

**АКАДЕМИЯ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ
ПРИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЕ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

**МЕЖВЕДОМСТВЕННЫЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ**



**АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ
(ДИСКРЕЦИЯ) В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ
В ОТНОШЕНИИ СУБЪЕКТОВ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА**

Косшы, 2024

**АКАДЕМИЯ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ
ПРИ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЕ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

**МЕЖВЕДОМСТВЕННЫЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ**

**АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ (ДИСКРЕЦИЯ)
В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ
В ОТНОШЕНИИ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА**

МОНОГРАФИЯ

Косшы, 2024

УДК 342.9
ББК 67.401

Рецензенты:

кандидат юридических наук, доцент Абеуов Е.Т.;
доктор философии PhD Смышляев А.С.

Под общей редакцией проректора-директора Межведомственного научно-исследовательского института Академии правоохранительных органов при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан Г.К. Шушиковой.

Алпысов Н.С., Бекишева С.Д., Құранбек Ж.А., Кусаинова А.К. **Административное усмотрение (дискреция) в деятельности государственных органов в отношении субъектов предпринимательства**: монография; под общ. ред. Г.К. Шушиковой. – Косшы: Академия правоохранительных органов при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан, 2024. – 83 с.

В монографии рассмотрены теоретические вопросы административного усмотрения (дискреции) в деятельности государственных органов. Актуальность темы обусловлена рядом проблем, возникающих у предпринимателей при взаимодействии с государственными органами в административной практике. Свобода выбора принятия решения должностным лицом иногда порождает управленческие ошибки, которые могут нарушить конституционные права граждан, в том числе субъектов предпринимательской деятельности.

Авторами исследованы отечественное и зарубежное законодательство, международные стандарты, регулирующие данные вопросы, научные подходы к рассматриваемым проблемам.

По результатам монографического исследования сформулирован ряд выводов теоретического, законодательного и организационного характера, направленных на совершенствование действующего законодательства и правоприменительной практики в части административного усмотрения (дискреции) в деятельности государственных органов.

Издание предназначено для сотрудников правоохранительных и иных государственных органов, научных работников, преподавателей и обучающихся высших учебных заведений.

Рекомендовано к опубликованию Учебно-методическим советом
Академии правоохранительных органов при Генеральной прокуратуре
Республики Казахстан

ISBN 978-601-82167-5-6

© Академия правоохранительных органов, 2024

Сведения об авторах

Алпысов Н.С., начальник Центра исследования проблем в сфере защиты общественных интересов Межведомственного научно-исследовательского института Академии – *подраздел 2.1 (в соавторстве с Бекишевой С.Д., Құранбек Ж.А., Кусаиновой А.К.), 2.3 (в соавторстве с Бекишевой С.Д.)*.

Бекишева С.Д., главный научный сотрудник Центра координации исследований и изучения проблем правоохранительной деятельности Межведомственного научно-исследовательского института Академии, д.ю.н., доцент – *введение, подразделы 1.2, 2.1 (в соавторстве с Алпысовым Н.С., Құранбек Ж.А., Кусаиновой А.К.), 2.3 (в соавторстве с Алпысовым Н.С.), заключение*.

Құранбек Ж.А., старший помощник Генерального Прокурора – руководитель Группы по развитию государственного языка Управления по работе с обращениями и аналитике Департамента по работе с обращениями и делопроизводству Генеральной прокуратуры – *подразделы 1.2 (в соавторстве с Алпысовым Н.С., Бекишевой С.Д., Кусаиновой А.К.), 2.2*.

Кусаинова А.К., старший научный сотрудник Центра исследования проблем в сфере защиты общественных интересов Межведомственного научно-исследовательского института Академии – *подраздел 1.1, 2.1 (в соавторстве с Алпысовым Н.С., Бекишевой С.Д., Құранбек Ж.А.)*.

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|---|-----------|
| Перечень сокращений и обозначений..... | 5 |
| Введение | 6 |
| 1. Теоретические и правовые основы административного усмотрения (дискреции) в деятельности государственных органов в отношении субъектов предпринимательства..... | 10 |
| 1.1 Научные подходы к административному усмотрению (дискреции) в отечественной и зарубежной административно-правовой науке..... | 10 |
| 1.2 Правовое регулирование административного усмотрения (дискреции) в отношении субъектов предпринимательства по законодательству Казахстана: историко-правовой аспект..... | 24 |
| 2. Дискреция в отношении субъектов предпринимательства в административной практике государственных органов..... | 41 |
| 2.1 Дискреционные полномочия государственных органов Республики Казахстан в отношении субъектов предпринимательства..... | 41 |
| 2.2 Анализ международных стандартов и зарубежного опыта правового регулирования административного усмотрения (дискреции) в отношении субъектов предпринимательства..... | 53 |
| 2.3 Проблемные вопросы законодательства, регулирующего дискреционные полномочия государственных органов в отношении субъектов предпринимательства. Предложения и рекомендации по их устранению..... | 65 |
| Заключение..... | 74 |
| Список использованных источников..... | 76 |

Перечень сокращений и обозначений

В настоящей монографии применяются следующие сокращения:

АППК – административный процедурно-процессуальный кодекс

КоАП – Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях

МВД – Министерство внутренних дел Республики Казахстан

МРП – месячный расчетный показатель

МФ – Министерство финансов Республики Казахстан

ПК – Предпринимательский кодекс

РК – Республика Казахстан

т.е. – то есть

т.ч. – в том числе

Введение

Актуальность вопросов административного усмотрения (дискреции) обусловлена рядом проблем, возникающих у предпринимателей при взаимодействии с государственными органами в административной практике.

Деятельность государственных органов всегда связана с выбором оптимального решения. Свобода такого выбора иногда порождает управленческие ошибки, которые могут нарушить конституционные права граждан, в т.ч. субъектов предпринимательской деятельности.

В этой связи значимость вопросов административного усмотрения (дискреции) обусловлена многими факторами, наиболее важными из которых являются следующие.

Во-первых, проводимой государством политикой в сфере государственного управления. Так, в Концепции правовой политики РК до 2030 года предлагается «всесторонне изучить подход к административному усмотрению (дискреции) как к причине, обуславливающей возникновение коррупции... ожидается, что административное усмотрение (дискреция) станет действенным механизмом, способствующим эффективному государственному управлению»¹.

Во-вторых, данные вопросы в теории казахстанской науки административного права разработаны недостаточно полно.

В-третьих, на практике неправильное понимание административного усмотрения приводит к нарушениям законности и дисциплины.

Так, за 2021 год прокурорами в социально-экономической сфере РК выявлено 13 837 нарушений законности, по удовлетворенным протестам отменено 1 586 незаконных правовых актов, отменено и изменено 15 незаконных актов, затрагивающих конституционные права неограниченного круга лиц, по актам реагирования и надзора защищены права 4 128 330 лиц.

В этот же период сотрудниками Антиторрупционной службы выявлено множество коррупционных рисков в бизнес-процессах и нормативном регулировании системы субсидирования, связанных, в т.ч., с широкими дискреционными полномочиями должностных лиц, дающими возможность принимать решения по своему усмотрению².

Антиторрупционная экспертиза, проведенная в 2021 году Казахским национальным университетом имени аль-Фараби, показала, что в нормах распространены факторы широких дискреционных полномочий, ненадлежащего определения функций и ответственности госслужащих, отсутствие четкой ответственности за нарушения, установление права вместо обязанности должностных лиц.

Сохраняются административные барьеры, дискреционные нормы, недо-

¹ Указ Президента Республики Казахстан «Об утверждении Концепции правовой политики Республики Казахстан до 2030 года» от 15 октября 2021 года № 674

² Национальный доклад о противодействии коррупции за 2021 год / https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36897346

статочная открытость государственных органов, пробелы в автоматизации бизнес-процессов государственного управления, отсутствуют стандарты доступного и понятного разъяснения различным социальным группам их прав, обязанностей и процедур исходя из конкретных ситуаций, региональных, отраслевых и иных особенностей.

В частности, в КоАП сохраняется ряд статей, предусматривающих административное усмотрение при решении вопроса об ответственности субъектов предпринимательства. Так, по отношению к субъектам среднего бизнеса в 2021 году было применено административных штрафов в 2,3 раза больше, чем предупреждений (предупреждений – 3 356, штрафов – 7 760), крупного – в 10,5 раз (предупреждений – 673, штрафов – 7 074).

В 2020 году к субъектам крупного бизнеса было применено административных штрафов в 5,14 раз больше, чем предупреждений (предупреждений – 773, штрафов – 3 975), к субъектам среднего – в 1,9 раз (предупреждений – 2 563, штрафов – 5 014).

Вместе с тем, чрезмерная защита бизнеса может привести к полному освобождению предпринимателей от какой-либо ответственности.

Так, на встрече представителей бизнеса с органами прокуратуры Уполномоченный по защите прав предпринимателей Казахстана Р.М. Журсунов (далее – Уполномоченный) указал, что в административной практике за период с 2015 по 2021 гг. отмечался 2-кратный рост административных дел в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Если в 2015 году было 253 тыс. дел, то в 2020 году эта цифра превысила 628 тыс. (2015 г. – 253 525 дел, 2016 г. – 319 828 дел, 2017 г. – 396 002 дела, 2018 г. – 445 940 дел, 2019 г. – 501 649 дел, 2020 г. – 628 841 дело, 2021 г. – 532 524 дела).

Учитывая, что в 2020 году было 1 млн 350 тыс. субъектов бизнеса, то каждый 2-й предприниматель был привлечен к административной ответственности.

Однако им же было отмечено, что из 628 000 дел 318 000 дел касаются нарушений правил дорожного движения.

Примерно такое же соотношение наблюдается в 2020 году: наложено административных взысканий по 7 157 785 делам, из них: по юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям – 628 841 дело. В ходе анализа установлено, что 326 876 дел в отношении юридических лиц возбуждены по правонарушениям на транспорте, в дорожном хозяйстве.

Полагаем, что защита прав бизнеса не должна распространяться на случаи совершения административных правонарушений, в которых предприниматели совершают правонарушения в сфере дорожного движения.

Однако есть еще одна проблема, указанная Уполномоченным. Так, за непредставление налоговой отчетности есть административный штраф (ст. 272 КоАП, впервые – предупреждение, повторно – от 30 до 70 МРП).

В 2020 году было 110 тыс. дел такой категории (по ст. 272 КоАП: малый бизнес – 16 694 дела, средний бизнес – 1 032 дела, крупный бизнес – 332 де-

ла, ИП – 92 303 дела. Всего – 110 631 дело).

По мнению Уполномоченного указанный проступок является формальным, но наказание носит массовый характер.

Анализ административной практики показал, что есть необходимость более углубленного изучения вопроса административного усмотрения (дискреции) при выборе вида административных взысканий, а также формальных составов административных правонарушений в отношении субъектов предпринимательства. Следует выяснить, чем руководствуются уполномоченные органы при выборе меры воздействия, действительно ли совершено грубое административное правонарушение, требующее применения штрафа, а не предупреждения.

Помимо практической востребованности изучения данной темы имеется и теоретическая обусловленность, т.к. в полном объеме данная тема не исследовалась казахстанскими учеными.

В казахстанской юридической науке проблемные вопросы административного усмотрения (дискреции) в деятельности государственных органов рассматривались крайне редко, преимущественно на уровне научных статей³, что свидетельствует о малоизученности вопросов дискреции.

В постсоветских странах проводилось гораздо больше научных исследований по данной теме, включая фундаментальные исследования: было защищено более десятка диссертаций, написаны солидные монографии⁴. Также данные вопросы актуальны и в Дальнем зарубежье⁵.

³ Габбасов, А. Административное усмотрение и административная юстиция в Республике Казахстан /https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31153141; Мельник, Р.С. Административное усмотрение: понятие, виды и условия правомерности применения // Вестник института законодательства и правовой информации РК. 2021. № 1 (64). С.35-47; Жамиев, А.Ш. Принципы административного процедурно-процессуального кодекса /<https://akt.sud.kz/rus/massmedia/principy-administrativnogo-procedurno-processualnogo-kodeksa>

⁴ Слюсарева, Т. Г. Административное усмотрение в деятельности государственных служащих: авторефер. дис. ... канд. юрид. наук. – Москва, 2013; Никитин, А.А. Общие вопросы усмотрения в праве. – Саратов: ИЦ «Наука», 2019. – 167 с.; Никитин, А.А. Феномен усмотрения в праве. – Саратов: ИЦ «Наука», 2021. – 459 с.; Антропов, В. Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование: логико-семантический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 1995. – 20 с.; Березин, А. А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2007. – 26 с.; Бойко, Д. В. Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности: вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2011. – 35 с.; Воропаев, Д.А. Усмотрение и справедливость правоприменительного решения в деятельности органов внутренних дел (теоретико-правовой аспект). – Минск, 2016. – 28 с.; Гирвиц, А. В. Полицейское усмотрение в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2017. – 211 с.; Игнатъев, А. С. Усмотрение как правовая общетеоретическая категория и алгоритм его отраслевого анализа (на примере сферы судебного конституционного контроля): дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2015. – 202 с.; Кораблина, О. В. Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспекты): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2009. – 22 с.; Никитин, А.А. Правовое усмотрение: теория, практика, техника : дисс. докт.

Однако комплексные, посвященные вопросам дискреции в отношении субъектов предпринимательства, исследования не проводились.

Представленная монография является результатом исследования, цель которого – поиск и решение проблемных вопросов, связанных с реализацией административного усмотрения (дискреции) в деятельности государственных органов в отношении субъектов предпринимательства в РК.

В монографии в кратком изложении раскрываются недостатки и положительные стороны административного усмотрения (дискреции) в деятельности государственных органов в отношении субъектов предпринимательства и выработаны предложения по дальнейшему развитию данного института с позиции защиты прав и свобод предпринимателей.

Представленная монография может быть интересна сотрудникам правоохранительных и иных государственных органов, научным и педагогическим работникам, а также обучающимся высших учебных заведений.

юрид. наук. – Саратов, 2021. 514 с.; Погорелова, Н.С. Судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону. 2005; Скударнов, А.С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2014. – 26 с.; Слюсарева, Т.Г. Административное усмотрение в деятельности государственных служащих: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2013. – 26 с.

⁵ Пуделька Й., Понятие усмотрения в административном праве Германии и его отграничение от судебного усмотрения //Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия «Право». 2017. Т.8. Вып.4.; Барак, А. Судейское усмотрение /Пер. с англ.; Науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун; Вступ. статья М. В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – 364 с.

1 ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ АДМИНИСТРАТИВНОГО УСМОТРЕНИЯ (ДИСКРЕЦИИ) В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ В ОТНОШЕНИИ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА

1.1 Научные подходы к административному усмотрению (дискреции) в отечественной и зарубежной административно-правовой науке

Понимание усмотрения в праве относительно недавно стало объектом научных исследований.

Актуальность изучения указанного понятия обусловлена тем, что анализ правоприменительной деятельности показал необходимость комплексного исследования закономерностей усмотрения в юридической практике.

Синонимом усмотрения является термин «дискреция», что в переводе с латинского языка означает решение должностным лицом или государственным органом относящегося к его ведению вопроса по собственному усмотрению⁶.

В словаре предпринимателя под дискрецией подразумевается способ решения экономических проблем, заключающийся в том, что лицо, орган, принимающие решения, действуют в основном по собственному усмотрению⁷.

По мнению автора Демина А.В. дискреция – это особый вид диспозитивности как общеправового феномена, формы ее проявления в различных отраслях права в целом совпадают с общеправовыми формами диспозитивности, что в свою очередь, не исключает отраслевой специфики⁸.

Некоторые ученые соотносят понятия «усмотрение» и «дискреция» как синонимы и определяют дискрецию как юридическую обусловленную свободу усмотрения субъекта правоприменения, предполагающую возможность выбора одного из нескольких вариантов выбора правореализационного решения⁹.

Другие ученые трактуют усмотрение как соотношение целого (усмотрения) и его части (дискреции). По их мнению, оба понятия являются сравнимыми, поскольку имеют схожие признаки.

К примеру, Мирошник О.А. полагал, что дискреция в отличие от усмотрения основана на праве и ограничена правом, в то время как усмотрение может как соответствовать, так и не соответствовать правовым

⁶ Зубарев Ю.А., Шамардин А.И. Энциклопедический словарь терминов по менеджменту маркетингу экономике предпринимательству. В 2 т. Т. II. – Волгоград: ФГОУВПО «ВГАФК», 2012. – 608 с.

⁷ Словарь Словарь предпринимателя / Под ред. проф. Н.Н. Пилипенко. — 6-е изд. — М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°», 2016. — 577 с.

⁸ Демина, А.В. Дискреция в налоговом праве //Вестник Пермского университета. — Выпуск 35. — 2017. — С.45

⁹ Проблемы теории права и правореализации: учебник /под ред. Бакулина Л.Т. — М.: Статут, 2017 г. — 384 с.

нормам и принципам. Все проявления дискреции содержат в себе усмотрение, но не каждое проявление усмотрения является дискрецией¹⁰.

Ученые до сих пор не пришли к формированию единого понятия «усмотрение», а также его подходам.

В словаре русского языка Ожегова С.И. слово «усмотрение» означает установить, обнаружить, признать¹¹.

В толковом словаре русского языка термин «усмотрение» трактуется как действие, решение или склонность. Действовать, решать по собственному желанию, а не по закону, произвол¹².

Исследование показало, что в теории науки обозначено два основных подхода к пониманию усмотрения.

Последователи **первого подхода** рассматривают усмотрение как форму **злоупотребления правом** и выступают за его ограничение.

К примеру, древнегреческий философ Платон отмечал, что «я вижу близкую гибель того государства, где закон не имеет силы и находится под чьей-то властью. Там же, где закон владыка над правителями, а они - его рабы, я усматриваю спасение государства...»¹³.

По мнению представителей теории общественного договора, Закон представляет собой акт, выражающий общую волю; требование законности противопоставлялось критикуемому феодальному судопроизводству, начала законности связывались с определенностью правового положения личности, с гарантией их неотъемлемых прав¹⁴.

