

КОНСТИТУЦИОННАЯ ЭКОНОМИКА

АНДРЕЕВА Г. Н.

Конституционные пределы приватизации имущества, находящегося в собственности государства: анализ зарубежного опыта

В современной правовой науке понятие приватизации используется в узком и широком смысле. В узком значении под приватизацией понимается процесс перехода публичной собственности в частную собственность на основе соответствующих законодательных положений и решений органов государства. Под приватизацией в широком смысле понимается переход публичной собственности в руки частного сектора в разных формах (продажа государственной собственности частным собственникам, концессия, замена ранее предоставляемой непосредственно государством услуги услугой частной фирмы через контрактную систему, переход от исключительно государственной ответственности за условия жизни общества к совместной ответственности государства и частных институтов, переход принятия решений от государственных структур к частным институтам и общественности)². В современных исследованиях широкое понятие приватизации встречается чаще, поскольку позволяет охватить различные формы приватизации, имеющие сходные конституционные ограничения. В данной статье также используется понятие приватизации в широком смысле.

Конституционные положения, содержащие пределы приватизации, можно условно разделить на две большие группы с точки зрения выражения их связи с приватизацией в тексте конституции. В первую группу входят положения конституций, которые непосредственно посвящены приватизации и используют данный термин, либо содержат положения о возможности передачи имущества из государственной собственности в частный сектор (с переходом права собственности или получения только права управления им). Ко второй группе относятся конституционные положения, в которых отсутствует упоминание в какой-либо форме о приватизации, но вне которых

она не может интерпретироваться (фундаментальные конституционные принципы правового, социального государства, защиты прав человека, принцип демократии).

Первая группа конституционных норм представлена положениями конституций о компетенции органов государства, прежде всего о полномочиях парламента по законодательному регулированию приватизации. При этом в некоторых странах прямо используется термин «приватизация» (ст. 165 Конституции Португалии 1976 года, ст. 61 Конституции Казахстана 1995 года и некоторые другие). Например, ст. 165 Конституции Португалии 1976 года относит к компетенции Ассамблеи Республики вопросы «приватизации средств производства и земли» (п. 1)³. Однако более распространенными являются конституционные положения о компетенции органов государства по распоряжению государственной собственностью без использования данного термина. Так, согласно ст. 75 Конституции Аргентины 1853 года в действующей редакции в компетенцию Конгресса входит полномочие «решать вопрос об использовании и отчуждении земель, находящихся в собственности государства» (п. 5). Согласно ст. 42 Конституции Гондураса 1982 года Национальному Конгрессу принадлежит право «разрешать исполнительной власти отчуждать государственное имущество». Статья 121 Конституции Коста-Рики 1949 года относит к компетенции Законодательной ассамблеи издание указа об отчуждении или передаче в общественное пользование собственности, принадлежащей Нации» (п. 14). Согласно ст. 59 Конституции Боливии 1967 года в компетенцию законодательной власти входит «разрешать отчуждение имущества, находящегося в национальной собственности, собственности департаментов, муниципалитетов, университетов и других видов имущества, являющегося публичной собственностью» (п. 7).

¹ В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта «Конституционные пределы приватизации» (№ 11-04-0033), выполненного в рамках Программы «Научный фонд ГУ-ВШЭ» в 2011 году.

² Подробнее о широком понимании приватизации см.: Талапина Э. В. Приватизация публичных предприятий во Франции // Цивилист. 2006. № 1. С. 104.

³ Здесь и далее конституционные положения, за исключением случаев изменения текста соответствующей статьи, цитируются по изданиям: Конституции государств Европы. В 3-х т. М.: НОРМА, 2001; Конституции государств Америки. В 3-х т. М.: НОРМА, 2006; Конституции государств Азии. В 3-х т. М.: НОРМА, 2010.

По сути, компетенционными нормами, но с акцентом на форму регулирования общественных отношений, являются конституционные положения о регулировании отчуждения государственного имущества на основе закона (поскольку закон принимает парламент, в данном случае в них устанавливается его полномочие по регулированию приватизации). Так, ст. 250 (с подзаголовком «Сделки с объектами государственной собственности») Конституции Мальдив 2008 года гласит: «Любая уступка, продажа, сдача в наем, передача прав, залог (какому-либо лицу) или уничтожение каких-либо объектов собственности или активов, принадлежащих государству, а также любые иные подобные соглашения могут заключаться только на основании закона». Согласно ст. 104 Конституции Сальвадора 1983 года «недвижимое имущество – собственность государства может быть передано физическим и юридическим лицам в рамках и в форме, установленной законом». В ст. 341 Конституции Гондураса 1982 года содержится ссылка к закону и указание его целей, таким образом конституционный законодатель ограничивает обычного законодателя в отношении регулирования приватизации не только в отношении уровня правового регулирования, но и содержательно: «Закон устанавливает ограничения, изменения и запреты на приобретение, передачу и пользование государственной и муниципальной собственностью, исходя из социальных и общенациональных интересов, а также с учетом вопросов общественного порядка».

С компетенционными нормами тесно связаны конституционные положения, регулирующие различные аспекты приватизационной процедуры и требования к ней. Особенно это характерно для регулирования такой приватизационной формы, как концессии.

