

© 2014 г.

Николай Смирнов

кандидат экономических наук

(Национальный институт системных исследований
проблем предпринимательства)

Яхья Ализада

(Национальный институт системных исследований
проблем предпринимательства)

(e-mail: smirnoff@nisse.ru)

ИНСТИТУТ БИЗНЕС-ОМБУДСМЕНА В РОССИИ: ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ, ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ЭФФЕКТЫ, АНТИКОРРУПЦИОННЫЙ ПОТЕНЦИАЛ

В статье представлен экономико-правовой анализ природы, значения и роли в системе органов государственной власти недавно созданного института уполномоченного по защите прав предпринимателей – бизнес-омбудсмена как правового механизма по надзору за защитой прав субъектов предпринимательской деятельности. На основе анализа функций российского бизнес-омбудсмена, в том числе в сравнении с прокуратурой, показаны его коррупционные риски и антикоррупционный потенциал. Освещены перспективные направления дальнейшего развития этого института.

Ключевые слова: бизнес-омбудсмен, правовое государство, прокуратура, полицейское государство, надзор, защита прав предпринимателей, коррупция, антикоррупционный потенциал.

В связи с созданием в России института уполномоченного по защите прав предпринимателей необходим детальный анализ его функций, который позволит оценить его сравнительные экономические преимущества и недостатки в сопоставлении с иными функционально схожими институтами. При этом важно учитывать особенности институциональной среды в России, которые обуславливают деформацию правовых отношений. Такой анализ важен для выявления потенциальных направлений развития института уполномоченного.

Определение института омбудсмена и его роли в государстве. В научной литературе существует условное выделение *государств полицейского и правового типов*¹.

¹ Кудинов Л.Д. Общая теория права (в схемах): Учебное пособие ВолГТУ, Волгоград: 1998.

Для полицейского типа государства, к которому относят в частности средневековые или современные государства с жесткими авторитарными формами правления, характерным является стремление к управлению всеми сферами жизни. Основным инструментом управляющего правопорядка является закон, а обязанностью каждого государственного органа, чиновника и каждого человека является беспрекословное исполнение законов (режим законности). С целью осуществления наблюдения за исполнением названной обязанности государство учреждало прокуратуру («око государево»). Прокуроры осуществляли надзор – то есть занимались наблюдением за неукоснительным исполнением действующих законов, и в случае выявления правонарушений сообщали о них государству, которое мерами принуждения устраняло нарушения и привлекало виновных к ответственности. При такой конфигурации государства необходимость в защите индивидуальных прав граждан не является первостепенной задачей и не требует специальной организации.

Переход от полицейского (управляющего) порядка к правовой государственности характеризуется изменением основных устремлений и соответственно принципов построения государства. Основной обязанностью правового государства является охрана прав и защита свобод каждого человека, так как именно человек есть высшая социальная ценность. Устанавливается качественно иной режим – верховенство права. Устойчивое функционирование права требует создания специализированных институтов защиты индивидуальных прав человека, в том числе от возможных покушений со стороны самих государственных органов. Такими институтами, в числе прочих, являются уполномоченные – омбудсмены¹.

Такая эволюция подхода к правам человека и укрепление институтов их защиты сопровождаются в России противоположным по эффекту явлением, а именно фундаментальной деформацией правовых институтов, которая заключается в распространении коррупции как механизма, обеспечивающего безнаказанность нарушения установленных правил и норм в частных целях. Данные явления наблюдаются во всем мире, но в различных странах существуют более или менее эффективные противодействующие факторы. В России эти факторы остаются слабыми.

В зависимости от характеристик коррупционных трансакций, таких как частота взаимодействия между контрагентами, специфичность вовлеченных активов, степень неопределенности, возникают различные коррупционные структуры: организации, рынки, сети, посредники, франчай-

¹ От шведского «ombudsman» – представитель, уполномоченный действовать от имени кого-либо в интересах уполномочивающего.

зинговые и иные структуры¹. Результатом распространения коррупции является размывание абсолютного права и подмена его совокупностью договоренностей между коррупционерами, защита которых, впрочем, может осуществляться и на вполне законных основаниях с использованием норм законодательства и официального задействия судебных, правоохранительных и иные инстанций.

Институт омбудсмена – это правовой механизм надзора за соблюдением государственными и муниципальными органами прав и законных интересов физических и юридических лиц. При этом, под надзором² нами понимается деятельность (как активная, так и пассивная) уполномоченного субъекта³ по выявлению, рассмотрению и представлению результатов рассмотрения информации о нарушениях в объекте надзора субъекту, наделенному властными полномочиями, с целью устранения как самих нарушений, так и их причин и негативных последствий. В качестве властного субъекта может выступать контрольный⁴ орган власти (как правило, исполнительной), судебный или законодательный орган, если в результате надзора выявлено, что причиной нарушения прав является определенное несовершенство законодательства. То есть в качестве общей цели института омбудсмена можно рассматривать обеспечение справедливого

¹ См. подробнее: Смирнов Н.В. Институциональная природа коррупции // Общество и экономика. – 2010, № 2.

² Необходимо отметить, что в научной экономической и юридической литературе, а также действующем законодательстве в настоящее время отсутствует однозначное определение, позволяющее операционально разделить контрольную и надзорную деятельность. Пока задача законодательного разграничения понятий контрольной и надзорной деятельности предусмотрена только проектом Концепции повышения эффективности контрольно-надзорной деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления на 2014-2018 годы. Например, в статье В. Тамбовцева «Экономическая теория контрольно-надзорной деятельности государства». (Вопросы экономики, 2004, № 4, с. 94, 95) надзор включает 5 видов деятельности: 1) наблюдение, 2,3) идентификацию нарушения и нарушителя, 4,5) соотнесение выявленного нарушения с определенной санкцией и ее наложение на нарушителя. Авторы настоящей статьи к надзорной относят только деятельности 1-3, а 4,5 – к контрольной. В целях терминологического разграничения понятия надзора и контроля определяются более точно с использованием правовой терминологии.