Девис К. видел в усмотрении негативное явление юридической практики, в ходе изучения природы которого, он пришел к выводу о наличии существенной суммы «ненужного усмотрения» должностных лиц в правовой системе, которая угрожает правильной реализации социальной политики. Дискреция должна быть «разрешена только в том случае, если ее осуществление находится под надлежащим контролем» и «прекращена, с тем чтобы ее использование было тщательно проверено с целью предотвращения произвола¹⁵.

С точки зрения правоведа Посошкова И.Т. необходимо строго соблюдать законы для того, чтобы свести к минимуму элемент усмотрения. Но для этого, нужны новые, более совершенные законы¹⁶.

¹⁰ Мирошник, О.А. О некоторых аспектах конституционно-правового понятия дискреции //Правовая политика и правовая жизнь. – 2012. – № 4. – С.32.

¹¹ Ожегов, С.И. Словарь русского языка. – М.: Русский язык, 1984. – С.826.

¹² Там же.

¹³ Платон. Собрание сочинений: в 3 томах. – М.: Статут, 1972. – Т.2. – Ч.2. – С.198.

¹⁴ Лазарев, В.В., Липень, С.В. Теория государства и права: хрестоматия. – М.: Юрист, 2001. – Т.1. С.304

¹⁵ Шершеневич, Г.Ф. Философия права. – М.: Изд. Бр.Башмаковых, 1910 г. – Т.1. – С.313.

¹⁶ Лазарев, В.В. История государственно-правовых учений. – М.: Спарк, 2006. – С.672

Аналогично негативно к усмотрению в административном праве относились и советские правоведы.

Так, по мнению Манохина В.М. командно-административная система приобрела, в сущности, положение хозяина в обществе, обретя вместе с тем такие недуги, как бюрократизм, громоздкость, закостенелость организационных форм и т.п. Исходная основа таких негативных явлений в государственном управлении – усмотрение¹⁷.

Сторонники **второго подхода** напротив положительно относятся к усмотрению и считают его необходимым условием для реализации **свободы**.

К примеру, с позиции Чечота Д.М. усмотрение предполагает, что соответствующий орган или должностное лицо действует по своей воле, не связанной при принятии решения какой-либо нормой. В пределах предоставленных ему полномочий орган государства свободен в выборе соответствующего решения¹⁸.

Представители естественно-правовой школы полагали, что свобода действовать по своему усмотрению необходима для выживания.

С точки зрения Гоббса Т. естественное право есть свобода всякого человека использовать собственные силы по своему усмотрению для сохранения своей собственной природы, т.е. собственной жизни, и, следовательно, свобода делать все то, что, по его суждению, является наиболее подходящим для этого¹⁹.

Основополагающей идеей естественного права является соответствие предписаний позитивного права нормам естественного права, содержащихся в разуме человека (правосознании)²⁰.

Ученый Дубовицкий В.Н. выделял широкую и узкую трактовку данного понятия. Широкое, общесоциальное понимание усмотрения – это решение, мнение, заключение вообще. При таком подходе, по мнению автора, получается, что право связано усмотрением. Напротив, узкая трактовка усмотрения – это усмотрение, которое связано правом²¹.

По мнению Скударнова А.С. усмотрение охватывает весь процесс индивидуального правового регулирования и протекает в различных формах реализации права²².

¹⁷ Манохин, В.М. Правовое государство и проблема управления по усмотрению // Советское государство и право. – 1990. – № 1. – С.23-30

¹⁸ Чечот, Д.М. Административная юстиция (теоретические проблемы). – Л., Изд-во Ленингр. ун-та, 1973. – С.68.

¹⁹ Гоббс Т. Сочинения: в 2 т. Т.2: Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. – М., 1991. – 548 с.

²⁰ Оносов, Ю.В. О комплексном подходе к исследованию усмотрения в праве // Сибирское юридическое обозрение. – 2020. – Т.17. – № 1. – С.14.

²¹ Дубовицкий, В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. – Минск: Наука и техника, 1984. – С.49

²² Скударнов, А.С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (их объединений): автореф. канд. юрид.наук. – Челябинск, 2014. – 27 с.

По мнению Антропова В.Г. под усмотрением следует понимать предоставленную правом императивную деятельность правоприменителя в выборе субъектно-рационального решения²³.

С позиции Кораблиной О.В. усмотрение является неразделимым элементом юридической деятельности, объективно существующим и общественно оправданным правовым явлением, которое отражает динамичность права и его способность адаптироваться к изменяющимся историческим условиям к определенным ситуациям²⁴.

С точки зрения Боннера А.Т. усмотрение – это деятельность, направленная на поиск наиболее оптимального законного решения, обусловленная поставленными задачами, соответствующая интересам государства и общества, и основана на фактах беспристрастной работы²⁵.

Многообразие трактовок понятия «правоприменительное усмотрение» обусловлено многоаспектностью указанного термина.

Ученые, исследовавшие усмотрение, разделились на две группы.

В одну группу можно определить авторов: Сенякина И.Н., Коренева А.П., Гука П.А. и Тихомирова Ю.А., считающих, что правоприменительным усмотрением является специфичная деятельность по выбору варианта решения, который осуществляется надлежащими правоприменительными органами и правоуполномоченными должностными лицами с целью разрешения юридического дела²⁶.

Эти ученые отмечают, что правоприменительное усмотрение считается формой воплощения возможностей субъекта правоприменения по разрешению определенных юридических дел, либо по совершению некоторых процессуальных действий.

По мнению Сенякина И.П. правоприменительным усмотрением следует рассматривать полномочие свободы выбора, предоставленное правоприменителю, одного из нескольких решений, закрепленных в правовой норме альтернативных, но в равной степени законных решений по рассматриваемому делу, основанных на его убеждении²⁷.

Коренев А.П. определил правоприменительное усмотрение как предоставленное правоприменителю полномочие свободы выбора одного из нескольких решений, закрепленных в законодательной норме других, но в оди-

²³ Антропов, В.Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический анализ): автореф. канд. юрид.наук. – Волгоград, 1995. – С.14

²⁴ Кораблина, О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспекты): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2009. – С.3

²⁵ Боннер, А.Т. Применение закона и судебное усмотрение //Государство и право. – 1976. – № 6. – С.35

²⁶ Макеев, И.И. Теория и история государства и права. История учений о праве и государстве: дисс. канд. юрид.наук. – М., 2020. – 213 с.

²⁷ Сенякин, И.Н. Судебное усмотрение в частном праве. – Саратов: Сарат. гос. акад. права, 2005. – С.23

наковой мере легитимных решений по изучаемому делу, которые были основаны на его убеждении²⁸.

В понимании Гука П.А. правоприменительным усмотрением считается предоставляемое правоприменяющему субъекту право самостоятельного выбора и изучения единственного вероятного варианта решения (из имеющихся принципов, нормативных актов, судебной практики и правовых позиций)²⁹.

С данным суждением, на наш взгляд, нельзя полностью согласиться, поскольку у правоприменителя должно быть несколько вариантов возможных решений в соответствии с законом.

Другая группа юристов делают акцент на определение сущности правоприменительного усмотрения, выраженного в поиске оптимального решения в юридических делах.

К таким ученым можно отнести Берг Л.Н., Антропова В.П., Березина А.А. и Бойко Д.В.

Например, Березин А.А. при исследовании правоприменительного усмотрения обращал внимание на ознакомление с его существенными признаками.

По его мнению, пределами правоприменительного усмотрения, являются установленные посредством особого правового инструментария границы, в которых субъект права, опираясь на комплексный анализ всех обстоятельств дела, может выработать наиболее правильное решение с учетом принципов справедливости, целесообразности и законности³⁰.

Свобода усмотрения правоприменителя может быть интерпретирована и как творческий, интеллектуально-волевой процесс компетентного органа, в результате которого окончательно формируется его нравственная позиция по отношению к рассматриваемому делу³¹.

По утверждению Бойко Д.В. под правоприменительным усмотрением понимается деятельность по индивидуальному правовому регулированию действий физических и юридических лиц в ситуациях, когда планируется вероятность субъекта применения права самостоятельно принимать решение о порядке использования правовых средств для достижения целей, которые определены в законе³².

Автор Папкова О.П. полагает верным понимать правоприменительное усмотрение в качестве особенного рода деятельности.

Она определяет дискрецию как правоприменительную деятельность, включающую определение вариантов решения важных правовых задач,

²⁸ Коренев, А.П. Нормы административного права и их применение. – М., Юрид. лит., 1978. – С.73.

²⁹ Гук, П.А. Судебная практики как форма судебного правотворчества в правовой системе России: автореф. канд. юрид.наук. – М., 2012. – С.35

³⁰ Березин, А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2007. – С.94-95.

³¹ Бохан, В.Ф. Формирование убеждения суда. – Минск: БГУ, 1973. – С.94.

³² Бойко, Д.В. Правоприменительное усмотрение, законность и произвол //Общество и право. – 2009. – № 3 (25). – С.61.

предусмотренную действующим законодательством и осуществляемую в общеустановленном порядке. Автор отмечает существование общих и специальных границ данной работы³³.

На сегодняшний день существуют различные дифференцированные подходы ученых относительно классификации видов усмотрения.

Анализ показал, что можно выделить основные два правоприменительного усмотрения государственных органов: судебное и административное.

Судебное усмотрение

На протяжении длительного времени судебное усмотрение не признавалось необходимым, поскольку ранее доминировало императивное правовое регулирование, когда любая проблема должна была иметь только одно решение, обозначенное в нормативном правовом акте.

В последующем такие факторы как развитие общественных отношений, эволюция права и государства способствовали постепенному переходу к диспозитивному законодательному регулированию жизни общества и возможности применения усмотрения.

В настоящее время судебное усмотрение является средством восстановления нарушенного права, социальной гармонии, возникающей из вопросов частного права между гражданами, гражданами и государственными организациями, предприятиями и другими государственными учреждениями.

В целом, легитимное судебное решение, принятое по усмотрению, должно обладать следующими свойствами: быстрая реакция на изменение социальных условий; преодоление правовой строгости и правовых суеверий; установление важности права; признание высокой роли суда в защите личных прав и моральных ценностей³⁴.

Барак А. рассматривал усмотрение как полномочие лица, обладающего властью, в выборе между двумя либо более альтернативами закона.

По его мнению, где существует право, там бывает и усмотрение суда. В истории права также присутствуют случаи расширения либо сужения судебного усмотрения в разные времена и при разнообразных жизненных обстоятельствах³⁵.

Он выделял следующие объекты усмотрения суда:

1. Первый тип усмотрения применяется к решениям о фактах.
2. Второй объект усмотрения затрагивает предпочтение альтернативных путей принятия нормы к предоставленной совокупности фактов.

3. Третий тип усмотрения заключается в выборе среди различных альтернатив, связанных с данной нормой.

³³ Папкина, О.А. Судебное доказывание и усмотрение суда в гражданском процессе // Государство и право. – 2012. – № 2. – С.130.

³⁴ Тихомиров, Ю.А. Теория компетенции. – М.: Юринформцентр, 2000. – С.267.

³⁵ Барак, А. Судейское усмотрение /Пер. с англ.; Науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун; Вступ. статья М. В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – С.352.

По мнению Комиссарова К.И. судебное усмотрение является особенным видом судебной практики, суть которого заключается в наделении суда в определенных ситуациях полномочиями принимать решения, опираясь на специфические обстоятельства и только в рамках конкретных предписаний закона³⁶.

Автор выделил такие формы усмотрения, как:

- применение норм факультативного характера.

Основной принцип может быть использован для регулирования любого отношения, которому он соответствует. Тогда как, факультативная норма может применяться только в таких случаях, когда это правоотношение приобретает некоторые особенности и это не исключает возможности его применения;

- использование аналогии закона и аналогии права.

Аналогия является исключительной, хотя и вынужденной формой применения норм права по усмотрению суда, возникающей из-за наличия правовых недостатков. Суть судебного усмотрения заключается в расширении применения законодательства и к увеличению объема правового регулирования³⁷.

Следовательно, судебное усмотрение является не только правом, но и обязанностью суда, поскольку возможность применения усмотрения закреплена юридической нормой.

Однако для эффективного применения усмотрения судом необходимо соблюдение разумных пределов, поскольку их отсутствие может привести к злоупотреблению правом.

Пределы судебного усмотрения определяются в следующем:

1. В предмете усмотрения суда, т.е. использование судебного усмотрения при выполнении одних процессуальных действий не может распространяться на другие.

2. В субъективном выражении усмотрения суда, т.е. когда усмотрение принадлежит лишь судье.

3. В процессуальной форме реализации судебного усмотрения в виде судебного решения либо отдельного полномочия судьи³⁸.

Пределы судебного усмотрения ограничиваются:

1. Возможностью и необходимостью толкования закона.

2. Возможностью выбора между различными правовыми нормами в случае конфликта между ними или диспозитивностью правовых норм.

³⁶ Комиссаров, К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. – 1964. – № 4. – С.49-56

³⁷ Аминова, Ю.А. Понимание усмотрения в правоохранительной деятельности: анализ различных подходов // Вестник Омского университета. – Серия «Право». – 2012. – № 3 (32). – С.29-36

³⁸ Гончаров, В.Б., Кожевников В.В. Проблема усмотрения правоприменяющего субъекта в правоохранительной сфере // Государство и право. – 2001. – № 3. С.55; Степин, А.Б. Соотношение судебного усмотрения и принципа законности в механизме защиты частного права // Современное право. – 2016. – № 1. – С.103.

3. Фактическими обстоятельствами дела при принятии решения об определении размера морального вреда.

4. Возможностью применения аналогии при восполнении пробелов в законодательстве³⁹.

Таким образом, установление пределов усмотрения суда является важнейшей гарантией обеспечения законности его осуществления и позволяет судье выработать оптимальное в конкретных условиях решение.

Погорелова Н.С. придерживается того мнения, что следует различать пределы и границы усмотрения, причем под границей судебного усмотрения она имеет в виду «реализацию судьейского усмотрения».

Автор отмечает, что понятие «пределы судьейского усмотрения» шире, нежели «границы», поскольку в некоторых случаях предел может быть обозначен только в мировоззрении самого судьи, допустим в случае, когда возникает пробел в праве или в законе.

Тогда как, границы судьейского усмотрения имеют более четкие очертания, поскольку закреплены в нормах закона или правовых актах судебной практики⁴⁰.

Однако подобное «рамочное усмотрение» с точки зрения Чабан Е.А., является неверным, ввиду того, степень ограничения судебного усмотрения может быть разной в зависимости от вида юридической нормы, способа ее построения и проблем возникающих в процессе ее реализации⁴¹.

Административное усмотрение.

Административное усмотрение, наряду с судебным, является одним из подвидов правового усмотрения.

Классификация усмотрения основывается на сущности и характере результатов практики применения права, зависящей от органа государственной власти, вынесшего решение.

Административное усмотрение понимается обычно как усмотрение, которое применяется на основе юридических предписаний в процедурно-процессуальной деятельности публичной администрации⁴².

По мнению Березина А.А. административное усмотрение определяется как выполняемая в соответствии с законом деятельность уполномоченных лиц, предусматривающая возможность выбора наиболее наилучшего решения по юридическому делу⁴³.

³⁹ Барак, А. Судейское усмотрение /Пер. с англ.; Науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун; Вступ. статья М. В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – 364 с.

⁴⁰ Погорелова, Н.С. Судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: дисс. канд. юрид.наук. – Ростов-на-Дону. – 2005. – С.111.

⁴¹ Чабан, Е.А. Понятие и виды пределов административного усмотрения //Вестник Краснодарского университета МВД России. – 2013. – № 4. – С.76,77.

⁴² Купреев, С.С. Об административном усмотрении в современном праве // Административное право и процесс. – 2012. – № 1. – С.9.

⁴³ Березин, А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2007. – С.43.

Соловей Ю.П. полагает, что административное усмотрение должно содействовать принятию оптимального решения, т.е. в полной мере обеспечить достижение целей установленных правом⁴⁴.

Интересной является позиция автора Кораблиной О.В., которая считает, что административное усмотрение взаимосвязано с другими видами правоприменительного усмотрения, в т.ч. с усмотрением суда.

Данная связь выражается в следующем: «...во-первых, судебное и административное усмотрение постоянно должны реализовываться в рамках закона. Во-вторых, они обязаны координироваться с развитием общественных отношений. В-третьих, у установленного на основе судебного либо административного усмотрения акта должна быть цель, для реализации которой законодатель предоставил возможность субъекту применения действовать по собственному усмотрению. В-четвертых, законодательный акт, принятый на основе судебного или административного усмотрения, обычно, должен включать в себя мотивы, побудившие должностное лицо или орган, пользоваться правом усмотрения, что является значимой гарантией от возможных случаев злоупотребления со стороны правоприменительного органа. В-пятых, зачастую судебное решение, вынесенное на основе судебного усмотрения, осуществляется с помощью административного усмотрения»⁴⁵.

В монографии авторского коллектива (Лунев А.Е., Студеникин С.С., Ямпольская Ц.А.) административное усмотрение определялось только с законом. По их мнению, предпочтение решения должно быть связано и узамы иного рода – целью, которая или вытекает из смысла закона или же указывается законодателем. В этой связи приводится вывод о том, что усмотрение допустимо рассматривать в виде целесообразности в сфере применения закона.

Административно-правовое усмотрение предполагает наличие определенных границ его осуществления в правоприменительной деятельности органов муниципального и государственного управления. Установление пределов административного усмотрения является важной гарантией обеспечения законности в деятельности указанных субъектов управления⁴⁶.

По убеждению Мицкевич Л.А., при вынесении по усмотрению управленческого решения допускается предоставление органу свободы при оценке юридического факта (состава), влекущего изменение, возникновение либо прекращение правоотношений (свобода касательно признания юридического факта), или же выбор одной из различных форм реагирования на указанный юридический факт (свобода касательно выбора вариантов действий). При исполнении усмотрения орган исполнительной власти может самостоятельно

⁴⁴ Соловей, Ю.П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции: автореф. канд. юрид.наук. – М., 1982. – С.6.

⁴⁵ Кораблина, О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2009. – С.47-48.