Другой вариант регулирования приватизации состоит в определении на конституционном уровне статуса объектов государственной собственности, в том числе и в отношении возможности их отчуждения. Например, согласно ст. 359 Конституции Боливии 2009 года углеводороды объявляются неотчуждаемой собственностью государства, а контракт, заключенный в нарушение этого конституционного положения в любой форме (в прямой или косвенной, по умолчанию или прямо выраженной), будет объявлен ничтожным. Лица, нарушившие данное положение в форме достижения договоренности, подписания или выполнения, совершают преступление измены родине. Согласно ст. 255 Конституции Панамы 1972 года «принадлежат государству, находятся в публичном пользовании и, следовательно, не могут быть объектами частной собственности: 1) территориальное море, озерные и речные воды, пляжи и побережья, берега и устья судоходных рек, а также порты. Такие объекты находятся в общем свободном пользовании, порядок осуществления которого устанавливается законом; 2) земля и воды, предназначенные для общественного пользования, а также для использова-

ния в целях организации путей сообщения; 3) земля и воды, используемые или предназначенные Государством для использования в целях ирригации, производства гидроэлектроэнергии, осушения и водоснабжения; 4) воздушное пространство, континентальный шельф, недра территориального моря; 5) иные виды имущества, предназначенного законом для публичного пользования». В конституциях зарубежных стран определяется статус различных объектов государственной собственности, такого рода положения являются весьма распространенными и будут более подробно рассмотрены далее в п. 1 данной статьи.

Вторую группу конституционных положений, определяющих пределы приватизации, составляют нормы, устанавливающие фундаментальные конституционные принципы правового, социального государства, защиты прав человека, принципов демократии и транспарентности.

Принцип правового государства как ограничитель по отношению к приватизации предполагает, во-первых, законодательное урегулирование приватизации; во-вторых, полноту такого урегулирования, создающего достаточную правовую базу и правовые рамки, в которых будет осуществляться деятельность исполнительной власти в сфере приватизации; в-третьих, создание правовых механизмов реализации законодательных положений; в-четвертых, обеспечение действия законодательных положений о приватизации в гармонии с другими конституционными и законодательными нормами, что способствует созданию или поддержанию гармонии и соразмерности в правовой системе. В некоторых конституциях с целью обеспечения данных требований формулируются специальные требования к законам, регулирующим вопросы приватизации. Так, в ст. 124 Конституции Гватемалы 1985 года содержится положение о том, что «государственная собственность может отчуждаться только в порядке, определенном законом, устанавливающим ограничения такого отчуждения, а также правила совершения соответствующих сделок и порядок их налогообложения».

Цели приватизации в контексте принципа социального государства должны быть соотнесены с целями и задачами социального государства и созвучны им. Иногда это регулируется особо и на конституционном уровне. Так, согласно ст. 256 Конституции Панамы 1972 года «концессии на эксплуатацию земли, недр, лесов, вод, средств связи или транспорта, а также иных предприятий социальной сферы, предоставляются по мотивам повышения общественного благосостояния и ради достижения общественных интересов». С другой стороны, любая форма приватизации вертикальные отношения по реализации публичных функций в социальной сфере, с характерными для них специфическими и доступными для проверки публичными формами обеспечения социальной функции государства, переводит в горизонтальные – между гражданами и частным сектором,

который действует, прежде всего, в собственных интересах и только в силу обременения социальной функцией (причем, если это обременение осуществлено в момент приватизации соответствующим актом и является условием приватизации, что имеет место далеко не всегда) и поэтому может действовать одновременно и в общественных интересах. Однако с юридической точки зрения осуществление контроля за реализацией социальной функции значительно затруднено и, по существу, возникает новый тип управления и переход власти от государства к рынку⁴, что в принципе должно повлечь дополнительные требования к процессу приватизации в плане обеспечения прав пользователей публичных услуг⁵.

Защита прав человека является одним из приоритетных направлений правового регулирования и одновременно конституционным принципом, пронизывающим все «здание» конституции. Этот принцип предполагает, что приватизация не должна приводить к нарушениям прав человека и понижать уровень жизни населения.

Демократический принцип применительно к приватизации требует применения в процессе приватизации демократических процедур, направленных на достижение общественного согласия в отношении необходимости приватизации, ее форм и методов: широкое обсуждение общественностью и в СМИ вопросов приватизации, возможность выдвижения и обсуждения альтернативных проектов, проведения независимой экспертизы предлагаемых органами государственной власти и общественностью вариантов приватизации, открытую дискуссию в парламенте, возможность судебного обжалования и т.д.