³ Таковым субъектом надзора в общем случае может быть омбудсмен, прокуратура или иной надзорный орган, различия между которыми могут находиться как в объекте надзорной деятельности, так и в иных ее характеристиках, в том числе целях, методах, организации.

⁴ Характеристика органа как контрольного предполагает, что такой орган наделен полномочиями принуждения объектов контроля к определенному поведению, в том числе полномочиями выдачи предписаний, применения мер пресечения или наказания и иными.

правоприменения¹. Основные функции института омбудсмана носят, на наш взгляд, координационный характер² и заключаются в снижении рисков неправомерного, в том числе коррупционного, вмешательства в предпринимательскую деятельность.

С этой точки зрения, омбудсмен может играть важную антикоррупционную роль – восстановление искаженных коррупцией правовых механизмов как системным образом в порядке законодательной инициативы, так в частном порядке путем правового воздействия на конкретных должностных лиц в целях пресечения и компенсации ущерба от конкретных коррупционных трансакций. Вместе с тем, будучи наделенным определенными полномочиями, омбудсмен сам не застрахован от риска вовлечения в коррупционную структуру в качестве механизма давления на обладателей властных полномочий с целью склонить их к коррупционным преступлениям.

Другими словами, институт омбудсмана, погруженный в коррупционную институциональную среду, может являться как эффективным правозащитным механизмом, так и объектом коррупционных манипуляций.

Предпосылки создания института бизнес-омбудсмана в России.

Считается, что первый омбудсмен появился еще в 1809 году в Швеции – Конституцией была предусмотрена должность омбудсмана юстиции (Justitie-Ombudsmannen). Вплоть до 1913 года институт развивался в пределах одного государства. После выхода Финляндии из состава Российской империи должность омбудсмана вводится и ее Конституцией.

Широкое мировое распространение институт омбудсмана получает после окончания Второй мировой войны в связи с деятельностью Органи-

¹ Необходимо сделать две важные оговорки относительно поставленной цели. 1) В случае с омбудсменом речь идет скорее о справедливости (для пострадавшей стороны), чем о результативности, понимаемой как системное свойство обеспечивать минимум совокупности ошибок I рода (наказание невиновных) и II рода (допущение безнаказанности виновных). В указанных терминах омбудсмен, защищая права определенных субъектов, служит минимизации ошибок скорее I, чем II рода, в то время как для прокуратуры, следящей за соблюдением законодательства, характеристика результативности применима в двустороннем смысле. 2) Цель обеспечения справедливого правоприменения предполагает возможность ее достижения не только путем непосредственного вмешательства в правоприменительный процесс, но и путем корректировки норм права, то есть зависит от правоустановления. Вместе с тем, справедливость правоустановления как таковая не входит в задачу омбудсмана. По вопросам ошибок правоприменения и правоустановления см. также статью А. Шаститко «Экономические эффекты ошибок в правоприменении и правоустановлении». – М.: Издательский дом "Дело" РАНХиГС, 2013.

² Принято выделять два основных экономических эффекта любого института: координационный и распределительный. См.: Knight, J. *Institutions and Social Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

зации Объединенных Наций (ООН) и с принятием Всеобщей декларации прав человека 10 декабря 1948 года.

В России институт омбудсмена появляется в связи с принятием в 1993 году Конституции Российской Федерации, которой признается создание в России правового государства¹. Уполномоченный по правам человека учреждается в целях обеспечения гарантий государственной защиты прав и свобод граждан, их соблюдения и уважения государственными органами, органами местного самоуправления и должностными лицами² и назначается (освобождается от должности) Государственной думой – «парламентский омбудсмен». Исключительной особенностью Уполномоченного по правам человека среди прочих омбудсменов является его независимость и неподотчетность каким-либо государственным органам и должностным лицам.

В 2009 году во исполнение положений Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН «Мир, пригодный для жизни детей»³ создан институт Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка – омбудсмен по правам детей. При этом, если «парламентский омбудсмен» в целом и в отношении защиты прав ребенка в частности действует в основном по обращениям граждан, то омбудсмен по правам детей действует преимущественно самостоятельно. Указанная самостоятельность, однако, не относится к аппаратным возможностям: если «парламентский омбудсмен» имеет свой специально созданный аппарат, то омбудсмену по правам детей в распоряжение предоставлен аппарат Общественной палаты Российской Федерации. Несмотря на указанные различия, последний также является омбудсменом в понимании, принятом нами выше, в отличие от некоторых иных формальных омбудсменов, например, Омбудсмена ООН⁴ или финансового омбудсмена⁵, которые выступают в качестве посредников вне взаимоотношений с государством.

¹ Порядок назначения на должность и освобождения от должности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, его компетенция, организационные формы и условия его деятельности определяются Федеральным конституционным законом от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации».

² В соответствии с пунктом 1 статьи 1 Федерального конституционного закона от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ.

³ Указ Президента Российской Федерации от 1 сентября 2009 г. № 986. Во исполнение подпункта б) пункта 31 Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 11 октября 2002 г.

⁴ См. Доклад Генерального секретаря ООН «Деятельность Канцелярии Омбудсмена Организации Объединенных Наций и посредников» A/67/172 от 24.07.2012 Источник : <http://www.un.org/ru/documents/ods.asp?m=A/67/172>.

⁵ См.: Емелин. А. В. Создание института Общественного примирителя (Финансового омбудсмена) на финансовом рынке России// Деньги и кредит – № 1, 2011.

Поскольку экономической основой правового государства в рыночной экономике является предпринимательство в роли основного производителя товаров и услуг, распорядителя средств производства и налогоплательщика, защита прав предпринимательства является для него одной из важнейших задач с точки зрения обеспечения стимулов для развития.

