

**Денис Качкин,
управляющий партнер,
руководитель практики
по инфраструктуре и ГЧП
«Качкин и Партнеры»**

**Роман Дудников,
юрист практики
по инфраструктуре и ГЧП
«Качкин и Партнеры»**

Издание правового акта как договорное обязательство публично-правового образования

Статьями 2, 124 ГК РФ предусматривается возможность участия РФ, субъектов РФ и муниципальных образований (далее - «публично-правовое образование», «публичная сторона», «ППО») в регулируемых гражданским законодательством отношениях на равных началах с иными участниками этих отношений - гражданами и юридическими лицами.

Формы участия публичной стороны в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, очень разнообразны: это могут быть как привычные для гражданского оборота договорные конструкции (например, договоры аренды, купли-продажи, оказания услуг и пр.), так и специфические формы, предусмотренные специальным законодательством. К ним можно отнести договор о развитии застроенной территории (ст. 46.2 ГК РФ), соглашение об осуществлении деятельности в особой экономической зоне¹, концессионные соглашения² и пр.

Обычно обязательствами публичной стороны по таким договорам являются стандартные для участников гражданского оборота обязательства, такие как обязанность принять и оплатить товар в рамках договора купли-продажи, передать земельный участок в рамках договора аренды и т. д.

В то же время нередко публичная сторона принимает на себя специфические обязательства, например:

- по инвестиционному контракту: выдача застройщику / инвестору разрешения на строительство;
- по концессионному соглашению (в отношении платного участка автодороги): поддержание в силе нормативного правового акта, которым установлено предельное значение платы за проезд;
- по договору о развитии застроенной территории: утверждение проекта планировки территории.

На первый взгляд, такие условия соответствуют определению обязательства, содержащемуся в ст. 307 ГК РФ, согласно которой в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Вместе с тем вызывает сомнения возможность регулирования публично-правовых отношений нормами гражданского законодательства, в частности возможность публичной стороны принимать на себя обязательство по изданию нормативного / ненормативного правового акта (далее соответственно – «НПА», «ненормативный ПА») и частной стороны - принудить ее исполнить указанное обязательство, ссылаясь в случае возникновения спора

¹ Ст.12 федерального закона от 22.07.2005 № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации».

² Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

на нормы гражданского законодательства (например, ст. 406 ГК РФ, посвященная просрочке кредитора) и применяя предусмотренные соглашением меры ответственности (например, взыскать неустойку).

Прежде всего, необходимо рассмотреть вопрос о включении в гражданско-правовое соглашение обязательства публичной стороны по изданию ненормативного правового акта, которое является ее публичной обязанностью в соответствии с нормами публичного права (в судебной практике такие условия нередко именуются как «констатация наличия у публично-правового образования определенных публично-правовых обязанностей и подтверждение готовности их исполнять»).

Так, в рамках инвестиционных контрактов, соглашений о развитии застроенной территории и иных подобных договоров, заключаемых с публичным субъектом, застройщик заинтересован в надлежащем исполнении органом государственной власти (либо органом местного самоуправления) своих публичных обязанностей по изданию ряда ненормативных правовых актов: выдаче градостроительного плана земельного участка с определенным содержанием, разрешения на строительство, утверждению проекта планировки территории и т. п. В связи с этим на практике указанные публичные обязательства нередко включаются в текст гражданско-правового соглашения (например, инвестиционного контракта) в качестве гражданско-правовых обязательств публичного субъекта.

Президиумом ВАС РФ при разрешении споров, связанных с инвестиционными контрактами, была выработана позиция, согласно которой споры, связанные с неисполнением (ненадлежащим исполнением) муниципальным образованием обязанностей, предусмотренных публичным законодательством, хотя бы такие обязанности и были упомянуты в соглашениях, заключенных публичным образованием с частными лицами, не имеют частно-правовой природы, а вытекают из публично-правовых отношений³. Эта позиция также была поддержана ВС РФ⁴ и судами нижестоящих инстанций⁵.

Данный теоретический вывод оказывает непосредственное влияние на характер и порядок взаимоотношений сторон в рамках соответствующих гражданско-правовых соглашений. В качестве примера можно привести следующие позиции судов, основанные на указанном подходе:

- понуждение администрации к исполнению властно-распорядительных полномочий (установленное в договоре о развитии застроенной территории обязательство администрации утвердить проект планировки территории) возможно только в порядке оспаривания ее действий (бездействия) и / или решений, но не в порядке искового производства⁶;
- договор инвестирования не является основанием каких-либо гражданско-правовых обязанностей администрации, за неисполнение которых по правилам ст. 393 ГК РФ администрация могла бы быть привлечена к ответственности (в договоре были установлены обязанности оказывать содействие в реализации проекта по вопросам, входящим в компетенцию администрации)⁷;

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 03.04.2012 № 17043 / 11 по делу № А 41-29131 / 10, Постановление Президиума ВАС РФ от 05.02.2013 № 12444 / 12 по делу № А 32-24023 / 2011.

⁴ Определение Верховного Суда РФ от 24.09.2015 № 305-КГ15-12151 по делу № А 40-170254 / 2014.

⁵ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.05.2017 № 13АП-8462 / 2017 по делу № А 56-79515 / 2016, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 27.05.2016 № Ф 08-2678 / 2016 по делу № А 32-17018 / 2015 и пр.

⁶ Определение Верховного Суда РФ от 18.05.2016 № 305-ЭС16-3934 по делу № А 41-17516 / 2015.

⁷ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 27.05.2016 № Ф 08-2678 / 2016 по делу № А 32-17018 / 2015.