Конституционное оформление принципа транспарентности⁶ государственного управления с включением данного термина в текст конституций ряда стран (ст. 141 Конституции Венесуэлы 1999 года, ст. 43 Конституции Боливии 1967 года в редакции 2004 года, и др.) получило широкое распространение в конце XX – начале XXI вв. Под транспарентностью государственного управления в самом общем виде понимается открытость процесса государственного управления, наличие у граждан разнообразных возможностей контроля за деятельностью органов государства и вообще публичных органов и организаций, в том числе и в режиме он-лайн. По мере развития права на информацию и расширения технологических возможностей его реализации различные формы контроля за государственной деятельностью и деятельностью органов местного самоуправления, существовавшие и ранее, получили новое наполнение,

выражение и качество контроля, отраженное в названии принципа. Принцип транспарентности в отношении приватизации предъявляет к ее проведению требование открытости и доступности для ознакомления всех аспектов принятия решения о приватизации государственными органами, альтернативными проектами, в том числе для оценки общественностью возможных последствий приватизации, все это обеспечивает конституционность проведения приватизации. В связи с этим в текстах конституций ряда стран содержатся требования о проведении открытых аукционов по продаже государственной собственности (подробнее об этом п.3 статьи).

Если проанализировать всю совокупность конституционных норм, устанавливающих пределы приватизации, то в конституционном регулировании очевидным образом выявляются ключевые компоненты. Их исследование позволяет ответить на важнейшие вопросы, возникающие в любой стране по поводу приватизации:

1) Какое государственное имущество может быть приватизировано? Какие критерии должны быть применены при определении состава приватизируемого имущества?

2) Какой государственный орган может принимать решение о приватизации?

3) Какие процедуры должны применяться при проведении приватизации?

4) Кто может (и кто не может) стать собственником приватизированного имущества?

5) Возможна ли отмена решений о приватизации?

Рассмотрим, какие ответы на эти вопросы дают современные зарубежные конституции.

1. Статус государственного имущества как объекта приватизации

Ответ на вопрос о том, какое государственное имущество может быть приватизировано, зависит, прежде всего, от установленного статуса государственного имущества. Ключевым моментом для понимания статуса объектов государственной собственности и определения их судьбы (в плане приватизации) является выявление их необходимости для осуществления соответствующей государственной (публичной) функции. Государство, как публичное образование, в отличие от физических лиц не может по произвольному усмотрению его органов обзаводиться имуществом «на всякий случай» или «потому что хочется»: государственное имущество предназначено для осуществления государственных функций. Другое дело, что сами эти функции неоднородны по происхождению. Одни из них являются классическими, сформировавшимися в XVI-XVII вв., без которых нет государства в современном понимании: это функции поддержания общественного порядка (полиция, правосудие, уголовное преследование), создания управленческих структур и управления публичными финансами. Другие – появились позднее, в

⁴ Katrougalos G. S. Constitutional limitations of privatization in USA and Europe. A theoretical and comparative perspective // VII World Congress of the International Association of constitutional law. Athens, 11-15 June 2007. <http://www.enelsyn.gr/papers/w10/Paper%20by%20Prof.%20George%20S.%20Katrougalos.pdf>.

⁵ Rivero Ortega R. Derecho administrativo economico. 5 ed. Madrid: Marsial Ponds, 2010. P. 190 - 191.

⁶ Другой вариант названия этого принципа на русском языке представляет собой кальку с английского: «прозрачность».

основном в ходе формирования социальных государств (в сфере водоснабжения, образования, здравоохранения, создания и поддержки учреждений культуры и т.п.). В предвоенные годы сформировалась концепция государства-предпринимателя, которое берет на себя соответствующие функции. В современных теоретических обоснованиях возможности приватизации исторический «срез» государственных функций используется для того, чтобы обосновать принципиальную невозможность приватизации государственного имущества, связанного с одними функциями (независимо от того, какой статус ему придается законодателем), и допустимость приватизации имущества, связанного с другими функциями. Так первая группа «классических» функций, прямо связанных с его «властной монополией», являющаяся средством поддержания мира и порядка в данном социуме, обычно рассматривается как принципиально не приватизируемая⁷. Что же касается других функций, являющихся проявлением социального государства, то они, по мнению сторонников данного исторического подхода к приватизации, могут быть приватизированы, но при соблюдении основного требования выполнения соответствующей социальной функции⁸. Соответственно, оценка произведенных приватизаций в указанных областях осуществляется с точки зрения того, насколько частный сектор справляется с обеспечением достаточного уровня социальной защищенности и качества социальных услуг, которые изначально бралось обеспечить государство. Наконец, функции государства в сфере государственного предпринимательства рассматриваются как потенциальная и «естественная зона» приватизации.

Таким образом, для сформировавшихся государств теоретический аспект приватизации состоит в вычлениении принципиально не допускающих приватизации государственных функций и функций социального государства, которые в свое время государство взяло на себя, поскольку частный сектор не мог обеспечить на достаточном уровне, но с реализацией которых в настоящее время он уже может справиться. Зарубежные демократические, правовые и социальные государства с развитой рыночной экономикой совершают движение в направлении оптимизации выполнения публичных функций разными средствами, в том числе и с помощью (в теории) более эффективного частного сектора (на практике он может оказаться в конкретной ситуации менее эффективным и, главное, не обеспечивающим достойное существование гражданам) для того, чтобы более гибко реагировать на вызовы современности. Таким образом, эти государства находятся в поиске новой, модернизированной модели прежнего госу-

дарства. Здесь мы видим, что теоретический по своей постановке вопрос, переходя в практическую плоскость, с одной стороны, требует определения возможностей частного сектора, с другой – предопределяет необходимость четкого нормативного определения условий приватизации, устанавливающих социальную ответственность частного сектора при реализации социальных функций и обеспечивающих реализацию в соответствующих областях.