Как известно, Конституцией Российской Федерации признано право частной собственности, а также право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Однако реализация признанного права на практике далека от совершенства. Степень свободы предпринимательской деятельности зависит от установленных государством правил игры и от механизмов принуждения к их соблюдению. В условиях несовершенства институтов правотворчества посредством установления таких правил могут создаваться существенные ограничения, а порой непреодолимые правовым путем препятствия для предпринимательства. Даже в условиях разумно установленных правил порочные административные и судебные механизмы принуждения к их соблюдению могут работать с ошибками, открывающими простор для манипуляций. Имеющиеся возможности использовать правовые механизмы давления на бизнес в частных интересах представителей власти или конкурентов в среде самого бизнеса создают риски возникновения коррупционных структур, деформирующих правовые отношения путем установления частных договоренностей, усиленных коррупционными ресурсами государства. *В такой ситуации правовые институты используются не в качестве правил ведения деятельности, а в качестве взаимной угрозы на случай нарушения коррупционных договоренностей.*

Чтобы предотвратить возникновение или подорвать основы сложившихся коррупционных структур, нужны эффективные правовые механизмы защиты предпринимательской деятельности, создающие возможности для честной конкуренции.

Омбудсмен по определению может играть роль такого механизма. Следует отметить, что деятельность «парламентского омбудсмана» носит весьма широкий и одновременно с этим ограниченный характер: только каждый восьмой из порядка 50 тысяч вопросов в год относится к экономическим, а к защите прав на свободу экономической деятельности – каждый восьмой из экономических вопросов¹.

По предложению предпринимательского сообщества в 2012 году в России была учреждена должность Уполномоченного при Президенте

¹ См.: Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2012 год от 19 февраля 2013 г.

Российской Федерации по защите прав предпринимателей¹ (далее также – Уполномоченный по защите прав предпринимателей, Уполномоченный, бизнес-омбудсмен). Данная должность затем была институционализована Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 78-ФЗ «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации»² (далее – закон о бизнес-омбудсмене).

По сравнению со своим парламентским коллегой, российский бизнес-омбудсмен обладает рядом особенностей. Во-первых, можно сказать, что он появился в России благодаря инициативе самого предпринимательского сообщества. Во-вторых, предметом его надзора является только соблюдение прав и законных интересов лиц (физических либо юридических), осуществляющих предпринимательскую деятельность. В-третьих, назначение федерального бизнес-омбудсмена на должность осуществляется Президентом Российской Федерации с учетом мнения предпринимательского сообщества, и он подотчетен Президенту Российской Федерации.

Механизмы же и принципы деятельности омбудсменов в целом совпадают. Рассмотрим далее деятельность федерального бизнес-омбудсмена более детально.

Функции федерального бизнес-омбудсмена и его роль в борьбе с коррупцией. Закон о бизнес-омбудсмене ставит перед Уполномоченным по защите прав предпринимателей задачи по (а) защите прав и свобод любых субъектов предпринимательской деятельности на территории России и российских предпринимателей на территориях иностранных государств, (б) содействию развитию общественных институтов, ориентированных на защиту прав и свобод лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность и взаимодействию с ними, (в) участию в формировании и реализации государственной политики в области развития предпринимательской деятельности, защиты прав и свобод предпринимателей, (г) осуществлению контроля за соблюдением прав и законных интересов предпринимателей федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, а также органами местного самоуправления.

¹ Указ Президента Российской Федерации от 22 июня 2012 г. № 879.

² Часть 2 статьи 1 закона о бизнес-омбудсмене, в соответствии с которой Уполномоченный и его рабочий аппарат являются государственным органом с правом юридического лица, обеспечивающим гарантии государственной защиты прав и законных интересов субъектов предпринимательской деятельности и соблюдения указанных прав органами государственной власти, органами местного самоуправления и должностными лицами, имеющим расчетный и иные счета, печать и бланки со своим наименованием и с изображением Государственного герба Российской Федерации, вступает в силу с 1 января 2015 года.

Однако, проводя детальный правовой анализ документа, можно обнаружить несоответствие последней из вышеназванных задач представленным правовым возможностям (инструментам реагирования).

Основной механизм деятельности федерального Уполномоченного заключается в рассмотрении жалоб субъектов предпринимательской деятельности на действия (бездействие) государства, его органов, органов местного самоуправления, отдельно взятых должностных лиц, нарушающих права и свободы предпринимателей. Одновременно с тем бизнес-омбудсмен аккумулирует информацию, которая станет основой его аналитической деятельности по оценке состояния правовой защищенности предпринимательской среды в России.

При рассмотрении конкретных жалоб Уполномоченный имеет следующие досудебные и судебные инструменты реагирования:

1. К досудебным инструментам реагирования относятся:

(а) направление запросов на дачу должностными лицами объяснений, разъяснений и предоставление необходимых материалов;

(б) беспрепятственное посещение органов и учреждений государства, органов муниципальных образований с предъявлением служебного удостоверения;

(в) посещение без специального разрешения подозреваемых или обвиняемых, находящихся в местах содержания под стражей либо осужденных, находящихся в местах лишения свободы по указанным в пункте 3 статьи 5 Закона о «бизнес-омбудсмене» составам особой части УК РФ;

(г) принимать, с письменного согласия заявителя, участие в выездных проверках, проводимых в отношении данного заявителя в рамках государственного или муниципального контроля (надзора);

(д) направление в органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностным лицам, в чьих действиях усматриваются нарушения прав и свобод предпринимателей, заключения с указанием мер по восстановлению прав и соблюдению законных интересов предпринимателей;

(е) направление в уполномоченные органы государственной власти, местного самоуправления, иные организации обращения о привлечении виновных лиц к дисциплинарной, административной либо уголовной ответственности.