- инвестор, заключивший с публично-правовым образованием контракт на реализацию проекта, не вправе на основании этого контракта требовать от публичного органа исполнения возложенных на него функций⁸.

Вместе с тем вопрос с разграничением «констатации у публичного образования компетенции в сфере какой-либо отрасли законодательства» и «установлением дополнительных гражданско-правовых обязанностей индивидуально перед частной стороной» не получил однозначного ответа, в частности различную трактовку можно обнаружить в отношении обязательств публичной стороны передать участок в установленном земельном законодательством порядке, оказать содействие в оформлении договора аренды земельного участка и пр. Так, в одном из постановлений АС Московского округа обязанности публичной стороны по заключению договора аренды земельного участка и оказанию инвестору необходимого содействия в оформлении прав на земельный участок были признаны гражданско-правовыми обязательствами⁹, а в постановлении АС Северо-Кавказского округа суд признал неисполнение публичной стороной вытекающей из договора обязанности по оказанию содействия при строительстве многоквартирного дома (выразившейся, в том числе, в отказе в выдаче разрешения на ввод в эксплуатацию) неисполнением условий договора (то есть неисполнением гражданско-правового, а не публичного обязательства)¹⁰.

Аналогичным образом в Определении Верховного Суда РФ от 09.09.2016 № 305-ЭС16-10776 по делу № А 40-174301 / 2014 суд согласился с позицией нижестоящих судов, рассматривавших обязательство по «оказанию необходимого содействия в реализации инвестиционного проекта по вопросам, входящим в компетенцию публичной стороны, в том числе обеспечения подготовки и принятия распорядительных документов, необходимых для реализации инвестиционного проекта» гражданско-правовым обязательством, взаимоотношения в рамках которого регулируются общими нормами гражданского законодательства.

Представляется, что первоначальная, базовая предпосылка, содержащаяся в указанных выше постановлениях Президиума ВАС РФ от 2012 и 2013 гг., о невозможности одновременной квалификации обязанностей публичной стороны как частно-правовых и публично-правовых является правильной, поскольку отношения, связанные с выдачей градостроительного плана земельного участка, выдачей разрешения на строительство, а также с принятием иных ненормативных правовых актов, обязанность по изданию которых закреплена в нормах публичного права, не являются имущественными или личными неимущественными отношениями, основанными на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. В связи с этим исполнение указанной обязанности, не основанной на равенстве и автономии воли и регулируемой нормами публичного права, не может рассматриваться как отношение, регулируемое гражданским законодательством по смыслу п. 1 ст. 2 ГК РФ. Аналогичным образом уплата государственной пошлины или неналогового сбора не является платежом за оказание гражданско-правовых услуг, поскольку соответствующие правоотношения находятся в сфере публичного, но не частного права.

Также необходимо обратить внимание на содержание ст. ст.124, 125 ГК РФ, в соответствии с которыми:

⁸ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.05.2017 № 13АП-8462 / 2017 по делу № А 56-79515 / 2016.

⁹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.05.2017 № Ф 05-10902 / 2012 по делу № А 40-127499 / 2011.

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 21.11.2019 № Ф 08-9292 / 2019 по делу № А 32-48985 / 2018.

- публично-правовые образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений - гражданами и юридическими лицами;
- от имени РФ и субъектов РФ могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в суде органы государственной власти в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов.

Иными словами, публично-правовые образования приобретают для себя гражданские права и создают гражданские обязанности, то есть реализуют свою дееспособность, через свои органы (органы государственной власти или органы местного самоуправления), действующие в рамках их компетенции, установленной актами о статусе этих органов. При этом субъектом возникающих правоотношений являются не органы государственной власти, обладающие правом на издание правовых актов, а публично-правовые образования, возможность издания таких актов у которых отсутствует.

Представляется, что, во-первых, как было отмечено выше, отношения, связанные с изданием правовых актов, не являются имущественными или личными неимущественными отношениями, основанными на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников, в связи с чем в принципе не могут регулироваться гражданским законодательством по смыслу п. 1 ст. 2 ГК РФ, во-вторых, органы государственной власти как «посредники» между публично-правовым образованием и частной стороной не могут принимать на себя обязательства по реализации публичной власти определенным в соглашении образом, так как перечень прав и обязанностей, которые могут быть ими приняты, ограничен имущественными и личными неимущественными правами и обязанностями, к которым не относится издание правовых актов.

Похожая логика может быть обнаружена в судебной практике: так, в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 31.10.2013 по делу № А 40-30557 / 13 суд, оценивая аргумент ответчика о недобросовестности контрагента (города Москва), отметил, что «Город Москва является субъектом гражданских правоотношений постольку, поскольку он участвует в них своим имуществом, в частности заключает сделки о передаче принадлежащего ему земельного участка в аренду под застройку, но не является субъектом правоотношений, складывающихся в связи с осуществлением градостроительной деятельности на территории города Москвы» ... «действия Департамента земельных ресурсов г. Москвы по заключению Договора аренды считаются совершенными субъектом гражданского права городом Москвой, тогда как действия Комитета по архитектуре и градостроительству г. Москвы по подготовке градостроительного плана земельного участка, ... поскольку такие действия совершаются в рамках публичных правоотношений, они считаются совершенными государственным органом Комитетом по архитектуре и градостроительству г. Москвы, ... но никак не городом Москвой как субъектом гражданского права и как стороной Договора аренды».

