекта Федерации (Собрание законодательства Российской Федерации, 2000, № 2, ст. 141).

Укажем особо, что в настоящей статье цитаты из нормативных актов и указания на место их опубликования приводятся, в том числе, по текстам и информации, содержащимся в электронных справочных правовых системах "Гарант" и "КонсультантПлюс".

³ Часть 1 пункта 1 статьи 6 Федерального закона от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции" (Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, № 1, ст. 18) предусматривает, что соглашения о разделе продукции заключаются государством с победителем конкурса или аукциона, проводимых в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. Иными словами, никаких изъятий для проведения таких конкурсов и аукционов этот Закон не предусматривает.

⁴ При этом будут затронуты и некоторые другие вопросы.

На первый взгляд, ответ на данный вопрос очевиден: в пункте 10.5 Положения о порядке лицензирования пользования недрами, утвержденного Постановлением Верховного Совета России от 15 июля 1992 г. № 3314-1⁵, прямо говорится: *"Допускается проведение отдельных конкурсов и аукционов для малых предприятий типа старательских артелей, оборонных предприятий, осуществляющих программу конверсии. Также допускается проведение конкурсов и аукционов с участием только предприятий Российской Федерации"*⁶ (выделение мое. - М.А.). Попутно заметим, что в 1992 г. в России под "предприятием" понимался *"самостоятельный хозяйствующий субъект, созданный в порядке, установленном ... Законом, для производства продукции, выполнения работ и оказания услуг в целях удовлетворения общественных потребностей и получения прибыли"*⁷, причем предприятия во всех организационно-правовых формах (кроме полного товарищества⁸) являлись юридическими лицами. В современном законодательстве России согласно пункту 1 статьи 132 ГК России, *"Предприятием как объектом прав признается имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности"*. Поскольку Положение о порядке лицензирования пользования недрами было принято в 1992 г., недопустимо считать, что пункт 10.5 можно понимать как говорящий о тех предприятиях - имущественных комплексах, которые действуют в России, но принадлежат иностранным лицам. Нет, в этом пункте под словами "предприятия Российской Федерации" необходимо понимать только субъектов российского права. Отметим также, что круг таких субъектов не ограничивается только юридическими лицами, поскольку пункт 9.1 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. прямо оговаривал, что в Положении под предприятиями понимаются любые субъекты предпринимательской деятельности (т.е. и индивидуальные предприниматели), а также юридические лица и граждане других государств⁹.

⁵ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 33, ст. 1917.

⁶ Хотя далее будет упоминаться этот пункт 10.5 в целом, речь будет идти все же о втором его предложении.

⁷ Пункт 1 статьи 4 Закона РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 "О предприятиях и предпринимательской деятельности" (Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР, 1990, № 30, ст. 418).

⁸ Пункт 3 статьи 9 Закона РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 "О предприятиях и предпринимательской деятельности".

Однако поставленный выше вопрос далеко не так прост, как может показаться на первый взгляд: неизбежно встает проблема соотношения пункта 10.5 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. с позднее принятыми нормами, так что *a priori* еще не ясно, действует ли такой пункт, или же его надлежит считать утратившим силу как противоречащий последующим законам.

И в самом деле, позднейшие нормы, причем самой наивысшей юридической силы, обозначают эту проблему очень четко. Согласно пункту 1 статьи 34 Конституции России, *"Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности"*. Не вызывает никаких сомнений то, что право на пользование недрами входит в состав права на осуществление предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. На основании пункта 3 статьи 55 Конституции России *"Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства"*. Далее, как следует из пункта 3 статьи 62 Конституции России, иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в России правами и несут обязанности наравне с гражданами России, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором России.

Соответственно, пункт 1 статьи 34 и пункт 3 статьи 55 Конституции России должны быть распространены и на иностранных лиц, причем как физических, так и юридических. Ссылка на то, что в Конституции говорится только о гражданах, не является основательной, так как согласно толкованию, неоднократно использованному Конституционным Судом России, положения Конституции России применимы и к юридическим лицам, из чего следует, что они действуют и в отношении таких лиц из иностранных государств. Более того, в абзаце 3 пункта 6 Постановления от 20 июля 1999 г. № 12-П "По делу о проверке конституционности Федерального закона от 15 ап-

⁹ *"Владельцами лицензий могут быть субъекты предпринимательской деятельности независимо от форм собственности, в том числе юридические лица и граждане других государств (далее - предприятия), если иное не предусмотрено законодательными актами Российской Федерации. Владельцами лицензий на право добычи радиоактивно-го сырья могут быть только государственные предприятия Российской Федерации"*.

реля 1998 года "О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации"¹⁰ Конституционный Суд России сказал об этом прямо: *"Из статьи 62 (часть 3) Конституции Российской Федерации и статей 2 (абзац 4 пункта 1) и 7 Гражданского кодекса Российской Федерации вытекает, что ограничения права собственности иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц могут устанавливаться международным договором или федеральным законом. При этом как сама возможность ограничений федеральным законом данного права, так и их характер определяются законодателем не произвольно, а в соответствии с Конституцией Российской Федерации, согласно статье 55 (часть 3) которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства"*.

Соответственно, на основании только что сказанного возникают следующие вопросы: 1) имеются ли в федеральных законах России, принятых после 1992 г., какие-либо нормы об ограничениях для иностранных лиц на участие в конкурсах и аукционах на право пользования недрами?; 2) если ответ на первый вопрос отрицательный, то может ли норма пункта 10.5 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. быть приравнена к нормам федерального закона?; 3) если на первый вопрос ответ положительный (или же положительный ответ может быть дан на второй вопрос), то вводится ли такое ограничение *"в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства"*?

1. ОГРАНИЧЕНИЯ ДЛЯ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ НА УЧАСТИЕ В КОНКУРСАХ И АУКЦИОНАХ НА ПРАВО ПОЛЬЗОВАНИЯ НЕДРАМИ В ФЕДЕРАЛЬНЫХ ЗАКОНАХ

Анализ действующего законодательства России позволяет прийти к выводу о том, что в федеральных законах России, принятых после 1992 г., не имеется каких-либо норм, прямо говорящих о том, что для

¹⁰ Собрание законодательства Российской Федерации, 1999, № 30, ст. 3989.

иностранных лиц допустимо устанавливать ограничения на участие в конкурсах и аукционах на право пользования недрами.

Их, прежде всего, не имеется в Законе РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 "О недрах" (в редакции от 3 марта 1995 г., с изменениями от 10 февраля 1999 г., 2 января 2000 г., 14 мая, 8 августа 2001 г.)¹¹. Не вызывает никаких сомнений то, что Закон РФ "О недрах", хотя официально и не именуется федеральным законом, однако к числу таких федеральных законов относится: он был принят высшим органом законодательной власти России, он действует на территории всей Федерации и для всех субъектов Федерации, а изменения в него вносились федеральными законами.

Необходимо особо подчеркнуть, что ни в коем случае не следует рассматривать в качестве нормы, допускающей ограничение для иностранных лиц на участие в конкурсах и аукционах, правило части 1 статьи 13.1 Закона, которое устанавливает, что *"Решение о проведении конкурсов или аукционов на право пользования участками недр, определение условий их проведения в отношении каждого участка недр или группы участков недр, а также решение об утверждении результатов таких конкурсов или аукционов принимается органами, предоставляющими право пользования участками недр, в соответствии со статьей 10.1. настоящего Закона"* (выделение мое. - М.А.). Коль скоро в пункте 3 статьи 62 Конституции России говорится, что иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в России правами и несут обязанности наравне с гражданами России, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором России, то возможность введения подобных исключений должна быть указана в упомянутых в этом пункте актах прямо и непосредственно, а их введение в отсутствие таких указаний государственными органами не может быть осуществлено. Законность такого введения не может обосновываться тем фактом, что данным органам законом предоставлены некие общие полномочия на решение определенных вопросов. Представляется, что для того, чтобы российские государственные органы могли устанавливать подобные исключения, необходимо, по меньшей мере, прямое указание на это их право в федеральном законе

¹¹ Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 10, ст. 823; Собрание законодательства Российской Федерации, 1999, № 7, ст. 879; Собрание законодательства Российской Федерации, 2000, № 2, ст. 141; Собрание законодательства Российской Федерации, 2001, № 21, ст. 2061; Собрание законодательства Российской Федерации, 2001, № 33 (Часть I), ст. 3429.

