СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ИНСТИТУТА ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ (НАДЗОРА) В СФЕРЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

© 2015 г. Людмила Абрамовна Мицкевич¹,
Анна Федотовна Васильева²

Аннотация: в настоящей статье на основе доктринального анализа законодательства о государственном контроле (надзоре) в сфере предпринимательской деятельности, практики его применения с использованием опыта правового регулирования государственного контроля в зарубежном административном праве дана оценка современного состояния отечественного института государственного контроля в сфере предпринимательской деятельности, сформулирован ряд предложений по совершенствованию законодательства о государственном контроле.

Annotation: in the article using doctrine analysis of law of public control in business activities, actual jurisprudence and experience of foreign administrative law is analyzed the modern state of the institute of public control in business activities and suggested some recommendations for improvement of the law of public control.

Ключевые слова: государственный контроль (надзор), позитивное и негативное государственное управление, административные процедуры, законодательство о государственном контроле, принципы государственного контроля.

Key words: public control, positive and negative public administration, administrative procedure, law of the public control, principle of the public control.

Институт государственного контроля (надзора) в сфере предпринимательской деятельности может быть отнесен к одному из наиболее сложных и постоянно изменяющихся институтов административного права. Как известно, в 2001 г. был принят базовый Федеральный закон, направленный на упорядочение взаимоотношений государства и предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора)³, который действовал относительно непродолжительный период времени и был заменен новым базовым актом – Федеральным законом “О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля” от 26 декабря 2008 г.⁴ (далее – Федеральный закон о контроле). Однако в текст и этого Закона уже 26 раз вносились изменения и дополнения,

разработана Концепция дальнейшего совершенствования государственного контроля (надзора)⁵. Это происходит потому, что правовое регулирование государственного контроля (надзора) за

⁵ Концепция предусматривает несколько *основных направлений развития*, среди которых можно выделить следующие: 1) введение системы оценки рисков потенциальной опасности и ее использование при планировании и проведении мероприятий по контролю; 2) законодательное закрепление исчерпывающего перечня видов государственного контроля (надзора) с одновременным запретом на осуществление иных видов контроля; 3) формирование единой правовой основы деятельности контрольно-надзорных органов; 4) создание единого информационного ресурса (открытые информационные системы ИС “Мониторинг” и ИС “Лицензирование”) для ведения постоянного мониторинга деятельности контрольно-надзорных органов. Эти и иные направления развития контроля обусловлены имеющимися в настоящее время проблемами в правовом регулировании и осуществлении контрольно-надзорной деятельности. В частности, установлено, что на практике из всех выявленных нарушений лишь 16% представляли непосредственную угрозу причинения вреда, 84% – не представляли такой угрозы. Это свидетельствует о том, что система контрольно-надзорной деятельности не в полной мере ориентирована на предупреждение, выявление и пресечение нарушений, влекущих реальное причинение вреда. Переход к *системе оценки рисков* возникновения угрозы или причинения вреда при планировании мероприятий позволит сэкономить усилия контрольно-надзорных органов и уменьшить бремя проверок для предпринимателей. Подробно см.: *Клименко А.В., Жулин А.Б., Ханова Е.П. и др.* Анализ механизмов правового регулирования предпринимательской деятельности в России. М., 2012. С. 215–253.

¹ Профессор кафедры конституционного, административного и муниципального права Юридического института Сибирского федерального университета, кандидат юридических наук, доцент (E-mail: mickevic51@mail.ru).

² Доцент той же кафедры конституционного, административного и муниципального права того же института, кандидат юридических наук (E-mail: afvassilieva@yandex.ru).

³ См.: Федеральный закон “О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)” // Собрание законодательства РФ. 2001. № 33. Ст. 3436.

⁴ См.: Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (Ч. 1). Ст. 6249.

деятельностью предпринимателей во многом осуществляется методом “проб и ошибок”. Поэтому очень важными представляются возвращение к доктринальному анализу государственного контроля (надзора) как вида деятельности, а также изучение зарубежного опыта⁶. Этим основным вопросам посвящена настоящая статья.

Разграничение позитивного (предоставляющего публичные услуги) и негативного (властнообязывающего) государственного управления

Для понимания места института государственного контроля (надзора) в системе государственного управления следует рассмотреть вопрос о разграничении всего государственного управления на негативное (вмешивающееся, властнообязывающее) и позитивное (предоставляющее публичные услуги)⁷. Деление государственного управления на “негативное” и “позитивное” является относительно новым для отечественного административного права, поскольку в советской доктрине административного права управление по предоставлению публичных услуг или позитивное публичное управление как самостоятельный вид государственного управления не выделялось, хотя существовало на практике и описывалось в литературе⁸. Вместе с тем в зарубежном административном праве такое разграничение считается исторически сформировавшимся и является общепризнанным, а в последнее время отчетливо прослеживается в отечественном законодательстве и управленческой практике, анализ которых позволяет увидеть два вида государственной деятельности и правового регулирования: деятельность, связанную с ограничением прав граждан и

с предоставлением публичных услуг. Этот тезис может быть подтвержден действующим законодательством в сфере публичных услуг, и хотя до настоящего момента предметом дискуссии является само понятие публичной услуги и её соотношение с функциями государственного управления⁹, и именно в этом направлении развивается законодательство. Контрольно-надзорная деятельность, относящаяся именно к негативному государственному управлению¹⁰, и оказание публичных услуг, относящееся к позитивному управлению, регулируются *разными по концептуальной основе законами*: функция по государственному контролю – указанным Федеральным законом о контроле, а отношения по предоставлению публичных услуг – Федеральным законом “Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг” от 27 июля 2010 г.¹¹ (далее – Федеральный закон о предоставлении услуг от 27 июля 2010 г.). Такой подход, с одной стороны, влечёт за собой, казалось бы, вполне логичную дифференциацию административных процедур реализации негативного и позитивного государственного управления¹², с другой – разрушает единство государственно-управленческой деятельности и в связи с отсутствием единого закона об административных процедурах приводит к изолированному правовому регулированию единого по своей сути государственного управления. Например, ст. 11.1-11.3 ФЗ о предоставлении услуг регулируют досудебный (внесудебный) порядок обжалования решений и действий (бездействия) органа, предоставляющего государственную (муници-

⁶ В литературе в контексте глобализации и правовой интеграции все чаще говорят о формировании “глобального правового, управленческого (административного) пространства”, “пространства общих принципов управления”, о необходимости расширения рамок административного права с учетом новых компаративистских и международных аспектов (см.: *Тихомиров Ю.А.* Современная теория административного права // *Гос. и право.* 2004. № 11. С. 10; *Барциц И.Н.* Критерии эффективности государственного управления и глобальное управленческое пространство // Там же. 2009. № 3. С. 18, 19).