С учетом изложенного представляется, что обязанность по изданию правовых актов не может рассматриваться в качестве правоотношения, регулируемого гражданским законодательством по смыслу п. 1 ст. 2 ГК РФ, а принятие органом государственной власти как участником гражданского оборота, выступающим от лица публично-правового образования, обязательства по изданию правового акта как органом государственной власти противоречит ст. ст.124, 125 ГК РФ.

Одновременно с этим стоит заметить, что действительной целью сторон в данном случае является не обязательство публичного субъекта к исполнению публичной обязанности (которая является его обязанностью, в том числе по отношению к частной стороне соглашения, независимо от указания на это в договоре), а обеспечение возможности применения норм гражданского законодательства (норм о просрочке кредитора, мерах

ответственности, расторжении договора и т. д.) в случае нарушения публичной стороной соответствующих публичных обязательств.

Однако в случае непризнания обязательства по изданию правового акта гражданско-правовым обязательством применение данных норм становится невозможным (что подтверждается приведенными выше примерами из судебной практики). В результате публичная сторона фактически получает возможность игнорировать зафиксированные в гражданско-правовом соглашении обязанности и не нести гражданско-правовую ответственность за их неисполнение.

Подобный подход может показаться нелогичным и несбалансированным, однако в свете содержащегося в п. 1 ст. 2 ГК РФ и ст. ст. 124, 125 ГК РФ регулирования и вытекающей из них двойственности правового статуса органа государственной власти (с одной стороны, как субъекта публичных правоотношений, с другой - как участника правоотношений гражданских, не обладающего какими-либо властными полномочиями), а также с учетом указанных выше позиций высших судебных инстанций, он представляется обоснованным.

Стоит отметить, что суды различных уровней предпринимали попытки по-другому подойти к решению данной проблемы: так, например, в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.03.2016 № 09АП-57159 / 2015-ГК по делу № А 40-174301 / 14 судом было указано, что «исполнение частно-правовых обязательств стороной контракта может быть обусловлено выполнением органом государственной власти или местного самоуправления публично-правовых обязанностей». Такой подход выглядит более сбалансированным, однако представляется, что данная позиция может быть основана скорее на перекалфикации обязательства публично-правового образования в отлагательное условие (ст. 157 ГК РФ), чем на признании обязательства публичной стороны гражданско-правовым (в решении суда указание на это отсутствует).

Резюмируя вышеизложенное, можно сделать вывод о том, что, с точки зрения гражданского законодательства, обязательство органа государственной власти (органа местного самоуправления), основанное на нормах публичного права, не может рассматриваться в качестве гражданско-правового обязательства, в том числе в случае его включения в соглашение в качестве такового. Судебной практикой признается законность подобных условий, а также невозможность применения к соответствующим взаимоотношениям сторон посвященных исполнению обязательств норм гражданского законодательства (в частности, о просрочке кредитора, о мерах ответственности и др.).

Как будет показано далее, достижение интересов частной стороны возможно при помощи иных гражданско-правовых механизмов без включения в соглашение соответствующих условий в качестве договорного обязательства.

Описанная ситуация посвящена публично-правовым элементам гражданско-правовых договоров, именуемых «констатация наличия у публично-правового образования определенных публично-правовых обязанностей и подтверждение готовности их исполнять». Вместе с тем, существует множество договоров, в рамках которых цель частной стороны – обеспечить не исполнение органом своей публичной обязанности, а издание правового акта, принятие которого находится в компетенции соответствующего органа и при этом не является его публичной обязанностью. Это могут быть различные акты (как нормативные, так и не нормативные), которые обеспечивают достижение различных целей частной стороны, в частности:

- упомянутый выше нормативный правовой акт об установлении предельного значения платы за проезд по создаваемой в рамках концессионного соглашения автомобильной дороге (цель – обеспечить окупаемость создаваемого объекта инфраструктуры);
- ненормативный правовой акт – разрешение на условно разрешенный вид использования земельного участка / нормативный правовой акт о внесении изменений в

правила землепользования и застройки, изменяющий территориальную зону под земельным участком частной стороны (цель – обеспечить возможность строительства объекта в соответствии с градостроительным законодательством);

- нормативный правовой акт, устанавливающий порядок предоставления субсидий (цель – обеспечить возможность предоставления субсидий, предусмотренных соглашением с публичной стороной);

- нормативный правовой акт о бюджете, учитывающий финансовые обязательства публичной стороны по соглашению (цель – обеспечить действительность и исполнимость финансовых обязательств публичной стороны).

Принципиальное отличие от ситуации с предусмотренными нормами публичного права публичным обязательством состоит в том, что принятие указанных правовых актов не является обязанностью органа, с точки зрения действующего законодательства, а находится в его дискреции (усмотрении). В то время как сделанные ранее выводы актуальны и для рассматриваемой ситуации (издание любых правовых актов, независимо от обязательности их принятия, не может регулироваться нормами гражданского законодательства в соответствии с п. 1 ст. 2 ГК РФ), она также может быть рассмотрена с точки зрения конституционного права.

Необходимо, прежде всего, обратиться к Постановлению Конституционного Суда РФ от 23.01.2007 № 1-П КС РФ¹¹, в котором была рассмотрена возможность установления в соглашении «гонорара успеха». Стоит сразу отметить, что сформулированные судом итоговые выводы являются спорными, о чем свидетельствует как недавнее принятие закона «о гонораре успеха для адвокатов»¹², так и особые мнения судей КС РФ, представленные в данном постановлении¹³, однако в контексте настоящего исследования интерес представляют не выводы относительно гонорара успеха, а базовые тезисы, которыми суд руководствовался при вынесении данного решения.

