

изречение Гераклита «все течет, все меняется» как нельзя лучше характеризует современное состояние законодательства о банкротстве.

Илья Михайлович Шевченко,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: i.shevchenco@mail.ru
© И.М. Шевченко, 2012

О НЕКОТОРЫХ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫХ АСПЕКТАХ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИИ

Согласно ст. 34 Конституции Российской Федерации каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Согласно ст. 8 Конституции Российской Федерации в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. Таким образом, экономическая деятельность характеризуется в Российской Федерации термином «свобода».

В связи с этим любое государственное воздействие на экономическую сферу так или иначе является регулированием пределов экономической свободы. Даже косвенно воздействуя на экономические отношения, государство «разворачивает» их под определенным, нужным ему углом (при этом существует презумпция, что нарушить общую логику экономических отношений кардинально государство не может). Так, предоставляя субъектам рынка определенные блага, государство включает и определенный регулятивный механизм, поскольку предоставление соответствующей государственной помощи обычно сопровождается некоторыми условиями и в любом случае ограничивает права других участников рынка, ставя их в объективно неравные условия хотя бы по факту отсутствия такой помощи.

Согласно ч. 3 ст. 55 Конституции России права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Конечно, не все формы государственного воздействия на экономическую сферу являются ограничениями прав в смысле ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ: таковое можно сказать только о самых очевидных случаях, когда ограничительный характер выражен наиболее выпукло. В этом случае можно говорить об условиях реализации свободы экономической деятельности. Однако в любом случае,

отталкиваясь от понимания правореализации в сфере экономики как проявления свободы, при регулировании экономической деятельности нужно исходить из баланса конституционных ценностей. Конституционный Суд России, исходя из собственной практики и учитывая практику Европейского Суда по правам человека, конституционных судов Европы, выработал ряд правовых позиций, касающихся допустимого ограничения прав и свобод человека и гражданина:

— ограничения конституционных прав должны быть необходимыми и соразмерными конституционно признаваемым целям таких ограничений;

— в тех случаях, когда конституционные нормы позволяют законодателю установить ограничения закрепляемых ими прав, он не может осуществлять такое регулирование, которое посягало бы на само существо того или иного права и приводило бы к утрате его реального содержания;

— при допустимости ограничения того или иного права в соответствии с конституционно одобряемыми целями государство, обеспечивая баланс конституционно защищаемых ценностей и интересов, должно использовать не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные этими целями меры;

— норма Конституции о возможности ограничения прав и свобод, при определенных условиях, не может служить оправданием ущемления прав и свобод человека и гражданина в зависимости от национальной принадлежности или иного обстоятельства;

— публичные интересы, перечисленные в ст. 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации, могут оправдать правовые ограничения прав и свобод, только если такие ограничения отвечают требованиям справедливости, являются адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей, в том числе прав и законных интересов других лиц, не имеют обратной силы и не затрагивают само существо конституционного права, т. е. не ограничивают пределы и применение основного содержания соответствующих конституционных норм;

— чтобы исключить возможность несоразмерного ограничения прав и свобод человека и гражданина в конкретной правоприменительной ситуации, норма должна быть формально определенной, точной, четкой и ясной, не допускающей расширительного толкования установленных ограничений и, следовательно, произвольного их применения.²⁷¹

Рассмотрим теперь типологию (классификацию) ограничений или условий реализации свободы экономической деятельности.

Первое основание — по цели ограничения или установления условия деятельности. Здесь можно условно разграничить на ограничение в широко понимаемых публичных интересах (например, предварительное согласование сделок, влекущих за собой установление контроля иностранного инвестора или группы лиц над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение) и в интересах других лиц, которых можно определить.

²⁷¹ Зорькин В.Д. Конституция и права человека в XXI веке. М., 2008. С. 85–87.