или международном договоре России, причем в целях соблюдения правил Конституции России их полномочия не могут быть дискреционными, но должны быть определены как можно более четко и с учетом требований пункта 3 статьи 55 Конституции России. Таким требованиям правило части 1 статьи 13.1 Закона РФ "О недрах" не отвечает.

Далее, не может считаться допускающим ограничения для иностранных лиц и пункт 1 статьи 448 ГК РФ, который устанавливает: *"Аукционы и конкурсы могут быть открытыми и закрытыми."*

В открытом аукционе и открытом конкурсе может участвовать любое лицо. В закрытом аукционе и закрытом конкурсе участвуют только лица, специально приглашенные для этой цели". Из этой нормы следует, что закрытым аукционом или конкурсом может быть только тот, для участия в котором приглашаются заранее известные лица. Их число может быть велико, но в любом случае оно конечно, и, что самое главное, все приглашенные лица заранее известны как конкретные субъекты, поскольку закрытость аукциона или конкурса определяется тем, что к участию в нем привлекаются несколько индивидуализированных участников правового оборота, а не несколько неких участников, которые отвечают определенным квалификационным признакам. В последнем случае конкурс или аукцион являлся бы уже открытым, поскольку из пункта 1 статьи 448 ГК РФ вовсе не следует, что для участников открытых конкурсов или аукционов не могут устанавливаться определенные квалификационные требования¹². Отметим также и то, что сама возможность применения пункта 1 статьи 448 ГК РФ в рассматриваемом вопросе несколько спорна. Дело в том, что конкурсы и аукционы на право пользования недрами, проводимые на основании Закона РФ "О недрах", некоторые считают не подпадающими под регулирование ГК РФ, так как, на их взгляд, отношения по недропользованию, во-первых, в принципе имеют не частноправовой характер, а публично-правовой¹³, а во-вторых, целью проведения конкурсов и аук-

¹² *"Применение квалификационных требований для отбора лиц, удовлетворяющих условиям конкурса, не превращает конкурс в закрытый. ... Критерий "закрытости" торгов (аукционов и конкурсов) понимается в коммент. статье как избирательный подход к кругу лиц, допускаемых к участию в них: таковыми названы особо приглашенные для этой цели лица"* (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). Расширенный, с использованием судебно-арбитражной практики. Руководитель авторского коллектива и ответственный редактор доктор юридических наук, профессор О.Н. Садилов. - М.: 1998. С. 726).

ционов на право пользования недрами является выдача лицензии на право пользования недрами как особого административного акта, а не заключение договора, как это требуется для возможности применения статьи 448, которая содержится в главе 28 "Заключение договора" и следует за статьей 447 "Заключение договора на торгах". Тем не менее, автор настоящей статьи полагает, что первый тезис является верным только отчасти, так как отношения по недропользованию не могут быть квалифицированы как исключительно публично-правовые¹⁴. Что же касается второго довода, то с ним также не следует соглашаться, так как из статьи 12 Закона РФ "О недрах" следует, что под лицензией на право пользования недрами понимается сложный документ, сочетающий в себе признаки разрешительного акта и договора, составной частью которого являются согласованные государством и недропользователем условия. Более того, пункт 6 Письма Комитета по геологии и использованию недр при Правительстве России от 10 сентября 1992 г. № ВО-61/2296 "О Положении о порядке лицензирования пользования недрами"¹⁵ прямо говорит, что составной частью лицензии является лицензионное соглашение между пользователем недр и органами, предоставившими лицензию. Ввиду этого целью проведения конкурсов и аукционов на право пользования недрами является также и заключение договора, что делает статью 448 вполне применимой. Наконец, нельзя не упомянуть и о том, что Федеральный арбитражный суд Северо-западного округа постановлением от 2 апреля 2001 г. по делу № А05-6565/00-342/21 признал, что на лицензионные соглашения, заключаемые государством с недропользователями, распространяются правила гражданского законодательства¹⁶.

Однако вновь обратимся к рассматриваемому вопросу.

Необходимо констатировать, что какие-либо ограничения для ино-

¹³ В доказательство этого могут также ссылаться на то, что согласно статье 2 ГК РСФСР 1964 г. горные отношения предписывалось регулировать не гражданским законодательством, а законодательством о недрах.

¹⁴ В опровержение приведенного в предыдущей сноске довода можно сказать о том, что статья 1 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., в течение нескольких лет применявшаяся в России, предусматривала субсидиарное применение гражданского законодательства к отношениям по недропользованию. Можно сказать и о том, что формулировка ныне действующего в России ГК также позволяют применять его также и к отношениям по недропользованию.

¹⁵ Газета "Российские вести", 1993, № 43. Зарегистрировано в Министерстве юстиции России 18 февраля 1993 г. под № 151.

странных лиц в рассматриваемом отношении отсутствуют и в других федеральных законах, в том числе в Федеральном законе от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции" (с изменениями от 7 января 1999 г., 18 июня 2001 г.¹⁷): его положения не позволяют говорить о том, что для иностранных лиц в рассматриваемом отношении устанавливаются какие-либо изъятия. Напротив, часть 1 пункта 1 его статьи 6 отсылает в этом отношении к законодательству России: *"Соглашения заключаются государством с победителем конкурса или аукциона, проводимых в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, и в сроки, согласованные сторонами, но не позднее чем через год со дня объявления результатов конкурса или аукциона, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи"* (выделение мое. - М.А.).

Что же касается самого Закона РФ "О недрах", то часть 1 его статьи 9¹⁸ предусматривает: *"Пользователями недр могут быть субъекты предпринимательской деятельности, в том числе участники простого товарищества, иностранные граждане, юридические лица, если федеральными законами не установлены ограничения предоставления права пользования недрами"*. Не вызывает никаких сомнений то, что эта статья имеет прямое отношение к рассматриваемому вопросу об участии иностранных лиц в конкурсах и аукцио-

16 *"Анализ оспариваемого соглашения позволяет сделать вывод о том, что оно представляет собой волеизъявление нескольких субъектов, направленное на установление их прав и обязанностей, связанных с предоставлением права пользования недрами, и относится к сфере гражданско-правового регулирования общественных отношений. Правоотношения между участниками данного соглашения основаны не на властном подчинении одной стороны другой, а на юридическом равенстве сторон, и к ним применяются нормы гражданского законодательства."*

Кассационная инстанция считает правомерным вывод суда апелляционной инстанции о том, что оспариваемое соглашение содержит признаки сделки (договора), предусмотренные действующим гражданским законодательством. ...

То обстоятельство, что спорное лицензионное соглашение оформлено в виде приложения к лицензии, являющегося ее неотъемлемой частью, не может свидетельствовать о том, что оно является составной частью лицензии как административного акта государственного органа управления, а не гражданско-правовой сделкой" (Не опубликовано. Содержится в электронной справочной правовой системе "КонсультантАрбитраж: Северо-Западный Округ").

¹⁷ Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, № 1, ст. 18; Собрание законодательства Российской Федерации, 1999, № 2, ст. 246; Собрание законодательства Российской Федерации, 2001, № 26, ст. 2579

¹⁸ Собрание законодательства Российской Федерации, 2000, № 2, ст. 141.