Если оценивать ситуацию в постсоциалистических странах с этой точки зрения, то они совершают переход иного типа, а именно, от тотального государства патерналистского типа, которое брало на себя все социальные функции, к правовому, демократическому и социальному государству западного типа (которое, как сказано ранее, модернизируется, т.е. дает в этом смысле весьма зыбкий, меняющийся на глазах образец). Прежней государственности и прежним функциям государства (по существу неограниченным) соответствовал огромный массив имущества в государственной собственности и управленческая психология накопления запасов «на всякий случай», поскольку отраслевые министерства и ведомства, руководившие государственными предприятиями, осуществляли выделение средств и ресурсов от имеющегося, не предусматривая неожиданно возникающих в процессе производства или строительства потребностей, то производственники старались просить больше, чем требовалось. Аналогично поступали и министерства, и ведомства. Соответственно, для создания новой государственности необходимо было сначала «вырубить» из огромной прежней глыбы государственных функций, необходимые в новых условиях рыночной экономики, и затем определить приватизационные перспективы. Ограничение государственных функций произошло в результате принятия новых постсоциалистических конституций, которые теперь играют роль важнейших ориентиров, и создают пределы приватизации различными способами.

Приведенная выше теоретическая постановка вопроса о возможностях и пределах приватизации применяется при анализе различных подходов к правовому регулированию статуса государственного имущества. Базовые варианты состоят в определении статуса объектов государственной собственности в обобщенном виде (принципы правового статуса объектов государственной собственности), либо в определении на конституционном уровне статуса некоторых, наиболее значимых объектов государственной собственности, в том числе и с точки зрения возможности их отчуждения.

Определение статуса объектов государственной собственности в обобщенном виде предполагает включение в конституцию таких принципов, которые относятся к государственной собственности и позволяют определить, возможна или запрещена в отношении них приватизация. Действие этих принципов распространяется на все объекты государственной

⁷ См. об этом: *Maurer H.* Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland // *Juridica international. Tartu*, 2009. N XVI. <http://www.juridicainternational.eu/index/2009/vol-xiv-2/die-verfassungsrechtlichen-grenzen-der-privatisierung-in-deutschland-gliederungsübersicht>

⁸ *Ibid.*

собственности, отнесенные к данной категории. Такой подход ярко выражен в странах романо-германской системы права, где достаточно часто встречается (в том числе в конституциях) деление государственного имущества на публичное и частное. Поясним ограничивающее действие такого рода норм на конкретном примере. Статья 132 Конституции Испании 1978 года гласит: «1. Закон регулирует правовой режим имущества в публичной и коммунальной собственности, исходя из принципов его неотчуждаемости, неприменимости срока давности, невозможности обращения на него взыскания, а также охраны его от использования не по назначению. 2. К публичному государственному имуществу относится то, которое указано законом, и во всех случаях – прибрежная зона, пляжи, территориальные воды, природные ресурсы экономической зоны и континентальный шельф»⁹. Таким образом, в данной статье сначала с помощью перечня характеристик публичной собственности определен в целом ее статус, затем он распространен на некоторые конкретные объекты государственной собственности (на прибрежную зону, пляжи, территориальные воды, природные ресурсы экономической зоны и континентальный шельф), кроме того, установлено, что и другое имущество может иметь такой же статус на основании закона¹⁰. Закон 33/ 2003 от 3 декабря 2003 года «О достоянии публичной администрации» детализирует данное положение, причем в ст. 1 Закона имеется прямая отсылка к ст. 132 Конституции¹¹. Согласно ст. 4 Закона юридический режим имущества, включенного в состав достояния публичной администрации, может быть публичным (*dominio público*) и частным (*dominio privado*). В Законе дано понятие публичного имущества государства (п. 1 и 2 ст. 5), перечислены применяемые к нему принципы, в том числе его неотчуждаемость (п. а ст. 6). Что касается частного имущества государства, то оно определено по остаточному принципу (п. 1 ст. 7), а в п. 3 ст. 7 указывается, что отчуждение этого имущества осуществляется на основе положений данного закона и развивающих его предписаний.

Положительной стороной данного подхода является относительная простота регулирования: любое государственное имущество в момент его приобретения получает определенный статус, в соответствии с которым происходит его использование и решается вопрос о распоряжении им, если в этом появляется потребность. С точки зрения приватизации, публичное государственное имущество в силу действия в отношении него принципов неотчуждаемости и неприменения сроков давности не может

быть приватизировано. Юридическая конструкция публичного имущества сконструирована таким образом, чтобы максимально защитить его от возможности перехода в частные руки. Что касается частного государственного имущества, то оно может быть приватизировано, хотя возможность приватизации может предусматривать дополнительные требования, по сравнению, например с переходом частного имущества от одного частного лица к другому. Четкое определение статуса различных видов государственного имущества означает и четкое определение границ приватизации: приватизированы могут быть только те объекты государственной собственности, которые имеют такой же статус, как и у объектов частной собственности или приближенный к ним статус.