2. К судебным инструментам реагирования относятся:

(а) обращение с иском о защите прав и законных интересов других лиц, групп лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность;

(б) участие в арбитражном разбирательстве на стороне ответчика или истца (в зависимости от того, какой статус будет иметь предпринима-

тель) в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований;

(в) обжалование вступивших в законную силу актов арбитражных судов, принятых в отношении заявителя;

(г) обращение с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, признании незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов (исключение: органы судебной власти, органы прокуратуры, Следственного комитета), органов местного самоуправления, а также иных организаций и учреждений, наделенных отдельными публичными полномочиями, затрагивающих (нарушающих) права и законные интересы предпринимателей.

Еще одной мерой реагирования бизнес-омбудсмeна как в досудебном, так и в судебном процессе является участие по ходатайству лица, привлекаемого к ответственности за совершение административного проступка, связанного с предпринимательской деятельностью, в качестве защитника в производстве об административном правонарушении.

Следует отметить, что, несмотря на отсутствие прямого указания в законе о бизнес-омбудсмeне, по определению (постановлению) суда, вынесенного на основании ходатайства подозреваемого, обвиняемого либо осужденного, Уполномоченный может осуществлять функции защитника также в уголовном судопроизводстве.

С целью защиты института предпринимательства в целом по России, в пределах конкретного субъекта (ряда субъектов) Российской Федерации либо в пределах муниципального образования бизнес-омбудсмeн имеет следующие экспертные инструменты реагирования:

(1) Уполномоченный вправе направлять обязательные для рассмотрения заключения на проекты нормативных правовых актов, затрагивающих права и свободы предпринимателей, органам государственной власти, а также органам местного самоуправления. Закон о бизнес-омбудсмeне обязывает сообщить Уполномоченному о результатах рассмотрения его заключения в тридцатидневный срок. В данной ипостаси институт Уполномоченного по защите прав предпринимателей является функционально смежным с институтом оценки регулирующего воздействия (ОРВ)¹ и мог бы играть существенную роль в публичном обсуждении наиболее значимых для предпринимательства проектов нормативных правовых актов как своим прямым участием, донося до федеральных органов – разработчиков определенную позицию, так и косвенно, создавая

¹ Порядок проведения оценки регулирующего воздействия на федеральном уровне установлен постановлением Правительства Российской Федерации от 17 декабря 2012 г. № 1318.

дополнительный сигнал для широкого участия представителей предпринимательского сообщества и иных заинтересованных лиц в обсуждении наиболее значимых для них проектов актов. Указанный механизм практически применим и на региональном уровне.

(2) Уполномоченный по защите прав предпринимателей может также:

(а) направлять лицам, имеющим право законодательной инициативы, либо лицам, уполномоченным законом издавать подзаконные акты, федеральным органам исполнительной власти, в органы государственной власти субъектов федерации, органы местного самоуправления предложения о принятии нормативных правовых актов (о внесении изменений в нормативные правовые акты или признании их утратившими силу), относящихся к сфере предпринимательской деятельности;

(б) направлять Президенту РФ, Правительству РФ, руководителям субъектов РФ мотивированные предложения о приостановлении или отмене (в части или полностью) решений, принятых нижестоящими органами исполнительной власти;

(в) направлять органам и лицам, имеющим право на соответствующее обращение, мотивированные предложения об обращении в Конституционный суд с запросом о соответствии Конституции Российской Федерации федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Правительства РФ, законов и иных нормативных актов субъектов РФ, договоров между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, договоров между органами государственной власти субъектов Российской Федерации, не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации.

Хотя закон о бизнес-омбудсмене прямо и не ставит перед Уполномоченным задачу экспертной оценки состояния правовой защищенности предпринимательства в России, мы все же особо обращаем внимание на то, что его деятельность по сути сводится к этой функции. Для выполнения этой задачи бизнес-омбудсмен направляет Президенту Российской Федерации ежегодный доклад о результатах своей деятельности, включая оценку условий осуществления предпринимательской деятельности в России, а также предложения о совершенствовании правового положения субъектов предпринимательской деятельности.

С целью повышения эффективности своей деятельности и полноты экспертных функций бизнес-омбудсмен может назначать своих общественных представителей, а также создавать экспертные, консультативные и общественные советы, действующие на общественных началах.

Из анализа правовых возможностей Уполномоченного видно, что у него нет каких-либо властных контрольных инструментов реагирования.

Бизнес-омбудсмен не вправе возбудить производство об административном правонарушении, производить расследование, накладывать взыскания, выносить обязательные для органов государственной власти предписания, направлять предостережения или протесты, налагать санкции на те или иные действия оперативно-розыскных, следственных органов либо органов дознания и вмешиваться в их деятельность. *Единственное властное решение, которое может принять Уполномоченный по защите прав предпринимателей – это вынесение обязательного для органов местного самоуправления предписания о приостановлении действия принятого ими ненормативного правового акта, но только если такой акт обжалован Уполномоченным в суде.*

Сама же деятельность бизнес-омбудсмeна охраняется Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, в статье 17.2.2 которого зафиксированы следующие составы административных правонарушений:

(1) вмешательство в деятельность Уполномоченного с целью повлиять на его решения – санкция в виде штрафа в размере от 1 до 2 тысяч рублей;

(2) неисполнение должностными лицами законных требований Уполномоченного либо воспрепятствование его деятельности в иной форме – санкция в виде штрафа на должностных лиц в размере от 2 до 3 тысяч рублей;

(3) несоблюдение должностными лицами установленных сроков (15 дней со дня получения запросов или 30 дней со дня получения заключения на проекты нормативных правовых актов) предоставления информации (документов, материалов, ответов на обращения) Уполномоченному – санкция в виде штрафа от 1 до 2 тысяч рублей;

(4) повторное нарушение вышеназванных проступков, в течение года, с момента привлечения к административной ответственности – санкция в виде дисквалификации на срок от 6 месяцев до одного года.