⁷ См.: *Мицкевич Л.А.* Предоставление государственных услуг как вид государственного управления // *Публичные услуги: правовое регулирование (Российский и зарубежный опыт)*. Сб. / Под общ. ред. Е.В. Гриценко, Н.А. Шевелевой. М., 2007. С. 21–37.

⁸ Подробнее об истории развития концепции позитивного государственного управления в отечественной науке административного права см.: *Васильева А.Ф.* Сервисное государство: административно-правовое исследование оказания публичных услуг в Германии и России. М., 2012. С. 78–97.

⁹ См., например: *Барциц И.Н.* Понятие “публичная услуга” в контексте Федерального закона № 210-ФЗ “Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг и вне его // *Гос. и право.* 2013. № 10. С. 40, 44, 45; *Бачило И.Л.* О неизбежном продолжении разговора о публичных услугах и более общих проблемах организации государственного управления (По поводу статьи И.Н. Барцица) // Там же. 2014. № 4. С. 53–57.

¹⁰ Так, *Бабелюк Е.Г.*, объясняет необходимость отграничения функции по контролю и надзору от функции по оказанию государственных услуг спецификой контрольно-надзорной деятельности, направленной на обеспечение законности и правопорядка, связанной с дополнительным обязательством, результатом которой может быть применение мер ответственности (см.: *Бабелюк Е.Г.* Проблемы разграничения деятельности по оказанию государственных услуг и контрольно-надзорной деятельности государства // *Публичные услуги: правовое регулирование (Российский и зарубежный опыт)*. Сб. / Под общ. ред. Е.В. Гриценко, Н.А. Шевелевой. С. 48).

¹¹ См.: *Собрание законодательства РФ.* 2010. № 31. Ст. 4179.

¹² См.: *Гриценко Е.В.* Европейская доктрина надлежащего публичного управления и перспективы ее восприятия в российском праве // *Сравнительное конституционное обозрение.* 2013. № 2.

пальную) услугу, иным образом, чем это установлено законодательством об обращениях граждан. Федеральный закон о контроле не устанавливает порядка досудебного обжалования, соответствующие административные регламенты отсылают к Федеральному закону «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» от 2 мая 2006 г.¹³ (далее – Федеральный закон об обращениях), устанавливающему административный порядок рассмотрения общих жалоб¹⁴. При последовательной реализации концепции единого государственного управления и его двух видов следовало бы установить в ФЗ о контроле также специальный порядок административного обжалования решений действий контрольно-надзорных органов либо принять универсальный закон об административной процедуре с установлением особенностей оспаривания обременяющего и благоприятствующего индивидуальных актов государственного управления. Представляется, что концептуальное понимание двух видов единого государственного управления (властнообязывающего и позитивного) позволило бы эффективнее решить задачу качественного правового регулирования деятельности органов исполнительной власти вне зависимости от того, является ли она обременяющей или предоставляющей публичные услуги.

Особенности законодательства о государственном контроле (надзоре)

Основной целью Федерального закона о контроле была *унификация процедуры государственного контроля* для всех видов контроля. Эта цель весьма важна, поскольку единая процедура осуществления контроля позволит предпринимателю самостоятельно, без обращения к юристу воспринимать правовые предписания¹⁵. В то же

время зарубежный опыт показывает возможность отсутствия единого нормативного правового акта, регулирующего порядок осуществления государственного контроля при наличии единого универсального закона об административных процедурах¹⁶.

Однако нельзя признать, что поставленная цель унификации процедуры государственного контроля была достигнута с принятием Федерального закона о контроле. Данный Закон является одним из самых сложных в правоприменении, поскольку предусматривает много исключений из сферы своего регулирования, допускает специальное регулирование, а также содержит много бланкетных норм, отсылающих к подзаконным нормативным правовым актам.

Федеральный закон о контроле (ч. 3, 3.1 ст. 1) содержит перечень тех видов контроля (надзора), на которые не распространяется его действие. Принципиальный момент состоит в том, что не регулируется данным Федеральным законом деятельность судов, прокуратуры, полиции, иных субъектов при применении мер принуждения за совершение преступлений и ряда административных правонарушений.

Некоторые положения Федерального закона о контроле, определяющие пределы его действия, вызывают неоднозначное применение на практике, в частности положение о том, что *данный Закон не действует при отсутствии взаимодействия субъектов и объектов контроля*, поскольку не всегда понятно, что означает такое взаимодействие. В качестве иллюстрации трудности в понимании термина «взаимодействие» можно привести следующие примеры из судебной практики. Спорным являлся вопрос о наличии или отсутствии взаимодействия, если проверка была про-

¹³ См.: Собрание законодательства РФ. 2006. № 19. Ст. 2060.

¹⁴ При этом в отечественной литературе отмечается недостаточная эффективность общей административной жалобы, поскольку действующее законодательство не наделяет свойством обязательности решения, принятые по результатам рассмотрения обращений, а также не регулирует порядок их исполнения. Кроме того, лицо, обратившееся с жалобой, не имеет возможности лично участвовать в разбирательстве, поскольку действующее законодательство не предусматривает такой стадии, как собственно рассмотрение обращения по существу с участием заинтересованных лиц. Эта часть разбирательства жалобы для заявителя непрозрачна (см.: Минашкин А. Досудебное и внесудебное рассмотрение споров с участием органов публичной власти // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. № 11. С. 25).