⁴⁶ Чабан, Е.А. Понятие и виды пределов административного усмотрения //Вестник Краснодарского университета МВД России. – 2013. – № 4. – С.92-99.

избрать меру публично-правового воздействия, которое применяется в отношении организаций и граждан, форму осуществления своих полномочий, порядок, способ, а также сроки выполнения управленческого решения.

Пределы административного усмотрения выражаются в виде ограничений, установленных нормативными правовыми актами и определяющих границы, в рамках которых субъект административного усмотрения располагает возможностью волевого предпочтения для наилучшего разрешения юридического вопроса⁴⁷.

Таким образом, административное усмотрение дает должностному лицу легальную возможность самостоятельно действовать в рамках своей компетенции.

По мнению ученых Сенякина И.Н. и Климовой Г.З., судебное и административное усмотрение неразделимо⁴⁸.

В то же время судебное усмотрение можно классифицировать на подвиды в зависимости от того, в каком виде судопроизводства оно осуществляется. К примеру, определяется усмотрение в гражданско-процессуальном, административном, арбитражном, конституционном и уголовно-процессуальном судопроизводстве. Кроме того, имеются работы об усмотрении в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации⁴⁹.

Казахстанский ученый Мельник Р.С. выделяет такие виды административного усмотрения как:

1. Усмотрение относительно решения/действия. Административному органу предоставляется возможность самостоятельно определить, будет ли он принимать решение/совершать действие в конкретной ситуации. Например, акимат наделен правом самостоятельного принятия решения касательно того, производить либо не производить застройку территории.

2. Усмотрение касательно одного из вариантов решения/действия. Административному органу предоставляется возможность выбрать одно из законодательно допустимых решений или выполнить одно из юридически обоснованных действий. Допустим, сотрудник полиции вправе самостоятельно определить, к какому из них прибегнет он в определенной ситуации;

3. Усмотрение относительно способа действия. Административному органу предоставляется усмотрение в выборе способа действия в определенной ситуации. Например, сотрудники органов внутренних дел могут самостоятельно определить, какие средства и с какой интенсивностью будут при-

⁴⁷ Мицкевич, Л.А. Очерки теории административного права. – М.: Проспект, 2015. – С.245-246.

⁴⁸ Сенякин, И.Н., Климова Г.З. Реабилитация как правовой институт (вопросы теории и практики). – Саратов: Саратов. гос. акад. права, 2005. – С.293.

⁴⁹ Игнатъев, А.С. Понятие и признаки усмотрения при осуществлении судопроизводства в Конституционном Суде Российской Федерации // Ленинградский юридический журнал. – 2011. – № 4. – С.152-166.

менять для принудительного прекращения собрания, которое утратило мирный характер⁵⁰.

Цыгановкин В.А. предложил классифицировать на судебную дискрецию, а также дискрецию исполнительной и законодательной власти⁵¹.

С его слов судебная дискреция явно отличается от дискреции исполнительной и законодательной власти, поскольку является прямым проявлением функции судебных публично-властных институтов государства.

Автор Малиновский А.А. отмечает три вида усмотрения в праве в зависимости от субъекта усмотрения: субъективное, административное и судебное.

По его словам, при субъективном усмотрении субъектом выступает лицо, обладающее субъективным правом для реализации своего интереса (гражданин, общественная организация, политическая партия). В отличие от этого, субъекты административно-судебного усмотрения, как правило, не преследуют личные интересы в процессе правоприменения. Они осуществляют возложенные на них должностные полномочия в рамках своих обязанностей (губернатор, судья), действуя от имени общества либо государства⁵².

Отдельными авторами выделяется также политическое усмотрение, осуществляемое субъектами верховной власти государства, представляет собой выражение политической воли, через которую в полной мере проявляется сущность государства⁵³.

В Казахстане понятие «усмотрение» получило закрепление в принятом АППК.

Итак, под административным усмотрением понимается правомочия административного органа принимать одно из возможных решений в рамках установленных законодательством целей и пределов (п. 6 ч. 1 ст. 4 АППК).

Кроме того, должностное лицо, административный орган обязаны осуществлять административное усмотрение в рамках, установленных законодательством (ч. 1 ст. 11 АППК).

Кроме того, благодаря законодательному закреплению в АППК граждане имеют право обжаловать решения государственных органов, принятых с использованием административного усмотрения, если считают, что такие решения противоречат закону или наносят ущерб их правам интересам.

⁵⁰ Мельник, Р.С. Административное усмотрение: понятие, виды и условия правомерности применения //Вестник института законодательства и правовой информации РК. 2021. № 1 (64). С.35-47.

⁵¹ Цыгановкин, В.А. Дискреционный тип правового регулирования //Вектор науки Тольятинского государственного университета. Серия Юридические науки. – 2011. – № 3 (6). – С.98-101.

⁵² Малиновский, А.А. Усмотрение в праве //Государство и право. – 2006. – № 4. – С.102-104.

⁵³ Шарнина, Л.А. Понятие политического усмотрения //Конституционное и муниципальное право. – 2008. – № 5. – С.7.

Отсюда следует, что в целях обеспечения вынесения справедливого решения, административный орган был законодательно наделен полномочием принятия решения по своему усмотрению.

Профессор Высшей школы права Университета КазГЮУ Мельник Р.С. пришел к выводу, что усмотрение является не правом или обязанностью, а полномочием административного органа.

При этом административный орган может применять усмотрение как при принятии отдельных решений (административных актов), так и в процессе подготовки и издания нормативных актов.

По его мнению, административное усмотрение предоставляет право и одновременно обязывает административный орган принять одно из решений, которое допускается нормой.

Изучение юридической литературы, решений судебных органов, законов и положений нормативных актов (различных государств) позволяет утверждать о существовании основных четырех видов административного усмотрения:

1. Усмотрение, касающееся решений или действий, когда административный орган уполномочен самостоятельно определить, будет ли он принимать решение или совершать действие в конкретной ситуации.

2. Усмотрение, касающееся одного из вариантов решений или действий, когда административный орган вправе выбрать одно из перечня позвольительных решений или совершить соответствующее действие.

3. Усмотрение, касающееся способа действий, когда административный орган уполномочен принять самостоятельное решение о том, каким образом он будет поступать в определенной ситуации.

4. Усмотрение, касающееся адресата административного акта или административного действия, когда административный орган может самостоятельно решить, кто будет адресатом его административного акта или административного действия⁵⁴.

По мнению секретаря Комитета по конституционному законодательству, судебной системе и правоохранительным органам Сената Сафинова К. в настоящее время в контексте административной реформы государством принимаются все меры по деbüroкратизации деятельности государственного аппарата, расширению его полномочий, широкому внедрению «административного усмотрения» (дискреции)⁵⁵.

В законодательстве РК административное усмотрение во многих случаях обозначается словами «может», «имеет право» или «возможно».

⁵⁴ Мельник Р.С. Административное усмотрение: понятие, виды и условия правомерности применения //Вестник института законодательства и правовой информации РК. 2021. № 1 (64). С.35.

⁵⁵ Сафинов, К. Исполнение законов как право и обязанность //Казахстанская правда. – 14.07.2022. – № 4270746 /<https://kazpravda.kz/n/ispolnenie-zakonov-kak-pravo-i-obyazannost/>

К примеру, согласно Закона РК «Об органах внутренних дел» должностные лица органов внутренних дел имеют право ограничивать или временно запрещать доступ граждан на определенные территории и участки для обеспечения общественного порядка и безопасности⁵⁶.

Учеными сформулированы основные принципы административной процедуры и усмотрения:

1. Принцип пропорциональности (соразмерности), который подразумевает, что административная деятельность государственных органов в отношениях с гражданами и частными юридическими лицами должна быть направлена на достижение целей, предусмотренных Конституцией и законами.

2. Принцип равноправия, запрета произвола (последовательности) деятельности администрации, который требует, чтобы государственные органы придерживались последовательного подхода и не проявляли неравенства в отношении одинаковых фактических обстоятельств, если нет оснований для их различия.

3. Принцип запрета сверхформализма, который состоит в запрещении обременения лиц обязанностями, либо отклонения предоставления любого права, только для соблюдения формальных требований⁵⁷.

Исследование научных подходов к административному усмотрению (дискреции) в отечественной и зарубежной административно-правовой науке показало, что как у ученых, так и у правоприменителей не выработаны единые подходы к вопросу об определении понимания усмотрения в различных сферах юридической практики.

Кроме того, остаются до конца не изученными соотношение усмотрения с понятиями «дискреция» и «злоупотребление правом», а также не выработаны функции правового усмотрения и пределы правового регулирования.

Как сказано ранее, в Казахстане административное усмотрение является полномочием административного органа в принятии одного из возможных альтернативных решений.

Однако с нашей точки зрения, оно не должно приводить к нарушению прав и свобод граждан.

Помимо этого, усмотрение допустимо применять в пределах, установленных нормами закона, на основании внутреннего убеждения правоприменителя при наличии юридических последствий.

Полагаем, что приведенный подход наиболее объективно отражает его сущность и является необходимым условием осуществления прав и свобод человека.

Вместе с тем изучение данного подхода показало, что на сегодняшний день уполномоченные лица, наделенные соответствующими должностными

⁵⁶ Закон РК «Об органах внутренних дел» от 23 апреля 2014 года /Online.zakon.kz/Document/?doc_id=31153141

⁵⁷ Габбасов, А. Административное усмотрение и административная юстиция в Республике Казахстан /https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31153141

полномочиями, лишены какой-либо персональной ответственности за принятие необоснованных решений, либо несоблюдение сроков.

К примеру, должностное лицо, нарушившее сроки рассмотрения административного производства, не несет персональной ответственности дисциплинарного характера.

В этой связи, в целях эффективного осуществления своих полномочий должностными лицами, следует определить, нарушение каких административных процедур государственного управления может привести к правовым последствиям.

Например, с точки зрения ученых Жеребцова А.Н. и Чабан Е.А. такими нарушениями являются:

1. Нарушение правил об основаниях начала осуществления административной процедуры. Здесь имеется в виду, что должностное лицо необоснованно возбуждает административное производство, отказывает в производстве по обращению субъекта, либо не имеет полномочий на возбуждение данного производства.

2. Нарушение сроков административной процедуры. Каждая административная процедура ограничена сроками ее осуществления, позволяющими оперативно предоставить государственную (муниципальную услугу), либо исполнение государственной (муниципальной) функции. Нарушение указанных сроков, свидетельствует о волоките при осуществлении позитивного государственного управления.

3. Истребование документов по рассматриваемому делу, не предусмотренных законодательными нормами, подзаконными нормативно-правовыми актами либо административного регламента, или же получаемых в электронной форме посредством межведомственного взаимодействия органов исполнительной власти и иных субъектов, наделенных государственно-управленческими полномочиями⁵⁸.

С учетом изложенного, по нашему мнению, понятие усмотрения необходимо дополнить следующим образом:

«Административным усмотрением является полномочия административных органов принимать одно из возможных альтернативных решений в рамках установленных законодательством целей и пределов, влекущих за собой правовые последствия».

⁵⁸ Жеребцов, А.Н., Чабан Е.А. Административные процедуры: понятие, сущность, проблемы осуществления и нормативно-правового регулирования. – Краснодар: Экоинвест, 2017. – С.145-146.

1.2 Правовое регулирование административного усмотрения (дискреции) в отношении субъектов предпринимательства по законодательству Казахстана: историко-правовой аспект

Административное усмотрение (дискреция) является достаточно сложным понятием, о чем свидетельствуют научные подходы к нему, как в отечественной, так и зарубежной административно-правовой науке, что было рассмотрено в подразделе 1.1.

Сущность дискреции заключается в принятии решения административного органа из нескольких альтернативных вариантов на основе проведенной оценки всех обстоятельств конкретного административного дела.

Исходя из выбранной тематики, предлагаем проследить генезис развития правовых норм Казахстана, регулирующих возможность выбора решения по делам об административных правонарушениях.

При этом учтены особенности развития административного законодательства Казахстана: наличие обычного права и применение норм Российской империи в дореволюционный период, российского, союзного законодательства – после Великой Октябрьской революции.

Так, в дореволюционный период на территории Казахстана действовали нормы Российской империи и обычного права казахов, а после революции – нормы Туркестанской АССР, законодательства РСФСР, в которую входила Казахская АССР, а с 1936 года (образование СССР и Казахской ССР) – союзное законодательство⁵⁹.

В нормах обычного права казахов не было четкого разграничения между уголовными преступлениями и административными проступками. Об этом пишут и казахстанские⁶⁰, и российские⁶¹ исследователи. «Законы хана Тауке представляли собой многоотраслевое законодательство, поскольку в нем находились нормы гражданского права, права семейно-брачных отношений, административного права, уголовного права, налогового права, правовые нормы, имевшие отношение к религии (исламу)»⁶².

В России также первоначально отсутствовало разделение уголовных преступлений и административных правонарушений.

Если зарождение административного права, предшествующего ему законодательства и науки состоялось в начале XIX века в рамках полицейского

⁵⁹ Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть первая) //Мир закона. – 2021. – № 7-8 (231-232). – С.9.

⁶⁰ Древний мир права казахов. Том 4. – Алматы: Жеті жарғы, 2005. – С. 411; Сарсембаев, М.А. Казахское ханство как суверенное государство средневековой эпохи. – Астана: ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан», 2015. - 342 с.

⁶¹ Зинуров, Р.Н. «Жети жаргы» («Семь установлений») Тауке-хана как великий памятник права: правовой обычай, судопроизводство и наказание //Проблемы востоковедения. – 2012. – № 4(58). – С.36.

⁶² Сарсембаев, М.А. Указ. работа. С.105.

права (наука о полиции)⁶³, то нормы о производстве по делам об административных правонарушениях появились намного позднее после выделения административной ответственности в самостоятельный институт. Ученые определяют этот момент как конец XIX столетия⁶⁴.

Данному моменту предшествовало выделение «маловажных» публично-правовых нарушений из состава уголовных преступлений. Такое обособление произошло в принятом в 1864 году Уставе о наказаниях, налагаемых мировыми судьями. «Устав состоял из 13 глав: первая формулировала Общие положения, остальные составляли Особенную часть и содержали в общей сложности 150 составов проступков, впервые систематизированных по единому критерию — объектам посягательств»⁶⁵.

Вместе с тем, в данном правовом акте отсутствовали нормы о процессуальной стороне применения мер административной ответственности. Как отмечают некоторые авторы, «этот процессуальный пробел в законодательном регулировании зарождавшегося института административной ответственности через 25 лет восполнили Правила производства дел о проступках 1889 г.»⁶⁶, где были прописаны подведомственность, порядок возбуждения процедуры рассмотрения дела, вызова в суд и порядок судебного разбирательства, вынесения постановлений и приговоров, подачи жалоб и т.д. Однако при этом данные проступки считались уголовными и не назывались административными.

Позже был принят Административный устав о наказаниях, налагаемых сельским старостой и волостным старшиной, 1899 года. В него вошли проступки, предусмотренные ранее Уставом о благоустройстве в казенных селениях 1857 года и новые проступки, которые за малозначительностью не рассматривались как уголовные преступления в судах, а могли быть разрешены сельскими старостами и волостными старшинами. В качестве наказаний выступали денежный штраф в размере до 1 руб.; арест на срок не более 2 суток; назначение на общественные работы⁶⁷.

В последующих правовых актах – Уголовном уложении 1903 года, Военном уставе о наказаниях, Военно-морском уставе о наказаниях все «маловажные» нарушения считались уголовными проступками.

Как видим, при применении уголовных наказаний предусматривалась вариативность применения мер уголовных наказаний, которая заключалась в выборе: а) суммы денежного штрафа в размере до 1 руб.; б) срока ареста – не более 2 суток. Также предусматривалось как вариант назначение на общественные работы.

⁶³ Бахрах Д.Н., Б.В. Россинский, Стариков Ю.Н. Административное право: учебник. 3-е изд., пересмотр. и доп. – М.: Норма, 2008. – С.90.

⁶⁴ Реформа административной ответственности в России /под общей редакцией А.В. Кирина В.Н. Плигина. – М.: Издательский дом Высшей школы экономики. – М., 2018. С.36-37.

⁶⁵ Там же. С.34.

⁶⁶ Там же. С.35.

⁶⁷ Там же. С.36.

После падения Российской империи отправной точкой стало принятие первых декретов об административной ответственности 1920–1923 гг. в бытность СССР после Октябрьской революции.

Отдельного КоАП как такового не существовало, но правительством принимались и публиковались различные декреты, в которых устанавливалась ответственность за административные правонарушения и отдельные элементы процессуальных процедур⁶⁸.

Нормы об административной ответственности содержались в таких нормативных правовых актах, как Постановление Главного комитета по всеобщей трудовой повинности «О деятельности дезертиркомиссии по борьбе с труддезертирством» от 2 июня 1920 года.

Здесь предоставлялось право дезертиркомиссиям на пособников и укрывателей трудовых дезертиров налагать имущественные взыскания в виде штрафа, полной или частичной конфискации имущества, а также арест на срок до 2 недель, а в более серьезных случаях предавать суду Губревтрибунала⁶⁹. Как видим, возможность административного усмотрения при выборе административных взысканий Губернским и Уездным Комиссиям по борьбе с трудовым дезертирством предоставлялось.

Декретом Совета Народных Комиссаров РСФСР «О порядке применения административных мероприятий в целях исправного поступления продовольственных и сырьевых налогов» от 25 мая 1921 года была установлена административная ответственность за неуплату налогов. В нем было предоставлено право Губернским продовольственным комиссарам подвергать аресту отдельных неисправных плательщиков на срок не свыше двух недель, а Уездным продовольственным комиссарам на срок не свыше одной недели, а также право наложения налоговой пени. Опять-таки дискреция была предусмотрена для должностных лиц.

При этом соблюдался принцип соразмерности наложения наказания.

Например, указывалось, что «одновременное наложение на неисправного плательщика ареста и пени не допускается», перечислялись случаи, при которых применялись арест или пеня (если плательщик нарушил сроки сдачи доли после письменных предупреждений Сельского Совета и продовольственного инспектора, если плательщик повторно предъявил к сдаче явно недоброкачественный продукт), указывался максимальный размер пени – «не свыше 1/5 причитающейся доли налога»⁷⁰.