нах. Коль скоро статус пользователя недр может быть в ряде случаев приобретен только в результате победы на конкурсе или аукционе, то слова *"пользователи недр"* в приведенной норме могут пониматься как взаимозаменяемые со словами *"участники конкурсов и аукционов на право пользования недрами"*: в самом деле, нельзя ведь считать, что слова *"пользователи недр"* распространяются только на те случаи, в которых иностранное лицо получает статус пользователя недр не в результате победы на конкурсе или аукционе. Соответственно, слова *"ограничения предоставления права пользования недрами"* в такой приведенной норме также могут пониматься как взаимозаменяемые со словами *"ограничения на участие в конкурсах и аукционах на право пользования недрами"*.

Иными словами, Конституция России отсылает в вопросах ограничения прав иностранных лиц к специализированным федеральным законам, а такой специализированный федеральный закон, как Закон РФ "О недрах", опять-таки отсылает к федеральным законам. Неизбежно встают вопросы: о каких законах говорится в части 1 статьи 9 Закона РФ "О недрах" и разве последний не должен был бы решать эту задачу в первую очередь сам¹⁹? Подобный самоотказ данного Закона от регулирования рассматриваемого вопроса, являющегося весьма важным, не может не вызывать удивления и говорит, прежде всего, о близорукости законодателя, его непонимании значимости проблематики регулирования правоотношений с участием иностранных лиц, тем более в такой важной сфере, как недропользование. Представляется, что ныне действующая редакция части 1 статьи 9 Закона РФ "О недрах" является последствием не всегда продумываемой стандартизации, к которой российский законодатель крайне часто прибегает и которая состоит в постоянном механическом использовании оговорки *"если иное не предусмотрено федеральными законами"*.

Любопытно и то, что статья 9 Закона РФ "О недрах" была изложена в ее ныне действующей редакции Федеральным законом от 2 января 2000 г. № 20-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О недрах"²⁰, тогда как ранее часть 1 этой статьи в редакции Федерального закона от 3 марта 1995 г. № 27-ФЗ

¹⁹ Безусловно, возможно существование и других законов, устанавливающих соответствующие ограничения, но это вовсе не значит, что Закон "О недрах" должен был самоустраняться от решения анализируемой проблемы.

²⁰ Собрание законодательства Российской Федерации, 2000, № 2, ст. 141.

"О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О недрах"²¹ устанавливала: *"Пользователями недр могут быть субъекты предпринимательской деятельности независимо от форм собственности, в том числе юридические лица и граждане других государств, если законодательством Российской Федерации и законодательством субъектов Российской Федерации они наделены правом заниматься соответствующим видом деятельности при пользовании недрами"*²². Представляется, что слова после второй запятой следовало относить только к словам *"в том числе юридические лица и граждане других государств"*. В самом деле, при таком толковании речь шла бы о том, что права иностранных лиц на недропользование в России ограничиваются за счет того, что они получают такие права только в случаях, прямо предусмотренных в законодательстве. При этом вовсе не было обязательным, чтобы эти случаи указывались в федеральных законах: слово *"законодательство"* свидетельствовало о том, что данные случаи могли быть предусмотрены и в иных нормативных актах. Если же считать, что слова после второй запятой необходимо было относить и к российским лицам, то тогда возникала бы несколько странная ситуация: право России предусматривает принцип общей правоспособности российских юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, так что никакого специального наделения их правом заниматься соответствующим видом деятельности при пользовании недрами не требуется²³. Конечно же, можно вспомнить о том, что субъектами предпринимательской деятельности в России могут быть не только коммерческие организации, но и индивидуальные предприниматели, и что можно считать, что для последних, в отличие от первых, действует принцип специальной

²¹ Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 10, ст. 823.

²² Равным образом не вызывает никаких сомнений то, что эта статья имеет прямое отношение к рассматриваемому вопросу об участии иностранных лиц в конкурсах и аукционах: коль скоро статус пользователя недр может быть в ряде случаев приобретен только в результате победы на конкурсе или аукционе, то в приведенной норме слова *"пользователи недр"* могут пониматься как взаимозаменяемые со словами *"участники конкурсов и аукционов на право пользования недрами"*.

²³ Отметим и странность формулировки *"наделены правом заниматься соответствующим видом деятельности при пользовании недрами"*. Шла ли в ней речь о лицензировании определенных видов деятельности или же о чем-то ином? Было бы гораздо проще, если бы была использована формулировка *"наделены правом осуществлять пользование недрами"*. Представляется, что именно это и имелось в виду в ранее действовавшей части 1 статьи 9 Закона РФ "О недрах".

правоспособности, т.к. пункт 1 статьи 4 Закона РСФСР от 7 декабря 1991 г. № 2000-1 "О регистрационном сборе с физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, и порядке их регистрации"²⁴ предусматривает: *"Физические лица, в том числе участники полного товарищества, могут осуществлять только те виды деятельности, которые указаны в свидетельстве о регистрации предпринимателя"*²⁵. Кроме того, не следует забывать и о том, что

²⁴ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 8, ст. 360.

²⁵ Представляется, что такой подход в целом не противоречит принятому позднее пункту 3 статьи 23 ГК РФ (*"К предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила настоящего Кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения"*), так как этот пункт прямо допускает существование изъятий, предусмотренных в законах. В самом деле, хотя часть 1 статьи 4 Федерального закона от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ "О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" (Собрание законодательства Российской Федерации, 1994, № 32, ст. 3302) и говорит о том, что впредь до приведения законов и иных правовых актов, действующих на территории России, в соответствие с частью первой ГК РФ такие законы и иные правовые акты России применяются постольку, поскольку они не противоречат части первой ГК РФ, на этом основании недопустимо считать, что все те изъятия и ограничения в законах, которые были введены до вступления в силу ГК РФ, утрачивают силу даже тогда, когда ГК РФ допускает наличие таких изъятий и ограничений. Это означало бы парализацию правового регулирования, так как для введения новых изъятий и ограничений было бы необходимо принимать новые законы, зачастую просто повторяющие старые, что уже граничит с абсурдом. Также не следует считать, что пункт 1 статьи 4 Закона РСФСР от 7 декабря 1991 г. № 2000-1 "О регистрационном сборе с физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, и порядке их регистрации" противоречит и пункту 1 статьи 34 Конституции России (*"Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности"*): что мешает физическому лицу включить в свидетельство о регистрации предпринимателя те виды деятельности, которыми он желает заниматься, или же впоследствии внести изменения в такое свидетельство? Тем не менее, нельзя не согласиться с тем, что *de lege ferenda* (с точки зрения закона, принятие которого желательно (*лат.*)) было бы разумнее и эффективнее распространить принцип общей правоспособности и на индивидуальных предпринимателей, однако *de lege lata* (с точки зрения действующего закона (*лат.*)) говорить о нем в условиях наличия пункта 1 статьи 4 Закона РСФСР от 7 декабря 1991 г. № 2000-1 "О регистрационном сборе с физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, и порядке их регистрации" было бы не совсем корректно. Впрочем, в правоприменительной практике единства мнений по этому вопросу нет. Так, из Определения Конституционного Суда России от 6 марта 2001 г. № 59-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кузавкова Романа Валерьевича на

действие принципа общей правоспособности российских коммерческих организаций может быть ограничено за счет включения оговорок в их учредительные документы²⁶. Ввиду этого, если в учредительных документах российской коммерческой организации содержится условие о том, что она не вправе осуществлять пользование недрами, то тогда эта организация не может считаться наделенной законодательством правом заниматься *"соответствующим видом деятельности при пользовании недрами"*, так как такое ограничение в учредительных документах является действительным именно в силу законодательства.