¹⁵ См.: Дугенец А.С. Принципы административного процесса (Постановка проблемы) // Административное право и процесс. 2004. № 2. С. 3.

¹⁶ Так, в ФРГ нет общего закона, регулирующего государственный контроль в сфере предпринимательской деятельности. Нормы, регулирующие государственный контроль, содержатся в большом количестве специальных законов. Для примера можно привести Закон о защите от негативного воздействия на окружающую среду (Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge), Закон о предприятиях общественного питания и гостиничном деле (Gaststättengesetz), Закон об осуществлении ремесленных видов деятельности (Gewerbeordnung), Закон о перевозке пассажиров автомобильным транспортом, троллейбусами и трамваями (Personenbeförderungsgesetz). Важно отметить, что при отсутствии общего закона, регулирующего порядок реализации государственного контроля, в ФРГ имеется Закон об административных процедурах (Verwaltungsverfahrensgesetz), устанавливающий общий порядок реализации любых властных функций. С текстами указанных нормативных правовых актов можно ознакомиться: <http://www.gesetze-im-internet.de>

ведена путем осмотра всех транспортных средств на начальных и конечных остановках маршрута, но без привлечения представителей транспортных предприятий. Суд посчитал, что в данном случае Федеральный закон о контроле не должен применяться, потому что при проверке не было определено конкретное юридическое лицо, на него не были возложены обязанности по представлению информации, непосредственное взаимодействие отсутствовало¹⁷. Аналогичный вопрос возник при судебной оценке результатов проверки в отношении объекта капитального строительства (автодороги), в рамках которой было установлено его использование без разрешения на ввод в эксплуатацию. Суд также посчитал, что в данном случае Федеральный закон о контроле не применяется, потому что проверка назначена в отношении объекта капитального строительства, а не юридического лица, на организацию не были возложены обязанности по представлению информации¹⁸. Таким образом, неопределенный термин “взаимодействие” на самом деле означает наличие или отсутствие возникшего правоотношения между контролирующим органом и предпринимателем или юридическим лицом.

Все законы и иные нормативные правовые акты о контроле (надзоре) можно разделить на общие и специальные. *Общие нормы* предусмотрены Федеральным законом о контроле. Так, указанный Закон регулирует два блока вопросов. Во-первых, устанавливает общий порядок организации и осуществления контроля (надзора), а именно: способы осуществления контроля, виды проверок, сроки осуществления проверок, документальное оформление контрольных мероприятий. Данный порядок распространяется на все виды государственного контроля (надзора), кроме тех, которые прямо исключены из сферы действия Федерального закона о контроле. Во-вторых, Федеральный закон о контроле регулирует защиту прав хозяйствующих субъектов при осуществлении контроля (надзора), определяя способы защиты прав, а также основания для признания результатов проверки не имеющими юридической силы. Федеральный закон о контроле допускает обширное *специальное регулирование* отдельных видов государственного контроля, перечень которых определен в ч. 4 ст. 1 указанного Закона. Данный перечень довольно часто подвергается изменени-

ям и дополнениям, требует постоянного внимания к действующему законодательству. *Специальные нормы* содержатся в других федеральных законах (их более 100) и иных нормативных правовых актах (преимущественно в административных регламентах). Если специальные нормы предусматривают иной порядок проведения проверок, то действует специальный, а не общий порядок, который предусмотрен в Федеральном законе о контроле. Специальные нормы могут устанавливать особенности организации и проведения проверок при осуществлении отдельных видов контроля в части вида, предмета, оснований проверок, сроков, периодичности их проведения, уведомлений о проведении внеплановых выездных проверок, согласования проведения внеплановых выездных проверок с органами прокуратуры¹⁹.

Особое место в правовом регулировании занимают *административные регламенты*. Они являются подзаконными нормативными актами, поэтому не могут устанавливать права и обязанности участников отношений, но могут определять только некоторые процедурные правила. В то же время с точки зрения предпринимателей и должностных лиц контрольно-надзорных органов эти акты удобнее для ознакомления, так как содержат последовательное и полное описание всех действий контрольно-надзорных органов. Отрицательным следствием этого преимущества являются большой объем регламента и сложный для понимания юридический и технический язык.

Кроме того, с позиций юридической науки появление административных регламентов можно охарактеризовать как смешение двух разных типов правового регулирования. Под влиянием идеологии административной реформы, ориентированной на опыт стран англосаксонской системы, где вместо универсального закона принимаются административные регламенты для каждого органа и каждого вида административной процедуры, ранее типично континентальное правовое регулирование административных процедур в России пошло по иному пути. Тем самым смести-

¹⁷ См.: Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 27 января 2012 г. по делу № А33-14638/2011; Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10 сентября 2012 г. по делу № А13-16894/2011.

¹⁸ См.: Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 11 октября 2013 г. по делу № А43-9885/2013.

¹⁹ Соотношение общего и специального порядка осуществления государственного контроля можно продемонстрировать на следующем примере. Контроль за промышленной безопасностью регулируется ФЗ о контроле, а также специальными нормами, содержащимися в ст. 16 Федерального закона “О промышленной безопасности опасных производственных объектов” от 21 июля 1997 г. № 116-ФЗ (далее – Федеральный закон о промышленной безопасности). Федеральный закон о контроле устанавливает общий срок проведения проверок – не более 20 рабочих дней. Федеральный закон о промышленной безопасности устанавливает специальный срок проведения проверок – не более 30 рабочих дней.