⁶⁸ Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть первая) //Мир закона. – 2021. – № 7-8 (231-232). – С.11.

⁶⁹ Постановление Главного комитета по всеобщей трудовой повинности «О деятельности дезертиркомиссии по борьбе с труддезертирством» от 2 июня 1920 года /<https://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=16971#EdFXqrUiY1vNkj2J2>

⁷⁰ Декрет Совета Народных Комиссаров РСФСР «О порядке применения административных мероприятий в целях исправного поступления продовольственных и сырьевых налогов» от 25 мая 1921 года /http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_962.htm

Положительным моментом в тот период для налогоплательщиков было то, что устанавливались определенные рамки дозволенности для продовольственных комиссаров. Например, было дано четкое указание обязательно мотивировать и обосновывать каждое постановление об аресте или наложении пени с представлением соответствующих документов, описывать, в чем заключается неисправность плательщика, и предупреждать о дальнейших возможных последовать административных или судебных взысканиях.

В рассматриваемый период отсутствовал единый кодифицированный нормативный акт, поэтому меры административной ответственности были предусмотрены рядом правовых актов – Декретами СНК РСФСР «Инструкция по применению постановления совета народных комиссаров от 15 июля 1921 года «Об ответственности за нарушение декретов о натуральных налогах и об обмене» и о порядке возбуждения и направления дел об этих нарушениях» от 3 октября 1921 года, «Инструкция о порядке открытия и производства всякой торговли и правила надзора за ней» от 19 июля 1921 года⁷¹, «Об ответственности за нарушения декрета о продаже виноградных, плодово-ягодных и изюмных вин» от 7 октября 1921 года⁷², «О взысканиях за нарушения таможенных постановлений» от 3 ноября 1921 года⁷³.

Всероссийским Центральным Исполнительным Комитетом и Советом Народных Комиссаров РСФСР был принят Декрет «О порядке наложения административных взысканий» от 23 июня 1921 года, в котором Президиумам Уездных Исполнительных Комитетов и Коллегиям Губернских Отделов Управления предоставлялось право налагать административные взыскания на граждан за нарушение обязательных постановлений местной власти.

Предусматривались следующие виды взысканий:

- а) лишение свободы сроком до 2-х недель;
- б) назначение на принудительные работы без лишения свободы сроком до 1-го месяца;
- в) штраф не свыше 50000 рублей;
- г) назначение вместо неисполненной повинности другой, или наложение штрафа в размере, не превышающем пятикратной стоимости оплачиваемых по вольным ценам работ, подлежащих выполнению в порядке повинности⁷⁴.

⁷¹ Декрет СНК РСФСР «Инструкция о порядке открытия и производства всякой торговли и правила надзора за ней» от 19 июля года /<https://istmat.org/node/46448>

⁷² Декрет СНК РСФСР «Об ответственности за нарушения декрета о продаже виноградных, плодово-ягодных и изюмных вин» от 7 октября 1921 года / <https://www.kommersant.ru/doc/1772240>

⁷³ Декрет СНК РСФСР «О взысканиях за нарушения таможенных постановлений» от 3 ноября 1921 года /https://e-ecolog.ru/docs/Z4lcAgGorRhZ0rWi4x644?utm_referrer=https%3A%2F%2Fyandex.kz%2F

⁷⁴ Декрет ВЦИК и СНК РСФСР «О порядке наложения административных взысканий» от 23 июня 1921 года /<https://docs.historyrussia.org/ru/nodes/11763-23-iyunya-dekret-vtsik-i-snk-o-poryadke-nalozheniya-administrativnyh-vzyskaniy>

По сути, все перечисленные административные наказания были дискреционными. Везде представлен выбор того или иного юридического решения. При этом наблюдается достаточно большой диапазон принимаемых решений.

Устанавливалось правило о невозможности привлечения в административном и судебном порядке за одно и то же деяние.

Началом следующего этапа развития производства по делам об административных правонарушениях можно указать 1922 год, когда был принят первый советский Уголовный кодекс⁷⁵. Значение этой вехи заключается в первых попытках законодательного разделения уголовных преступлений и административных проступков. Теперь все составы преступлений были сосредоточены в УК.

Однако длительное время нормы уголовного и административного права пересекались. Некоторые авторы считают, что нормы административного права слились воедино с нормами уголовного и уголовно-процессуального права, что особенно ярко проявилось в практике советской коллективизации 1930-х годов, массовых политических репрессиях против граждан вплоть до начала 1950-х годов⁷⁶.

Так, в административном порядке осуществлялось назначение наказаний по ряду преступлений, предусмотренных УК РСФСР 1922 г.: нарушение правил охраны лесов, охоты, рыболовства, пользования недрами (ст. 99); хулиганство (ст. 176); сокрытие источника эпидемии или эпизоотии (ст. 216); хранение огнестрельного оружия без разрешения (ст. 220); нарушение правил установки механических двигателей (ст. 221), проживание по чужому документу (ст. 222), самовольное оставление определенного местопребывания (ст. 223), нарушение правил использования типографии и литографии (ст. 225) и др. Максимальное наказание, предусмотренное за указанные деяния, не превышало одного года лишения свободы⁷⁷.

Ситуация с административными правонарушениями и производством по ним сложилась таким образом, что, хотя административные проступки были выделены в отдельную категорию, но нормы о них не были кодифицированы и все детали по административному производству необходимо было искать в отдельных источниках права.

27 июля 1922 года был принят Декрет, утвердивший Положение о порядке издания обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке.

В нем предоставлялось право Губернским и Уездным Исполнительным Комитетам и их Президиумам издавать для населения своего района в преде-

⁷⁵ Уголовный кодекс РСФСР от 1 июня 1922 года /http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_1338.htm

⁷⁶ Бунякин, Н.Е. Концепция становления и развития административного права в России: Монография. – Тамбов: Изд-во ТГТУ, 2002. – С.10.

⁷⁷ Постановление ВЦИК, СНК РСФСР от 6 июня 1927 г. «О прекращении дел по нарушениям обязательных постановлений и статей Уголовного кодекса, предусматривающих ответственность в административном порядке» // СУ РСФСР. 1927. № 59. Ст. 409.

лах компетенции обязательные постановления по предметам управления и охранения порядка, а также в развитие действующих декретов и положений (по вопросам: общественной безопасности и порядка, народного здоровья, правил, регулирующих торговлю, сбора налогов, борьбы со стихийным бедствиями, строительного устава и т.п.). Данные постановления издавались на срок до 1 года⁷⁸.

В этих постановлениях устанавливалась административная ответственность за соответствующие нарушения, меры которой должны были соответствовать указанным в рассматриваемом Декрете.

Предусматривались:

- а) штраф не свыше 50000 руб. денежными знаками 1922 года или
- б) принудительные работы до трех месяцев⁷⁹.

СНК РСФСР был принят Декрет «О взысканиях за нарушения ответственными лицами транспорта и распорядителями грузов таможенных постановлений» от 10 января 1923 года⁸⁰.

Более подробно производство по делам об административных правонарушениях было представлено в Декрете ВЦИК и СНК РСФСР от 11 июля 1923 года, в котором была изложена «Инструкция о порядке привлечения к ответственности за нарушение декрета об едином сельскохозяйственном налоге и о порядке возбуждения, направления и рассмотрения дел об этих нарушениях».

Инструкция состояла из 8 частей, среди которых была часть 3 «Административные меры наказания и порядок приведения постановлений в исполнение».

Органами уполномоченными налагать административные взыскания (арест, пеню) в то время выступали заведующие губернскими или заведующие уездными финансовыми отделами, губернским продовольственным комиссариатом или уездным продовольственным комиссаром.

В случае повторности правонарушений дела рассматривались в суде.

Разделом Б Декрета были определены составы административных правонарушений: передача отдельными гражданами в установленные сроки причитающихся по налогу денежных сумм или сельскохозяйственных продуктов и прямой отказ отдельных плательщиков от сдачи налога при недоказанности предварительного соглашения с другими лицами.

Вместе с тем в Декрете перечисляются составы уголовных преступлений и дисциплинарных правонарушений, подсудность и меры наказания за

⁷⁸ Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть первая) //Мир закона. 2021. № 7-8 (231-232). С.13.

⁷⁹ Декрет ВЦИК и СНК РСФСР от 27 июля 1922 года «Положение о порядке издания обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке» /<https://e-ecolog.ru/docs/Z-fdqB-Q3OGWtmxinFkkl>

⁸⁰ Декрет СНК РСФСР «О взысканиях за нарушения ответственными лицами транспорта и распорядителями грузов таможенных постановлений» от 10 января 1923 года /<http://dekrets.ru/doc.php?docid=03124>

них. Таким образом, Декрет носил комплексный характер и содержал нормы как административного, так и уголовного и дисциплинарного производства.

По налоговому правонарушению заведующим уездным финансовым отделом или заведующим губернским финансовым отделом, уездным продовольственным комиссаром или губернским продовольственным комиссаром могли быть применены следующие меры административных взысканий:

- арест неплательщиков на срок не свыше двух недель (налагался заведующим губернским финансовым отделом или губернским продовольственным комиссаром);

- арест неплательщиков на срок не свыше одной недели (заведующим уездным финансовым отделом или уездным продовольственным комиссаром)⁸¹.

Позднее были приняты: Декреты ВЦИК и СНК РСФСР от 6 апреля 1925 года «О порядке издания волостными и районными исполнительными комитетами обязательных постановлений и о наложении ими административных взысканий»; от 28 июня 1926 года «Об утверждении положения об издании местными исполнительными комитетами и городскими советами обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке», Постановление ВЦИК И СНК РСФСР от 21 ноября 1927 года «Об утверждении положения об издании волостными и районными исполнительными комитетами, городскими советами заштатных городов и сельскими советами обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке».

С 1931 года, по нашему мнению, начался следующий этап развития норм о производстве по делам об административных правонарушениях, т.к. 30 марта 1931 года было принято Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от «Об утверждении положения об издании местными исполкомами и советами обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке»⁸², согласно пункта 23 которого для рассмотрения дел по нарушениям обязательных постановлений и наложению за их нарушение административных взысканий образуются комиссии. В состав комиссий входили: начальник соответствующего управления милиции или его заместитель в качестве председателя и члены административно-правовых секций советов или исполкомов, а где эти секции не образованы – члены соответствующих советов и исполкомов, в качестве членов комиссий⁸³.

⁸¹ Там же.

⁸² Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 30 марта 1931 года «Об утверждении положения об издании местными исполкомами и советами обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке» /<https://docs.historyrussia.org/ru/nodes/371869>

⁸³ Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 30 марта 1931 года «Об утверждении положения об издании местными исполкомами и советами обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке» /<https://e-ecolog.ru/docs/53hVXbGLBwxhML8OjmZQC>

Однако примерно с этого времени и до 40-х годов развитие норм о производстве по делам об административных правонарушениях было ослаблено, т.к. именно в этот период административное право в целом подверглось критике как наследие дореволюционного права⁸⁴. Зарождавшиеся научные концепции административного процесса (а производство по делам об административных правонарушениях является одним из видов административного процесса) также не получили должного развития из-за возникшего «во втором периоде становления науки административного права (1930–1939 гг.) политического, идеологического и методологического «застоя»⁸⁵.

Принимались разрозненные нормативные правовые акты, посвященные отдельным видам нарушений законодательства.

Интересным в тот момент было то, что предусматривалась административная ответственность юридических лиц. «В широкую практику вошло привлечение к административной ответственности коллективных субъектов – учреждений, предприятий и организаций»⁸⁶.

Хотя производство по делам об административных правонарушениях не получило официального закрепления в едином нормативном правовом акте, некоторые процессуальные нормы получили дальнейшее развитие.

Так, например, был принят Указ Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1961 г. «О дальнейшем ограничении применения штрафов, налагаемых в административном порядке», в котором изменилась процедура обжалования – теперь решения административных органов о наложении штрафов могли быть обжалованы в суд (стст. 18, 19). Но в остальных случаях сохранялся административный порядок обжалования постановлений о наложении административного взыскания.

Данный Указ поддержал и продолжил идею наложения административных взысканий специальными комиссиями.

Период с 1931 года по 1980 год характеризуется формированием норм об административных комиссиях и урегулированием их полномочий.

Следующий этап начинается с принятия Верховным Советом СССР 23 октября 1980 года Основ законодательства Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях, которые являлись базой для разработки в союзных республиках КоАП⁸⁷.

⁸⁴ Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть первая) //Мир закона. – 2021. – № 7-8 (231-232). – С.16.

⁸⁵ Жеребцов, А.Н. Очерк истории становления и развития науки российского административного права (часть 4) //Вестник Краснодарского университета МВД России. – 2016. – № 4 (34). – С.81.

⁸⁶ Гюлумян, В.Г. Административная ответственность в ретроспективе и перспективе /<https://cyberleninka.ru/article/n/administrativnaya-otvetstvennost-v-retrospektive-i-perspektive>

⁸⁷ Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть первая) //Мир закона. – 2021. – № 7-8 (231-232). – С.17.

Прежде всего, следует отметить направленность данного нормативного правового акта на защиту прав граждан. Так, в статье 1 Основ было четко указано, что законодательство об административных правонарушениях имеет задачей охрану социально-экономических, политических и личных прав и свобод граждан, а также прав и законных интересов предприятий, учреждений и организаций, установленного порядка управления, государственного и общественного порядка, укрепление социалистической законности, предупреждение правонарушений, воспитание граждан в духе точного и неуклонного соблюдения Конституции СССР и советских законов, уважения к правам, чести и достоинству других граждан, к правилам социалистического общежития, добросовестного выполнения своих обязанностей, ответственности перед обществом»⁸⁸.

Здесь достаточно четко выделены два раздела: Раздел III «Органы, уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях» и Раздел IV «Производство по делам об административных правонарушениях».

В статье 26 Основ перечислены органы (должностные лица), уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях. К ранее указанным были включены:

- районные (городские), районные в городах комиссии по делам несовершеннолетних. Раньше такое право им не было предоставлено;
- районные (городские) народные суды (народные судьи). В их ведение входило разрешение уголовных и гражданских дел;
- органы внутренних дел, органы государственных инспекций и другие органы (должностные лица), уполномоченные на то законодательными актами СССР. Раньше представители ОВД могли налагать взыскания только в составе административных комиссий.

В статье 31 Основ были закреплены задачи производства по делам об административных правонарушениях, направленные на обеспечение полноты и объективности выяснения обстоятельств каждого дела, законности, профилактики и воспитания граждан в духе соблюдения законов.

После принятия КоАП 1984 года данные Основы могли быть применены, т.к. они содержали принципы административного производства.

В частности, в соответствии со статьей 14 Основ⁸⁹ штраф, налагаемый на граждан за административные правонарушения, как правило, не мог превышать 10 рублей, а на должностных лиц – 50 рублей. В исключительных случаях и только законами союзных республик штраф мог быть повышен в отношении граждан – до пятидесяти рублей и должностных лиц – до 100 рублей, а за корыстные административные правонарушения – до 200 рублей. Более высокие штрафы устанавливались законодательными актами СССР – в отношении граждан – до 100 рублей и должностных лиц – до 200 рублей, а за

⁸⁸ Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях от 23 октября 1980 года http://www.libussr.ru/doc_ussr/usr_10501.htm

⁸⁹ Там же.

корыстные административные правонарушения и нарушения законодательства о борьбе с пьянством – штраф до 3 000 рублей; законодательными актами Союза ССР и союзных республик – за нарушения, связанные с посягательством на общественный порядок, – штраф до 1000 рублей. При этом минимальная заработная плата в СССР составляла 80 рублей⁹⁰.

Кодекс Казахской ССР об административных правонарушениях от 22 марта 1984 года воспроизводил большинство норм Основ: задачи законодательства об административных правонарушениях и производства по ним, понятие административного правонарушения, виды административных взысканий, особенности субъекта правонарушения, перечень органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, порядок производства по делам об административных правонарушениях.

Вместе с тем, основным отличием было то, что в Разделе II появилась Особенная часть, содержащая виды конкретных административных правонарушений.

Долгое время КоАП 1984 года регулировал административно-правовые и административно-процессуальные отношения в Казахстане. В него был внесен ряд изменений более 20 законами.

Следует отметить, что административное усмотрение в отношении предпринимателей было введено внесенными изменениями на основании Закона РК от 16 января 1992 года № 1141-ХП «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Казахской ССР», т.к. на момент принятия КоАП 1984 года предпринимательство было запрещено и получило развитие только с принятием Законов Казахской ССР «О развитии конкуренции и ограничении монополистической деятельности», «О свободе хозяйственной деятельности и развитии предпринимательства в Казахской ССР» и «Об инвестиционной деятельности в Казахской ССР».

В связи с активным развитием предпринимательства был дополнен перечень административных взысканий: появились установление надзора за предпринимательской деятельностью и лишение лицензии (патента) на определенный вид деятельности.

Четырьмя законодательными актами были увеличены размеры штрафов. Если при принятии КоАП 1984 года максимальный штраф на граждан составлял 10 рублей, а на должностных лиц – 50 (при минимальной заработной плате (далее – МЗП) в 80 рублей), то к 2000 году максимальный штраф стал составлять: 20 МРП на граждан (14 500 тенге), 50 МРП – на должностных лиц (36 250 тенге) (при МЗП – 2 680 тенге).

Такая тенденция показывает начало процесса ужесточения административной ответственности и установления размеров штрафов, в некоторых случаях несоизмеримых совершенному деянию. И хотя, с одной стороны, такое ужесточение

⁹⁰ Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть первая) //Мир закона. – 2021. – № 7-8 (231-232). – С.18.

должно был повысить уровень защиты конституционных прав граждан, но, с другой стороны, нарушитель, также являющийся гражданином Казахстана, нес повышенную имущественную ответственность. Так, в соответствии со статьей 161 КоАП 1984 года за нарушение правил реализации этилового спирта и алкогольной продукции гражданин должен был уплатить штраф в размере от 10 до 20 МРП (от 7 250 до 18 125 тенге) с конфискацией продукции.