Второе основание — по циклу экономической деятельности, на который приходится ограничение или которого касается условие: создания субъекта предпринимательской деятельности; допуск субъекта предпринимательской деятельности на рынок (в том числе степень гарантированности конкурентной среды); реализация разрешительных процедур в ходе деятельности на рынке; осуществление контрольных и надзорных процедур в отношении субъекта предпринимательства; самоорганизация (саморегулирование) субъектов предпринимательской деятельности; обеспечение интересов потребителей (в том числе в части безопасности процесса и результата деятельности субъектов предпринимательской деятельности); обеспечение интересов работников субъектов предпринимательской деятельности (социальные гарантии работников).

Третье основание — является ли это ограничение или условие «чистым» ограничением, не связанным с предоставлением соответствующему лицу какого-либо блага, либо ограничение выступает условием предоставления блага (например, государственной поддержки).

Четвертое основание — является ли данное ограничение или условие ситуативным, связанным с конкретным правоотношением (например, квотирование при экспорте конкретного вида товара) или является обуславливающим всю деятельность (например, запреты для субъекта предпринимательской деятельности, занимающего доминирующее положение на рынке).

Безусловно, применительно к конкретному носителю юридических прав в экономической деятельности и конкретным правоотношениям с его участием применимы все эти основания классификации ограничения или условий реализации права. Отметим, что ограничение экономической свободы, всегда создавая препятствия для неограниченной правореализации (реализации экономической свободы) хотя бы одной из сторон правоотношений, может оказывать позитивное влияние на экономику в целом, тем самым улучшая не правовые, а экономические условия правореализации. Именно таковыми могут быть применяемые государством механизмы преодоления экономических кризисов (можно вспомнить «новый экономический курс» Ф. Рузвельта, установление многими странами дополнительных условий банковской деятельности в ходе последнего экономического кризиса). Иными словами, иногда ухудшение возможностей для правореализации в экономике для определенных категорий субъектов экономической деятельности стимулирует улучшение экономики как таковой.

Можно выделить, в принципиальном плане, две возможных модели роли органов публичной власти в экономике: формы, в которых органы публичной власти могут непосредственно осуществлять правореализацию в экономике, и формы, в которых органы публичной власти могут влиять на правореализацию в экономике. В первом случае они участвуют в правоотношении с конкретными участниками экономической деятельности, во втором — либо совсем не участвуют в правоотношениях, либо участвуют в правоотношениях общего характера (с неопределенным числом участников), как, например, управляя

государственной собственностью. Рассмотрим подробнее непосредственную правореализацию государственных органов в экономике.

Непосредственная правореализация в экономике в качестве правоприменителя — это «классическое» применение права — когда орган публичной власти принимает то или иное императивное решение в экономической сфере, изменяющее систему общественных отношений. В данном случае он выступает как в определенном смысле внешний субъект применительно к экономическим отношениям, влияя на эти отношения, прежде всего, через воздействие на непосредственного их участника. Здесь правоприменение нужно будет также разделить на осуществляемое непосредственно в экономической сфере и на осуществляемое формально не в экономической сфере, но воздействующее на экономическую сферу (например, привлечение к уголовной ответственности руководителя хозяйствующего субъекта формально не за экономическое преступление). Такое правоприменение может быть как судебным, так и внесудебным (из внесудебного наиболее показательным правоприменением Федеральной антимонопольной службы и ее территориальных органов).

Участие органов публичной власти в гражданско-правовых отношениях, напротив, является «нетипичной» для публичной власти формой непосредственной правореализации в экономике: это те случаи, когда публичная власть (ее органы) выступают как обычный субъект соответствующих отношений, т. е. участвует в сделках и так далее.