лись акценты в регулировании взаимоотношений органов публичной власти и граждан – они стали регулироваться многочисленными подзаконными нормативными актами органов исполнительной власти и органов местного самоуправления. Следовательно, снизился иерархический уровень нормативных правовых актов, регулирующих данные взаимоотношения. Теперь в своей основной массе (а масса эта катастрофически велика) это – не законы, а подзаконные акты. Достаточно часто в административных регламентах воспроизводятся дословно положения федеральных законов, что, во-первых, формирует представление об отсутствии принципа прямого действия федерального закона, во-вторых, вызывает иллюзию ненужности самого закона²⁰.

Таким образом, трудно согласиться в полной мере с мнением, высказанным в литературе, о том, что Федеральный закон о контроле является системообразующим нормативным правовым актом, регулирующим порядок реализации контрольно-надзорной функции²¹.

Понятие государственного контроля

Правильное понимание сущности и видов контроля имеет не только теоретическое, но и практическое значение. В самом общем виде контроль – это проверка соответствия фактического состояния дел заданному²². Сущность контроля состоит в наблюдении за соответствием деятельности подконтрольного объекта тем предписаниям, которые он получает от управляющего субъекта. В процессе контроля анализируется фактическое положение дел, сопоставляется истинное положение с намеченными целями, оценивается контролируемая деятельность и определяются пути устранения вскрытых недостатков. Именно социальное назначение контроля как функции социального управления позволяет говорить о самостоятельности данной функции и дает возможность отделить ее от других функций управления

не только в научном, но и в организационном плане²³. Этот тезис может быть использован для обоснования необходимости и обоснованности специального правового регулирования контроля как самостоятельной функции государственного управления, а также для определения в Федеральном законе о контроле его социально значимых целей по совершенствованию государственного регулирования экономической деятельности.

Исследуемое законодательство несколько сужает понятие и цели государственного контроля применительно к предпринимательской деятельности и определяет его как деятельность, направленную на *предупреждение, выявление и пресечение нарушений* требований, установленных действующим законодательством, которая осуществляется путем организации и проведения *проверок*, принятия *мер* по пресечению и (или) устранению последствий выявленных нарушений, *систематического наблюдения* за исполнением обязательных требований, *анализа и прогнозирования* состояния исполнения обязательных требований. Из данного определения можно вывести *цели* данного *контроля* – предупреждение, выявление и пресечение нарушений требований законодательства. Осуществление контрольных мероприятий, не соответствующих данным целям, при наличии доказательств может быть оспорено. Например, общественная организация выиграла дело в суде, оспорив решение Управления Минюста России о проведении проверки, поскольку параллельно уже проводились финансовые проверки другими органами (налоговой инспекцией, следственным управлением, областным и городским спорткомитетами и др.). Суд посчитал, что факты многочисленных проверок общественной организации *не соответствуют целям, преследуемым Федеральным законом о контроле*²⁴.

Понятие государственного контроля имеет важное практическое значение, поскольку Федеральный закон о контроле распространяется только на государственный (муниципальный) контроль как вид деятельности и не регулирует иные виды контроля, которые также могут осуществляться государственными органами. Указанный Закон не распространяется на проверки исполнения контрактов (договоров), поскольку предметом подобных проверок является выполнение гражданско-правовых обязательств, а не обязательных требований, установленных нормативными

²⁰ Подробнее критику административных регламентов см.: *Мицкевич Л.А.* Влияние новых управленческих процедур на развитие науки административного права // *Право и процесс в XXI веке: континентальный опыт и перспективы.* Сб. науч. ст. / Отв. ред. Т.В. Сахнова. Красноярск, 2011.

²¹ См.: *Спектор А.А.* Защита прав субъектов малого и среднего предпринимательства при проведении государственного контроля (надзора) // *Предпринимательское право. Приложение "Бизнес и право в России и за рубежом"*. 2013. № 2.

²² О доктринальном понятии государственного контроля (надзора) см. подробнее: *Студеникина М.С.* Государственный контроль в сфере управления. М., 1974. С. 5–7; *Петров А.В., Епифанов А.Е.* Юридическая природа государственного контроля и надзора // *Журнал рос. права.* 2013. № 7. С. 36–49.

²³ См.: *Шорина Е.В.* Контроль за деятельностью органов государственного управления в СССР. М., 1981. С. 22, 23.

²⁴ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 26 февраля 2010 г. по делу № А12-17901.

правовыми актами²⁵, а также на проверки, в ходе которых публичный собственник контролирует соблюдение своих прав собственника объекта недвижимого имущества (в связи с использованием земельного участка без оформления правоотношений в установленном порядке)²⁶.

В зарубежном административном праве государственный контроль рассматривается как способ получения административными органами необходимой и достаточной информации (общей информации и информации о конкретных случаях) о состоянии экономики, как условие для последующего эффективного государственного воздействия на экономику, применения инструментов вмешивающегося государственного управления (прежде всего предписаний и запретов)²⁷. При этом, что важно отметить, меры государственного контроля *не могут иметь целью создать по желанию конкурента* какие-либо препятствия для осуществления экономической деятельности²⁸.

Принципы государственного контроля (надзора)

Значение принципов состоит в том, что они должны быть фундаментом правового регулирования и правоприменительной практики, обеспечивая предсказуемость и стабильность государственного воздействия на соответствующую группу общественных отношений²⁹. В административном праве зарубежных стран теория принципов государственного управления занимает центральное место, а в судебной практике весьма распространены споры, в которых граждане ссылаются на нарушение действиями и актами государственного управления именно принципов государственного управления³⁰. Анализ отечественной судебной практики позволяет констатиро-

вать, что суды лишь в редких случаях мотивируют свои выводы ссылками на соответствующие принципы административного права, в том числе при рассмотрении дел, связанных с оспариванием решений и действий контрольно-надзорных органов.