С появлением новых государственных органов перечень органов и должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях пополнился комиссиями по борьбе с пьянством при исполнительных комитетах районных, городских, районных в городах Советов народных депутатов, органами Транспортной инспекции, и Морского и Речного регистра, государственного лицензирования архитектурно-градостроительной деятельности, государственной ведомственной экспертизы проектов и государственного контроля, государственных инспекций, Казначейства, налоговой службы и налоговой полиции⁹¹.

Существенно пополнилась Глава 17 «Подведомственность дел об административных правонарушениях» за счет включения в нее новых государственных органов, компетенции должностных лиц. За разные годы в этот список были включены новые государственные органы, например, органы охраны окружающей среды; органы по земельным отношениям и землеустройству.

Наряду с КоАП 1984 года действовало Положение об административных комиссиях от 31 октября 1989 года, которым устанавливались полномочия и компетенция административных комиссий⁹².

Кодекс 1984 года долгое время эффективно регулировал административно-правовые отношения. Но с переходом РК к независимости и развитием рыночных отношений возникла необходимость принятия закона суверенного Казахстана, где нормы должны были быть переработаны на принципиально новом уровне.

КоАП 2001 года повторил в качестве одной из задач законодательства об административных нарушениях охрану прав, свобод и законных интересов человека, также были включены новые объекты охраны: санитарно-эпидемиологическое благополучие населения, окружающая среда, общественная нравственность.

Количество субъектов, правомочных рассматривать адмдела и применять меры адмвзысканий, увеличилось до 36. Вплоть до принятия КоАП 2014 года их количество варьировалось из-за внесения регулярных изменений и

⁹¹ Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть первая) //Мир закона. – 2021. – № 7-8 (231-232). – С.19.

⁹² Положение об административных комиссиях: утверждено Указом Президиума Верховного Совета Казахской ССР от 31 октября 1989 г. № 4208-XI / https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1016405

дополнений в Главу 32 КоАП. Кроме большого количества государственных органов в список были включены и судьи специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних. Также в результате изменений вместо судей районных и приравненных к ним судов субъектами стали судьи специализированных административных судов, видимо вследствие того, что количество составов административных правонарушений было увеличено до 400.

Уникальным являлось включение в КоАП 2001 года новых субъектов правонарушений – юридических лиц, соответственно и предпринимателей.

Вместе с тем увеличился порог репрессивности административных взысканий. Если в момент принятия КоАП 2001 года максимальная сумма штрафа на граждан составляла 200 МРП (155 000), а на должностных лиц – 400 (310 000) (при МЗП в 3 484 тенге), то в 2015 году штраф стал составлять: не более 500 МРП на граждан (991 000 тенге), не более 1 000 МРП – на должностных лиц, индивидуальных предпринимателей, частных нотариусов, частных судебных исполнителей, адвокатов (1 982 000 тенге) (при МЗП – 21 364 тенге).

Таким образом, наблюдается рост суммы штрафов в 6,39 раз для рядовых граждан при повышении МЗП в 6,13 раз. Кажущееся равномерное увеличение суммы штрафов при сравнении с увеличением МЗП сводится на «нет» при сравнении с суммами штрафов в КоАП 1984 года в первой редакции. Если максимальная сумма штрафа для граждан составляла 12,5% от МЗП (меньше в 8 раз), то по КоАП 2001 года (последняя редакция) – такая сумма составляет 4 638,6% от МЗП (больше в 46 раз)!⁹³

Следующим этапом развития производства по административным правонарушениям является принятие КоАП от 5 июля 2014 года.

КоАП 2014 года во многом повторил структуру и содержание КоАП 2001 года. Было включено много новых статей и по настоящее время в него вносятся изменения и дополнения.

Из перечня принципов были выведены, но остались в тексте закона принципы исключительности компетенции суда и языка производства.

Опять увеличился перечень уполномоченных органов и их должностных лиц с 56 до 68 за счет включения новых – уполномоченных органов в области мобилизационной подготовки, твердых полезных ископаемых, добычи урана, использования атомной энергии, информации, в сфере обеспечения информационной безопасности, регулирования производства драгоценных металлов и оборота драгоценных металлов, космической деятельности, технического регулирования, защиты прав потребителей, по регулированию, контролю и надзору финансового рынка и финансовых организаций, в сфере архивного дела и документационного обеспечения управления, в сфере развития языков и т.д. В Кодексе 1984 года в начальной редакции было всего 27

⁹³ Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть вторая) //Мир закона. – 2021. – № 9-10 (233-234). – С.11-12.

уполномоченных органов, но результате внесения дополнений в КоАП их количество увеличилось до 41⁹⁴.

В отношении производства по делам об административных правонарушениях в отношении предпринимателей изменилось следующее (с учетом внесенных на сегодняшний день изменений и дополнений):

1) в статье о представителях юридических лиц появилась норма о представителях индивидуального предпринимателя (ст. 747);

2) в статье, предусматривающей случаи, когда протокол об административном правонарушении не составляется, появилась новое основание – если административное правонарушение зафиксировано сертифицированными специальными контрольно-измерительными техническими средствами и приборами, работающими в автоматическом режиме. В таком случае штраф оформляется в виде предписания о необходимости уплаты штрафа (ст. 807);

3) органам (должностным лицам), рассматривающим адмдело впервые было предоставлено право сокращать размер административного штрафа, наложенного на лицо, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, до тридцати процентов от общей суммы штрафа (ст. 819), что свидетельствует о дискреционных полномочиях.

В части нововведений, направленных на повышение защиты прав граждан от противоправных посягательств, по мнению некоторых ученых, наиболее значимыми являются введение сокращенного производства по делу об административном правонарушении и введение нормы, позволяющей судье, органу (должностному лицу) при установлении смягчающих обстоятельств, сократить сумму административного штрафа до 30 % от общей суммы⁹⁵. Последняя мера позволяет «смягчить» политику государства в отношении размеров административных штрафов, носящую фискальный характер.

Так, на момент принятия КоАП 2014 года максимальный размер штрафа, налагаемого на физическое лицо, составлял 500 МРП, что, как указывалось выше, в 46 раз превышал МЗП.

В настоящее время Законом РК от 28 декабря 2017 года⁹⁶ максимальный размер штрафа, налагаемого на физическое лицо, снижен до 200 МРП, на должностное лицо, субъектов малого предпринимательства не может превышать 750 МРП, на субъектов среднего предпринимательства, не может превышать 1 000 МРП, на субъектов крупного предпринимательства, не может превышать 2 000 МРП.

В отношении предпринимателей-юридических лиц репрессивность выражается в увеличении сумм штрафа путем установления не фиксированных

⁹⁴ Там же. С.13.

⁹⁵ Тукиев, А.С., Парманкулова, Б.А. О перспективах реформирования административного законодательства по итогам обобщения практики применения нового Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях //Вестник Института законодательства Республики Казахстан. – 2015. – № 5 (41). – С.17-18.

⁹⁶ Закон РК «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях» от 28 декабря 2017 года // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39879527

сумм или выраженных в МРП, а в процентах от: ставок платы за негативное воздействие на окружающую среду, а также суммы экономической выгоды, полученной в результате нарушения экологического законодательства; суммы ущерба, причиненного ресурсам недр в результате нарушения права государственной собственности на недра; суммы неисполненного или исполненного ненадлежащим образом налогового обязательства; суммы сделки (операции), совершенной (проведенной) с нарушением финансового законодательства; суммы дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности или нарушения законодательства об электроэнергетике, естественных монополиях, финансовом рынке и т.д.

Рассчитанные таким образом суммы представляют миллионы тенге и по размерам сопоставимы с уголовным наказанием, а иногда и превышают его.

Так, в 2017 году по итогам проверки областной департамент экологии привлек субъекта крупного предпринимательства ТШО к административной ответственности по статье 328 КоАП за превышение нормативов эмиссий в окружающую среду. Материалы дела рассмотрел суд, который наложил на компанию штраф в сумме 278,4 млн тенге⁹⁷.

В 2021 году этот же департамент выявил превышение нормативов эмиссии загрязняющих веществ ТОО «Атырауский нефтеперерабатывающий завод» (сульфата в 2,5 раза, аммонийного азота в 5 раз, общего железа в 1,5 раза, нефтепродуктов в 6 раз и взвешенных веществ в 628 раз). Сумма ущерба окружающей среде составила 14 млн тенге. При этом сумма штрафа, наложенного на предприятие – 60 млн тенге⁹⁸.

В практике Казахстана встречаются случаи и более крупных административных штрафов, которые по размеру далеко «обгоняют» максимальные суммы уголовных штрафов за рубежом.

Например, в США штраф является фиксированной суммой: минимальный размер штрафа составляет 250 долларов, максимальный – 250 тыс. долларов⁹⁹.

В Англии штраф устанавливается в абсолютных единицах от 25 до 1 000 фунтов стерлингов¹⁰⁰.

В Японии применяется два вида штрафа: штраф и малый штраф. Малый – в сумме от 1 до 10 тыс. иен, для штрафа устанавливается лишь нижний предел в 10 тысяч иен¹⁰¹.

⁹⁷ Гузиков, Л. «Тенгизшевройл» оштрафован на 278 миллионов тенге /https://ratel.kz/scandal/tengizshevrojl_oshtrafovan_na_278_millionov_tenge

⁹⁸ Хайруллина Н. АНПЗ оштрафован на 60 млн. тенге /<https://azh.kz/ru/news/view/77717>

⁹⁹ Шагидуллина, Ж.В. Штраф как вид уголовного наказания в США /<https://www.tisbi.ru/files/prod/home/nauka/vestnik-tisbi/bf37a1f18fdcffb9d32dbb17ae148f01.pdf>

¹⁰⁰ Альтенгоф, В.Е. Уголовное наказание в виде штрафа: магистерская диссертация. – Томск: НИ ТГУ, 2019. – С.19.

Максимальный размер штрафа в Швейцарии – 40 000 франков, а если в действиях лица имеется корыстное побуждение, то судья может не учитывать данный максимальный предел¹⁰².

Таким образом, сумма налагаемых в Казахстане административных штрафов на предпринимателей может превысить даже максимальный размер уголовного штрафа в зарубежных странах. Безусловно, такая ситуация вредит имиджу Казахстана в глазах мировой общественности¹⁰³.

Подводя итоги ретроспективного анализа развития административного усмотрения (дискреции) в отношении субъектов предпринимательства по делам об административных правонарушениях, можно отметить следующее.

Первое. Дискреционные полномочия уполномоченных лиц существовали с момента развития обычного права казахов. Хотя в тот период административного права и производства не существовало как такового (в обычном праве казахов уголовное преступление не разграничивалось с административным правонарушением), даже в рамках разрешения споров биями всегда существовал выбор наказания: либо аип, либо физическое наказание

Второе. С 1917 по май 1922 гг. начался первоначальный этап формирования норм о производстве по делам об административных правонарушениях. Он характеризуется принятием ряда Декретов и иных правовых актов об административной ответственности, введением в юридическую терминологию понятия «административные взыскания», выделением некоторых государственных органов в качестве самостоятельных субъектов рассмотрения малозначительных дел, появлением отдельных разрозненных норм, описывающих процедурные моменты. При этом все-таки отсутствовало четкое разграничение между административными и уголовными правонарушениями.

Третье. С 1 июня 1922 по март 1931 гг., действовал первый советский Уголовный кодекс¹⁰⁴. Значение этой вехи заключается в первых попытках законодательного разделения уголовных преступлений и административных проступков. Теперь все составы преступлений были сосредоточены в УК. Однако при этом нормы об административных проступках не были кодифицированы и все детали по административному производству следовало искать в отдельных источниках права. Кроме того, ряд уголовных преступлений из-за малозначительности рассматривался в административном порядке, т.е. происходило замещение уголовных наказаний административными взысканиями.

¹⁰¹ Уголовный кодекс Японии от 24 апреля 1907 года № 45 [Электронный ресурс] /Режим доступа: <http://crimpravo.ru/codecs/japan/2.doc>

¹⁰² Шмид, М., Огрохина, Е.А. Виды наказаний и принудительных мер в уголовном законодательстве Швейцарии / М. Шмид, Е.А. Огрохина //Вестник института: Преступление. Наказание. Исправление. – 2013. - № 1. – С. 91.

¹⁰³ Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть вторая) //Мир закона. –2021. –№ 9-10 (233-234). –С.17.

¹⁰⁴ Уголовный кодекс РСФСР от 1 июня 1922 года /http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_1338.htm

Четвертое. С 23 октября 1980 по март 1984 гг. начала действовать первооснова всех КоАП союзных республик – Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях. Здесь были заложены не только принципы административного производства, но и выделены в самостоятельные главы нормы об органах, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях и непосредственно само производство по делам об административных правонарушениях, включая назначение наказаний. Вместе с тем при наличии дискреционных норм об административных взысканиях отсутствовал субъект нашего исследования – предприниматель, т.к. в данный период отсутствовала частная собственность на средства производства и продвигалась политика борьбы со спекулянтами.

Пятое. 22 марта 1984 год – январь 2001 год – период действия Кодекса Казахской ССР об административных правонарушениях. Данный этап характеризуется созданием и действием самостоятельного казахстанского нормативного правового акта, закрепляющего понятие и виды административных правонарушений, виды административных взысканий, особенности субъекта правонарушения, перечень органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, порядок производства по делам об административных правонарушениях. Это кодекс действовал в период Советского Казахстана и на начальном этапе суверенного Казахстана. Данный кодекс просуществовал на стыке двух эпох – советского времени и периода Суверенного Казахстана. Поэтому после признания независимости Казахстана стали создаваться основы для развития предпринимательства. Поэтому ряд изменений в КоАП 1984 года привел к появлению прослойки предпринимателей в содержании кодекса и новых статей об их ответственности. Появились дискреционные нормы о применении административных взысканий по отношению к предпринимателям.

Шестое. 30 января 2001 год – июль 2014 год – период принятия и действия Кодекса Казахской ССР об административных правонарушениях от 30 января 2001 года. Особенностью данного периода являлось то, что принятый нормативный правовой акт был направлен на регулирование административно-процессуальных отношений в период построения рыночной экономики и учитывал административную ответственность новых субъектов – юридических лиц, а также предпринимателей.

Седьмое. С 5 июля 2014 г. (принятие действующего КоАП) по настоящее время наблюдается еще большая направленность норм КоАП РК на защиту прав предпринимателей. По ряду статей были исключены дискреционные нормы, снижены суммы административных штрафов.

Восьмое. Наряду с позитивными процессами развития производства по делам об административных правонарушениях наблюдаются негативная тенденция изменения цели такого административного взыскания, как штраф, с воспитательной на фискальную. Штрафы ужесточаются и по уровню репрес-

сивности граничат с уголовными наказаниями, а иногда и превышают суммы последних.

Такая ситуация требует установления соразмерности сумм административных штрафов совершенным деяниям. Если КоАП устанавливает ответственность по проступкам, имеющим небольшую степень опасности, то тогда следует исключить наложение необоснованно «раздутых» сумм штрафа.

В настоящее время КоАП во многих случаях выполняет функцию уголовной репрессии, например, в отношении предпринимателей-юридических лиц. Так как в интересах развития национальной экономики руководителей предприятий – крупных субъектов предпринимательства – не привлекают к уголовной ответственности (хотя суммы причиненного ущерба иногда превышают особо крупный ущерб и особо крупный размер по УК РК), то их наказывают посредством административной ответственности. При этом размывается грань между административным правонарушением и уголовным, ведь в КоАП «сидят», по сути, составы уголовных преступлений.

Одним из способов решения данной проблемы является введение уголовной ответственности юридических лиц, дискуссия о которой ведется до сих пор.

Девятое. В целях защиты прав граждан предлагается суммы штрафов в КоАП закрепить в твердой денежной сумме, как это было предусмотрено в КоАП 1984 года. Система исчисления суммы штрафов в МРП ущемляет права граждан, т.к.: а) сумма штрафа является несоразмерно завышенной; б) отсутствует корреляция между ростом МРП и ростом доходов граждан.

Так, максимальный размер штрафа, налагаемого на физическое лицо, составляет 200 МРП (690 000 тенге), что в 9,8 раз превышает МЗП (70 000 тенге), среднюю номинальную зарплату по Казахстану – в 2 раза (338 715 тенге – по состоянию на 1 марта 2023 г.).

При этом ежегодно наблюдается рост МРП, однако повышение заработной платы конкретных граждан происходит нерегулярно, с гораздо меньшей частотой.

В целях дальнейшей защиты бизнеса необходимо провести ревизию КоАП на предмет установления соразмерности административных взысканий совершенным деяниям, выделения малозначительных и грубых административных правонарушений, исключения дискреционных норм, которые, по мнению предпринимателей, являются несправедливыми.

2 ДИСКРЕЦИЯ В ОТНОШЕНИИ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА В АДМИНИСТРАТИВНОЙ ПРАКТИКЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ

2.1 Дискреционные полномочия государственных органов Республики Казахстан в отношении субъектов предпринимательства

Административное законодательство выделяет две категории должностных лиц, уполномоченных составлять протоколы об административном правонарушении, указанные в:

1. Статье 682 КоАП;
2. Статье 804 КоАП.

К первой категории относятся органы (должностные лица), уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях. Соответственно они обладают полномочиями составлять протокола (возбуждать) об административных правонарушениях. В перечень входит 65 государственных органов.

Ко второй категории относятся должностные лица, дела которых рассматриваются судами. В перечень входит 73 государственных органов.

Из указанных норм КоАП следует, что число должностных лиц, уполномоченных просто составлять протоколы (возбуждать дела), которые в последующем рассматривает суд больше, чем число должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела.