Так, вывод суда основывается на позиции более общего характера, согласно которой «недопустимо распространение договорных отношений и лежащих в их основе принципов на те области социальной жизнедеятельности, которые связаны с реализацией государственной власти». По мнению КС РФ, деятельность органов государственной власти (как сама по себе, так и ее результаты) не может быть предметом частноправового регулирования. В ряде статей Н. С. Бондарь (судья КС РФ) отмечал, что данная формулировка – отражение «конституционно значимого принципа разделения политической и экономической власти, недопустимости их слияния, сращивания»¹⁴, при этом Конституция РФ «не допускает возможность неправового влияния экономической власти на принятие политических решений»¹⁵.

Позиция Конституционного Суда РФ и предложенная Н. С. Бондарем интерпретация представляются обоснованными, однако очевидно, что данный вывод – результат толкования закрепленных в Конституции РФ норм, а не цитирования какого-либо из ее

¹¹ Рассматриваемый вопрос был связан с возможностью привязки оплаты по договору об оказании услуг к вынесению конкретного решения суда.

¹² Федеральный закон от 02.12.2019 № 400-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

¹³ Так, судья А. Л. Кононов, критикуя позицию КС РФ, отметил следующее: «Не полагает же Конституционный Суд Российской Федерации всерьез, что судебный орган является непосредственным участником или стороной в договоре возмездного оказания юридических услуг, а его решение и является предметом этого договора, что, очевидно, лежало бы за пределами правовой реальности».

¹⁴ Бондарь Н. С. Конституционные ценности - категория действующего права (в контексте практики Конституционного Суда России) // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 6. С. 1 - 11.

¹⁵ Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма, Инфра-М, 2011. 544 с.

положений, в связи с чем целесообразно провести анализ соответствующих норм и определить, что с точки зрения конституционного права является препятствием для распространения действия гражданско-правовых механизмов на сферу государственного управления.

Так, в соответствии со ст. 3 Конституции РФ единственным источником власти в РФ является ее многонациональный народ, который осуществляет свою власть, прежде всего, через органы государственной власти. Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал, что органы государственной власти и их должностные лица обеспечивают осуществление народом своей власти¹⁶, а предназначение публичных образований (РФ и субъекты РФ) – осуществление функций государства в целях достижения конституционно значимых целей¹⁷. Следовательно, воля органов государственной власти на осуществление властных действий (в частности, в случае формирования воли путем издания НПА) должна быть направлена на достижение конституционно значимых целей и отражать волю народа как единственного источника власти.

Гарантией соответствия формируемой органами государственной власти воли реальной воле народа и ее осуществления в соответствии с конституционно значимыми целями служит комплекс установленных Конституцией РФ и основанных на ней правовыми актами принципов, правил и ограничений: от базовых принципов, установленных в Конституции РФ, до подзаконных актов, регламентирующих порядок осуществления органами тех или иных властных действий. Соответствующие нормы в сущности устанавливают правила формирования воли государства (его органов) на осуществление определенных властных действий¹⁸ и обеспечивают ее (воли) направленность на достижение конституционно значимых целей, а не произвольных интересов отдельных лиц или сообществ.

В случае с изданием нормативных правовых актов (которое является одной из основных форм реализации государственной власти) такими руководящими правилами являются, в том числе, принципы правотворчества, на сегодняшний день существующие лишь в виде подготовленного Минюстом РФ проекта федерального закона¹⁹, согласно которому принципами правотворчества являются научность, планирование, прогнозирование, эффективность, системность и пр. Несмотря на то что данные принципы не получили законодательного закрепления и не имеют обязательной юридической силы, они являются результатом обобщения научных трудов и теоретических исследований по вопросу о природе нормативных правовых актов и правотворческого процесса²⁰, в связи с чем могут учитываться в рамках настоящего исследования.

Примером получивших закрепление в действующем законодательстве правил правотворческого процесса применительно к органам исполнительной власти является постановление Правительства РФ № 1009²¹, которым закреплены, в том числе:

- право на привлечение специалистов и научных работников для подготовки заключений по проектам нормативных правовых актов;

¹⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 23.01.2007 № 1-П.

¹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 02.11.2006 № 540-О.

¹⁸ В научной литературе правотворческий процесс рассматривается как «возведение государственной воли в закон»: см., например, Проблемы общей теории государства и права / Нерсесянц В. – М.: 2002, с. 270.

¹⁹ Проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации»; <http://docs.cntd.ru/document/420243605>.

²⁰ См., например, Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 420.

²¹ Постановление Правительства РФ от 13.08.1997 № 1009 «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации».

- обязательные процедуры, предшествующие изданию нормативного правового акта: согласование с заинтересованными органами власти и министерствами, получение заключения Министерства финансов РФ, изучение относящихся к теме проекта нормативного правового акта действующего законодательства и материалов печати, проведение правовой и антикоррупционной экспертизы и пр.

Подобные правила приняты также во многих субъектах РФ и муниципальных образованиях²².

Таким образом, воля органа государственной власти может считаться сформированной в соответствии с принципами осуществления правотворческой деятельности, а правовой акт – отражающим волю народа как единственного источника власти и принятым для достижения конституционно значимых целей при условии, что соответствующим органом власти соблюдены все предусмотренные законодательством обязательные процедуры.

Так, например, изменение территориальной зоны в правилах землепользования и застройки или выдача разрешения на условно разрешенный вид использования земельного участка возможны только при условии осуществления предусмотренных градостроительным законодательством процедур (в частности, после проведения общественных обсуждений или публичных слушаний), а необходимость в издании соответствующего правового акта в конечном итоге определяется соответствующим органом государственной власти с учетом принципов правотворчества, оценки социально-экономической ситуации и иных обстоятельств.