Незначительная инструментальная роль принципов в отечественном административно-правовом регулировании обусловлена несколькими факторами. Во-первых, в науке административного права принципы государственного управления описываются преимущественно как принципы государственного управления в широком смысле слова, т.е. как принципы упорядочивающей деятельности всех органов государства, а не государственно-управленческой деятельности органов исполнительной власти³¹. Во-вторых, у законодателя отсутствуют устоявшиеся и единообразные подходы к методике и практике легального закрепления принципов административного права в тексте законов, а многие законы вообще их не содержат³². Следует положительно оценить закрепление в ст. 3 Федерального закона о контроле принципов осуществления государственного контроля, хотя указанное выше отсутствие устоявшихся и единообразных подходов к методике и практике легального закрепления принципов в тексте законов существенно отразилось на качестве их формулировок, которые являются чрезмерно громоздкими и трудно читаемыми. Например, “принцип проведения проверок в соответствии с полномочиями органа государственного контроля (надзора), принцип недопустимости требования о получении юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями разрешений, заключений и иных документов, выдаваемых органами государственной власти, органами местного самоуправления, для начала осуществления предпринимательской деятельности” является составной частью *принципа законности*, который хорошо известен отечественной судебной практике, которая не всегда учитывается законодателем при конструировании как правовых норм, так и принципов³³.

³¹ См.: там же. С. 451.

³² См.: Писенко К.А. Указ. соч. С. 14.

³³ Согласно п. 25 постановления Пленума Верховного Суда РФ “О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих” от 10 февраля 2009 г. № 2 при оценке законности решения властного субъекта суд проверяет следующие обстоятельства: 1) *имеет ли орган (лицо) полномочия* на принятие решения, 2) *соблюден ли порядок принятия решений*, если такие требования установлены нормативными правовыми

²⁵ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14 марта 2013 г. по делу № А40-91565/12-152-477.

²⁶ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 23 июля 2013 г. по делу № А40-139257/12-148-1349.

²⁷ См.: *Jaras H.D. Wirtschaftsverwaltungsrecht: mit Wirtschaftsverfassungsrecht.* – 3., neubearb. Aufl. – Neuwied; Krieffel; Berlin; Luchterhand, 1997. § 11. Rn. 1, 3.

²⁸ См.: *Thiel M. Auskunftsverlangen und Nachschau als Instrumente der Informationsbeschaffung im Rahmen der Gewerbeaufsicht* // *GewArch* 2001. S. 403–409.

²⁹ См.: Писенко К.А. Методологические проблемы исследования принципов административного права // *Административное право и процесс.* 2011. № 3. С. 12.

³⁰ См.: Мицкевич Л.А. Принципы государственного управления // *Материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной 15-летию Конституции Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Мацкевич, Е.С. Шугрина.* Т. 1. М., 2009. С. 452.

Принцип недопустимости проводимых в отношении одного юридического лица или одного индивидуального предпринимателя несколькими органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля проверок исполнения одних и тех же обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами, представляет собой частный случай известного в зарубежной и отечественной административно-правовой науке запрета чрезмерного государственного вмешательства³⁴.

Все перечисленные в Федеральном законе о контроле принципы можно разделить на две группы: принципы, направленные на защиту прав предпринимателей³⁵, и принципы организации

актами (форма, сроки, основания, процедура и т.п.). При этом о незаконности оспариваемых решений свидетельствует лишь существенное несоблюдение установленного порядка, 3) *соответствует ли содержание* оспариваемого решения требованиям закона и иного нормативного правового акта, регулирующих данные правоотношения. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 4. С. 7–16.

³⁴ В частности, о недопущении избыточного государственного принуждения см.: постановление Конституционного Суда РФ от 25.02.2017 № 4-П/2014 “По делу о проверке конституционности ряда положений статей 7.3, 9.1, 14.43, 15.19, 15.23.1 и 19.7.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с запросом Арбитражного суда Нижегородской области и жалобами обществ с ограниченной ответственностью “Барышский мясокомбинат” и “ВОЛМЕТ”, открытых акционерных обществ «Завод “Реконд”», “Эксплуатационно-технический узел связи” и “Электронкомплекс”, закрытых акционерных обществ “ГЕОТЕХНИКА П” и “РАНГ” и бюджетного учреждения здравоохранения Удмуртской Республики «Детская городская больница № 3 “Нейрон”» Министерства здравоохранения “Удмуртской Республики” // Официальный интернет-портал правовой информации // <http://www.pravo.gov.ru> (Дата обращения: 27.02.2014 г.).

³⁵ К ним можно отнести: 1) преимущественно уведомительный порядок начала осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности; 2) презумпция добросовестности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей; 3) открытость и доступность для юридических лиц, индивидуальных предпринимателей нормативных правовых актов Российской Федерации, муниципальных правовых актов, соблюдение которых проверяется при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля, а также информации об организации и осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля, о правах и об обязанностях органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля, их должностных лиц, за исключением информации, свободное распространение которой запрещено или ограничено в соответствии с законодательством Российской Федерации; 4) проведение проверок в соответствии с полномочиями органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, их должностных лиц; 5) недопустимость проводимых в отношении одного юридического лица или одного индивидуального предпринимателя несколькими

и осуществления государственного контроля³⁶. Принципы первой группы *направлены на защиту прав предпринимателей* и сформулированы более широко, чем конкретные права и обязанности органов и должностных лиц. Они запрещают органам и должностным лицам совершать любые действия, противоречащие основным идеям, отраженным в данных принципах. Следует понимать, что принципы сформулированы достаточно абстрактно, обобщенно. Поэтому практика их применения иногда бывает противоречивой. Это можно увидеть на примере толкования принципа недопустимости проведения проверок несколькими органами исполнения одних и тех же требований в отношении одного юридического лица (индивидуального предпринимателя). В некоторых случаях суды не считают, что нарушен этот принцип, потому что проверка производилась одновременно федеральным органом исполнительной власти и прокуратурой, а прокуратура осуществляет не государственный контроль, а прокурорский надзор³⁷. Однако здесь норма истолкована судом буквально, без учета закрепленного в законе принципа. Прокуратура имеет цель не допустить чрезмерное количество проверок в отношении предпринимателей, но, по

органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля проверок исполнения одних и тех же обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами; 6) недопустимость требования о получении юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями разрешений, заключений и иных документов, выдаваемых органами государственной власти, органами местного самоуправления, для начала осуществления предпринимательской деятельности, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

³⁶ К этой группе принципов можно отнести 1) ответственность органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля, их должностных лиц за нарушение законодательства Российской Федерации при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля; 2) недопустимость взимания органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля с юридических лиц, индивидуальных предпринимателей платы за проведение мероприятий по контролю; 3) финансирование за счет средств соответствующих бюджетов, проводимых органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля проверок, в том числе мероприятий по контролю; 4) разграничение полномочий федеральных органов исполнительной власти в соответствующих сферах деятельности, уполномоченных на осуществление федерального государственного контроля (надзора), органов государственной власти субъектов Федерации в соответствующих сферах деятельности, уполномоченных на осуществление регионального государственного контроля (надзора), на основании федеральных законов и законов субъектов Федерации.

³⁷ См.: Определение Московского городского суда от 31 января 2013 г. по делу № 4г/6-1028.

существо, данный принцип нарушается. В другом случае суд также буквально истолковал этот принцип, посчитав, что проверка юридического лица несколькими территориальными органами одного и того же федерального органа исполнительной власти (Росприроднадзора) не является нарушением принципа недопустимости одновременных проверок³⁸. Действительно, территориальные органы федеральных органов исполнительной власти по своему статусу не являются самостоятельными органами контроля. Это лишь территориальные подразделения федерального органа. Однако если анализировать не статус органов, а цели данного принципа, то следовало бы установить, не было ли дублирующим, чрезмерным и обременительным для юридического лица количество проверок, количество проверяющих, количество истребуемых документов.

Вторая группа принципов отражает *руководящие начала организации и осуществления государственного контроля* и адресована в первую очередь органам и должностным лицам, осуществляющим контроль. Однако их несоблюдение оказывает непосредственное влияние на права юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, а также на их защиту. Например, ссылаясь на принцип недопустимости взимания с юридических лиц, индивидуальных предпринимателей контрольно-надзорными органами платы за проведение мероприятий по контролю, суд признал противоречащей закону и не действующей норму Порядка разработки и принятия административных регламентов осуществления муниципального контроля, предусматривающую возможность взимания платы³⁹.

Полномочия контрольно-надзорных органов при проведении проверок

Полномочия контрольно-надзорных органов зависят от вида проверки (документарная или выездная)⁴⁰. Основным полномочием контрольно-надзорных органов при проведении документарной проверки (проверка проводится по месту нахождения органа) является запрос документов, а при проведении выездной проверки – осмотр помещений, в которых осуществляется экономическая деятельность.

Запрос информации

Процедура запроса документов урегулирована в ст. 11 Федерального закона о контроле. Закон регулирует основания для направления запроса, устанавливает требование обоснованности запроса и запрещает требовать представления документов, если они не являются объектами проверки или не относятся к предмету проверки, изымать оригиналы таких документов, а также требовать нотариального удостоверения копий документов. Полномочиям органа запрашивать документы корреспондирует обязанность юридического лица, индивидуального предпринимателя в течение 10 рабочих дней со дня получения мотивированного запроса направить в контрольно-надзорный орган указанные в запросе документы в виде надлежащим образом заверенных копий либо в форме электронных документов. В случае неисполнения обязанности по предоставлению документов предусмотрена административная ответственность, ст. 19.7 КоАП РФ. Таким образом, закон не предоставляет проверяемому лицу права отказаться от предоставления истребуемых документов.

В зарубежном административном праве запрос информации является основным инструментом государственного контроля⁴¹. Полномочие запрашивать информацию предусмотрено в различных специальных законах в сфере государственного регулирования экономики⁴². Требование о предоставлении информации является административным актом⁴³. Данному полномочию корреспондирует обязанность предпринимателя по требованию административного органа своевременно предоставлять полную и достоверную информацию о своей экономической деятельности, в том числе документы⁴⁴. Предметом запроса может являться только собственная деятельность запрашиваемого предпринимателя, а не его клиентов или других третьих лиц. Запрос информации должен соответствовать целям закона. В случае, если предоставление информации по запросу повлечет за собой привлечение к административной либо уголовной ответственности на основании абз. 1 ст. 2 во взаимосвязи с абз. 1 ст. 1 Основного закона ФРГ, за предпринимателем (которому как

³⁸ См.: Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 22 июня 2010 г. по делу № А74-3783/2009.

³⁹ См.: Определение Верховного Суда РФ от 17 октября 2012 г. по делу № 48-АПГ12-4.

⁴⁰ Подробно о соотношении видов проверок см.: *Мицкевич Л.А., Васильева А.Ф.* Если к вам пришел государственный инспектор... Практик. пособие для предпринимателей. Красноярск, 2014. С. 20–30.

⁴¹ См.: *Jaras H.D.* Op. cit. § 11. Rn. 1, 3.

⁴² Например: абз. 2, 3 § 52 Закона о защите от негативного воздействия на окружающую среду, абз. 1 § 22 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле, § 38 Закона об осуществлении ремесленных видов деятельности.

⁴³ См.: *Thiel M.* Op. cit. S. 403–409.

⁴⁴ См.: *Jaras H.D.* Op. cit. § 11. Rn. 4.

физическому лицу угрожает уголовно-правовая либо административно-правовая санкция) признается *право отказаться предоставлять запрашиваемую информацию*. Это право признается судебной практикой и частично урегулировано в законе (например, абз. 5 § 52 Закона о защите от негативного воздействия на окружающую среду, абз. 3а § 35 Закона об осуществлении ремесленных видов деятельности). О том, что у предпринимателя есть такое право, ему обязан разъяснить административный орган⁴⁵. Право проверяемого на отказ от предоставления информации по запросу административного органа вытекает из конституционного права не свидетельствовать против себя самого и своих близких. Однако правом на отказ от предоставления информации не обладают юридические лица. Согласно правовой позиции Федерального конституционного суда Германии основные права граждан распространяются на юридических лиц, если это соответствует сущности конструкции юридического лица⁴⁶. В случаях, когда защита основных конституционных прав привязана к особенностям, формам выражения или отношениям, которые свойственны сущности физического лица, распространение конституционных прав граждан на юридических лиц недопустимо. В особенности это касается тех случаев, когда защита основного конституционного права осуществляется в интересах обеспечения человеческого достоинства, что относится только к физическим лицам. Право на отказ свидетельствовать против себя самого обеспечивает сохранение человеческого достоинства, что исключает его распространение на юридических лиц⁴⁷.