Согласно статистическим данным за период с 2018 по 2022 гг. в среднем 95,88% административных правонарушений рассмотрено должностными лицами уполномоченных органов и лишь 4,12% рассмотрено судом. При общей тенденции значительного роста выявленных нарушений, каждый год нагрузка на суд уменьшается. Так, например, если в 2019 году судом было рассмотрено 321 020 дел, то в 2022 году их количество снизилось до 292 448 дел (см. таблицу 1)¹⁰⁵.

| | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Зарегистрировано | 5 077 564 | 6 084 055 | 7 322 159 | 8 795 325 | 9 245 192 |
| Рассмотрено | 4 833 501 | 5 742 547 | 6 745 679 | 8 409 224 | 8 879 890 |
| Судом | 299 771 | 321 020 | 244 861 | 269 596 | 292 448 |
| Уполномоченным органом | 4 533 730 | 5 421 527 | 6 500 818 | 8 139 628 | 8 587 442 |
| Привлечено физ. лиц | 4 667 810 | 5 512 308 | 6 712 281 | 7 777 021 | 8 235 870 |

¹⁰⁵ Информационный сервис Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан / <https://qamqor.gov.kz>

| | | | | | |
|------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Привлечено юр. лиц | 239 388 | 302 539 | 445 504 | 320 995 | 406 547 |
| Прекращено | 175 997 | 399 342 | 195 671 | 311 208 | 237 473 |
| Наложено взысканий (дела) | 4 731 633 | 5 415 515 | 6 962 117 | 8 098 016 | 8 642 417 |
| Предупреждение | 1 143 866 | 1 253 145 | 1 400 033 | 1 575 676 | 1 468 551 |
| Штраф | 3 458 284 | 4 064 067 | 5 491 688 | 6 446 465 | 7 093 153 |
| Арест | 45 760 | 45 893 | 58 152 | 60 764 | 63 355 |
| Конфискация | 5 012 | 5 517 | 3 158 | 3 353 | 3 393 |

Таблица 1. Статистические данные по делам об административных правонарушениях за 2018-2022 гг.

Согласно Положения Республиканское государственное учреждение «Комитет труда и социальной защиты Министерства труда и социальной защиты населения Республики Казахстан» (утвержден приказом Министра труда и социальной защиты населения РК от 16 июня 2022 года № 205, далее – Комитет) является ведомством Министерства труда и социальной защиты населения РК, осуществляющим реализационные и контрольные функции в области труда, в т.ч. безопасности и охраны труда, и социальной защиты населения в пределах своей компетенции.

Комитет осуществляет свою деятельность в соответствии с Конституцией и законами РК, актами Президента и Правительства РК, иными нормативными правовыми актами РК, а также Положением.

Комитет обладает следующими полномочиями:

- осуществлять взаимодействие с иными государственными органами и организациями;

- запрашивать и получать в установленном законодательством порядке от государственных органов, иных организаций и лиц необходимую информацию и материалы;

- принимать решения по вопросам, входящим в компетенцию Комитета;

- в пределах своей компетенции вносить предложения руководству Министерства по внесению изменений и дополнений в нормативные правовые акты по вопросам, входящим в компетенцию Комитета;

- создавать при Комитете консультативно-совещательные и экспертные комиссии по обсуждению вопросов, входящих в компетенцию Комитета и его территориальных подразделений;

- оказывать содействие в пределах своей компетенции административным органам, должностным лицам в случаях, предусмотренных АППК;

- отказывать в реализации прав участника административной процедуры в случаях и по основаниям, которые установлены АППК;

- осуществлять проверки и профилактический контроль за соблюдением требований трудового законодательства РК, в т.ч. требований по безопасности и охране труда, законодательства о занятости населения, пенсионного и социального обеспечения, о социальной защите лиц с инвалидностью, о специальных социальных услугах, в пределах своей компетенции;

- осуществлять иные права и обязанности, предусмотренные законодательными актами РК.

Согласно ст.693 КоАП органы государственной инспекции труда рассматривают дела об административных правонарушениях, предусмотренных статьями 83 (в части правонарушений, совершенных работодателями), 86, 87, 88, 89 (за исключением работодателей, состоящих в отношениях с государственным служащим), 90, 93 (частями первой, третьей, четвертой, пятой, шестой и седьмой), 94, 95, 96, 97, 98, 230 (частью второй в части правонарушений, совершенных работодателями), 519 Кодекса.

Рассматривать дела об административных правонарушениях и налагать административные взыскания вправе государственные инспекторы труда.

В ходе анализа установлены дискреционные полномочия, которые дают право выбора уполномоченному лицу при привлечении правонарушителя к административной ответственности наложить штраф либо предупреждение.

К примеру, статья 94 КоАП «Нарушение требований законодательства по проведению аттестации производственных объектов по условиям труда» – влечет предупреждение или штраф на субъектов малого предпринимательства или некоммерческие организации в размере двадцати, на субъектов среднего предпринимательства – в размере тридцати пяти, на субъектов крупного предпринимательства – в размере пятидесяти МРП.

Порядок привлечения к административной ответственности в данном случае не регламентирован и применяется исключительно по личному убеждению должностного лица.

Данные дискреционные полномочия создают условия, определяющие возможность выбора варианта поведения или управленческого решения должностным лицом, которые могут привести к сговору и совершению коррупционного правонарушения.

В соответствии со статьей 187 Трудового кодекса РК (далее – ТК РК) работодатель немедленно в течение суток сообщает о несчастном случае, связанном с трудовой деятельностью, по форме, установленной уполномоченным государственным органом по труду, в местный орган по инспекции труда. Таким образом, трудовое законодательство устанавливает обязанность работодателя предоставить сообщение о факте производственного травматизма и регламентирует конкретный срок предоставления сообщения о несчастном случае.

Согласно статье 96 КоАП несообщение о факте несчастного случая, связанного с трудовой деятельностью, влечет административную ответ-

ственность в виде штрафа, при этом срок указанной статьей не регламентирован. Таким образом, существуют коррупционные риски произвольного толкования данной нормы, увода работодателя от ответственности, т.к. отсутствует возможность привлечения к административной ответственности за нарушение срока предоставления сообщения о несчастном случае на производстве, в соответствии с нормами ТК РК.

Согласно пункта 5 статьи 191 ТК РК государственный контроль за соблюдением трудового законодательства осуществляется в форме проверки и профилактического контроля в соответствии с ПК РК, в этой связи нарушения, выявленные в ходе специального расследования, не могут быть оформлены, как материалы проверки с вынесением предписания и привлечением к административной ответственности виновных лиц. Выявленные нарушения указываются в акте специального расследования несчастного случая для исполнения работодателем, как причины, повлекшие несчастный случай, связанный с трудовой деятельностью. Однако привлечь работодателя к административной ответственности за допущенные нарушения либо провести контроль за устранением выявленных нарушений и причин, повлекших несчастный случай, невозможно.

Необходимо предусмотреть норму, разрешающую и регламентирующую порядок проведения проверок, вынесение предписаний государственными инспекторами труда и привлечение к административной ответственности работодателей в рамках специального расследования несчастных случаев, связанных с трудовой деятельностью, а также контроля за выполнением мероприятий по устранению причин, вызвавших эти случаи.

Ранее статья 89 КоАП (в старой редакции КоАП от 30 января 2001 г.) предусматривала административную ответственность в виде штрафа за нарушение правил обеспечения безопасности и охраны труда: нарушение работодателем или должностным лицом трудового законодательства не повлекшее за собой несчастного случая, а также неосуществление должностным лицом обязанностей по контролю и надзору за соблюдением трудового законодательства, если это повлекло несчастный случай с причинением легкого вреда здоровью работника или заведомо создало опасность для его жизни и здоровья.

В настоящее время работодатели и лица, допустившие нарушения норм трудового законодательства, безопасности и охраны труда, повлекшие за собой несчастный случай, не могут быть привлечены к административной ответственности в рамках специального расследования.

Таким образом, работодатели и лица, ответственные за безопасности и охрану труда на предприятии, нарушая правила безопасности и охраны труда и допуская несчастные случаи на производстве, остаются безнаказанными.

Согласно статье 93 КоАП нарушение работодателем требований: по проведению обязательных и периодических медицинских осмотров и предсменного медицинского освидетельствования работников, отсутствие службы по безопасности и охраны труда, необеспечение работников лечебно-

профилактическим питанием, средствами индивидуальной и коллективной защиты, не проведение обучения, проверок знаний по вопросам безопасности и охраны труда – влечет предупреждение.

Согласно части 5 и части 6 статьи 93 КоАП действия, совершенные повторно в течение года после предупреждения, – влечет штраф на субъектов малого предпринимательства или некоммерческие организации в размере двадцати, на субъектов среднего предпринимательства – в размере тридцати, на субъектов крупного предпринимательства – в размере ста двадцати МРП.

Однако за нарушение данной статьи не предусмотрено привлечение к административной ответственности должностных лиц за нарушение норм трудового законодательства, что в свою очередь создает условие увода от ответственности должностных лиц государственных органов.

Комитет противопожарной службы Министерства по чрезвычайным ситуациям РК (далее – Комитет) является ведомством данного министерства, осуществляющим в соответствии с законодательством РК функции в сфере гражданской защиты, в части обеспечения пожарной безопасности.

Комитет осуществляет свою деятельность в соответствии с Конституцией и законами РК, актами Президента и Правительства РК, иными нормативными правовыми актами, а также Положением.

Задачи Комитета: формирование и реализация государственной политики в сфере гражданской защиты, в части обеспечения пожарной безопасности; организация предупреждения и тушения пожаров; осуществление государственного контроля в области пожарной безопасности.

Осуществление дознания в пределах компетенции, установленной уголовно-процессуальным законодательством для органов государственной противопожарной службы.

Комитет осуществляет следующие функции: организация и осуществление в соответствии с законодательством РК мероприятий по предупреждению и тушению пожаров; организация проверок в области пожарной безопасности; поддержание в готовности и координация деятельности государственной противопожарной службы; подготовка и направление сил и средств пожарно-спасательных подразделений для проведения аварийно-спасательных и неотложных работ при чрезвычайных ситуациях; координация деятельности Департаментов по чрезвычайным ситуациям областей по обеспечению противопожарной защиты населенных пунктов, в которых отсутствуют подразделения государственной противопожарной службы; осуществление контроля за готовностью пожарных подразделений в населенных пунктах и на объектах к борьбе с пожарами, а также за обеспечением охраны от пожаров территорий населенных пунктов и особо важных объектов государственной собственности; проведение ежегодных анализов по направлению служебной деятельности; организация деятельности по совершенствованию пожарно-спасательного спорта; осуществление производства дел об административных правонарушениях в области пожарной безопасности; выда-

ча гражданам, должностным лицам и юридическим лицам предписаний об устранении выявленных нарушений и проведение мероприятий по предотвращению пожаров; составление и направление в суд в порядке и на основаниях установленных законами РК исковых заявлений о приостановлении или запрещении частично или полностью деятельности физического или юридического лица.

Согласно статье 686 КоАП уполномоченный орган в сфере гражданской защиты рассматривает дела об административных правонарушениях, в области пожарной безопасности, предусмотренных статьями 336, 359, 367, 410, 410-1, 411, 438 (частями первой и второй), 589; в области гражданской обороны, предусмотренных статьями 412 и 643 Кодекса.

От имени органов государственной противопожарной службы рассматривать дела и налагать административные взыскания от имени уполномоченного органа в сфере гражданской защиты вправе:

1) государственный инспектор области, города республиканского значения, столицы, района, города областного значения, района в городе по государственному контролю в области пожарной безопасности – штраф на физических лиц до пятнадцати, на должностных лиц, субъектов малого предпринимательства – до тридцати пяти размеров МРП;

2) государственный инспектор РК по государственному контролю в области пожарной безопасности, главный государственный инспектор области, города республиканского значения, столицы по государственному контролю в области пожарной безопасности и его заместитель – штраф на физических лиц до тридцати пяти, на должностных лиц – до ста, на субъектов предпринимательства, некоммерческих организаций – до трехсот размеров МРП;

3) главный государственный инспектор РК по государственному контролю в области пожарной безопасности и его заместитель – штраф на физических лиц до двухсот, на должностных лиц – до пятисот, на субъектов предпринимательства, некоммерческих организаций – до двух тысяч размеров месячного расчетного показателя.

Как показывает практика, отмечается низкая ответственность субъектов частного предпринимательства по обеспечению пожарной безопасности, что негативно отражается на состоянии систем противопожарной защиты и приводит к нарушению их нормального функционирования.

Так, в 2021 году по результатам проводимых проверок в области пожарной безопасности выявлено 128 269 нарушений, внесено – 30 453 предписаний.

Из указанного числа субъектами среднего бизнеса допущено 23 746 нарушений, из которых не устранено 9 303 (40%), крупного бизнеса – 26 915 нарушений, не устранено – 10 618 (40%).

Основные нарушения связаны с эксплуатацией электросетей, оборудованием, нерабочими пожарной сигнализацией, системами пожаротушения, пожарными кранами и гидрантами, отсутствием пожарного водоема, загро-

мождением путей эвакуации, изменением объемно-планировочных решений без проектно-сметной документации и т.д.

Такая ситуация представляет угрозу конституционным правам, свободам и законным интересам физических и юридических лиц, жизни и здоровью людей, окружающей среде, национальной безопасности РК.

Действующие санкции статьи 410 КоАП диссонируют между собой, не соизмеряя нарушение с установленным взысканием, что снижает профилактический эффект нормы.

Так, санкция второй части статьи 410 КоАП за повторное нарушение требований пожарной безопасности субъектами среднего и крупного бизнеса предусматривает штраф в размере 30 МРП и 100 МРП соответственно.

При этом часть третья в случае причинения вреда здоровью человека или значительного ущерба предусматривает штраф на вышеназванных субъектов только в размере 30 МРП и 50 МРП.

Кроме того, с 2011 года государственная противопожарная служба лишена эффективного механизма контроля в сфере строительства, т.е. не участвует в проверке противопожарного состояния строящихся объектов и в согласовании проектной документации, а с 1 января 2016 года в приемке в эксплуатацию построенных объектов.

Следствием утраты контроля за строящимися объектами явилось наличие грубых нарушений, допущенных при проектировании или в ходе строительства на 64 объектах республики, из которых 10 многоэтажных жилых домов (9 в г. Астана).

Данные нарушения допущены как на стадии проектирования, так и в период строительства. Кроме того, имеют место случаи, когда экспертными организациями, осуществляющими экспертизу проектов, нарушения требований пожарной безопасности на стадии проектирования также не выявляются, в связи с чем, на проектную (проектно-сметную) документацию, не соответствующую требованиям законодательства, выдаются положительные заключения экспертизы (экспертной оценки).

Ненадлежащее внимание руководителей предприятий к соблюдению требований пожарной безопасности, в т.ч. системам пожарной автоматики, зачастую приводит к распространению пожаров на большие площади, увеличению количества погибших и значительного материального ущерба. Данная проблема не позволяет оперативно реагировать на начальной стадии пожаров, в силу чего ежегодно происходят более 11 тыс. пожаров. Вследствие нарушений требований пожарной безопасности погибло 1 914 человек, ущерб, причиненный пожарами, превысил 5 млрд. тенге.

За последнее 5 лет только на подконтрольных объектах произошло 6 074 пожара, из них 1 713 пожаров, распространенных на большие площади по причине несработки систем пожарной автоматики, установленных на объектах.

Только за 10 месяцев 2022 года на подконтрольных объектах произошло 936 пожаров, погибло 30 человек, общий материальный ущерб составил 2 млрд 406 млн 729 тыс. тенге.

Это, 339 – предприятий торговли, 131 производственных объекта, 114 – административно-общественных, 71 – сельскохозяйственных объекта, 72 – объекта хранения, 24 – объекта бытового обслуживания, 20 – культурно-зрелищных, 23 – объекты здравоохранения, 21 – здания образовательных учреждений, 11 – детских учреждений, 6 – спортивно-зрелищных учреждений, 58 – банно-прачечных, 46 – жилых зданий высотой 10 и более этажей.

Кроме того, в целях внедрения регулирования «с чистого листа», предусмотренного пунктом 29 Общенационального плана мероприятий по реализации Послания Главы государства народу Казахстана от 1 сентября 2020 года «Казахстан в новой реальности: время действий», МНЭ разработан проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам внедрения новой регуляторной политики в сфере предпринимательской деятельности в Республике Казахстан».

Указанным проектом предусмотрен перевод сферы пожарной безопасности на профилактический контроль с посещением с 2023 года, по результатам которого административное производство не возбуждается.

В настоящее время, данная норма имеется, в соответствии с абзацем 2 пункта 3 статьи 137 Предпринимательского кодекса по результатам профилактического контроля и надзора с посещением субъекта (объекта) контроля и надзора составляется предписание об устранении нарушений без возбуждения дела об административном правонарушении.

Учитывая, что по результатам внеплановой проверки будет установлено продолжение административного правонарушения санкцию в виде предупреждения, выносить в отношении должностных и юридических лиц не целесообразно.

Следует отметить, что в отношении физических лиц санкцию в виде предупреждения предлагается сохранить, т.к. чаще всего физические лица привлекаются по незначительным правонарушениям.

В Казахстане государственный контроль и надзор в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения регламентирован такими законами как: Конституцией РК (далее – Конституция), Кодексом «О здоровье народа и системе здравоохранения» (далее – кодекс), ПК РК, приказами Министра здравоохранения, техническими регламентами и различными правилами.

Необходимо отметить, что ранее, вопросы санитарно-эпидемиологического благополучия населения в РК регулировались Кодексом РК «О здоровье народа и системе здравоохранения» (утратил силу 07.07.2020 г.).

Субъектами (объектами) государственного контроля и надзора в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения являются физические и юридические лица, здания, сооружения, продукция, подлежащие гос-

ударственному контролю и надзору в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения, оборудование, транспортные средства, почва, вода, воздух и иные объекты, деятельность, использование, употребление, применение и эксплуатация которых могут нанести вред здоровью человека и среде обитания.

Государственный контроль в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения осуществляется главным государственным санитарным врачом РК и (или) его заместителем, главными государственными санитарными врачами соответствующих административно-территориальных единиц (на транспорте), их заместителями и соответствующими специалистами.

Комитет санитарно-эпидемиологического контроля Министерства здравоохранения РК является ведомством, осуществляющим руководство в сферах охраны общественного здоровья, санитарно-эпидемиологического благополучия населения, контроля и надзора за соблюдением требований, установленных техническими регламентами и нормативными документами, а также в области безопасности пищевой продукции, осуществляющим регулятивные, реализационные и контрольно-надзорные функции.