Несмотря на то, что закон о бизнес-омбудсмeне прямо не устанавливает перед ним задачу по борьбе с коррупцией и не дает ему контрольных правовых средств, его антикоррупционная роль может быть определена исходя из его статуса, установленного набора функций и механизмов их реализации. Мы считаем, что особое значение в его деятельности имеет борьба с коррупционными механизмами, ибо все имеющиеся инструменты реагирования Уполномоченный может эффективно применять для вмешательства в коррупционную модель взаимоотношений между конкретными должностными лицами и предпринимателями.

Высокий статус бизнес-омбудсмeна, связанный с назначением на должность Президентом Российской Федерации, предполагает его орга-

низационную независимость от правительственных и иных органов власти, составляющих объект его надзорной деятельности. Кроме этого, в той мере, в какой при назначении на должность бизнес-омбудсмена учитывается мнение предпринимательского сообщества (соответствующие процедурные механизмы в законе о бизнес-омбудсмене отсутствуют), можно предположить его априорную (до назначения) целеустремленность на фактическую, а не имитационную защиту прав и законных интересов предпринимателей. При этом риск имитации деятельности уже после назначения увеличивается, поскольку срок службы определен довольно продолжительный – 5 лет, а для досрочного прекращения полномочий по решению Президента Российской Федерации мнения предпринимательского сообщества не требуется, а значит, и прямая зависимость от него прекращается. Особенно рискованной в этом отношении является вторая «пятилетка», поскольку одно и то же лицо не может быть назначено Уполномоченным более чем на два срока подряд.

С этой точки зрения, *статусный антикоррупционный потенциал бизнес-омбудсмена в большей степени определяется политическим интересом высшего руководства государства, нежели непосредственным запросом предпринимательского сообщества.*

Таким образом, детально проанализировав задачи бизнес-омбудсмена и механизм их реализации, мы можем обоснованно говорить о том, что институт Уполномоченного по защите прав предпринимателей является правовым механизмом надзора (в принятом нами выше понимании) за соблюдением прав и свобод предпринимателей и не обладает практическими контрольными функциями. Его надзорные функции ограничены с учетом правового статуса. Однако органами прокуратуры Российской Федерации также осуществляется надзор за соблюдением прав предпринимателей. В чем же заключаются отличия надзора, осуществляемого органами прокуратуры, от надзора бизнес-омбудсмена?

Отличительные особенности надзора за соблюдением прав предпринимателей органами прокуратуры от надзора бизнес-омбудсмена. Приказом Генеральной прокуратуры Российской Федерации от 31 марта 2008 г. № 53¹ (далее – приказ № 53) организована особая отрасль прокурорского надзора – надзор за соблюдением прав субъектов предпринимательской деятельности. При проведении правового анализа каких-либо принципиальных отличий в названной отрасли надзорной деятельности прокуратуры от общего надзора за законностью нами не выявлено.

¹ В редакции приказа Генеральной прокуратуры Российской Федерации от 27 марта 2009 г. № 93 (в редакции приказа Генеральной прокуратуры Российской Федерации от 30 апреля 2009 г. № 136).

Качественное отличие прокурорского надзора за соблюдением прав субъектов предпринимательской деятельности от надзора бизнес-омбудсмена мы усматриваем как в составе объекта надзора, так и в особенностях механизма осуществления надзора. Названные далее различия распространяются и на экономические эффекты, в том числе на сравнительные особенности антикоррупционного потенциала.

Де-факто, прокуратура осуществляет надзор не столько за соблюдением прав и свобод предпринимателей, сколько за исполнением положений Федеральных законов от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации», от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» и иных, прежде всего, федеральных, а также региональных законов, регламентирующих порядок выдачи различных разрешающих документов (лицензий и других актов) на осуществление предпринимательской деятельности. На прокуратуру возложены обязанности (а) по согласованию с контрольными органами государственной власти и органами местного самоуправления плановых и не плановых проверок в отношении субъектов предпринимательской деятельности, (б) по формированию ежегодных сводных планов проведения плановых проверок, (в) по осуществлению учета проводимых плановых проверок и мониторинг внеплановых проверок, (г) по осуществлению мониторинга по соблюдению прав и свобод предпринимателей, (д) по инициированию приведения нормативно-правовых актов органов государственной власти и местного самоуправления в соответствие с федеральным законодательством.

Прокуратура осуществляет надзор за неукоснительным соблюдением законов всеми органами государственной власти как федерального (за исключением Президента РФ, Федерального собрания РФ, Правительства РФ, а также всех федеральных судов и мировых судей), так и регионального уровней, органами местного самоуправления, а также самими предпринимателями. Так, в приказе № 53 особо отмечается, что при осуществлении прокурорами указанного вида надзора не должен ослабевать надзор за самими хозяйствующими субъектами по исполнению действующего законодательства. В то же время вне надзора бизнес-омбудсмена находятся только субъекты предпринимательской деятельности. В условиях высокой коррупции данное свойство составляет его особое антикоррупционное преимущество, поскольку круг участников отношений, на которых может быть оказано прямое коррупционное воздействие, оказывается ограниченным только должностными лицами, в то время как прокуратура имеет универсальные в этом отношении рычаги. Более того, в силу воз-

возможности оказания непосредственного воздействия на предпринимателей в деятельности прокуратуры можно отметить эффект корпоративной солидарности с другими органами власти, как со структурами, стоящими по одну сторону баррикады, что в меньшей степени можно отнести к бизнес-омбудсмену, который де-юре играет роль защитника интересов бизнеса и граждан.