Однако в случае принятия публичной стороной обязательств по изданию правового акта в качестве гражданско-правового обязательства²³ смысл указанных выше правил правотворчества фактически будет утрачен, что может быть продемонстрировано следующими примерами:

- включение в концессионное соглашение (например, по строительству автомобильной дороги) обязательства публичной стороны в течение пяти лет с момента заключения соглашения принять решение о заключении концессионного соглашения в отношении иного объекта (например, связанного с этой дорогой моста или развязки) лишит публичную сторону возможности оценить эффективность такого решения на момент его издания, экономическую целесообразность передачи объекта в концессию и учесть текущее состояние бюджета: данное властное решение, затрагивающее права и интересы всех жителей соответствующей территории, будет принято в интересах конкретного лица (концессионера по первому соглашению);
- включение в инвестиционный контракт (например, на строительство школы) обязанности публичной стороны изменить территориальную зону принадлежащих застройщику участков не позволит учесть мнение населения (результаты публичных слушаний), а также оценить целесообразность и эффективность соответствующего решения: опять же, властное решение, затрагивающее права и интересы жителей, будет принято в интересах конкретного лица;
- кроме того, признание подобного подхода обоснованным и законным позволит «покупать» частным субъектам те или иные правовые акты, включая обязанность по их изданию в гражданско-правовое соглашение с публично-правовым образованием

²² Например, закон Челябинской области от 30 мая 2002 года № 87-ЗО «О нормативных правовых актах Челябинской области», приказ администрации Красногвардейского района Санкт-Петербурга от 29.09.2004 № 119-п.

²³ На текущем этапе не затрагиваются гражданско-правовые и процессуальные вопросы; в целях оценки ситуации с точки зрения публичного права обязательство публичной стороны рассматривается как действительное и исполнимое в принудительном (судебном) порядке гражданско-правовое обязательство.

(например, так можно будет приобрести упрощение правил строительства, введение дополнительных лицензионных требований в определенной отрасли и пр.).

Однако из приведенных ранее примеров видно, что включение в гражданско-правовое соглашение обязательства по изданию правового акта далеко не во всех случаях преследует «антиконституционные» цели и нередко может быть охарактеризовано как нормальный способ взаимоотношений власти и общества. Так, например, обязательство органа государственной власти издать нормативный правовой акт может быть включено в соглашение в целях упорядочения взаимоотношений сторон (например, обязательство ППО издать акт о порядке предоставления субсидий) либо служить гарантией исполнения публично-правовым образованием финансовых обязательств (например, обязанность включить в закон о бюджете бюджетные ассигнования в размере, достаточном для исполнения ППО обязательств по выплате денежных сумм по заключенному соглашению). Более того, такие примеры могут быть обнаружены в действующем законодательстве: в соответствии с Законом о концессиях²⁴ одной из обязанностей субъекта РФ по концессионному соглашению может быть установление тарифов в соответствии с параметрами, установленными концессионным соглашением (то есть, по сути, издание нормативного правового акта с определенным содержанием).

В связи с этим стоит обратить внимание на позицию А. Л. Кононова, который в особом мнении к указанному выше постановлению Конституционного Суда РФ отметил, что «речь идет о недопустимости распространения договорных отношений и лежащих в их основе принципов на те области социальной жизнедеятельности, которые связаны с реализацией государственной власти. Категоричность подобного утверждения вызывает большие сомнения. А почему, собственно, недопустимо? Договор, соглашение, конвенции различного рода - это нормальный и вполне законный способ жизнедеятельности, в том числе взаимоотношений власти, общества и человека»²⁵.

При этом имеются аргументы в пользу обеих позиций (как Конституционного Суда РФ, так и А. Л. Кононова): с одной стороны, ничем не ограниченное влияние экономической власти (в лице физических либо юридических лиц, или объединений) на политику в общем и правотворческий процесс в частности создавало бы потенциальную возможность принятия властных решений в интересах конкретных лиц, а не народа Российской Федерации, с другой – едва ли существуют какие-либо объективные препятствия для использования гражданско-правового инструментария в сфере государственного управления²⁶.

Однако представляется, что, хотя потенциальное использование частно-правовых механизмов и не противоречит действующему законодательству и Конституции РФ, объективное препятствие для их реального применения все-таки имеется. Так, описанный выше механизм обеспечения соответствия принимаемых правовых актов конституционно значимым целям фактически не действует при согласовании условий заключаемого договора: следовательно, признание за органом государственной власти возможности принятия действительного и исполнимого в принудительном порядке обязательства по изданию правового акта создает риск отступления данным органом от основополагающих принципов осуществления государственной власти. Это связано с тем, что обозначенные выше обязательные элементы процесса формирования воли публично-правового

²⁴ П.4 ст.40 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

²⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 23.01.2007 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В. В. Макеева» (особое мнение А. Л. Кононова).

²⁶ Так же, как использование данного инструментария возможно в сфере налоговых правоотношений: в Постановлении Конституционного Суда РФ от 24.03.2017 № 9-П судом было указано на допустимость использования гражданско-правовых средств реализации имущественных интересов в налоговой сфере (в очерченных соответствующими законами рамках).

образования на осуществление властных действий, которые в ситуации с обычным изданием правового акта должны были бы воспрепятствовать принятию антиконституционных и / или связанных с интересами отдельных частных лиц правовых актов в случае «самообязания» через гражданско-правовое соглашение обязательными для публичной стороны не являются.