Деление имущества государства на публичное и частное получило правовое (в том числе конституционное) оформление в период французской революции¹², и было воспринято многими странами континентальной системы права. Оно широко применяется странами Латинской Америки, в том числе для защиты социальных функций государства. Так, согласно ст. 84 Конституции Венесуэлы 1999 года имущества публичного сектора здравоохранения «являются собственностью государства и не могут быть приватизированы». Некоторые постсоциалистические страны используют этот подход к регулированию, установив деление государственного имущества на публичное и частное (Болгария, Румыния, Молдова). Это позволяет им упростить процесс решения вопроса о приватизации, устанавливая для объектов государственной собственности определенный статус и перепроверяя при этом применительно к конкретному имуществу, насколько оно необходимо для осуществления соответствующей государственной функции.

Вместе с тем в рамках данного подхода к регулированию имеет значение и происхождение государственного имущества. В этом плане особую категорию составляет ранее национализированное имущество. Положения о возможности национализации были включены в послевоенный период в конституции Франции, Италии, ФРГ, Португалии и некоторых других стран, и послужили основой проводившихся национализаций отдельных отраслей промышленности. Во второй половине XX века возникла потребность приватизации ранее национализированных объектов. Приватизация национализированного имущества находится в русле общего направления конституционной регламентации (в отличие от таких институтов и конституционно-правовых явлений, требующих специального обоснования, как национализация, вторгающаяся в сферу частной собственности, большой государственный производственный сектор при провозглашении свободы предпринимательства и в целом вмешательство государства в экономику).

⁹ Constitución Española de 1978. <http://www.boe.es/boe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf> Перевод автора.

¹⁰ Подробный анализ см.: Андреева Г. Н. Экономическая конституция в зарубежных странах. М.: Наука, 2006. С. 26-28.

¹¹ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas // BOE, 2003, n. 264. <http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/04/pdfs/A38924-38967.pdf>.

¹² См. об этом: Андреева Г. Н. Собственность в конституциях зарубежных стран XVIII-XX вв. М.: ИНИОН, 2009. С. 53.

мику), направленного на защиту и укрепление частной собственности как фундаментального права. Возвращение в частный сектор национализированного имущества является шагом по упрочению режима и стабильности института частной собственности. Таким образом, в теоретическом плане приватизация национализированного имущества как соответствующий укреплению института частной собственности процесс на первый взгляд не требует специального конституционного регулирования. Однако на практике решение вопроса о возможности его приватизации зависело от особенностей конституционных формулировок. Наибольшую сложность представляли в этом плане прямые запреты. Так, на момент принятия Конституции в ст. 83 Конституции Португалии 1976 года декларировалось, что национализация, осуществленная во время революции 1974 года, «является необратимым завоеванием трудящихся» (исключение было сделано только для мелких и средних предприятий)¹³. Для перехода к иному регулированию потребовалась серия изменений, внесенных в Конституцию в 1982 и 1989 годах. В результате стала возможной полная приватизация этих национализированных предприятий¹⁴. Иначе дело обстоит с конституциями, которые таких запретов не содержат. В этом случае приватизация ранее национализированного имущества считается в принципе допустимой. Так, Преамбула Конституции Франции 1946 года, являющаяся составной частью французской конституции, предусматривает возможность национализации всякого имущества, всякого предприятия, «эксплуатация которого имеет или приобретает национальное общественное значение или характер фактической монополии». По сути, данная конституционная норма говорит о положении, возникшем в определенный момент времени в результате конкретной ситуации на рынке и возможном правовом инструментарии для решения проблемы монополизации, не обязывая государство провести в этом случае национализацию, а предоставляя ему такую возможность на случай необходимости. Формулировка положения о национализации при этом не содержит прямых ограничений в отношении последующей приватизации этого имущества, поэтому Конституционный совет Франции признал конституционность законов о приватизации 1986 года¹⁵. В своем решении Конституционный совет указал, что неконституционной является приватизация таких публичных служб, существование и функционирование которых требуется по Конституции¹⁶. Таким образом, нацио-

нализованное имущество представляет собой другой случай и может быть приватизировано.

Второй подход к конституционному регулированию статуса государственной собственности состоит в определении на конституционном уровне статуса некоторых, наиболее значимых объектов государственной собственности, в том числе и с точки зрения возможности их отчуждения. Он также достаточно часто встречается в современных конституциях. Некоторые конституции исключают интервенцию частного сектора в определенных стратегических сферах. Так, ст. 177 Конституции Бразилии 1988 года устанавливает монополию Союза «на изыскания и эксплуатацию месторождений нефти, природного газа и других жидких углеводородов; очистку национальной или иностранной нефти, импортирование и экспортирование продуктов и основных производных от них продуктов в результате вышеуказанной деятельности; морской транспорт по перевозке сырой нефти национального происхождения или основных производных от нее продуктов, произведенных в стране, а также нефтепроводы для перекачки сырой нефти и ее основных производных продуктов и природного газа независимо от происхождения; изыскания, эксплуатация, обогащение, переработка, промышленное использование и торговля ядерными минеральными веществами и производными от них». Частный сектор может участвовать в осуществлении указанной деятельности при наличии соответствующего решения государства, принятии соответствующего закона и соблюдении ряда, предусмотренных конституцией условий (параграфы 1-3 ст. 177), однако переход в частную собственность указанных сфер данной Конституцией полностью исключен. Согласно пп. «с» п. 14 ст. 121 Конституции Коста-Рики 1949 года «национальные железные дороги, пристани, аэродромы – последние в период, пока они находятся в действии, – не могут отчуждаться, сдаваться в аренду, прямо или косвенно облагаться налогами, а также не могут быть ни под каким видом изъяты из собственности и из-под контроля государства».