Это означает, что *деятельность бизнес-омбудсмена может рассматриваться как смещенная в сторону минимизации ошибок правоприменения I рода в противовес деятельности прокуратуры, де-юре действующей нейтрально, но, в силу описанных организационных особенностей, склонной к минимизации ошибок правоприменения II рода. Следовательно, институт бизнес-омбудсмена, являющийся в большей степени правовым щитом, нежели мечом, в отличие от органов прокуратуры, имеет больше преимуществ по преодолению разновидности коррупции, связанной с нарушением органами власти действующих правил в отношении предпринимателей (коррупции «с кражей» или лихоимства), чем коррупции, связанной со взаимовыгодной договоренностью формально в пределах закона (коррупции «без кражи» или мздоимства)¹. В плане рисков коррупционного использования это свойство делает его менее привлекательным для агрессивных коррупционеров и теоретически более востребованным у добросовестных предпринимателей.*

Кроме указанного отличия, следует отметить, что прокуратура является органом уголовного преследования и осуществляет представление государственного обвинения при рассмотрении уголовного дела в суде. Соответственно прокуроры не имеют возможность быть защитником предпринимателя при уголовном преследовании, хотя и уполномочены осуществлять надзор за законностью уголовного преследования органами дознания и предварительного следствия. Прокуратура также не вправе анализировать эффективность названных законов, указов и распоряжений Президента РФ, актов палат Федерального собрания РФ, а также постановлений и распоряжений Правительства РФ, и, тем более, не может оценивать законность вступивших в силу актов правосудия. В этом заключается еще одна важная отличительная черта бизнес-омбудсмена – возможность воздействия на правоприменение системно через правоустановление.

Таким образом, антикоррупционный потенциал института бизнес-омбудсмена, с одной стороны, ограничен по сравнению с потенциалом прокуратуры в части объекта надзора, а с другой стороны – несколько расширен в части правоустановления. Вместе с тем, выво-

¹ Об экономических свойствах указанных видов коррупции см. подробнее в статье A. Shleifer., Vishny R.W. Corruption. // *Quarterly Journal of Economics*. 1993, Vol. 108, No. 3.

ды относительно практической роли омбудсмeна в защите прав предпринимателей и противодействии коррупции можно сделать только на основе сопоставления проанализированных выше функций и полномочий с фактическими результатами его деятельности.

Результаты деятельности федерального бизнес-омбудсмeна и ее антикоррупционный эффект. Исходя из данного нами определения института омбудсмeна через понятие надзора, результаты его деятельности и экономические эффекты должны оцениваться, в первую очередь, с точки зрения результативности надзорной деятельности и обеспечения справедливости правоприменения в отношении субъектов предпринимательской деятельности. В связи с тем, что должность Уполномоченного по защите прав предпринимателей институционализована в России не так давно, и осуществление им полноценной деятельности станет возможным только с 1 января 2015 года, бизнес-омбудсмeн пока не издавал официальных докладов о результатах своей деятельности. Соответственно анализировать результаты деятельности Уполномоченного пока можно только по информации, находящейся в открытом доступе на его официальном сайте в интернете и материалам средств массовой информации. В имеющейся в открытом доступе информации нет статистических данных ни о количестве рассмотренных обращений, ни о результатах их рассмотрения. Анализ отдельных случаев может дать смещенную оценку, а значит, его проведение мало обоснованно. Вместе с тем, есть весьма значимые направления, связанные с надзорной деятельностью бизнес-омбудсмeна, которые мы считаем необходимым отметить.

Во-первых, в ноябре 2012 года по предложению бизнес-омбудсмeна в Уголовный кодекс Российской Федерации были внесены поправки по детализации статьи 159 «Мошенничество» и выделено шесть самостоятельных видов этого деяния в статьях 159.1-159.6¹. В связи с этим, необходимо особо отметить либерализацию уголовного закона, предусмотренную статьей 159.4 «Мошенничество в сфере предпринимательской деятельности», в соответствии с которой, во-первых, крупным для названного вида противоправного деяния считается сумма ущерба свыше одного миллиона рублей, а особо крупным – свыше шести миллионов рублей (ранее 250 тысяч и 1,5 миллиона рублей соответственно), во-вторых, максимальный срок возможного лишения свободы за мошенничество в сфере предпринимательской деятельности в особо крупном размере – 5 лет (до этого 10 лет), в-третьих, исключены квалифицирующие

¹ Федеральный закон от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

признаки группового преступления. С нашей точки зрения, изменения в определении категорий крупного и особо крупного размеров ущерба можно считать позитивными, так как они стали в большей степени соответствовать практике соответствующих преступлений, что повышает степень адекватности соответствующего наказания.

Снижение максимальных сроков лишения свободы и исключение признаков группового преступления имеют неоднозначные оценки. С одной стороны, это снижает барьер для совершения соответствующих преступлений (ведет к росту ошибок II рода в форме допущения безнаказанности виновных), особенно учитывая тот факт, что сроки сохранены на прежнем уровне по общему составу статьи 159 и по статье 159.2, а признаки группового преступления сохранены по всем составам статьи 159, за исключением статьи 159.4. С другой стороны, в условиях ошибочного, а зачастую коррупционного, применения статьи 159 по отношению к предпринимателям (высоких ошибок I рода в форме наказания невиновных), ее либерализация может рассматриваться как ослабление рычага давления на добропорядочных бизнесменов. Вместе с тем, указанная неоднородность санкций по различным составам преступления создает риск избирательного правоприменения, представляющий собой дополнительный предмет для коррупционного торга.

Необходимо отметить, что в целях снижения коррупционности применения уголовных санкций гораздо большее значение имеет минимизация не размеров, а ошибок определения виновных как I, так и II рода. В этом отношении позитивным изменением можно считать перевод обвинения по статье 159 из публичной в частно-публичную сферу обвинения¹, предполагающую возбуждение дела только по заявлению потерпевшего, если таковым не является государство.