Таким образом, если принимать во внимание два последних момента с индивидуальными предпринимателями и ограничениями в учредительных документах российских коммерческих организаций, то тогда в части 1 статьи 9 Закона РФ "О недрах" (в редакции 1995 г.) слова *"если законодательством Российской Федерации и законодательством субъектов Российской Федерации они наделены правом заниматься соответствующим видом деятельности при пользовании недрами"* должны были распространяться не только на иностранных лиц, но и на российских. Однако крайне сомнительно, что российский законодатель действительно учитывал эти два нюанса

нарушение его конституционных прав пунктом 1 и частью второй пункта 2 статьи 4 Закона РСФСР "О регистрационном сборе с физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, и порядке их регистрации" (Вестник Конституционного Суда Российской Федерации, 2001, № 4) вытекает, что Конституционный Суд России считает пункт 1 статьи 4 вышеуказанного Закона противоречащим Конституции России. Аналогичное мнение высказал и Федеральный арбитражный суд Московского округа в постановлении от 20 декабря 1999 г. по делу № КА-А40/4150-99 (Не опубликовано. Содержится в электронной справочной правовой системе "КонсультантАрбитраж:МосковскийОкруг"). В то же самое время имеются постановления Федерального арбитражного суда Поволжского округа и Федерального арбитражного суда Волгоградского округа, утверждающие о необходимости применения пункта 1 статьи 4 Закона РСФСР от 7 декабря 1991 г. № 2000-1 "О регистрационном сборе с физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, и порядке их регистрации". Однако дальнейшее рассмотрение этого вопроса уже выходит за рамки настоящей статьи.

²⁶ Статья 173 ГК РФ устанавливает: *"Сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными в его учредительных документах, либо юридическим лицом, не имеющим лицензию на занятие соответствующей деятельностью, может быть признана судом недействительной по иску этого юридического лица, его учредителя (участника) или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью юридического лица, если доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать о ее незаконности"* (выделение мое. - М.А.).

при принятии в 1995 г. новой редакции статьи 9 Закона РФ "О недрах" и придавал последней такой изощренный смысл. Ввиду этого следует считать, что эта оговорка распространялась исключительно на юридических лиц и граждан других государств.

Таким образом, статья 9 Закона РФ "О недрах" в 2000 г. в результате принятия Федерального закона от 2 января 2000 г. № 20-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О недрах" претерпела кардинальное изменение: если до принятия такого Закона она предусматривала только разрешительный порядок участия иностранных лиц в конкурсах и аукционах на право пользования недрами, то после этого она установила для иностранных лиц в этом плане принцип национального режима. Под разрешительным порядком не следует понимать необходимость получения отдельного разрешения от государственных органов России на участие в таких конкурсах и аукционах: под ним имеется в виду предусмотренное в законодательстве дозволение для иностранных лиц принимать участие в этих конкурсах и аукционах только в определенных случаях. И такой случай российским законодательством был предусмотрен, так как пункт 9.1 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. предусматривает: *"Владельцами лицензий могут быть субъекты предпринимательской деятельности независимо от форм собственности, в том числе юридические лица и граждане других государств (далее - предприятия), если иное не предусмотрено законодательными актами Российской Федерации"*. Этот пункт является повторением части 1 все той же статьи 9 Закона РФ "О недрах", но только повторением уже самой начальной ее редакции от 21 февраля 1992 г.²⁷ : *"Пользователями недр могут быть субъекты предпринимательской деятельности независимо от форм собственности, в том числе юридические лица и граждане других государств, если иное не предусмотрено законодательными актами Российской Федерации"*. Формулировки пункта 9.1 Положения и только что приведенной статьи 9 Закона следует понимать как распространяющиеся и на участников конкурсов и аукционов на право пользования недрами.

Итак, подытожим: Закон РФ "О недрах" в редакции от 21 февраля 1992 г. вводил для иностранных лиц принцип национального режи-

²⁷ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 16, ст. 834.

ма в отношении возможности участвовать в упомянутых конкурсах и аукционах с допущением изъятий из него, устанавливаемых на уровне законодательных актов вообще, но не законов. Одно из таких изъятий было закреплено в пункте 10.5 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г., прямо предусмотревшем возможность проведения конкурсов и аукционов только с участием российских лиц. На тот момент юридическая сила пункта 10.5 Положения сомнений вызывать не могла. В 1995 г. принцип национального режима в статье 9 Закона РФ "О недрах" был отменен, и было установлено то требование, что пользование недрами (т.е. и участие в конкурсах и аукционах) со стороны иностранных лиц может иметь место только тогда, когда это предусмотрено законодательством России и законодательством субъектов Федерации. При этом такая возможность для иностранных лиц присутствовала благодаря тому, что пункт 9.1 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. продолжал действовать. Вместе с тем, в пункте 10.5 такого Положения прямо предусматривалась возможность проведения конкурсов и аукционов только с участием российских лиц. В условиях, когда Закон РФ "О недрах" придерживался методологии ограничения прав иностранных лиц, юридическая сила пункта 10.5 Положения также не могла вызывать сомнений. Заметим, что отмена в 1995 г. принципа национального режима в статье 9 Закона РФ "О недрах" была достаточно неординарным шагом, учитывая закрепление данного принципа в 1993 г. в Конституции России, причем шагом весьма необычным с технико-юридической точки зрения: для иностранных лиц не устанавливались конкретные ограничения, напротив, устанавливалось требование отдельного наделения их в законодательстве правом пользоваться недрами. Однако в 2000 г. Закон РФ "О недрах" вновь изменил свой методологический подход, предпочтя принцип национального режима. Тем не менее, вместо того, чтобы предусмотреть конкретные изъятия из действия этого принципа, этот Закон в своей статье ограничивается в этом плане отсылкой уже не к законодательным актам России (как статья 9 этого Закона в редакции 1992 г., использовавшая такой же методологический подход), а именно к федеральным законам.

Между тем в принятых после 1992 г. федеральных законах, как позволяет установить их анализ, не имеется каких-либо изъятий в части ограничения прав иностранных лиц на участие в конкурсах и аукционах на право пользования недрами. Соответственно, необхо-

димо выяснить, может ли норма пункта 10.5 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г., которая единственная предусматривает такое изъятие, быть приравнена по своему статусу к нормам федерального закона?

2. СТАТУС НОРМ ПОЛОЖЕНИЯ О ПОРЯДКЕ ЛИЦЕНЗИРОВАНИЯ ПОЛЬЗОВАНИЯ НЕДРАМИ 1992 г.

Часть 1 статьи 107 Конституции (Основного закона) Российской Федерации - России 1978 г. (в редакции на 21 апреля 1992 г.²⁸) устанавливала: *"Верховный Совет Российской Федерации - орган Съезда народных депутатов Российской Федерации, постоянно действующий законодательный распорядительный и контрольный орган государственной власти Российской Федерации"*. Как известно, принятие законов согласно такой Конституции относилось к компетенции именно Верховного Совета России. Часть 2 статьи 109 этой же Конституции предусматривала: *"Верховный Совет Российской Федерации принимает законы Российской Федерации и постановления"*. При этом статья 115 Регламента Верховного Совета России²⁹ устанавливала: *"Проекты наиболее важных постановлений Верховного Совета Российской Федерации по вопросам государственного, хозяйственного и социально-культурного строительства могут по решению этого органа рассматриваться в двух чтениях в соответствии с правилами, установленными настоящим Регламентом в отношении рассмотрения законов Российской Федерации"*.

Отметим особо, что Положение о порядке лицензирования пользования недрами, являясь наиболее важными актами по вопросам хозяйственного строительства³⁰, было рассмотрено в Верховном Совете России дважды, т.е. подобно тому, как рассматривались законы.

²⁸ Закон РСФСР от 27 октября 1989 г. "Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР" (Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР, 1989, № 44, ст. 1303); Закон РФ от 21 апреля 1992 г. № 2708-1 "Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики" (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 20, ст. 1084).

²⁹ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР, 1990, № 26, ст. 320.

³⁰ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 24, ст. 1320; № 33, ст. 1917.