2. Конституционные основы участия органов государства в принятии решения о приватизации

Конституционные основы порядка проведения приватизации предполагают участие в ней прямо указанных в конституции (либо в изданных на ее основе законах) органов и использование установленных форм контроля и гарантий. В значительной части современных конституций по давно сложившейся традиции к числу таких наиболее фундаментальных гарантий относится установление в конституции требования ее проведения на основе решения парламента, либо – на основании закона (что отсылает к решению парламента, т.е. по существу сводится к тому же). В свою очередь, эта конституционная гарантия генетически связана с конституционной традицией, по которой регулирование статуса публич-

¹³ Португалия. Конституция и законодательные акты. М., 1979. С. 108.

¹⁴ См. об этом: *Corcuera Atienza J.* Estado i economia en epoca de crisis: las privatizaciones // Revista de estudios politicos. Madrid, 1996. № 9. P. 25.

¹⁵ *Colli F.* Chronique constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel et le droit de propriete // Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger. P., 1988. P.159-161.

¹⁶ Подробнее об этом см.: *Georges A.* Dereglementation: vers un renforcement des contraintes juridiques // Revue française de Gestion. P., 1987. № 61. P. 42.

ного имущества относится к сфере компетенции парламента. В некоторых странах конституционно в этом случае выделяется приватизация, например, в Конституции Казахстана 1995 года приватизация включена в перечень вопросов, относящихся к сфере деятельности парламента, наряду с режимом собственности, налогообложения и т.д. Статья 61 Конституции Казахстана гласит: «Парламент вправе издавать законы, которые регулируют важнейшие общественные отношения, устанавливают основополагающие принципы и нормы, касающиеся... приватизации предприятий и их имуществ» (п. 8). Чаще на конституционном уровне встречаются полномочия парламента по регулированию государственной собственности и ее отчуждению. Так, в ст. 153 Конституции Панамы 1972 года к числу полномочий Законодательной Ассамблеи Панамы отнесено полномочие «распоряжаться государственным имуществом согласно потребностям общества». Как уже указывалось, другой вариант регулирования компетенции парламента состоит в отсылке к закону. Например, п. 6 ст. 254 Конституции Панамы 1972 года содержит конституционное положение, разрешающее концессии на эксплуатацию соляных копей, шахт, подземных термальных вод, месторождений углеводородов, каменоломней и залежей иных полезных ископаемых, принадлежащих государству, порядок эксплуатации которых устанавливается законом. В некоторых странах на конституционном уровне предусмотрена дача парламентом разрешений исполнительной власти в этом вопросе (п. 30 ст. 131 и ст. 233 Конституции Сальвадора 1983 года, п.7 ст. 59 Конституции Боливии 1967 года, ст. 42 Конституции Гондураса 1982 года, ст. 121 Конституции Коста-Рики 1949 года и др.).

Акцент на регулировании вопросов приватизации парламентом предполагает, что будет принят (и публично обсужден) закон, который урегулирует вопрос приватизации достаточно детально, чтобы исполнительная власть имела четкие параметры действий. Однако это все относится к хорошо отлаженным государственным механизмам со сложившейся демократической культурой управления и действующими антикоррупционными механизмами. Если примерить эту схему к постсоциалистическим странам, то эти составляющие будут отсутствовать. Поэтому, как представляется, для них, учитывая беспрецедентные масштабы приватизации, целесообразно было бы не только закрепить законодательные и контрольные полномочия парламента по вопросам приватизации и основные требования к законам о приватизации, но и определить на конституционном уровне цели, принципы приватизации и целевое применение средств от приватизации, например, на поддержку и развитие социальной сферы, поддержку развития альтернативных источников энергии или иные новые технологии. Однако такой новаторский подход не был применен ни в одной постсоциалистической стране по вполне очевидным причинам, как связывающий

руки элите в условиях, когда она нуждалась, прежде всего, в свободе действий.

Полномочия исполнительной власти в данной сфере вытекают из ее функций по управлению государственным имуществом, иногда положения об этом попадают на конституционный уровень. Так, согласно п. «q» ст. 183 Конституции Гватемалы 1985 года Президент Республики наделен функциями по «осуществлению управления государственным имуществом в установленном законом порядке». К числу полномочий Президента Гондураса отнесено полномочие «управлять государственным имуществом» (п. 19 ст. 245 Конституции Гондураса 1982 года). Согласно ст. 88 Конституции Кыргызстана 2010 года правительство осуществляет меры по управлению объектами государственной собственности (п.7). Эти положения предполагают участие данных органов в проведении приватизации. Вместе с тем конституционное регулирование может включать и положения об исполнительной деятельности органов исполнительной власти в области отчуждения государственного имущества. Так, согласно ст. 173 Конституции Пакистана 1973 года «исполнительная власть федерации и провинции распространяется на основании закона соответствующего законодательного органа на предоставление, продажу, распоряжение или заклад любой находящейся в их владении собственности».