Контрольно-надзорные органы часто сочетают в себе и полномочия административно-юрисдик-

ционного органа, поэтому немецкий законодатель выбрал такой подход к соотношению контрольно-надзорной и юрисдикционной процедур: признание права предпринимателя на отказ от предоставления информации вместо установления запрета использования доказательств, полученных в рамках контрольно-надзорной деятельности, при производстве по делу об административном правонарушении⁴⁸. Такой подход законодателя критикуется в немецкой литературе по двум причинам. Во-первых, право на отказ предпринимателя предоставлять информацию лишь условно усиливает его правовое положение, поскольку административный орган обладает иными полномочиями, при реализации которых право на отказ не действует. Во-вторых, заимствование административным правом права на отказ из уголовного права оценивается как системная ошибка, поскольку целью контроля является не наказание, а предотвращение опасностей. Речь идет не о субъективной вине, но об устранении объективных угроз наступления вредных последствий в связи с осуществлением экономической деятельности⁴⁹. Кроме того, предприниматель, отказывающийся предоставить информацию (например, если она может служить основанием для возбуждения против него уголовного дела), может на основании § 35 Закона об осуществлении ремесленных видов деятельности быть признан неблагонадежным со всеми вытекающими правовыми последствиями⁵⁰.

Следует отметить, что подобные вопросы стоят и перед отечественной наукой и практикой. Так, в отечественном законодательстве не решен вопрос о соотношении двух процедур: процедуры контрольной проверки и производства по делу об административном правонарушении. Это порождает проблемы при использовании доказательств, полученных при проведении проверки, для привлечения к административной ответственности⁵¹. На практике чаще всего сложности возникают с оценкой одноименных доказательств, процедура

⁴⁵ См.: *Thiel M.* Op. cit. S. 403–409.

⁴⁶ Такой подход, согласно которому то или иное конституционное право человека и гражданина может распространяться на юридических лиц в той степени, в какой это право по своей природе может быть к ним применимо, характерен и для нашей правовой системы. Так, Конституционный Суд РФ признал юридических лиц как объединения граждан субъектами конституционного права на обращение, поскольку данное право по своей правовой природе может принадлежать как физическим, так и юридическим лицам (см.: постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 1, части 1 статьи 2 и статьи 3 Федерального закона «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» в связи с запросом «Законодательного собрания Ростовской области» от 18 июля 2012 г. // Собрание законодательства РФ. 2012. № 32. Ст. 4470).

⁴⁷ См.: Решение Федерального конституционного суда Германии от 26 февраля 1997 г., 1 BvR 2172/96 // BVerfG, DVBl. 1997. 606.

⁴⁸ См.: *Thiel M.* Op. cit. S. 403–409.

⁴⁹ См.: *ibid.*

⁵⁰ См.: *Jaras H.D.* Op. cit. § 11. Rn. 6, 7.

⁵¹ Подробно о различиях процессуальной формы сбора доказательств по Федеральному закону о контроле и КоАП РФ см.: *Морозова Н.А.* Использование в производстве по делам об административных правонарушениях доказательств, полученных в результате проведения проверок на основании норм Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // *Административное право и процесс.* 2012. № 12.

получения которых по-разному регулируется Федеральным законом о контроле и КоАП РФ. Например, как Федеральный закон о контроле, так и КоАП РФ содержат нормы о возможности проведения экспертизы, но требования к процедуре разные. В некоторых случаях суды не принимают в качестве доказательств при рассмотрении дел о привлечении к административной ответственности лабораторные анализы и иные исследования (экспертизы), полученные в рамках осуществления государственного контроля, поскольку такие доказательства должны собираться по правилам КоАП РФ, предусматривающим более высокий уровень процессуальных гарантий, а не по правилам Федерального закона о контроле⁵².

Однако проблема состоит не только в том, что процедура сбора доказательств при осуществлении государственного контроля отличается от соответствующей процедуры при производстве по делу об административных правонарушениях. Федеральный закон о контроле фактически не регулирует процедуру сбора доказательств. В ряде случаев процедуру сбора отдельных видов доказательств определяют подзаконные нормативные правовые акты. На основе немецкого опыта разрешения подобных ситуаций можно предложить также ввести в Федеральный закон о контроле норму о праве предпринимателя не свидетельствовать против себя и своих близких, если по результатам контроля вероятно привлечение к административной или уголовной ответственности. Кроме того, можно предложить два возможных варианта регулирования соотношения этих процедур. При первом варианте совпадающие виды доказательств необходимо одинаково регулировать в Федеральном законе о контроле и в КоАП РФ. При втором варианте – в рамках производства по делу об административном правонарушении повторно собирать те же самые доказательства, только с соблюдением процессуальной формы.

Осмотр территории

Основным полномочием при проведении выездной проверки является право доступа на территорию осуществления экономической деятельности. Данному полномочию согласно ч. 5 ст. 12 Федерального закона о контроле корреспондируют две обязанности юридического лица, индивидуального предпринимателя: 1) предоставить должностным лицам контрольно-надзорного органа возможность ознакомиться с документами,

связанными с целями, задачами и предметом выездной проверки (в случае если выездной проверке не предшествовало проведение документарной проверки); 2) обеспечить доступ проводящих выездную проверку должностных лиц и участвующих в выездной проверке экспертов на территорию, в используемые юридическим лицом и при осуществлении деятельности здания, строения, сооружения, помещения, к используемому оборудованию, подобным объектам, транспортным средствам и перевозимым ими грузам.