Далее, часть 4 статьи 16 Закона РФ "О недрах" (в редакции от 21 февраля 1992 г.) устанавливала: *"Положение о порядке лицензирования пользования недрами утверждается Верховным Советом Российской Федерации"*. Сам Закон РФ "О недрах" также был принят Верховным Советом России и введен в действие Постановлением Верховного Совета России от 21 февраля 1992 г. № 2396-1 "О порядке введения в действие Закона Российской Федерации "О недрах"³¹. Иными словами, в этом Законе Верховный Совет России поручил сам себе принять специальное Постановление и принял его в порядке, предусмотренном для утверждения законов.

Далее, Постановлениями Верховного Совета России было принято не менее десяти Положений по различным важным законодательным вопросам, аналогичных Положению о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. В качестве примера сошлемся, в частности, на Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденное Постановлением Верховного Совета России от 24 июня 1992 г. № 3115-1 "Об утверждении Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров"³². Оно также было рассмотрено Верховным Советом России дважды, и, кроме того, Федеральным законом от 16 ноября 1997 г. № 144-ФЗ³³ в данное Постановление были внесены изменения. Далее, Постановлением Верховного Совета России от 27 декабря 1991 г. № 2122-1³⁴ было утверждено Положение о Пенсионном фонде Российской Федерации (России), в которое Федеральным законом от 5 мая 1997 г. № 77-ФЗ³⁵ опять-таки были внесены изменения.

Наконец, Положение о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г., как известно, действовало и действует на всей территории России (правда, только в части, не противоречащей позднейшей редакции Закона РФ "О недрах" и изменениям в него) и обладает приоритетом над законодательными актами субъектов Федерации, т.е. обладает федеральным статусом.

31 Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 16, ст. 835.

32 Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 30, ст. 1790.

33 Собрание законодательства Российской Федерации, 1997, № 47, ст. 5341.

34 Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР, 1992, № 5, ст. 180.

35 Собрание законодательства Российской Федерации, 1997, № 19, ст. 2188.

Все сказанное выше подтверждает, что нормы Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. не могут не быть приравнены к нормам тех федеральных законов, которые принимались после 1993 г.

Конечно же, можно сказать о том, что хотя в Закон РФ "О недрах" с 1992 г. неоднократно вносились изменения, Положение о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. при этом никаких модификаций не претерпело, что якобы свидетельствует о том, что все нормы этого Положения законодатель рассматривает как утратившие силу и именно поэтому не требующие каких-либо изменений. Однако этот аргумент в качестве серьезного возражения воспринимать нельзя.

3. ПУНКТ 10.5 ПОЛОЖЕНИЯ О ПОРЯДКЕ ЛИЦЕНЗИРОВАНИЯ ПОЛЬЗОВАНИЯ НЕДРАМИ 1992 г. В СВЕТЕ ПУНКТА 3 СТАТЬИ 55 КОНСТИТУЦИИ РОССИИ

Итак, пункт 10.5 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г., говорящий о возможности проведения конкурсов и аукционов на право пользования недрами с участием только российских лиц, является законным ограничением прав иностранных лиц на участие в таких конкурсах и аукционах. Однако соответствует ли введение такого ограничения пункту 3 статьи 55 Конституции России, установлено ли оно *"в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства"*?

Не вызывает никаких сомнений, что хотя такое ограничение не имеет отношения к защите основ конституционного строя, нравственности и здоровья, оно связано, безусловно, с целями защиты прав и законных интересов других лиц, обеспечения безопасности государства и отчасти с целями обеспечения обороны страны.

В самом деле, российское государство не может не заботиться о правах и интересах российских лиц, осуществляющих недропользование, и в целях защиты таких лиц и отечественного рынка в целом оно в ряде случаев не может не отстранять иностранных лиц от возможности получения участков недр в пользование. В частности, именно этим объясняется включение Федеральным законом от 7 января 1999 г. № 19-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Феде-

ральный закон "О соглашениях о разделе продукции"³⁶ следующей нормы в статью 6 Федерального закона от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции": *"Условиями конкурса или аукциона должно быть предусмотрено участие российских юридических лиц в реализации соглашений в долях, определенных Правительством Российской Федерации и соответствующими органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации"*.

Является очевидным и то, что недопущение иностранных лиц к разработке определенных участков недр может вполне соответствовать целям обеспечения экономической безопасности государства, а в ряде случаев и целям обеспечения обороны страны. О задачах обеспечения национальной безопасности упоминается в статье 2.1 Закона РФ "О недрах"³⁷, в подпункте 9 части 1 его статьи 3³⁸, в части 1 его статьи 8³⁹, в части 2 его статьи 13.1⁴⁰, в части 2 его статьи 15⁴¹.

³⁶ Собрание законодательства Российской Федерации, 1999, № 2, ст. 246.

³⁷ *"Для гарантированного обеспечения государственных потребностей Российской Федерации стратегическими и дефицитными видами ресурсов недр, наличие которых влияет на национальную безопасность Российской Федерации, обеспечивает основы ее суверенитета, а также для выполнения обязательств по международным договорам Российской Федерации отдельные участки недр, в том числе содержащие месторождения полезных ископаемых, могут получать статус объектов федерального значения на основании совместных решений федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации"*.

³⁸ *"В компетенцию органов государственной власти Российской Федерации в сфере регулирования отношений недропользования входят:*

... 9) введение ограничений на пользование недрами на отдельных участках для обеспечения национальной безопасности и охраны окружающей природной среды; ..."

³⁹ *"Пользование отдельными участками недр может быть ограничено или запрещено в целях обеспечения национальной безопасности и охраны окружающей природной среды"*.

⁴⁰ *"Основными критериями для выявления победителя при проведении конкурса на право пользования участком недр являются научно-технический уровень программ геологического изучения и использования участков недр, ... учет интересов национальной безопасности Российской Федерации"*.

⁴¹ *"Задачей государственной системы лицензирования является обеспечение: ... практической реализации государственных программ развития добывающей промышленности и минерально-сырьевой базы, защиты интересов национальной безопасности Российской Федерации; ..."*.

4. ДОПОЛНИТЕЛЬНОЕ ОБОСНОВАНИЕ ВОЗМОЖНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ПУНКТА 10.5 ПОЛОЖЕНИЯ О ПОРЯДКЕ ЛИЦЕНЗИРОВАНИЯ ПОЛЬЗОВАНИЯ НЕДРАМИ 1992 г.

Представляется, что законность возможности и необходимости применения пункта 10.5 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. обосновывается также и соображениями обеспечения экономической и национальной безопасности России, как это следует из тех норм Закона РФ "О недрах", на которые только что были сделаны ссылки.

Далее, часть 4 статьи 9 этого же Закона предусматривает: *"Пользователями недр при ведении работ по добыче радиоактивного сырья и захоронению радиоактивных материалов, токсичных и иных опасных отходов могут быть только юридические лица, зарегистрированные на территории Российской Федерации ..."*. Если Закон РФ "О недрах" допускает ограничение прав иностранных лиц в таком отношении, то разве можно считать, что иные изъятия в отношении участия в конкурсах и аукционах им не могут вводиться?

Можно также сказать и о том, что часть 5 статьи 7 Федерального закона от 30 ноября 1995 г. № 187-ФЗ "О континентальном шельфе Российской Федерации"⁴² прямо предусматривает ограничение для иностранных лиц на участие в конкурсах и аукционах, причем со ссылкой на обстоятельства, оправдывающие такое ограничение: *"В интересах обеспечения безопасности и развития промышленности и энергетики Российской Федерации на основании представления заинтересованных федеральных органов исполнительной власти могут вводиться ограничения на участие иностранных пользователей в конкурсах (аукционах) на поиск, разведку и разработку минеральных ресурсов отдельных участков, а также проведение конкурсов (аукционов) с участием только российских пользователей"*. При этом часть 2 статьи 1 Закона РФ "О недрах" прямо говорит: *"Настоящий Закон действует на всей территории Российской Федерации, а также регулирует отношения недропользования на континентальном шельфе Российской Федерации в соответствии с федеральными законодательными актами о континентальном шельфе и нормами международного права"* (выделение мое. М.А.). Соответственно, коль скоро Федеральный закон "О континентальном шель-

⁴² Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 49, ст. 4694.