Статьей 9 кодекса предусмотрены следующие полномочия государственного органа в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения:

1) реализует государственную политику в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения;

2) разрабатывает и утверждает в пределах своей компетенции правовые акты и формы учетной и отчетной документации в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения;

3) разрабатывает и утверждает правила экспертизы установления связи профессионального заболевания с выполнением трудовых (служебных) обязанностей;

4) осуществляет санитарно-эпидемиологический мониторинг;

5) осуществляет государственный контроль и надзор в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения;

6) координирует деятельность организаций здравоохранения, осуществляющих деятельность в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения;

7) обеспечивает ведомственное статистическое наблюдение в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения;

8) создает и обеспечивает функционирование электронных информационных ресурсов и информационных систем, информационно-коммуникационных сетей в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения, организацию доступа к ним физических и юридических лиц в соответствии с законодательством РК об информатизации;

9) исключен Законом РК от 30.12.2022 года № 177-VII (вводится в действие по истечении десяти календарных дней после дня его первого официального опубликования);

10) определяет порядок проведения санитарно-эпидемиологической экспертизы;

11) определяет порядок ведения реестра потенциально опасных химических, биологических веществ, запрещенных к применению в РК;

12) определяет класс опасности отходов по степени их воздействия на человека и окружающую среду (по степени токсичности);

13) разрабатывает и утверждает правила предоставления информации по медицинским отходам;

14) разрабатывает и утверждает правила предоставления в государственный орган в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения информации (экстренного извещения) о случаях инфекционных заболеваний, отравлений;

15) реализует совместные международные проекты в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения;

16) организует гигиеническое обучение населения;

17) организует и осуществляет в пределах своей компетенции санитарно-противоэпидемические и санитарно-профилактические мероприятия при пищевых отравлениях, инфекционных, паразитарных, профессиональных заболеваниях;

18) выдает санитарно-эпидемиологические заключения о соответствии объекта государственного санитарно-эпидемиологического контроля и надзора, проектов нормативной документации по предельно допустимым выбросам и предельно допустимым сбросам вредных веществ и физических факторов в окружающую среду, зонам санитарной охраны и санитарно-защитным зонам, на новые виды сырья и продукции нормативным правовым актам в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения;

19) осуществляет эпидемиологический контроль за инфекционными и паразитарными заболеваниями, за устойчивостью возбудителей инфекционных болезней к противомикробным препаратам, проведением профилактических прививок населению;

20) рассматривает дела об административных правонарушениях в соответствии с КоАП;

21) определяет территории (ее части), свободные от заболеваний или с низким уровнем распространенности заболеваний;

22) создает в пунктах пропуска через Государственную границу РК, совпадающую с таможенной границей Евразийского экономического союза, санитарно-карантинные пункты;

23) разрабатывает и утверждает перечень эпидемически значимых объектов;

24) осуществляет контроль за соблюдением требований, установленных техническими регламентами;

25) разрабатывает и утверждает правила гигиенического обучения лиц декретированной группы населения;

26) определяет порядок присвоения учетных номеров объектам производства пищевой продукции, подлежащим государственному контролю и надзору в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения, и ведения их реестра;

27) осуществляет прием уведомлений о начале или прекращении осуществления деятельности, указанной подпунктах 1), 2) и 3) пункта 1 статьи 24 настоящего Кодекса, в порядке, установленном Законом РК «О разрешениях и уведомлениях», а также ведет государственный электронный реестр разрешений и уведомлений;

28) определяет порядок государственной регистрации продукции, определяемой нормативными правовыми актами Евразийского экономического союза;

29) разрабатывает и утверждает правила ведения реестра продукции, не соответствующей требованиям нормативных правовых актов в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения;

30) разрабатывает и утверждает правила взаимодействия государственных органов при проведении санитарно-противоэпидемических и санитарно-профилактических мероприятий;

31) осуществляет радиационный контроль за соблюдением санитарно-эпидемиологических требований к обеспечению радиационной безопасности населения;

32) осуществляет государственный контроль и надзор за продукцией, подлежащей государственному санитарно-эпидемиологическому контролю и надзору, в т.ч. за пищевой продукцией;

33) разрабатывает и утверждает перечень отдельных видов пищевой продукции, подлежащей государственному контролю и надзору в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения, в производстве которой используется нейодированная соль;

34) осуществляет государственное регулирование в области профилактики йододефицитных заболеваний;

35) отбирает пробы продукции в соответствии с требованиями нормативных документов;

36) взаимодействует с общественными объединениями в области профилактики неинфекционных заболеваний, связанных с микронутриентной недостаточностью, в т.ч. йододефицитных и железодефицитных заболеваний;

37) осуществляет регулирование порядка сбора, хранения, транспортировки и утилизации медицинских отходов;

38) осуществляет контроль за обращением медицинских отходов;

39) осуществляет эпидемиологический надзор за неинфекционными заболеваниями;

40) разрабатывает и утверждает перечень медицинских противопоказаний для заключения трудового договора на тяжелые работы, работы с вредными и (или) опасными условиями труда, на подземные работы, а также для допуска к работе лица, относящегося к декретированной группе населения;

40-1) разрабатывает и утверждает квалификационные требования к лицензируемому виду деятельности на оказание услуг по дезинфекции, дезинсекции, дератизации в области здравоохранения;

40-2) осуществляет выдачу лицензии на оказание услуг по дезинфекции, дезинсекции, дератизации в области здравоохранения в соответствии с Законом РК «О разрешениях и уведомлениях»;

40-3) разрабатывает и утверждает правила формирования, ведения и содержания рабочих коллекций патогенных и промышленных микроорганизмов, используемых в сфере санитарно-эпидемиологического благополучия населения;

40-4) разрабатывает и утверждает правила выдачи, возобновления действия, переоформления, прекращения действия разрешений на обращение с патогенными биологическими агентами и приложений к ним;

40-5) разрабатывает и утверждает квалификационные требования, предъявляемые к осуществлению обращения с патогенными биологическими агентами;

41) осуществляет иные функции, предусмотренные настоящим Кодексом, иными законами РК, актами Президента РК и Правительства РК.

Кодексом предусмотрен перечень санитарных правил и гигиенических нормативов. Однако градацию произвести невозможно т.к. все нарушения влияют прямым и косвенным способом на здоровье людей.

Статьей 425 КоАП РК предусмотрено следующее применение мер административной ответственности к правонарушителям:

- нарушение требований законодательства РК в области санитарно-эпидемиологического благополучия населения, а также гигиенических нормативов, технических регламентов, не повлекшее причинение вреда здоровью человека, влечет штраф на физических лиц в размере тридцати, на должностных лиц, субъектов малого предпринимательства или некоммерческие организации – в размере двухсот тридцати, на субъектов среднего предпринимательства – в размере трехсот десяти, на субъектов крупного предпринимательства – в размере тысячи шестисот МРП;

- действие (бездействие), предусмотренное частью первой настоящей статьи, повлекшее причинение вреда здоровью человека, если это действие (бездействие) не содержит признаков уголовно наказуемого деяния, влечет штраф на физических лиц в размере двухсот, на должностных лиц, субъектов малого предпринимательства или некоммерческие организации – в размере четырехсот шестидесяти, на субъектов среднего предпринимательства – в размере шестисот двадцати, на субъектов крупного предпринимательства – в размере двух тысяч МРП, с приостановлением деятельности либо без такового, с конфискацией продукции или без таковой.

Как видим диспозицией названной статьи предусмотрено усмотрение уполномоченного органа в виде приостановления деятельности либо без такового, с конфискацией продукции или без таковой.

Отдельно хотелось бы остановиться на ситуации, сложившейся в 2020-2022 гг., связанной с заболеваемостью коронавирусной инфекцией, когда требовалось соблюдение санитарно-эпидемиологических требований и принятие мер по осуществлению ограничительных мероприятий, в т.ч. карантина.

12 марта 2020 года Главный государственный санитарный врач РК издал постановление «Об усилении мер по недопущению завоза и распространения коронавирусной инфекции в Республике Казахстан на период пандемии». Данным положением ограничивались законные интересы физических и юридических лиц, в т.ч. касающиеся перемещения, запрета деятельности, ограничению транспорта, ношению масок и т.п.

16 марта 2020 года издается следующее постановление Главного государственного санитарного врача РК «О мерах по обеспечению безопасности населения Республики Казахстан в соответствии с Указом Президента РК «О введении чрезвычайного положения в Республике Казахстан», в котором ставятся на утрату 10 постановлений, изданных по тематике коронавирусной инфекции за период с 6 января по 14 марта 2020 года.

Следует заметить, что указанные постановления главных санитарных врачей не проходили регистрацию в органах юстиции.

Кроме того, согласно статье 7 Закона РК «О правовых актах», пункту 4 статьи 94 Кодекса РК «О здоровье народа и системе здравоохранения» предусмотрен исчерпывающий перечень нормативных правовых актов. Постановление главного государственного санитарного врача не отнесено к правовым актам.

Следовательно, привлечение лиц к административной ответственности со ссылкой на названное постановление Главного государственного санитарного врача являлось неправомерным.

2.2 Анализ международных стандартов и зарубежного опыта правового регулирования административного усмотрения (дискреции) в отношении субъектов предпринимательства

В любой стране неотъемлемой частью установленной законом компетенции публичной администрации являются дискреционные полномочия, т.е. полномочия издавать административные акты (принимать решения, совершать действия или воздерживаться от их принятия, совершения) с той или иной степенью собственного усмотрения. Для целей настоящей статьи административное усмотрение в целом можно определить, на мой взгляд, как выбор публичной администрацией в пределах, установленных нормативными правовыми актами, оптимального, по ее мнению, варианта решения конкретного управленческого вопроса в ситуации, когда правовые нормы не определяют исчерпывающим образом основания, условия, содержание, форму, порядок (процедуру), сроки и (или) субъектов принятия такого решения. Соот-

ветственно, административный акт, изданный в подобной ситуации, называется дискреционным.

Административная дискреция – явление весьма разнообразное, имеющее место в любой управленческой системе. Отношение к нему зависит от множества факторов.

Во-первых, различные национальные правовые системы могут по-разному оценивать дискрецию.

Во-вторых, такая оценка не является окончательной и может сильно меняться с течением времени.

Наконец, в-третьих, даже если мы возьмем единовременный срез в рамках одной правовой традиции, дискреция осмысливается, с одной стороны, законодателем, с другой – правоприменителем, с третьей – наукой. При этом далеко не всегда названные позиции совпадают. Однако при всем многообразии подходов можно выделить следующую главную тенденцию – постепенное осознание административного усмотрения в качестве именно правового явления. В современном правовом государстве нет и не может быть абсолютно не связанной законом дискреции.

Как пишет К. Грабенвартер, в Австрии уже в XIX столетии «...свободное усмотрение, с одной стороны, и связанность правом, с другой, уже не представляли как качественно противоположные категории, поскольку усмотрение трактовалось не как субъективное самоустранение, а рассматривалось только как отсутствие связанности точными законодательными правилами»¹⁰⁶. Данный подход становится в настоящее время превалирующим: «...усмотрение характеризуется как такая форма административной деятельности, при которой действие органа управления не предопределено во всех подробностях правовыми предписаниями»¹⁰⁷.

Классические европейские подходы оценки административной дискреции прежде всего основаны на анализе национальной конституционно-правовой основы властеотношений.

В статье 1 Рекомендации Совета Европы 1980 года «О реализации дискреционных полномочий административными властями» закрепляется следующее определение административного усмотрения: «...полномочие, предоставляющее административной власти некоторую степень свободы по отношению к принимаемому решению, управомочивая ее к выбору из нескольких юридически допустимых того, что представляется ей наиболее приемлемым»¹⁰⁸. Статья 2 документа посвящена базовым принципам, подлежащим применению при реализации административного усмотрения:

¹⁰⁶ Грабенвартер, К. Доктрина свободы усмотрения /https://dpp.mpil.de/05_2016/05_2016_1_40.pdf

¹⁰⁷ Там же. С.15.

¹⁰⁸ «The term «discretionary power» means a power which leaves an administrative authority some degree of latitude as regards the decision to be taken, enabling it to choose from among several legally admissible decisions the one which it finds to be the most appropriate» (Официальный сайт Совета Европы [Электронный ресурс] /URL:

- 1) следование цели, для достижения которой было предоставлено полномочие;
- 2) объективность и беспристрастность, учет только относимых к конкретному делу фактов;
- 3) равенство перед законом и недопустимость дискриминации;
- 4) поддержание баланса между неблагоприятными последствиями, которые принимаемое решение может повлечь для прав, свобод, законных интересов граждан и преследуемых целей;
- 5) принятие решения в разумные сроки;
- 6) последовательное (предсказуемое) применение руководящих начал с одновременным учетом конкретных условий каждого дела.

В статье 3 отражены основные правовые требования к процедуре принятия дискреционных решений. Среди таковых особое внимание уделяется гласности (как вариант – взаимодействию с заинтересованными лицами перед или после принятия затрагивающих их актов), а также мотивировке усмотренческих неблагоприятных административных актов. Наконец, статья 4 подчеркивает: принятый в рамках реализации дискреционных полномочий административный акт подлежит проверке на предмет законности в суде или ином независимом органе.

Вообще, административное усмотрение – чрезвычайно непростой объект правового регулирования. Усложнение системы публичного управления стало одним из мощных побудительных мотивов для принятия общих законов об административных процедурах. Нельзя не согласиться с японским исследователем Х. Такио, отмечавшим, что в ответ на рост количества административных органов и расширения их полномочий по усмотрению после Второй мировой войны США и европейские страны приняли законы об административных процедурах и усилили защиту прав частных лиц в процессе государственного управления.

По мнению итальянского административиста В. Фалько, разрастание дискреционных полномочий в т.ч. в экономической сфере привело к кризису во взаимодействии права и административных актов; административная процедура стала точкой конфронтации между публичными и частными интересами. При этом симбиоз между дискреционными полномочиями и процедурой носит почти всеобъемлющий характер. Во всех правопорядках именно благодаря административной процедуре публичный интерес преломляется через нормы и принципы в административном акте; принятие такого акта происходит посредством соблюдения правил, устанавливаемых законами об административных процедурах.

Источники понятия «усмотрение», принципов и правил его использования государственными органами и соответствующего судебного контроля в каждом правопорядке различаются по историческим причинам.

Вопросы административного усмотрения в зарубежном административном праве были исследованы уже давно. Более того, в государствах, где существует органы административной юстиции – административные суды, были созданы судебные критерии определения законности действий администрации в условиях усмотрения.

Так, в **Германии** данные вопросы на протяжении многих десятилетий выяснялись путем научных дискуссий и судебной практики. В последствии результаты этого процесса нашли свое выражение в законодательных актах. Сегодня, статья 40 Закона об административных процедурах ФРГ устанавливает, что государственный орган, наделенный полномочием действовать по собственному усмотрению, обязан использовать данное усмотрение в соответствии со смыслом и целью предоставленных полномочий и соблюдать законодательные ограничения усмотрения¹⁰⁹.

Несмотря на довольно широкую и на первый взгляд малосодержательную формулировку нормы закона, в связи с уточнением положений закона судебной практикой использование административного усмотрения в Германии подлжит довольно четким правилам. В т.ч., германская юридическая наука и судебная практика разработали различные формы дискреционных полномочий (усмотрение и неопределенные правовые понятия), выработали в целях систематизации виды ошибок, допускаемых государственными органами, уточнили, до какого предела использование дискреционных полномочий подлжит судебному контролю и определили принцип соразмерности основополагающим принципом и важнейшим методологическим инструментом судебного контроля законности использования дискреционных полномочий.

Тема связанности законом и свободы действий органов исполнительной власти очень глубоко прослеживается и проработана в германской доктрине административного усмотрения, которая всегда базировалась на важности понимания двух пунктов Конституции Германии: *i*) принцип разделения властей, статья 20 (II) и *ii*) связывание администрации по закону и праву, статья 20 (III). Эти пункты Конституции Германии являются основополагающими в оценке права исполнительной власти на усмотрение и его пределах. Эти конституционные принципы характеризуют основу любого административного действия в Германии.

Основным нормативным актом, в котором закреплены общие принципы административной ответственности, ключевые понятия, процессуальные правила рассмотрения дел об административных правонарушениях, их подведомственность, порядок исполнения постановлений по делам об административных правонарушениях, является Федеральный закон об административных правонарушениях.

¹⁰⁹ *Verwaltungsverfahrensgesetz*, в редакции опубликования от 23 января 2003 года по состоянию на 20 ноября 2015 года. Сборник законов об административных процедурах. – М.: Инфотропик Медиа, 2016. – С. 113-181.

Данный Закон является рамочным, т.к. его основным принципам и положениям должны соответствовать все другие федеральные, земельные и муниципальные нормативные правовые акты.

Характерной чертой данного нормативного акта является то обстоятельство, что он предусматривает административную ответственность как физических, так и юридических лиц и содержит специальные составы административных правонарушений в отраслевых сферах, где законодательная компетенция принадлежит Федерации.

Так, данный Закон предусматривает административную ответственность за нарушения некоторых норм в области охраны порядка, в сфере государственных предписаний и некоторых других.

В статье 1 Закона дано определение понятия административного проступка: административным правонарушением является противоправное, виновное действие или бездействие, состав которого предусмотрен одним из законов, допускающих в качестве наказания административный (денежный) штраф.

Как видно из определения, оно не содержит перечня объектов посягательств. Тем не менее общим объектом административного правонарушения выступают общественные отношения, урегулированные различными нормами права, охраняемые и защищаемые мерами административной ответственности.

Понятие административного правонарушения федеральный законодатель раскрывает путем указания на такие его юридические признаки, как противоправность, виновность и наказуемость. В широком же смысле можно выделить еще два признака, а именно действие (бездействие) и общественную вредность. При этом слово «Handlung» переводится как «действие» или «деяние», т.е. по своему содержанию эти понятия абсолютно тождественны.