При этом определенный интерес представляет такая категория как «стимулирующее применение права». Стимулирующее применение права имеет место, когда орган публичной власти действует в экономической сфере (вступая в конкретные правоотношения) с определенной целью, в которой отсутствует его непосредственный экономический интерес, но не путем непосредственного императивного воздействия на экономическую сферу, а путем стимулирования (создания условий) для экономической деятельности конкретных субъектов предпринимательства. Примером, особенно актуальным в условиях финансового кризиса, является государственная финансовая поддержка. Есть также модели целевой ускоренной правореализации, связанной с осуществлением публичных функций в экономике (например, приватизация государственного имущества, концессия, участие органов публичной власти в соглашениях о разделе продукции).

Роль органов публичной власти в правореализации в экономике во многом обусловлена принадлежностью этих органов к одному из уровней публичной власти — федеральному, региональному (субъектов Российской Федерации) и местному. Необходимо обратиться к положениям ст. 71 и 72 Конституции Российской Федерации. Так, к предметам ведения Российской Федерации (ст. 71 Конституции РФ) относятся, применительно к той сфере, которая традиционно понимается как экономическая и финансовая: федеральная государственная собственность и управление ею (п. «д»), установление основ федеральной политики и федеральные программы в области экономического развития Российской Федерации (п. «е»),

установление правовых основ единого рынка; финансовое, валютное, кредитное, таможенное регулирование, денежная эмиссия, основы ценовой политики; федеральные экономические службы, включая федеральные банки (п. «ж»), федеральный бюджет; федеральные налоги и сборы; федеральные фонды регионального развития (п. «з»), федеральные энергетические системы, ядерная энергетика, расщепляющиеся материалы; федеральные транспорт, пути сообщения, информация и связь; деятельность в космосе (п. «и»), внешнеэкономические отношения Российской Федерации (п. «л»), оборонное производство (п. «м»), официальный статистический и бухгалтерский учет (п. «р»). Кроме того, регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина (п. «в»), в том числе экономических, является предметом ведения Российской Федерации.

Если мы обратимся к полномочиям органов государственной власти субъектов Российской Федерации согласно ст. 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», а также к вопросам местного значения согласно ст. 14–16 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», то мы увидим, что если там и присутствует компетенция, связанная с экономической сферой, она скорее носит хозяйственный, а не экономический характер.

Одним из распространенных принципов разграничения полномочий по вертикали, как известно, является принцип субсидиарности, состоящий в том, чтобы вопросы, которые можно решать на более низком уровне публичной власти, не передавались на более высокий. Именно на таких подходах базируется настоящее местное самоуправление и полноценный федерализм. В целом российское законодательство воспринимает соответствующий подход. Но с возложением на нижестоящие уровни власти полномочий в экономической сфере ситуация несколько иная. Эти полномочия смещены, по сравнению с полномочиями в других сферах, в сторону компетенции более высокого уровня публичной власти (прежде всего федерального центра).

Какие соображения имеются в пользу того, чтобы фактически целенаправленно отступить применительно к этим полномочиям от принципа субсидиарности? В связи с этим рассмотрим более пристально полномочия по контролю и надзору за экономической деятельностью, понимаемые широко — включая разрешительные (лицензирование, квотирование и так далее) инструменты. Контроль и надзор является сферой, непосредственно затрагивающей права гражданина и организации. Поэтому при разграничении полномочий по контролю и надзору не может не учитываться необходимость использования тех механизмов и организационных решений, которые будут направлены на защиту прав организаций и граждан при осуществлении контроля.

Во-первых, при «настройке» механизмов осуществления контроля на защиту прав и законных интересов контролируемых лиц необходимо, в частности, осуществление организационно-методических действий,

направленных на повышение качества соответствующей деятельности. Чем больше степень централизованности таких действий, тем больше, по крайней мере в российских условиях, полезный эффект.

Во-вторых, теоретически, если нормативное регулирование контрольной деятельности в определенной сфере осуществляется на более высоком уровне, можно было бы допустить осуществление контроля на нижестоящем уровне публичной власти (имея в виду, прежде всего, контроль как специальную функцию власти, направленную «вовне»). Однако в данном случае осуществление регулирования и контроля именно на одном уровне публичной власти способствует скорейшей имплементации нормативно-установленных механизмов, направленных на защиту прав контролируемых лиц, в практическую деятельность.