фе Российской Федерации" такое ограничение предусматривает, то разве можно считать, что аналогичное изъятие не предусматривается Законом РФ "О недрах", который также регулирует вопросы недропользования на континентальном шельфе?

Наконец, часть 7 статьи 1 Закона РФ "О недрах" устанавливает: *"Отношения недропользования с иностранными юридическими и физическими лицами регулируются настоящим Законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации"*. Можно считать, что данная норма не противоречит статье 9 этого же Закона и не является изъятием из нее, поскольку статья 9 регулирует вопросы приобретения статуса недропользователя, а норма статьи 1 относится только к тем отношениям, которые возникают после получения иностранным лицом статуса недропользователя. Однако все же думается, что такому толкованию следует предпочесть иное, согласно которому слова *"отношения недропользования"* относятся также и к проведению конкурсов и аукционов на право пользования недрами, а приведенная норма является уточнением статьи 9 Закона. В таком случае Закон отсылает уже к иным нормативным правовым актам, к которым, безусловно, необходимо относить Положение о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г., если у кого-то имеются сомнения по поводу того, что оно по статусу равно федеральным законам.

5. ПУНКТ 10.5 ПОЛОЖЕНИЯ О ПОРЯДКЕ ЛИЦЕНЗИРОВАНИЯ ПОЛЬЗОВАНИЯ НЕДРАМИ 1992 г. В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ

Согласно статьям 13.1 и 10.1 Закона РФ "О недрах" конкурсы и аукционы для целей разведки и добычи полезных ископаемых на участках недр, расположенных на территории субъекта Федерации, проводятся совместно федеральным органом управления государственным фондом недр (в настоящий момент им является Министерство природных ресурсов России) или его территориальным органом и органом исполнительной власти соответствующего субъекта Федерации.

В своей деятельности эти государственные органы постоянно применяют и применяют пункт 10.5 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. Достаточно обратиться к официальному

изданию Министерства природных ресурсов России, а именно к бюллетеню "Экономические и правовые вопросы недропользования в России", чтобы убедиться в том, что конкурсы и аукционы на право пользования недрами очень часто проводятся указанными государственными органами только с участием российских лиц⁴³.

Однако необходимо отметить, что после назначения Министром природных ресурсов России Артюхова В.Г.⁴⁴ в позиции Министерства стали происходить в этом вопросе любопытные изменения. Так, в деле Арбитражного суда Архангельской области № А05-2586/01-133/4 по заявлению Прокурора Ненецкого автономного округа к Министерству природных ресурсов России и Администрации Ненецкого автономного округа о признании недействительным совместного Постановления Министерства природных ресурсов России и Администрации Ненецкого автономного округа №№ 62/939 от 24/23 ноября 2000 г. "О проведении конкурса на право пользования недрами с целью геологического изучения и добычи углеводородного сырья на вале Гамбурцева, расположенном в Ненецком автономном округе" Министерство заявило, что конкурс был объявлен и проведен незаконно, поскольку, в частности, в "Условиях проведения конкурса", утвержденных таким Постановлением, было допущено нарушение статьи 9 Закона РФ "О недрах", выразившееся в том, что конкурс проводился только среди российских лиц. Безусловно, такая позиция Министерства является глубоко ошибочной. На момент написания настоящей статьи решение по этому делу еще не вынесено.

Не менее интересно и то, что одновременно в деле Арбитражного суда Архангельской области № А05-2547/01-131/4 Прокурор Ненецкого автономного округа оспаривал совместное Постановление Министерства природных ресурсов России и Администрации Ненецкого автономного округа №№ 63/938 от 24/23 ноября 2000 г. "О проведении конкурса на право пользования недрами с целью геологического изучения и добычи углеводородного сырья на Мусюршорском месторождении в Ненецком автономном округе". Указанные совместное Постановление №№ 62/939 от 24/23 ноября 2000 г. и совместное Постановление №№ 63/938 от 24/23 ноября 2000 г., а также ут-

⁴³ См., например, "Экономические и правовые вопросы недропользования в России", 2000, № 18. С. 4.

⁴⁴ Указ Президента России от 16 июня 2001 г. № 708 "О Министре природных ресурсов Российской Федерации" (Собрание законодательства Российской Федерации, 2000, № 25, ст. 2572).

вержденные ими условия проведения конкурсов были приняты в один день, информационные сообщения о них были опубликованы одновременно, а положения этих Постановлений и условий проведения конкурсов являлись идентичными⁴⁵, в том числе в части участия в конкурсе только российских лиц. Так вот, Министерство природных ресурсов России в этом последнем деле заявило, что конкурс в отношении Мусюршорского месторождения был объявлен и проведен законно без каких-либо нарушений. Сам Прокурор Ненецкого автономного округа на нарушение статьи 9 Закона РФ "О недрах" и прав иностранных лиц не ссылался. Арбитражным судом в удовлетворении заявления Прокурора было отказано.

Далее, Министерство природных ресурсов России после назначения Министром природных ресурсов России Артюхова В.Г. стало активно поддерживать законность решения суда Тимашевского района Краснодарского края от 25 апреля 2001 г., которым упомянутое совместное Постановление №№ 62/939 от 24/23 ноября 2000 г. было признано незаконным, хотя ранее Министерство придерживалось другой точки зрения. Решение Тимашевского суда было вынесено по жалобе некоего акционера ОАО "Нефтяная компания "Лукойл" (которое проиграло конкурс на месторождения вала Гамбурцева), владеющего 15 акциями этого ОАО стоимостью 37 копеек. Всем хорошо известно, каким разрушительным и постыдным явлением в современной России стали обращения физических лиц в суды общей юрисдикции по месту своего жительства на основании Закона РФ от 27 апреля 1993 г. № 4866-1 "Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан"⁴⁶ с жалобами как против решений органов управления коммерческих организаций, так и против решений государственных органов. Обращение в Тимашевский суд относится, безусловно, к их числу. Ввиду этого, а также по ряду других причин его вынесение являлось, без сомнения, глубоко противозаконным. Однако в аспекте проблематики рассматриваемой статьи интересно другое. Акционер в своей жалобе в Тимашевский суд заявил: *"Конституция РФ (ст. 8 ст. 55), Гражданский кодекс РФ*

⁴⁵ За исключением сведений о расположении месторождений, об их размерах и величине платежей со стороны победителей конкурсов. См. "Экономические и правовые вопросы недропользования в России", 2000, № 22. С. 16-23.

⁴⁶ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1993, № 19, ст. 685; Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 51, ст. 4970.

и ФЗ "Об иностранных инвестициях" устанавливают основополагающий принцип предпринимательской деятельности в РФ - равенство российских и иностранных юридических лиц в осуществлении ими в РФ предпринимательской деятельности.

Аналогичный принцип закреплен и вст.15 ФЗ "О недрах": равные возможности для всех юридических лиц в получении лицензий на право пользования недрами.

Однако в условиях проведения конкурса содержится дискриминационное положение в отношении иностранных юридических лиц - для участия в конкурсе приглашаются **российские субъекты предпринимательской деятельности.**

Таким образом, условия конкурса грубо противоречит основополагающим принципам российского государства и безусловно имеют целью недопустить потенциальных пользователей недр к участию в конкурсе и создать незаконные преимущества для отдельных категорий лиц. Данные положения условий конкурса являются незаконными и в силу ст. 40 ФЗ "О недрах".