В зарубежном административном праве осмотр помещений, в которых осуществляется экономическая деятельность, также является основным инструментом государственного контроля⁵³. Данное полномочие включает в себя право компетентного органа обследовать помещения и производственные площади, в которых предприниматель осуществляет свою деятельность, а также право изучения документов. Объем полномочия по осмотру помещения не включает в себя право личного досмотра, а также право изъятия документов или прочих предметов. Праву органа на осмотр (обследование) помещений корреспондирует обязанность предпринимателя не только претерпевать посещение должностными лицами помещений, не препятствовать проведению обследования, но и содействовать проведению осмотра путем устранения препятствий (открыть двери, обеспечить достаточное освещение и др.)⁵⁴. Осмотр помещений осуществляется по общему правилу в рамках рабочего времени предпринимателя (принцип соразмерности). Однако предприниматель вправе предложить иное время, когда осмотр не будет мешать нормальному осуществлению его деятельности⁵⁵.

Уведомление о проведении проверки

Статьи 9, 10 Федерального закона о контроле предусматривают обязанность контрольно-надзорных органов до проведения как плановой, так и внеплановой проверок уведомлять проверяемых о проведении проверок, соответственно, не позднее чем в течение трех рабочих дней и

⁵² См.: Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда 25 июля 2013 г. по делу № А74-1086/2013.

⁵³ Следует отметить, что ряд иных полномочий по осуществлению государственного контроля предусмотрен в специальных законах. Например, в рамках контроля за качеством пищевых продуктов могут изыматься пробы (§ 42 Закона о пищевых продуктах, кормах), в целях защиты окружающей природной среды от вредного воздействия, на земельных участках, на которых расположены производственные помещения, могут проводиться замеры (аз. 2, 3 § 52 Закона о защите от негативного воздействия на окружающую среду).

⁵⁴ См.: OVG Hamburg, GewArch 1991. 423 f.

⁵⁵ См.: Jaras H.D. Op. cit. § 11. Rn. 10, 11.

не менее чем за 24 часа до начала проведения проверки⁵⁶. Предварительное уведомление дает предпринимателю значительное преимущество в виде возможности подготовиться к проведению проверки.

В немецком административном праве используется другой подход – закон не предусматривает обязанности административного органа уведомить предпринимателя о времени проведения осмотра, поскольку в случае сообщения предпринимателю указанной информации не будет достигнута цель контрольно-надзорного мероприятия. Предприниматель должен всегда рассчитывать на то, что административный орган может обследовать его помещения, что способствует соблюдению с его стороны законодательства.

Периодичность проведения осмотров (с точки зрения нашего законодательства – выездных проверок) не предусмотрена, однако административный орган не должен злоупотреблять своими полномочиями⁵⁷.

Таким образом, полномочия должностных лиц при проведении мероприятий государственного контроля в отечественной и зарубежной практике вполне сопоставимы. Рассмотренные отличия могут быть использованы для рекомендаций о возможности внесения в Федеральный закон о контроле нормы о праве предпринимателя не свидетельствовать против себя и своих близких, если по результатам контроля вероятно привлечение к административной или уголовной ответственности, а также о необходимости одинаково урегулировать в Федеральном законе о контроле и в КоАП РФ процедуру сбора доказательств или четко закрепить их соотношение.

Вышеизложенное позволяет сформулировать ряд предложений.

Во-первых, предлагаемое в статье деление государственного управления в зависимости от последствий для граждан на “негативное” и “позитивное” позволяет констатировать, что регулирование контроля и предоставление пуб-

личных услуг разными по концептуальной основе законами (в частности, в отношении порядка досудебного обжалования) размывает единство деятельности органов исполнительной власти. Представляется целесообразным либо принять универсальный закон об административной процедуре с установлением особенностей оспаривания обременяющего и благоприятствующего индивидуальных актов государственного управления, либо установить специальный порядок административного обжалования решений и действий контрольно-надзорных органов.

Во-вторых, сущность контроля состоит в установлении соответствия фактического положения дел заданному, а его социальная функция направлена на получение информации о состоянии объекта управления для корректировки и совершенствования управления. Федеральный закон о контроле значительно сужает данные цели, определив в качестве таковых лишь предупреждение, выявление и пресечение нарушений требований законодательства. Практическое значение утилитарных целей данного вида контроля состоит в том, что осуществление контрольных мероприятий, не соответствующих данным целям и при наличии доказательств может быть оспорено. Представляется возможным закрепить в Законе о контроле и социальные цели самого государственного контроля, и утилитарные цели проведения контрольно-проверочных мероприятий.

В-третьих, принципы государственного контроля, которые можно разделить на две группы (принципы, направленные на защиту прав предпринимателей, и принципы организации и осуществления государственного контроля), сформулированы в некоторых случаях недостаточно корректно, что влечет противоречия при их применении.

В-четвертых, закрепленные законом полномочия должностных лиц при проведении мероприятий государственного контроля в отечественной и зарубежной практике вполне сопоставимы. Выявленные отличия позволяют рекомендовать закрепить в Федеральном законе о контроле право предпринимателя не свидетельствовать против себя и своих близких, если по результатам контроля вероятно привлечение к административной или уголовной ответственности, а также сделать вывод о необходимости одинаково урегулировать в Федеральном законе о контроле и в КоАП РФ процедуру сбора доказательств или четко закрепить их соотношение.

⁵⁶ Согласно ч. 17 ст. 10 Федерального закона о контроле предварительного уведомления не требуется при поступлении в контрольно-надзорные органы информации о следующих фактах: 1) причинен или причиняется вред жизни, здоровью граждан, вред животным, растениям, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов РФ, безопасности государства; 2) возникли или могут возникнуть чрезвычайные ситуации природного и техногенного характера.

⁵⁷ См.: Thiel M. Op. cit. S. 403–409.