Кроме того, если контролируемая деятельность осуществляется с определенным участием органов публичной власти нижестоящего уровня или организуется ими, то с точки зрения разделения функций исполнения и контроля контроль должен быть тем более «приподнят» на более высокий уровень публичной власти.

В-третьих, бесспорно наличие на более высоком уровне публичной власти возможности привлекать более квалифицированные кадры. В этом смысле очень показательны положения Федерального закона «О муниципальной службе в Российской Федерации», который применительно к муниципальной службе устанавливает более мягкие требования, чем установленные Федеральным законом «О государственной гражданской службе Российской Федерации» к государственной службе. Кадровая ситуация в территориальных органах федеральных органов исполнительной власти, скорее всего, не в такой степени принципиально выигрышна в сопоставлении с органами региональными, однако потенциал роста уровня кадрового обеспечения, безусловно, выше, чем в субъектах Российской Федерации, особенно дотационных.

В-четвертых, возможности осуществления механизмов территориальной ротации служащих (перевода чиновника на аналогичную работу на другую территорию) несоизмеримо выше в рамках системы федеральных органов исполнительной власти по сравнению с региональными и местными органами. Такая ротация является одним из серьезных факторов уменьшения рисков выстраивания неофициальных отношений между контролером и контролируемым. Другое дело, что возможности ротации используются федеральными органами недостаточно, однако потенциальная возможность для этого имеется.

Наконец, практика показывает, что на более высоком уровне публичной власти с большей смелостью отходят от системы исполнения полномочий «как есть» к системе исполнения «как эффективно и результативно», что

выражается, в том числе, в освобождении от избыточных функций (отметим также, что и правовые возможности для таких подходов вышестоящего уровня власти более очевидны). В этих условиях отнесение полномочия на более высокий уровень публичной власти, в частности, увеличивает шансы того, что соответствующее полномочие будет признано избыточным и отменено, что снизит давление публичной власти на экономику.

Итак, в рамках разграничения полномочий представляется необходимым принципиально переносить большую часть полномочий в экономической сфере на наиболее высокий уровень публичной власти, если из совокупности факторов, из характера общественных отношений, из других причин не вытекает необходимость его переноса на более низкий уровень публичной власти.

Если же в ряде случаев полномочия по контролю может быть целесообразно в качестве права или обязанности переложить на нижестоящий уровень власти, то для этого есть достаточные законодательные инструменты. Наиболее адекватной формой вовлечения субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в осуществление контрольных полномочий является модель допускаемого федеральным законом участия органов государственной власти субъектов Российской Федерации в осуществлении федерального полномочия (предусмотрена ст. 26.3.1 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»), участия органов местного самоуправления в осуществлении государственного полномочия (ч. 4 и 5 ст. 20 Федерального закона от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»). Она, при грамотном регулировании в законе, допускающем такое участие, позволяет, во-первых, обеспечить индивидуализированный подход к участию в осуществлении данного полномочия (в зависимости от ресурсов), во-вторых, сохранить возможности вышестоящих органов контролировать весь процесс осуществления данных полномочий и определять сферу их непосредственного осуществления.

Также отчасти решает проблему, являясь при этом даже более жесткой для нижестоящего уровня власти, система «делегирования» полномочий по контролю с субвенциями, с правом регулировать и контролировать процесс их осуществления (предусмотрена п. 7 ст. 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», ст. 19 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»). Она позволяет частично уменьшить негативные факторы при осуществлении полномочий в экономической сфере на нижестоящем уровне власти.

В заключение необходимо отметить следующее. Влияние публичной власти на правореализацию в экономике является в любом случае необходимым. Однако задача состоит в том, чтобы избежать его избыточности, так как оно в любом случае носит ограничительный характер, и сохранить его только в том случае, если оно обеспечивает «позитивный баланс» интересов.