Вот как отреагировал на это Тимашевский суд: "Конституция РФ (ст.8 ст.55), Гражданский кодекс РФ и ФЗ "Об иностранных инвестициях" устанавливают основополагающий принцип предпринимательской деятельности в РФ - равенство российских и иностранных юридических лиц в осуществлении ими в РФ предпринимательской деятельности.

Аналогичный принцип закреплен и вст.15 ФЗ "О недрах": равные возможности для всех юридических лиц в получении лицензий на право пользования недрами.

Однако в условиях проведения конкурса содержится положение в отношении иностранных юридических лиц - для участия в конкурсе приглашаются **российские субъекты предпринимательской деятельности.**

Таким образом, условия конкурса грубо противоречит основополагающим принципам российского государства и безусловно имеют целью не допустить потенциальных пользователей недр к участию в конкурсе и создать незаконные преимущества для отдельных категорий лиц. Данные положения условий конкурса являются незаконными и в силу ст.40 ФЗ "О недрах". Не затрагивая даже вопрос об уровне юридического анализа в решении суда, отметим только, что найти различия между мнением заявителя жалобы и выводом суда практически невозможно, что еще раз многое говорит о качест-

ве правосудия в судах, подобных Тимашевскому. Интересно также отметить, что при рассмотрении кассационной жалобы Министерства природных ресурсов России и при рассмотрении протеста Председателя Краснодарского краевого суда на решение Тимашевского суда соответственно коллегия по гражданским делам и Президиум Краснодарского краевого суда вообще ничего не сказали о том, имело ли место нарушение статьи 9 Закона РФ "О недрах" и прав иностранных лиц, хотя этот вопрос с отрицательным на него ответом поднимался и в кассационной жалобе, и в протесте.

Однако это еще не все. Вероятно, вдохновленный успехом, достигнутым в Тимашевском суде, другой акционер ОАО "Нефтяная компания "Лукойл" в сентября 2001 г. обратился в суд Орловского района г. Орла с жалобой уже на совместное Постановление Министерства природных ресурсов России и Администрации Ненецкого автономного округа №№ 13 / 03-20/1388 от 27 марта/2 апреля 2001 г. "Об утверждении итогов конкурса на право пользования недрами месторождений вала Гамбурцева, расположенных в Ненецком автономном округе, с целью геологического изучения и добычи углеводородного сырья". В жалобе акционер опять-таки указывал на незаконность совместного Постановления №№ 62/939 от 24/23 ноября 2000 г., в том числе в части нарушения статьи 9 Закона РФ "О недрах" и прав иностранных лиц, а также ссылался на решение Тимашевского суда. Самое интересное то, что на этот раз суд в удовлетворении жалобы отказал и отклонил тезис о нарушении статьи 9 Закона РФ "О недрах" и прав иностранных лиц. Такой подход, безусловно, является единственно верным и законным.

Сказанное доказывает, что не всегда стоит надеяться на квалифицированное применение судами Закона РФ "О недрах" и Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. Вызывает удивление только то, что даже Министерство природных ресурсов России не в состоянии занять основанную на законе позицию по относительно простому вопросу, а предпочитает руководствоваться конъюнктурными соображениями.

6. ВОПРОС ОБ ОГРАНИЧЕНИИ ДЛЯ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ НА УЧАСТИЕ В КОНКУРСАХ И АУКЦИОНАХ: *DE LEGE ABROGATA*⁴⁷ И *DE LEGE FERENDA*

Итак, *de lege lata* в России является законным проведение конкурсов и аукционов на право пользования недрами только среди российских лиц, без допуска в них иностранных субъектов. Однако определенные неясности в этом вопросе имеются, в основном благодаря неточности формулировок, а также иногда имеющему место стремлению не совсем точно соотносить статус и содержание предшествующих нормативных актов со статусом и содержанием последующих.

Отечественному регулированию после 1917 г.⁴⁸ было известно два методологических подхода к допуску иностранных лиц к пользованию недрами. Первый из них состоял в том, что предусматривался разрешительный порядок такого допуска, варьировавшийся от выдачи разрешения в каждом отдельном случае до установления в законодательстве возможности этого допуска, но только в оговоренных случаях. Второй подход состоял в том, что предусматривалось введение национального режима с допущением тех изъятий из него, которые закрепляются в законодательстве.

Такой второй подход начал использоваться в России только с начала 90-х годов XX века, тогда как изначально господствовал первый. Так, пункт 6 Горного положения Союза ССР (утвержденного Постановлением Центрального Исполнительного Комитета и Совета Народных Комиссаров СССР от 9 ноября 1927 г.⁴⁹) предусматривал: *"Горным промыслом в праве заниматься все граждане и юридические лица Союза ССР.*

Право занятия горным промыслом предоставляется иностранцам и допущенным к деятельности на территории Союза ССР иностранным юридическим лицам, в каждом отдельном случае, с раз-

⁴⁷ С точки зрения отмененного закона (лат.).

⁴⁸ Что касается регулирования отношений недропользования с участием иностранных лиц до 1917 г., то информация о нем может быть почерпнута в книге Мыша М.И. "Об иностранцах в России. Сборник узаконений, трактатов и конвенций, с относящимися к ним правительственными и судебными разъяснениями", изданной в Санкт-Петербурге в 1911 г.

⁴⁹ Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства Союза Советских Социалистических Республик, 1927, № 68, отдел первый, ст. 687.

⁵⁰ Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства Союза Советских Социалистических Республик, 1927, № 68, отдел первый, ст. 688.

решения Совета Народных Комиссаров Союза ССР. Специальными узаконениями может быть установлено, когда и при каких условиях подобного разрешения не требуется"⁵⁰.

Статья 8 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о недрах 1975 г.⁵¹ предусматривала: "Пользователями недр могут быть государственные, кооперативные, общественные предприятия, организации и учреждения, а также граждане СССР.

В случаях, предусмотренных законодательством Союза ССР, недра могут предоставляться в пользование и иным организациям и лицам". Статья 12 Кодекса РСФСР о недрах 1976 г.⁵² дублировала эту норму: "Пользователями недр в РСФСР могут быть государственные, кооперативные, общественные предприятия, организации и учреждения, а также граждане СССР.

В случаях, предусмотренных законодательством Союза ССР, недра могут предоставляться в пользование и иным организациям и лицам".

Как нетрудно заметить, с течением времени в СССР правила допуска иностранных лиц к пользованию недрами⁵³ стали мягче, но только по форме, а не по сути, так как добиться установления в законодательстве разрешения на такое пользование (причем на союзном, а не на республиканском уровне) было для иностранных лиц ничуть не проще, если не сложнее, чем получить отдельное разрешение.

Несложно также заметить, что часть 1 статьи 9⁵⁴ Закона РФ "О недрах" в редакции Федерального закона от 3 марта 1995 г. № 27-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О недрах"⁵⁵ являлась попыткой возврата к тому подходу, который использовался в советском законодательстве. Другое дело, что это было сделано недостаточно продуманно. Так, согласно части 1 этой статьи требовалось наделение иностранных лиц правом пользования недрами не только со стороны федерального законодатель-

⁵¹ Ведомости Верховного Совета Союза Советских Социалистических Республик, 1975, № 29, ст. 435.

⁵² Ведомости Верховного Совета РСФСР, 1976, № 28, ст. 895.

⁵³ С учетом того, что в СССР конкурсы и аукционы на право пользования недрами не проводились.

⁵⁴ "Пользователями недр могут быть субъекты предпринимательской деятельности независимо от форм собственности, в том числе юридические лица и граждане других государств, если законодательством Российской Федерации и законодательством субъектов Российской Федерации они наделены правом заниматься соответствующим видом деятельности при пользовании недрами".

⁵⁵ Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 10, ст. 823.