Как верно было указано А. Л. Кононовым, регулирование сферы государственного управления при помощи частно-правовых механизмов, равно как и в общем влияние экономической власти на политическую, вполне может соответствовать целям и принципам правового демократического государства. В качестве примера можно привести институт лоббизма в США.

Кроме того, некоторые из предусмотренных действующим законодательством инструментов по своей сути опосредуют обмен между экономическими и политическими силами, реализуемый при помощи гражданско-правовых механизмов: например, инвестиций предпринимателей в российскую экономику на неприменение каких-либо законов или упрощение прохождения предусмотренных законодательством процедур²⁷. Однако подобные «обмены» между частной стороной и публично-правовым образованием не должны допускать возможность принятия органами государственной власти неконституционных решений, что может быть обеспечено путем регламентации в действующем законодательстве порядка и правил их осуществления. Применительно к рассматриваемому вопросу такая регламентация должна включать в себя комплекс мер, осуществление которых необходимо для принятия публично-правовым образованием обязательства по изданию правового акта, заменяющих «выпадающие» процедуры, характерные для нормального правотворческого процесса.

С учетом вышеизложенного принятие публично-правовым образованием обязательства по изданию правового акта, издание которого не является его публичной обязанностью, в рамках гражданско-правового соглашения противоречит действующему регулированию, в частности:

- противоречит нормам публичного права, а именно: нивелирует значение предусмотренных законодательством процедур, обеспечивающих соответствие принимаемых правовых актов конституционно значимым целям, и создает риск оказания экономическими силами неправового влияния на политическую власть и, соответственно, принятия правовых актов в интересах конкретных лиц, не соответствующих интересам народа Российской Федерации;
- противоречит позиции Конституционного Суда РФ о невозможности распространения договорных отношений на связанные с реализацией государственной власти сферы.

Кроме того, обязанность по изданию правового акта (независимо от существования соответствующей публичной обязанности) не может быть квалифицирована как гражданско-правовое обязательство с точки зрения п. 1 ст. 2 ГК РФ, ст. ст. 124, 125 ГК РФ, определяющих регулируемые гражданским законодательством правоотношения, а также статус и пределы возможного участия публично-правовых образований в гражданских правоотношениях.

Представляется, что указанная выше позиция Конституционного Суда РФ является отражением основополагающих начал российского правопорядка, принципов общественной, политической и экономической организации общества (как было указано выше - отражение конституционно значимого принципа разделения политической и экономической власти), в связи с чем соответствующая часть сделки может быть признана

²⁷ Например, специальный инвестиционный контракт, в соответствии с которым инвестор реализует инвестиционный проект в обмен на меры стимулирования со стороны публично-правового образования (в том числе налоговые льготы).

недействительной на основании ст. ст. 169, 180 ГК РФ как сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка²⁸ (за исключением случаев, когда условие соглашения дублирует публичное обязательство ППО – в такой ситуации обязательство рассматривается как «констатация наличия у публично-правового образования определенных публично-правовых обязанностей и подтверждение готовности их исполнять», не порождающая гражданско-правового обязательства). Также стоит отметить, что принудительное исполнение обязательства публичной стороны по изданию правового акта может быть затруднительно.

Так, в случае дублирования в гражданско-правовом соглашении публичной обязанности ППО оспаривание его действий (бездействия) будет возможно в порядке гл. 24 АПК РФ / КАС РФ, на что было указано в указанном выше Определении Верховного Суда РФ от 18.05.2016 № 305-ЭС16-3934 по делу № А 41-17516 / 2015 («понуждение администрации к исполнению властно-распорядительных полномочий²⁹ возможно только в порядке оспаривания ее действий (бездействия) и / или решений»), при этом основанием для удовлетворения требований частной стороны будет не соответствующее условие гражданско-правового соглашения, а нормативный-правовой акт, в котором данная публичная обязанность закреплена.

Однако в случае же принятия публичной стороной обязанности по изданию правового акта, которое не является его публичной обязанностью, неизбежно встанет вопрос о возможности удовлетворения требования о понуждении к изданию соответствующего правового акта с точки зрения принципа разделения властей (ст. 10 Конституции РФ). Так, принцип разделения властей запрещает судам вмешиваться в нормотворческую деятельность органов государственной власти, подменять их компетенцию, возлагать на них обязанность по осуществлению нормативного правового регулирования в той или иной форме, на что неоднократно было указано в решениях Верховного Суда РФ: Определение Апелляционной коллегии Верховного Суда РФ от 11.09.2014 № АПЛ14-368³⁰; Определение Верховного Суда РФ от 07.05.2013 № АПЛ13-143³¹, Апелляционное определение Московского городского суда от 22.05.2019 по делу № 33а-750 / 2019³² и пр. Исключения из этого принципа должны быть прямо установлены в

²⁸ Согласно п. 85 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в качестве сделок, совершенных с указанной целью, могут быть квалифицированы сделки, которые нарушают основополагающие начала российского правопорядка, принципы общественной, политической и экономической организации общества, его нравственные устои.

²⁹ Зафиксированная в договоре о развитии застроенной территории обязанность публичной стороны «не позднее трех месяцев с момента получения от инвестора проекта планировки территории, включая проект межевания территории, утвердить (провести публичные слушания и принять решение) соответственно проект планировки и проект межевания территории, подготовленные в соответствии с постановлениями Администрации города Красноармейск Московской области от 26.03.2013 № 120 «Об утверждении временного градостроительного регламента для застроенной территории» и № 121 «Об утверждении расчетных показателей обеспечения застроенной территории».