Вместе с тем в отношении государственной администрации при осуществлении приватизации действует система ограничителей, относящаяся к публичной службе.

В ряде конституций создана достаточно недвусмысленно основа для контроля за приватизацией со стороны органов финансового контроля (Счетных палат, Счетных судов, Генеральных аудиторов и т.д.), хотя прямо о ней не упоминается, но сформулированные в статье полномочия и направление деятельности органов конституционного контроля обеспечивают осуществление ими контроля за проведением приватизации особенно в части выявления нарушений и злоупотреблений. Так, согласно п. 4 ст. 276 Конституции Панамы 1972 года в функции Главного контрольного управления Республики входит «проведение инспекции и расследований в отношении правильности операций, затрагивающих государственное имущество, а также предъявление соответствующего обвинения в случае выявленных нарушений». Статья 222 Конституции Гондураса 1982 года гласит: «Счетная палата a posteriori контролирует фонды, имущество и ресурсы, находящиеся в ведении Государства, децентрализованных учреждений, включая государственные и смешанные банки, Национальную комиссию по банкам и страхованию, муниципалитеты и любые организации, частные и общественные, которые получают или используют публичные средства из национальных или внешних источников. Выполнение этих функций включает контроль за управлением и результатами деятельности

вышеуказанных структур с позиций эффективности и экономии, справедливости, достоверности и законности. Задачей Счетной палаты является также обеспечение прозрачности действий публичных служащих, определение вопросов незаконного обогащения, установление контроля за всем государственным имуществом в целом». Статья 124 Конституции Непала 2007 года об отчете Генерального аудитора устанавливает, что он должен содержать «выявленные аудитом нарушения и усилия, направленные на их урегулирование; полученные результаты; детали о делах, имеющих коррупционную природу и требующих проведения расследований в будущем, направленных в письменном виде в Комиссию по расследованию злоупотреблений в сфере государственной власти». Осуществление этих полномочий производится на основе детализирующих данные конституционные положения норм текущего законодательства о статусе органов финансового контроля.

3. Конституционные процедуры приватизации

Конституционные процедуры различных форм приватизации в разной мере получают отражение на конституционном уровне. Наиболее подробно (насколько позволяют законодательно-технические особенности конкретной конституции) с процедурной стороны урегулированы концессионные формы приватизации. Так, в пп. с п. 14 ст. 121 Конституции Коста-Рики 1949 года допускается предоставление концессий в отношении определенных перечисленных в данной норме объектов государственной собственности (залежи угля, источники и залежи нефти и т.д.), но при этом они «не могут окончательно изыматься из собственности государства». Концессия предоставляется на ограниченный срок и при соблюдении условий и правил, устанавливаемых Законодательной ассамблеей. Согласно ст. 120 Конституции Сальвадора 1983 года «в отношении каждой концессии, которую предоставит государство для эксплуатации пристаней, железных дорог, каналов или других материальных объектов публичного пользования, должны быть установлены сроки и условия упомянутой концессии, с учетом характера работ и общей суммы требуемых инвестиций». Данные концессии санкционирует Законодательная ассамблея (п. 30 ст. 131 Конституции Сальвадора 1983 года). Концессиям посвящены также подробные статьи 176 и 223 Конституции Бразилии 1988 года, п. 16 ст. 156 Конституции Венесуэлы 1999 года и др.

В целом ряде стран Латинской Америки в связи с принципом транспарентности при приватизации в конституции включают нормы о приватизационных аукционах (ст. 134 Конституции Мексики 1917 года, ст. 182 Конституции Коста-Рики 1949 года, ст. 360 Конституции Гондураса 1982 года, ст. 263 Конституции Панамы 1972 года и др.). Например, ст. 134 Конституции Мексики 1917 года относительно экономических ресурсов, которыми располагает федераль-

ное правительство и правительство федерального округа, устанавливает следующие конституционные ограничения приватизации: «Приобретение, аренда и отчуждение имущества любого вида, предоставление услуг любого типа и заключение договоров по вопросам, находящимся в их ведении, осуществляются или выполняются посредством публичных торгов, при открытом доступе публики с тем, чтобы предложения свободно представлялись в запечатанных конвертах, которые вскрываются публично с целью обеспечения государства наилучшими условиями в отношении цены, качества, финансирования, сроков и других необходимых условий». Согласно ст. 182 Конституции Коста-Рики 1949 года продажа или аренда имущества, принадлежащего государству, муниципальным и автономным учреждениям, «производится путем аукциона в соответствии с законом, касающемся соответствующей суммы». Статья 360 Конституции Гондураса 1982 года устанавливает, что «соглашения на... куплю-продажу или аренду имущества должны заключаться на основе конкурсов или аукционов согласно закону». Достаточно редким является конституционно установленное в данной статье изъятие из данного правила: «Исключение составляют соглашения, связанные с чрезвычайными обстоятельствами, а также соглашения, которые по своей природе могут быть заключены только с определенным человеком». В ст. 263 Конституции Панамы 1972 года устанавливается принцип продажи и сдачи в аренду государственного имущества на основе публичных торгов, но и «меры, обеспечивающие на таких торгах наибольшую выгоду, а также справедливые условия их проведения, устанавливаются законом».