ства, но и со стороны законодательства субъектов Федерации, что создавало немалые проблемы. Более того, формулировка части 1 этой статьи могла пониматься и так, что необходимо отдельное наделение иностранных лиц со стороны каждого из этих законодательств правом заниматься каждым из тех конкретных видов деятельности, которые должны осуществляться при пользовании недрами. Между тем количество таких видов деятельности равняется десяткам, а многие из них являются лицензируемыми. Порождала сложности и возможность различной интерпретации слов *"если... они наделены правом"*: подразумевали ли они то, что наделение таким правом должно быть прямо прописано в законодательстве Федерации и субъекта Федерации, или же они подразумевали и возможность обращения к принципу национального режима?

Все эти сложности привели к тому, что Федеральным законом от 2 января 2000 г. № 20-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О недрах"⁵⁶, часть 1 статьи 9 Закона РФ "О недрах" была изложена в ее ныне действующей редакции: *"Пользователями недр могут быть субъекты предпринимательской деятельности, в том числе участники простого товарищества, иностранные граждане, юридические лица, если федеральными законами не установлены ограничения предоставления права пользования недрами"* (повторим, что в этой норме слова *"пользователи недр"* могут пониматься как взаимозаменяемые со словами *"участники конкурсов и аукционов на право пользования недрами"*, а слова *"ограничения предоставления права пользования недрами"* - как взаимозаменяемые со словами *"ограничения на участие в конкурсах и аукционах на право пользования недрами"*). Выше уже было показано, что данная формулировка может вызывать некоторые сомнения в возможности применения пункта 10.5 Положения о порядке лицензирования пользования недрами 1992 г. Тем не менее, в конечном итоге такие сомнения основательными не являются.

Не свободна современная редакция части 1 статьи 9 Закона РФ "О недрах", с точки зрения юридической техники, и от других недостатков. Так, не является четким указание на *"субъектов предпринимательской деятельности"*: некоммерческие организации, как известно, также могут вести предпринимательскую деятельность и являться ее субъектами, но *"лишь постольку, поскольку это служит до-*

⁵⁶ Собрание законодательства Российской Федерации, 2000, № 2, ст. 141.

стижению целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям" (часть 2 пункта 3 статьи 50 ГК РФ). Соответственно, что же имеется в виду в части 1 статьи 9 Закона РФ "О недрах": возможность быть пользователями недр и для некоммерческих организаций или же такая возможность только для коммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей? Представляется, что более предпочтительным является второй вариант. Отсюда следует важный вывод о том, что иностранные лица могут являться в России пользователями недр (участниками конкурсов и аукционов на право пользования недрами) только в том случае, если они обладают правом осуществлять предпринимательскую деятельность в качестве основной, а не вспомогательной цели своей деятельности.

Далее, совсем непонятно, относится ли в статье 9 слово "иностранные" к словам "юридические лица" или же нет? В случае положительного ответа на этот вопрос все становится ясным: в отношении иностранных лиц действует принцип национального режима, из которого возможны изъятия. Если же ответ отрицательный, то тогда оказывается, что пользователями недр (участниками конкурсов и аукционов на право пользования недрами) могут быть как российские, так и иностранные субъекты предпринимательской деятельности, но для них всех вместе действуют общие изъятия из такого их права, устанавливаемые федеральными законами. С точки зрения юридической техники данный подход не совсем корректен: для российских и иностранных лиц одни и те же изъятия одновременно действовать не могут, так как это означало бы полное уравнивание вторых с первыми, тогда как в российском праве это по определению невозможно. Конечно же, можно сказать, что в статье 9 Закона РФ "О недрах" для российских лиц имеются в виду свои изъятия, а для иностранных лиц свои, но тогда уже становится неясным следующий очень важный вопрос о статусе иностранных лиц: действует ли в их отношении принцип национального режима или же для них устанавливается некий отдельный режим?

Было бы весьма желательно, если бы все такие неточности были устранены.

Однако каким должно быть будущее регулирование вопроса о допуске иностранных лиц к конкурсам и аукционам на право пользования недрами: следует ли использовать разрешительную систему или же более гибким является обращение к принципу национального режима с определенными исключениями из него? Учитывая тен-

денции интеграции мировой экономики и развития международной торговли в самом широком смысле этих слов, необходимо признать, что наиболее адекватным подходом было бы установление в России в этом вопросе для иностранных лиц принципа национального режима, допускающего изъятия, которые могли бы оперативно вводиться государственными органами в рамках, предусмотренных для них законодателем.

Распоряжением Правительства России от 17 мая 1996 г. № 793-р⁵⁷ в Государственную Думу Федерального Собрания России был внесен проект федерального закона "О порядке лицензирования пользования недрами"⁵⁸. Статья 17 этого проекта предусматривает: *"1. По совместному решению органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и федерального органа управления государственного фонда недр могут быть объявлены открытые или закрытые конкурсы (аукционы).*

2. Открытый конкурс (аукцион) проводится без каких-либо ограничений по численности и категории недропользователей.

3. Закрытый конкурс (аукцион) проводится для определенных категорий недропользователей, в том числе для:

1) юридических и физических лиц Российской Федерации;

2) юридических лиц - малых предприятий (включая старательские артели);

3) государственных предприятий Российской Федерации или зависимых от государства хозяйственных обществ с целью получения права на разработку месторождений радиоактивных руд или комплексных руд, в которых радиоактивные минералы являются сопутствующими компонентами". Данный проект был принят к рассмотрению 3 июня 1997 г. протоколом заседания Совета Государственной Думы № 88, однако так и не был рассмотрен.

Другой проект федерального закона "О лицензировании пользования недрами"⁵⁹, внесенный в Государственную Думу депутатом Турусиным А.А., был принят в первом чтении Постановлением Государственной Думы от 26 сентября 1997 г. № 1754-II ГД⁶⁰. Пункты 4

⁵⁷ Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, № 22, ст. 2730.

⁵⁸ Хотя текст этого проекта не опубликован, с ним можно ознакомиться в электронной справочной правовой системе "Гарант".

⁵⁹ Хотя текст этого проекта не опубликован, с ним можно ознакомиться в электронной справочной правовой системе "Гарант".

⁶⁰ Собрание законодательства Российской Федерации, 1997, № 40, ст.4574.

и 5 статьи 23 этого проекта предусматривают: "4. *Открытый конкурс (аукцион) проводится без каких-либо ограничений по информации, численности и категории недропользователей.*

5. *Закрытый конкурс (аукцион) проводится для определенных категорий недропользователей, в том числе:*

1) *юридических лиц и граждан Российской Федерации, с участием или без участия иностранного капитала;*

2) *юридических лиц Российской Федерации - предприятий малого бизнеса, включая старательские артели;*

3) *государственных (унитарных) предприятий Российской Федерации или зависимых от государства хозяйственных обществ;*

4) *юридических лиц Российской Федерации, имеющих доступ к закрытой информации, связанной с использованием недрами".*

Какие-либо иные проекты законов с подобными нормами в Государственную Думу не вносились.

В целом с приведенными положениями в проектах федеральных законов можно согласиться. Единственное, что вызывает возражения - использование терминов "закрытый" и "открытый" применительно к конкурсам (аукционам), поскольку такое их использование не корреспондирует смыслу этих же терминов, использованных в статье 448 ГК РФ (выше об этом уже говорилось). Кроме того, вызывают большие сомнения и те положения этих проектов, которые посвящены владельцам лицензий на пользование участками недр. Так, статья 3 проекта, внесенного в Государственную Думу Правительством России, предусматривает: "*Лицензии на пользование недрами предоставляются юридическим лицам и гражданам, в том числе других государств, наделенных в соответствии с законодательством Российской Федерации и законодательством субъектов Российской Федерации правом осуществления предпринимательской деятельности и правом пользования недрами".* Аналогичное положение содержится в статье 6 проекта, внесенного депутатами. Впрочем, в таком виде эти положения вряд ли будут приняты, т.к. они основываются на той редакции части 1 статьи 9 Закона РФ "О недрах", которая с начала 2001 г. уже не действует.