Вторым видимым результатом деятельности бизнес-омбудсмена является освобождение несправедливо осужденных предпринимателей. После принятия закона о бизнес-омбудсмене Уполномоченный предложил Государственной думе провести так называемую «экономическую» амнистию. Первоначально проект документа был разработан Экспертным советом при бизнес-омбудсмене², который предполагал провести широко-масштабную амнистию и освободить более 12 тысяч предпринимателей, прежде всего находящихся в местах лишения свободы, осужденных по экономическим составам особой части уголовного закона. Однако глава

¹ Часть 3 статьи 20 УПК РФ.

² Проект амнистии, представленный на заседании Экспертного совета при Уполномоченном при Президенте РФ по защите прав предпринимателей. Источник: <http://ombudsmanbiz.ru/2013/04/1284.html>

государства назвал подготовленный документ сырым¹. Тем не менее, 21 июня 2013 года на пленарном заседании «Петербургского международного экономического форума» президент России поддержал идею «экономической» амнистии, заявив, что она дает «возможность перезагрузить широкий спектр общественных отношений, работу нашей правоохранительной и судебной систем, реализовать наши планы по кардинальному расширению пространства для предпринимательской инициативы и в целом укрепить доверие граждан к институту предпринимательства»².

В результате 2 июля 2013 года Государственная дума приняла постановление № 2559-6 ГД «Об объявлении амнистии», которое, по данным Уполномоченного на 18 февраля 2014 года, было применено в отношении 2500 человек, а сумма возмещенного ими ущерба составила в общей сложности 5,5 миллиарда рублей³. Таким образом, под амнистию попало немногим более 20% от намеченного изначально количества предпринимателей.

Для того, чтобы оценить эффект от амнистии через призму заявления президента России, следует отметить три вещи. Во-первых, нехватка доверия к институту предпринимательства в обществе связана не с теми предпринимателями, которые должны были получить амнистию, а в большей части с крупным частным бизнесом, состоявшимся в результате приватизации, справедливость и легитимность которой вызывает действительно немало сомнений. Во-вторых, тот факт, что под амнистию попала только пятая часть от изначально намеченного количества предпринимателей, скорее способен укрепить мнение о том, что уголовно наказанные предприниматели в основном действительно являются преступниками, то есть не способствует укреплению доверия граждан к институту предпринимательства. В-третьих, *позитивных изменений в инвестиционном климате России, связанных с результатами деятельности бизнес-омбудсмена, пока не наблюдается.*

Что касается самих результатов, то пока дать их полную оценку (и в частности оценить антикоррупционный эффект) на основе открытой информации представляется крайне затруднительным. Вместе с тем, известные результаты в отношении к масштабам страны могут быть сопоставимы с результатами деятельности правоохранительных органов по проти-

¹ Стенографический отчет о встрече Президента Российской Федерации с представителями российского бизнес-сообщества. Источник : <http://www.kremlin.ru/news/18172>

² Из выступления Президента РФ на пленарном заседании Петербургского международного экономического форума. Источник : <http://www.kremlin.ru/news/18383>.

³ Борис Титов и Олег Денисенко подвели итоги экономической амнистии. Источник: <http://ombudsmanbiz.ru/2014/02/8403.html#more-8403>.

водедействию коррупции: в первой половине 2013 года за получение взяток осуждены всего 692 человека (из многотысячной своры коррупционеров-чиновников), из которых только 8% приговорены к реальным срокам лишения свободы¹. Указанное сравнение уместно, поскольку вопросы доверия и эффективности экономических институтов, в том числе предпринимательства, теснейшим образом связаны с эффективностью властных институтов и их антикоррупционным потенциалом.

Перспективы развития института бизнес-омбудсмента и его антикоррупционный потенциал в целом и для России. Возникновение значимого экономического эффекта, связанного прежде всего со снижением указанных выше рисков ошибочного наказания предпринимателей, зависит от вектора дальнейшего развития института бизнес-омбудсмента.

Одним из зафиксированных на сегодняшний день направлений такого развития является распространение на уровне субъектов Российской Федерации путем назначения собственных региональных бизнес-омбудсменов, которые назначаются на должность по согласованию с Уполномоченным при Президенте РФ с учетом мнения предпринимательского сообщества, то есть по вертикальному принципу. Вместе с тем, организационно региональные «бизнес-омбудсмены» независимы от федерального. На сегодняшний день они существуют в 73 субъектах Российской Федерации. Законом о бизнес-омбудсмене установлено, что региональные бизнес-омбудсмены могут осуществлять надзор только в пределах субъекта Российской Федерации, в котором их назначали на должность и только в отношении органов государственной власти (как федеральных, так и региональных) и органов местного самоуправления, осуществляющих свою деятельность в пределах границ соответствующего субъекта Российской Федерации. Во всех прочих обстоятельствах региональные и федеральный бизнес-омбудсмены имеют схожие компетенцию, цели, задачи, права, обязанности и инструменты реагирования.

Применительно к функционалу бизнес-омбудсмента существует возможность его развития с учетом успешной практики зарубежных коллег. Так, например, в США основная цель бизнес-омбудсмента заключается в обеспечении справедливой правоприменительной практики в отношении субъектов малого предпринимательства федеральными органами исполнительной власти. С этой целью создано 10 региональных советов по обеспечению справедливой правоприменительной практики в отношении малого бизнеса, действующих под общим руководством Омбудсмента США (в отличие от российской структуры). Существенной отличитель-

¹ Стенограмма Заседания Совета по противодействию коррупции при Президенте Российской Федерации. Источник : <http://state.kremlin.ru/face/19516>.