4. Круг потенциальных субъектов права собственности на приватизируемое имущество

Конституционное регулирование пределов приватизации включает и определение круга потенциальных субъектов права собственности на приватизируемое имущество. Цель конституционного регулирования в этом случае состоит не в том, чтобы определить всех возможных участников приватизации, а в исключении тех лиц, которые не могут принимать в ней участие в силу занимаемой должности, чтобы предотвратить превращение процесса приватизации в источник обогащения для лиц, находящихся у власти и в силу этого имеющих больше, чем другие граждане, возможностей воспользоваться приватизационными преимуществами. Осуществляется это разными способами, наиболее распространенные состоят в установлении несовместимости некоторых должностей с депутатским мандатом, либо в виде запрета определенным должностным лицам участия в получении концессий и приобретении государственного имущества. Примером такого регулирования может служить Конституция Гондураса 1982 года, в которой использованы оба способа. Согласно ст.

199 этой Конституции депутатами не могут быть глава Комитета по предоставлению концессий (п. 9) и лица, заключившие с государством договор об эксплуатации природных богатств страны (п. 12), а лица, пользующиеся государственными концессиями на разработку природных ресурсов, их представители и управляющие не могут быть избраны Президентом и Вице-президентом страны (п. 7 ст. 240 Конституции Гондураса 1982 года). Вместе с тем, депутаты не могут участвовать в получении концессий: согласно ст. 204 Конституции «депутат не может арендовать прямо или косвенно государственную собственность, заключать с государством контракты либо получать какие-либо концессии».

5. Возможность отмены приватизации

Вопрос о возможности отмены приватизации решается в зависимости от формы приватизации. Концессии, например, по определению «обратимы», как при нарушении концессионером соответствующего законодательства, так и при невыполнении обязательств перед государством, что предусматривается концессионным договором.

Приватизация в форме продажи контрольного пакета акций, также в принципе обратима, но это, как правило, уже юридически не связано с приватизацией в отличие от концессий. В этом случае определяющим фактором является вновь возникшая у государства потребность в данной сфере, и осуществляется она путем покупки пакета акций на основе достижения договоренности и установления взаимоприемлемой цены, т.е. по правилам гражданского законодательства, и представляет собой не национализацию приватизированного в правовом смысле, а простую новую покупку акций.

Сложнее дело обстоит с продажей государственного имущества. По общему правилу она необратима, если только в течение общегражданского срока давности не выявятся нарушения законодательства, влекущие недействительность самого акта приватизации по гражданскому законодательству. Это связано с тем, что продажа государственного имущества должна переводить его из публичной сферы в частную, со всеми вытекающими последствиями: на него распространяет свое действие Гражданский кодекс. Таким образом, гражданско-правовые условия и сроки давности в отношении добросовестных и недобросовестных приобретателей действуют в полной мере, а происхождение имущества утрачивает свое значение. Любые другие варианты регулирования придают неустойчивость новым отношениям собственности. Конституционное значение признания

результатов приватизаций-продаж и защиты прав новых собственников для становления института частной собственности было осознано еще на заре конституционализма. Во Франции приватизация государственных имуществ (также как и предшествовавшая ей национализация королевского имущества, церковного имущества и имущества эмигрантов и других категорий) происходила с многочисленными нарушениями законодательства, и что самое главное, она относилась к имуществу, которое при Старом порядке было объявлено неотчуждаемым и не подлежащим срокам давности. В результате вопрос о статусе приватизированного имущества и его новых собственников имел повышенное социальное значение и вызывал социальную напряженность, поэтому неизбежность результатов приватизации была закреплена конституционно, в том числе и монархом после восстановления монархии (последним, главным образом, из политических соображений укрепления власти)¹⁷. Однако уже в этот момент стала очевидна опасность отмены приватизаций государственного имущества не только в плане возможных социальных конфликтов, но и для устойчивости института частной собственности как такового.

Заключение

Анализ зарубежного опыта показывает, что ответы на основные вопросы о пределах конституционного регулирования приватизации вариативны. В зависимости от установленного статуса государственной собственности, роли парламента, особенностей функционирования государственного аппарата в данной стране, характерной для нее степени использования демократических процедур, уровня политической и конституционной культуры, достигнутой транспарентности политического процесса, традиций решения вопроса о приватизации государственной собственности складывается различный конституционный опыт в данной области. В плане конституционного регулирования приватизация является результирующей действия различных норм конституции, как прямо о ней упоминающих, так и не связанных текстуально с приватизацией. Для постсоциалистических стран, включая Россию, это означает необходимость оценки органами конституционного контроля законодательства о приватизации на основе совокупности положений конституции для более четкого осознания обществом конституционных пределов приватизации. Отсутствие данного термина или иного прямого регулирования отчуждения государственного имущества актуализирует эту задачу в наиболее высокой степени.

¹⁷ Андреева Г. Н. Институт собственности в конституциях зарубежных стран и Конституции Российской Федерации. М.: Норма, 2009. С. 126-127.