³⁰ Рассматривая требование о признании недействующими ряда пунктов акта Минтранса РФ, ВС РФ указал, что в сущности доводы заявителя сводятся к решению вопроса о необходимости принятия Правительством РФ определенного НПА, «однако суд не вправе вмешиваться в предусмотренную компетенцией нормотворческую деятельность Правительства Российской Федерации и возлагать на него обязанность по принятию тех или иных нормативных правовых актов в той или иной редакции».

³¹ По требованию заявителя о признании отдельных положений инструкции Судебного департамента при ВС РФ недействительной заявитель указывал на необходимость внесения ряда изменений в данный НПА, судом было указано, что он (суд) «не вправе вмешиваться в нормотворческую деятельность соответствующих федеральных органов государственной власти и предписывать им вносить дополнения в той или иной редакции в издаваемые ими правовые акты».

³² «Судья первой инстанции обосновано указал, что требования ООО «Крона Дизайн» в части возложения на Правительство Москвы обязанности по внесению изменений в оспариваемое

законодательстве (например, ч. 4 ст. 216 КАС РФ – возложение судом обязанности издать НПА «взамен» признанного недействующим НПА). В связи с этим даже в случае подобного обязательства публичной стороны соответствующим действующему законодательству понуждение к его исполнению в судебном порядке будет невозможно в связи с закрепленным в ст. 10 Конституции РФ принципом разделения властей.

Последствия включения в текст гражданско-правового соглашения обязательства публично-правового образования по изданию ненормативного / нормативного правового акта

В случае включения в соглашение обязательства публично-правового образования, констатирующего наличие у него определенной публично-правовой обязанности, публично-правовое образование выступает по отношению к частному лицу не как равная сторона договора по смыслу п. 1 ст. 125 ГК РФ, а как субъект, наделенный властными полномочиями. Незаконные действия или бездействие публичной стороны в этом случае оспариваются не в исковом производстве, а в порядке главы 24 АПК РФ (либо КАС РФ). Причиненный такими действиями или бездействием вред возмещается не по правилам ст. 393 ГК РФ об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, а по правилам ст. 1069 ГК РФ о возмещении вреда. Кроме того, неисполнение публичной стороной соответствующего обязательства, не являющегося гражданско-правовым, исключает возможность частной стороны ссылаться на не посвященные обязательствам положения гражданского законодательства: например, статью 404 ГК РФ (вина кредитора), статью 406 ГК РФ (просрочка кредитора) и пр.³³.

Принятие публично-правовым образованием на себя обязательства по изданию ненормативного / нормативного правового акта (помимо указанного выше случая) противоречит действующему законодательству, в связи с чем такое условие может быть признано судом недействительным на основании ст. 169 ГК РФ. В свою очередь, признание данного условия недействительным делает невозможным применение к соответствующим взаимоотношениям сторон норм гражданского законодательства и привлечение публичной стороны к гражданско-правовой ответственности (например, в виде взыскания неустойки, убытков) за неисполнение соответствующего обязательства.

Стоит отметить, что в ситуации, когда соглашением установлена обязанность публично-правового образования совершить какие-либо действия, осуществление которых возможно только при условии издания ненормативного правового акта, необходимо в каждом конкретном случае оценивать характер данной обязанности. Так, например, обязанность «обеспечить застройщику возможность строительства» (в рамках инвестконтракта), вероятнее всего, будет квалифицирована как констатация наличия у ППО публично-правовых обязательств (в зависимости от контекста это может быть обязательство выдать разрешение на строительство, внести изменения в документацию по планировке территории и пр.), в то время как обязательство «передать застройщику земельные участки в установленном земельным законодательством порядке» (в рамках концессионного соглашения) по своей природе является гражданско-правовым, хотя его исполнение и может быть опосредовано принятием ненормативных правовых актов.

постановление, также не подлежат принятию к производству, поскольку суд не вправе вмешиваться в предусмотренную компетенцией нормотворческую деятельность и возлагать на органы законодательной и исполнительной власти обязанность по принятию тех или иных нормативных правовых актов в той или иной редакции, иначе указанное будет противоречить принципу разделения властей, закрепленному в статье 10 Конституции РФ».

³³ Аналогичный вывод был сделан в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 08.07.2015 № Ф05-7054 / 2015 по делу № А 40-170254 / 2014: согласно выводам суда применение положений гражданского законодательства, в том числе о досудебном урегулировании споров и о реализации принципа свободы договора, невозможно к правоотношениям, вытекающим из соглашений, предметом которых является констатация наличия у публичного образования определенной компетенции в сфере градостроительства, предоставления земельных участков и т. п.

Возможные способы закрепления в тексте соглашения обязанности публично-правового образования издать ненормативный / нормативный правовой акт

Из вышеизложенного можно сделать вывод о том, что условия соглашения, обязывающие публично-правовое образование издать ненормативный / нормативный правовой акт, могут быть признаны не соответствующими действующему законодательству, а их принудительное исполнение в судебном порядке невозможно.

Вместе с тем подобные условия обычно являются не самоцелью, а средством обеспечения определенных интересов частной стороны. Например, интерес частной стороны может состоять в гарантии возмещения недополученных доходов в случае установления тарифов, отличных от согласованных в концессионном соглашении (для их возмещения требуется наличие нормативного правового акта, регулирующего порядок предоставления субсидий), выполнении публичной стороной определенных действий (например, ликвидации действующего предприятия, конкурирующего с создаваемым застройщиком объектом), гарантии соблюдения сроков строительства, финансовых и иных планов застройщика (для которых необходимо получение разрешения на строительство).