ной особенностью американского бизнес-омбудсмена является его право выступать от имени заявителя в отношениях с федеральными органами исполнительной власти на основании доверенности¹. Для того, чтобы соответствующие полномочия могли должным образом реализовываться в России на федеральном и региональном уровне, необходимо, во-первых, обеспечить необходимый уровень организационной независимости бизнес-омбудсменов от исполнительных органов власти, во-вторых, организовать соответствующую отчетность на основе системы показателей результативности и их ежегодного мониторинга.

Мы предполагаем, что развитие и укрепление института региональных бизнес-омбудсменов во всех субъектах Российской Федерации способно облегчить доступ предпринимателей к правозащитным возможностям, достигнуть более справедливой правоприменительной практики в отношении предпринимателей посредством рассмотрения жалоб предпринимателей и инвесторов на нарушения их прав и свобод. Ожидаемое повышение доверия к властным институтам способно сместить структуру экономических отношений в правовую сторону, а значит, натолкнется на сопротивление коррупционных структур. Таким образом, экономический эффект от института бизнес-омбудсмена в регионах будет тесным образом связан с антикоррупционным эффектом. Предполагаем, что максимальным он может быть в регионах со значимым, но невысоким уровнем коррупции, поскольку отсутствие коррупции (если где-нибудь такое и есть) освобождает бизнес-омбудсмена от соответствующих потенциальных побед, а сильная коррупция может оказаться ему не по плечу. Данное обстоятельство означает необходимость поддержки бизнес-омбудсмена со стороны бизнес-ассоциаций и иных представителей предпринимательского сообщества, заинтересованных в реализации антикоррупционных тактических и стратегических мер. При этом могут применяться различные механизмы поддержки, как новые, так и уже существующие, в том числе оценка регулирующего воздействия, независимая антикоррупционная экспертиза и иные.

Синергетический эффект может возникнуть и от предусмотренного законом о бизнес-омбудсмене взаимодействия с инвестиционными уполномоченными². Для этого необходимо также развивать данные институты в

¹ Россия и США: рубежи сотрудничества. Информационно-аналитический бюллетень Торгового представительства РФ в США. Июль (№2) 2012. Источник: <http://rustradeusa.org/attachment.aspx?Id=95>.

² Взаимодействие предусмотрено частью 3 статьи 7, частью 4 статьи 10 Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 78-ФЗ «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации».

направлении повышения уровня их публичности. Организация инвестиционных уполномоченных на базе института полномочных представителей Президента РФ в федеральных округах¹ может рассматриваться в качестве инструмента обеспечения независимости от органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, то есть как альтернативный потенциальный механизм организации региональных бизнес-омбудсменов.

Высокий потенциал института бизнес-омбудсмена подтверждается зарубежными тенденциями. На сегодняшний день, исходя из опыта России и США, инициативы предпринимательского сообщества по созданию собственного бизнес-омбудсмена возникают в Республике Украина², Республике Казахстан³, Республике Беларусь⁴, Республике Кыргызстан⁵.

Рассматривая антикоррупционный потенциал института омбудсмена в целом, необходимо отметить существующий уникальный пока в России опыт создания Уполномоченного по противодействию коррупции в Ульяновской области⁶, пожалуй, основной функцией которого является антикоррупционный мониторинг законодательства и деятельности органов власти. Накопленный позитивный опыт мог бы быть использован как в субъектах Российской Федерации, так и на федеральном уровне. Исходя из изложенного в начале статьи тезиса о том, что омбудсмен является институтом надзора в правовом государстве, считаем возможным продолжить институциональную трансформацию выделенного недавно в структуре Администрации Президента РФ Управления по вопросам противодействия коррупции⁷ в направлении создания института Уполномоченного по противодействию коррупции при Президенте РФ.

¹ Распоряжение Президента Российской Федерации от 3 августа 2011 г. № 535-рп «Об инвестиционных уполномоченных в федеральных округах».

² Появится ли в Украине бизнес-омбудсмен и каким он будет. Журнал Forbes – Украина, 6.09.2013. Источник: <http://forbes.ua/nation/1357656-poyavitsya-li-v-ukraine-biznes-ombudsmen-i-kakim-on-budet>.

³ Бизнес-омбудсмен в Казахстане должен иметь возможность блокировать решения госорганов-НПП. Новости – Казахстан, 11 марта 2014 г. Источник: <http://www.newskaz.ru/economy/20140228/6196941.html>.

⁴ В Беларуси может появиться бизнес-омбудсмен – Белорусский партизан, 17.04.2013. Источник: <http://www.belaruspartisan.org/economic/231532/>.

⁵ Сайт общественно-политической газеты «Для Вас» 10.12.2013 16:40. Источник: <http://dv.kg/?p=6759>.

⁶ Создан в 2009 году, в настоящее время действует на основании статьи Закона Ульяновской области от 20 июля 2012 г. № 89-ЗО «О противодействии коррупции в Ульяновской области».

⁷ Указ Президента Российской Федерации от 3 декабря 2013 г. № 878 «Об Управлении Президента Российской Федерации по вопросам противодействия коррупции».

С учетом намеченных тенденций в заключение следует отметить, что бизнес-омбудсмен является, скорее всего, не последним, в своем роде, в России. По мере укоренения данного института в правовой культуре и при удачном стечении обстоятельств можно ожидать возникновения омбудсменов по иным животрепещущим вопросам, в том числе по вопросам миграции, тарифов, ЖКХ. С интенсивностью данной тенденции во многом может быть связан и антикоррупционный потенциал института омбудсмена в целом. Вместе с тем, прогнозирование возможных ниш его дальнейшего распространения и развития является предметом последующих научных исследований. Необходимость в их проведении обусловлена потребностью как в научной оценке развития институтов правового государства в России в целом и омбудсмена как одного из них, так и в постановке дальнейших научных и прикладных задач в данной области.