Одним из развивающихся инструментов обеспечения качества правового регулирования, позволяющим оценить такой баланс, является введение оценки регулирующего воздействия. Приказом Минэкономразвития России от 31 августа 2010 г. № 398 утверждено Положение о порядке подготовки заключений об оценке регулирующего воздействия. Согласно нему Минэкономразвития России готовит заключения об оценке регулирующего воздействия на поступившие на такие заключения проекты федеральных законов, проекты указов Президента Российской Федерации, проекты постановлений Правительства Российской Федерации, вносимые в Правительство Российской Федерации федеральными органами исполнительной власти, проекты нормативных правовых актов и нормативных документов федеральных органов исполнительной власти, регулирующих отношения в области: организации и осуществления государственного контроля (надзора); установления, применения и исполнения обязательных требований к продукции или связанным с ними процессам проектирования (включая изыскания), производства, строительства, монтажа, наладки, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации; оценки соответствия; безопасности процессов производства.

Оценка регулирующего воздействия проводится в соответствии с утверждаемой Минэкономразвития России методикой оценки регулирующего воздействия в целях выявления в проекте акта положений, которые вводят избыточные административные и иные ограничения и обязанности для субъектов предпринимательской и иной деятельности или способствуют их введению, способствуют возникновению необоснованных расходов субъектов предпринимательской и иной деятельности, способствуют возникновению необоснованных расходов бюджетов всех уровней бюджетной системы Российской Федерации. Для этих целей в Минэкономразвития создан отдельный Департамент.

В принципе, это правильный инструмент, достойный позитивной оценки. Однако его ожидает такая же системная проблема, как проявившаяся в сфере конституционного нормоконтроля: можно ли в рамках предварительного анализа правового текста, пока он не стал действующим, понять все его возможные дефекты, в том числе с точки зрения критериев оценки регулирующего воздействия. Между тем, предмет такой оценки в принципе близок к конституционному нормоконтролю, так как любое несоразмерное ограничение прав и законных интересов бизнеса фактически можно

рассматривать в терминах ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, устанавливающей конституционные пределы ограничения прав. Поэтому необходимо, не ставя под сомнение «предварительную» (до вступления документа в силу) оценку регулирующего воздействия, допустить ее по инициативе четко указанных субъектов (в том числе объединений предпринимателей и потребителей) и в ходе реализации соответствующих норм.²⁷²

Владимир Александрович Сивицкий,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: vasivickiy@mail.ru

Антон Олегович Лебедев,
факультет права
НИУ ВШЭ (Москва)
© В.А. Сивицкий, А.О. Лебедев, 2012

ЛИЦЕНЗИРОВАНИЕ И ИНАЯ РАЗРЕШИТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КАК МЕТОДЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ

В России в соответствии с ч. 1 ст. 8 Конституции Российской Федерации провозглашена свобода экономической деятельности. Также, в России признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права (ч. 1 ст. 17 Конституции Российской Федерации). В целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства права и свободы человека и гражданина, свобода экономической деятельности могут быть ограничены федеральным законом (ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации).

Лицензирование, выдача разрешений, квот, сертификатов и т. п. ограничивают свободу предпринимательской деятельности, права и свободы человека и гражданина, и являются административными мерами, которые имеют профилактическую направленность и применяются для предотвращения возможных негативных последствий от деятельности либо отдельных действий граждан и создаваемых ими организаций. Лицензирование и иные разрешительные процедуры по своей юридической сути являются принудительными методами государственного управления. Специфика таких

²⁷² Шаги в этом направлении осуществлены Приказом Минэкономразвития России от 9 ноября 2011 г. № 634, утвердившим порядок проведения оценки регулирующего воздействия в отношении действующих нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти (так называемая ретроспективная оценка регулирующего воздействия).