Представляется, что такие интересы частной стороны могут быть обеспечены за счет иных правовых механизмов, предусмотренных гражданским или иным законодательством. Например, в отношении концессионных соглашений сформирована устойчивая практика применения института особых обстоятельств (к которым может относиться неиздание нормативного правового акта, отказ в выдаче разрешения на строительство и пр.), в случае наступления которых концедент обязуется возместить концессионеру дополнительные расходы или внести изменения в соглашение³⁴.

Можно привести следующие примеры условий гражданско-правового соглашения, гарантирующие обеспечение соответствующего интереса частной стороны:

- условие о возмещении публичной стороной потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств (ст. 406.1 ГК РФ), в качестве которых могут быть указаны непринятие публичной стороной определенного нормативного правового акта к согласованному сторонами сроку, невыдача разрешения на строительство и т. п.;
- механизм обусловленного исполнения обязательств (ст. 327.1 ГК РФ) или автоматическое изменение условий договора³⁵, при помощи которых может быть увеличен размер обязательств публичной стороны (например, общая площадь передаваемых застройщику в рамках инвестиционного контракта помещений) в случае ненаступления согласованных сторонами обстоятельств (например, неиздание нормативного правового акта).

Кроме того, как было отмечено выше, в случае отказа публичной стороны издать ненормативный правовой акт, обязанность по изданию которого согласована сторонами в качестве гражданско-правового обязательства, являющегося констатацией наличия у публичной стороны определенных публично-правовых обязанностей, частная сторона может обжаловать незаконные действия соответствующего органа государственной власти

³⁴ Напр., в примерном концессионном соглашении в отношении объектов здравоохранения (Постановление Правительства РФ от 14.02.2009 № 138) издание НПА, ухудшающего положение концессионера, является основанием для внесения изменений в соглашение. В рекомендуемой форме концессионного соглашения от Сбербанка «незакрепление в муниципальном правовом акте расходных статей» указано как особое обстоятельство, относящееся к концеденту.

³⁵ По сути, речь идет об отлагательном/отменительном потестативном условии (ст.157 ГК РФ), в соответствии с которым обязанности сторон автоматически возникают/прекращаются при (не)наступлении определенного события.

в порядке гл. 24 АПК РФ / КАС РФ и требовать возмещения убытков на основании ст. 1069 ГК РФ.

Стоит, однако, отметить, что в соответствии с п. 1 ст. 406.1 ГК РФ ее применение возможно только сторонами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. Формально государство не является субъектом предпринимательской деятельности, что создает риск отказа в применении судом ст. 406.1 ГК РФ³⁶. С учетом того что судебная практика по данному вопросу на сегодняшний день отсутствует, при этом в спорах с публично-правовыми образованиями наблюдается склонность судебной системы к защите государственных интересов, использование механизма возмещения потерь не может рассматриваться как абсолютная гарантия обеспечения интересов частной стороны.

Таким образом, использование перечисленных выше механизмов (в случае подтверждения возможности их использования в соглашениях с публичным субъектом судебной практикой), с одной стороны, не будет «превращать» издание акта в гражданско-правовое обязательство публично-правового образования, с другой – позволит квалифицировать факт (не)издания акта как имеющий для сторон юридическое значение факт, обусловив его (не)наступлением возникновения / прекращения определенных прав и обязанностей сторон.

Резюмируя вышеизложенное, можно сделать следующие выводы:

- включение в текст гражданско-правового соглашения обязательства публично-правового образования издать определенный ненормативный / нормативный правовой акт нецелесообразно: это может быть квалифицировано либо как констатация публично-правовой обязанности у публичной стороны, либо как не соответствующее законодательству условие. Даже в случае признания судом подобного условия законным и действительным судом может быть отказано в удовлетворении требований частной стороны о понуждении к исполнению данного обязательства;

- так как подобное условие не может быть квалифицировано в качестве гражданско-правового обязательства, существует риск отказа в привлечении публичной стороны к гражданско-правовой ответственности за его неисполнение (штрафы, неустойки и пр.), а также применения посвященных обязательствам положений гражданского законодательства (например, ст. 406 ГК РФ о просрочке кредитора);

- обязательство публично-правового образования по изданию ненормативного / нормативного правового акта обычно не является самостоятельной целью, а опосредует обеспечение финансовых, организационных и иных интересов частной стороны: в связи с этим целесообразно при подготовке гражданско-правового договора использовать формулировки, с одной стороны, позволяющие определить конкретный защищаемый частной стороной интерес, с другой, – не претендующие на регулирование сферы государственного управления и обязание публичной стороны осуществить какие-либо властно-распорядительные действия;

- обеспечение данных интересов частной стороны возможно при помощи использования иных гражданско-правовых механизмов, в частности предусмотренного ст. 406.1 ГК РФ механизма возмещения потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств (с учетом указанных выше оговорок), и закрепленных в ст. ст. 157, 327.1 ГК РФ положений об условных обязательствах либо отлагательных (отменительных) условиях;

³⁶ Представляется, что данное условие должно толковаться с учетом содержащихся в п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 разъяснений, согласно которым целью ограничений применения предусмотренных ГК РФ механизмов предпринимательскими договорами является защита слабой стороны договора. При этом публично-правовое образование обычно действует как профессиональный участник рынка и не является слабой по отношению к своим контрагентам стороной гражданско-правового соглашения.

- в случае неисполнения публичной стороной публично-правовых обязанностей (даже если они указаны в соглашении в качестве гражданско-правового обязательства) частная сторона может обжаловать соответствующие действия / бездействие в порядке, установленном гл. 24 АПК РФ / КАС РФ, при этом нормы гражданского законодательства не применяются к соответствующим правоотношениям сторон.