Более детальный анализ данного закона позволяет говорить о том, что он предусматривает три вида негативных правовых последствий административного правонарушения: 1) административный штраф; 2) предупреждение и предупреждение с взысканием денежной суммы; 3) дополнительные наказания.

Денежный штраф (Geldbuße) налагается административными органами согласно предписаниям Федерального закона об административных правонарушениях при совершении нарушения общественного порядка, нарушения правил парковки, превышения скорости движения и т.д. При совершении малозначительных правонарушений обычно сначала следует предупреждение.

При малозначительных правонарушениях административный орган может, но не обязан отказаться от наложения денежного штрафа и предупредить правонарушителя при помощи так называемого предупредительного денежного штрафа (Verwarnungsgeld) – в сумме от 5 до 35 евро. При ничтожных правонарушениях выносится простое предупреждение без взимания предупредительного штрафа. Предупреждение с взиманием предупредительных сумм только тогда действительно, когда правонарушитель с ними согла-

сен и неотложно либо в определенный административными органами срок оплачивает их. Одновременно с наложением предупредительного штрафа на виновного не могут быть возложены иные взыскания. Если же правонарушитель не согласен с предъявленными ему обвинениями, он может их опротестовать.

Минимальный административный штраф в Германии составляет 5 евро. Максимальный – 500 тыс. евро. На юридических лиц может быть наложен административный штраф в размере до 1 млн евро.

Во **Франции** административное усмотрение и его пределы установлены в более чем двухсотлетней судебной практике органов административной юстиции. В судебной практике в сфере административного усмотрения (*procès-verbal discretionnaire*) прослеживается тенденция к ограничению власти администрации, в частности посредством принципа законности, который применяется даже в тех случаях, когда закон или подзаконный акт на первый взгляд оставляет за администрацией широкую свободу в действиях.

Долгое время органы административной юстиции, и, в частности, Государственный совет, в рамках так называемого иска о превышении власти администрацией оставляли за исполнительной властью широкое усмотрение при принятии тех или иных решений.

В **Болгарии** усмотрение является одним из двух видов полномочий административных органов. Теория различает между одним обязательным решением и дискреционным решением административного органа. Согласно теории, под термином «усмотрение» («дискреция») понимается определенная свобода действий должностного лица при применении закона. Говоря иначе, орган имеет не одно обязательное решение, а вправе выбирать его из нескольких возможных решений, которые являются в равной степени законными, но отличаются по своей целесообразности.

Административное право в Болгарии можно условно разделить на две основные части: общее административное право, которое регулируется в основном в Административно-процессуальном кодексе (АПК), а также особое административное право.

В Советском Союзе сложилось совершенно другое понимание административного права, в странах Центральной Азии до сравнительно недавнего времени отсутствовала как научная разработка данного вопроса, так и соответствующая судебная практика, что обусловило необходимость регулирования данного вопроса на законодательном уровне¹¹⁰.

Дискреционные полномочия должностного лица остаются для правовой системы постсоветских республик одной из самых сложных проблем административно-правового регулирования не только в силу пробельности ее урегулирования в законодательстве.

¹¹⁰ «Относительно усмотрения в право порядках других государств на постсоветском пространстве». Часть IV Ежегодника публичного права 2015: «Административный акт». – М.: Инфотропик Медиа. 2015. – С.195.

В эпоху советского государственного управления проблема административного усмотрения отрицалась либо была предметом анализа немногих работ ученых-административистов в основном из России и Белоруссии (Коренев А. П., Студеникина М. С., Лазарев Б. М., Дубовицкий В. Н., Соловей Ю. П., Жданов А. А. и др.).

Причины существования административного усмотрения выявлены достаточно давно и сформулированы практически одинаково исследователями совершенно различных научных школ и страновых практик. Базовое мнение в основном выражено так: органы исполнительной власти (должностные лица) нуждаются в определенной самостоятельности действий, в т.ч. в нестандартных ситуациях.

Современные российские авторы продолжают отечественные и зарубежные традиции дефинирования понятия «дискреция», используя термины «усмотрение», «полномочие», «выбор», «решение», «пределы», «альтернатива» и т. п. Таким образом, в правовой науке сложилось в целом *единое* понимание сущности дискреции как общеправового феномена. Ее предназначение заключается в том, чтобы в ситуации полной или относительной неопределенности в законе правоприменитель мог выбрать из ряда правомерных альтернатив оптимальное решение, которое позволит наиболее эффективно и справедливо реализовать намерение (цель) законодателя.

В **России** активно применяются судебные доктрины необоснованной налоговой выгоды, приоритета существа над формой, деловой цели, сделки по шагам, срывания корпоративной вуали, принцип вытянутой руки и т.п. Указанные технологии – безусловный источник правоприменительной дискреции в налоговом праве. Конечно, применение судебных доктрин несет в себе реальную угрозу размывания границ правомерного поведения. Но нужно заметить, что в данном случае законодателю приходится выбирать не между плохим и хорошим, а между плохим и очень плохим.

Нередко дискреция проявляется в официально предоставленной властному субъекту возможности отступить от общей модели поведения. В такой ситуации должностное лицо вправе самостоятельно решать, реализовать ему эту возможность или нет. К примеру, в пункте 1 статьи 105.7 НК РФ исчерпывающе перечислены методы трансфертного ценообразования в целях налогообложения, которые использует ФНС России при определении для целей налогообложения доходов (прибыли, выручки) в сделках, сторонами которых являются взаимозависимые лица. Приоритетным является метод сопоставимых рыночных цен, именно он применяется по общему правилу.

Иные методы (метод цены последующей реализации; затратный метод; метод сопоставимой рентабельности; метод распределения прибыли) могут применяться в случаях, если применение метода сопоставимых рыночных цен невозможно (например, информация о сопоставимых сделках отсутствует) либо если его применение не позволяет обоснованно сделать вывод о соответствии или несоответствии цен, примененных в сделках, рыночным ценам для целей налогообложения. Вывод о невозможности либо недостаточ-

ности применения метода сопоставимых рыночных цен, а также выбор одного из иных методов или их комбинации находится в дискреционном усмотрении контролирующего органа. В качестве критерия выбора наиболее оптимального метода (или методов) трансфертного ценообразования законодатель указывает, что следует использовать тот метод, который с учетом фактических обстоятельств и условий сделки позволит сделать наиболее обоснованный вывод о соответствии примененной цены рыночной цене. При этом должны учитываться полнота и достоверность исходных данных, а также обоснованность корректировок, осуществляемых в целях обеспечения сопоставимости сделок с анализируемой сделкой (п. 3, 4, 6 ст. 105.7 НК РФ).

Особая разновидность отступления от общей модели поведения – применение относительно-определенных санкций. Индивидуализация наказания предполагает установление обстоятельств, смягчающих и отягчающих налоговую ответственность. При этом если в отношении рецидива как единственного обстоятельства, отягчающего ответственность за налоговые правонарушения, правовые последствия установлены императивно и однозначно (размер штрафа увеличивается вдвое), то в части обстоятельств, смягчающих ответственность, правоприменяющий субъект правомочен действовать по своему усмотрению (размер штрафа должен быть уменьшен *не менее* чем вдвое).

Поскольку Законом (п. 3 ст. 114 НК РФ) установлен лишь минимальный предел снижения налоговой санкции, правоприменитель по результатам оценки соответствующих обстоятельств (например, характера совершенного правонарушения, количества смягчающих ответственность обстоятельств, личности налогоплательщика, его материального положения) вправе уменьшить размер взыскания и более чем в два раза. При этом для учета смягчающих обстоятельств налогоплательщик не обязан заявлять об их наличии, т.е. правоприменитель может учесть смягчающие обстоятельства и без ходатайства налогоплательщика. Также напомним, что перечень смягчающих обстоятельств является открытым и активно дополняется налоговыми органами и судами.

Дискреционные полномочия могут предоставляться налоговым органам для преодоления ситуации фактической неопределенности, когда иные юридические средства неэффективны или вовсе отсутствуют. Так, согласно пункту 2 статьи 42, пункту 4 статьи 208 НК РФ, если нельзя однозначно отнести полученные налогоплательщиком доходы к доходам, полученным от источников в РФ, либо к доходам от источников за пределами РФ, отнесение дохода к тому или иному источнику осуществляется Минфином РФ; аналогично определяется доля указанных доходов, которая может быть отнесена к доходам от источников в РФ, и доля, которая может быть отнесена к доходам от источников за пределами РФ. Как видим, законодатель делегировал разрешение возникшей неопределенности дискреционному усмотрению Минфина РФ. Какие-либо формальные критерии для принятия оптимального решения в законе не названы, поэтому усмотрение носит формально неограниченный характер.

Процессуальное законодательство, применяемое судами при рассмотрении налоговых споров (п. 6 ст. 13 АПК РФ, п. 4 ст. 1 ГПК РФ), не устанавливает каких-либо отраслевых ограничений для применения метода аналогии в гражданском и арбитражном судопроизводстве.

В Кыргызской Республике Закон «Об основах административной деятельности и административных процедурах» содержит не только определение понятия «дискреционные полномочия» (абз. 8 ст. 4), но и положения о принципах и ограничениях осуществления дискреционных полномочий (ст. 7, 8) и дополнительные требования к обоснованию административного акта, принятого на основании дискреционного полномочия (ч. 2 ст. 51). Кроме того, закон предусматривает, что административная жалоба в случае исполнения дискреционного полномочия рассматривается не только с точки зрения законности обжалуемого акта, но и с точки зрения целесообразности (ч. 2 ст. 67)¹¹¹.

В Республике Таджикистан подобное законодательное регулирование усмотрения отсутствует. Закон Республики Таджикистан «О нормативных правовых актах»¹¹², определяющий общий порядок разработки, принятия, толкования и систематизации нормативных правовых актов, не упоминает понятия «усмотрение» или «дискреционные полномочия». Таким образом, использование усмотрения в нормативно-правовых актах не урегулировано на законодательном уровне. Кодекс об административных процедурах Республики Таджикистан, регулирующий порядок подготовки, принятия и исполнения административных актов и рассмотрение административных заявлений и жалоб, также не упоминает данные понятия, т.е. и применение норм с наличием усмотрения государственными органами в законодательстве не регулируется. ГПК Республики Таджикистан, устанавливающий порядок судебного обжалования решений и действий государственных органов, также не содержит данных понятий, в связи с чем отсутствует и законодательное регулирование судебного контроля применения положений с наличием усмотрения административными органами.

Правовая система **Узбекистана** не располагает классическими традициями административной юстиции. Поэтому основная возможность принятия дискреционных решений административным органом по традиции ограничивается рамками отмены правовых актов нижестоящими органами власти в связи с их несоответствием принципу законности. Менее значимыми стали те конституционные положения, которые содержат оговорку об ограничении прав законом либо опосредованно выражают смысл таких принципов, как пропорциональность или справедливость. Пока значение вышеуказанных конституционных положений применительно к рассматриваемой проблематике следует оценивать очень и очень сдержанно.

¹¹¹ Сборник законов об административных процедурах. – М.: Инфотропик Медиа, 2016. – С.263-313.

¹¹² Закон Республики Таджикистан «О нормативных правовых актах» от 26 марта 2009 года /<https://sud.tj/upload/iblock/050/7vj6jc2801iut4vyjipwh77rviggfky.pdf>.

По сути, все принципы административного права, процесса и процедур адресованы именно усмотренческой деятельности. Пропорциональность, защита доверия, запрет злоупотребления правом и т.д. по большому счету бессмысленны в ситуациях, когда административный орган не имеет ни малейшей свободы действий при принятии решения. Наоборот, по мере возрастания дискреционного начала роль принципов неуклонно увеличивается; в определенном смысле они становятся основным средством правового регулирования, оттесняя негибкие «классические» правовые нормы на второй план. Указанная связь между дискрецией и принципами, и без того достаточно очевидная, нередко еще более недвусмысленно подчеркивается законодателем.

Законодательство Узбекистана, в т.ч. налоговое, хотя и содержит некоторые классические средства для ограничения административного усмотрения, однако глубина их проработки и уровень применения совершенно недостаточны, часто декларативны.

В налоговом законодательстве Республики Узбекистан встречаются различные виды (типы) дискреции. Они обусловлены не только неопределенными формулировками норм или норм, содержащих оценочные понятия, коллизией норм, но и часто несоблюдением правил законодательной техники. Однако наиболее серьезной проблемой реализации дискреционных полномочий в налогообложении представляется следующее: административное усмотрение закладывается не только в Налоговом кодексе Республики Узбекистан (далее – НК РУз), но и также правительственными или ведомственными актами законодательства.

Административное усмотрение, выраженное в предоставлении налогового органу права по его усмотрению оценивать не только юридический факт, но и издавать акт на основе свободного выбора одного из нескольких вариантов, предусмотренных нормой.

Например, в статье 104 НК РУз установлено, что несоблюдение должностными лицами органов государственной налоговой службы положений главы 15 «Порядок проведения налоговых проверок» Налогового кодекса РУз может явиться основанием для отмены решения органа государственной налоговой службы вышестоящим органом государственной налоговой службы. Формулировка нормы, таким образом, позволяет вышестоящему органу государственной налоговой службы реализовать два варианта своего действия: отменить административный акт нижестоящего органа или не делать этого.

Другой пример данного вида усмотрения. Статья 56 НК РУз регулирует зачет излишне уплаченных сумм налога. Если налогоплательщик в течение десяти дней с даты представления налоговой отчетности не представил письменного заявления о проведении зачета, орган государственной налоговой службы *может* самостоятельно представить соответствующим финансовым органам заключение о проведении зачетов в счет погашения задолжен-

ности по другим видам налогов или в счет погашения пени и штрафов по другим видам налогов.

Согласно статьи 12 Закона «Об административном производстве» **Республики Азербайджан** 2005 года, принцип равенства включает следующее положение: «Административный орган обязан осуществлять дискреционные полномочия одним и тем же способом и в том же порядке. Настоящее положение не исключает изменения существующей административной практики, связанной с осуществлением дискреционных полномочий»¹¹³.

Также, согласно статьи 14 указанного Закона при осуществлении дискреционных полномочий не могут выноситься решения, направленные на необоснованное ограничение прав и свобод физических либо юридических лиц». Нельзя не отметить несколько странное впечатление от данного правила (необоснованное ограничение прав и свобод невластных участников недопустимо в любых решениях, безотносительно их дискреционности).

В статье 6 Закона «Об административном производстве» **Республики Армения** 2004 года («ограничение дискреционных полномочий») закреплено, с одной стороны, понятие дискреционного полномочия («предоставленное законом административному органу право на выбор какого-либо одного из нескольких возможных правомерных решений»), а с другой стороны, содержится общая декларативная норма, текстуально весьма близкая § 40 Закона «Об административном производстве» ФРГ 1976 года: «При осуществлении дискреционного полномочия административный орган обязан руководствоваться необходимостью защиты закрепленных Конституцией Республики Армения прав и свобод человека и гражданина, принципами их равноправия, соразмерности и запрета на произвол при осуществлении администрирования, а также преследовать другие цели, predeterminedенные законом».

Согласно статьи 53 Закона «Об административном производстве» **Грузии** 1999 года, если в отношении обычных административных актов действует общая норма части 1 статьи 53 («индивидуальный административно-правовой акт, изданный в письменной форме, должен содержать письменное обоснование»), то в части 4 содержится специальное правило: «Если административный орган при издании административно-правового акта действовал в пределах дискреционного полномочия, в письменном обосновании указываются все фактические обстоятельства, имевшие существенное значение при издании административно-правового акта». Во-вторых, здесь можно вспомнить разумные ограничения на использование современных информационных технологий и компьютерных

Взаимодействие, собственно, правил об административной процедуре с административной дискрецией тоже носит весьма нетривиальный характер.

Во-первых, некоторые законы об административных процедурах (в частности, ЗАП ФРГ 1976 г.) весьма широко применяют административное усмотрение. Это может проявляться на всех этапах административной про-

¹¹³ Сборник законов об административных процедурах. – М.: Инфотропик Медиа, 2016. – С.8.

цедуры, при реализации практически любых полномочий публичной администрации: при возбуждении процедуры, выборе формы процедуры, объеме исследования обстоятельств, информировании участников процедуры об их статусе и т.д.

Во-вторых, необходимо учитывать, что дискреционное начало в неодинаковой степени выражено в различных видах административных процедур.

Согласно Закону об административном производстве в **Эстонии** (ст. 4 ч. 2) дискреционное право следует осуществлять в соответствии с полномочиями, целями дискреционного права и общими принципами права с учетом существенных обстоятельств и обоснованных интересов. Соответственно принципам правового государства и добрым административным принципам дискреционное право ни в коем случае не означает неконтролируемое усмотрение учреждения. Усмотрение может привести к злоупотреблению властью или же к небрежному решению.

Поэтому дискреционное решение должно быть справедливым и разумным. В случае нарушения дискреционного правила имеем дело с дискреционной ошибкой. Поскольку применение неопределенных правовых понятий также не должно быть произвольным, а должно быть контролируемым со стороны суда, то дискреционные решения применяются и при придании им смысла.

В **Латвии** выделил виды административных актов и урегулировал ход процедуры через призму форм дискреции. При сведенном к нулю усмотрении публичная администрация должна принять так называемый «обязательный административный акт». Ситуация, когда законодательство позволяет публичной администрации по своему усмотрению решить, издавать или не издавать акт (т.е. решение по усмотрению), латвийским законодательством дифференцируется в зависимости от характера дальнейшего регулирования.

Если в отношении решения по усмотрению правовая норма определяет конкретное его содержание, речь идет об «административном акте по выбору издания»; административный орган принимает последний, если считает это целесообразным, причем в том содержании, как это предусмотрено законодательством. Наоборот, при нецелесообразности принятия административного акта процедура прекращается. Если правовая норма предоставляет публичной администрации право принимать или не принимать административное решение и не определяет его конкретное содержание («свободный административный акт»), публичная администрация вправе принимать или отказать в принятии решения. В случае же издания акта орган власти руководствуется «установленными применяемой нормой права пределами и в этих пределах на основании соображений целесообразности определяет содержание административного акта».

Наконец, при принятии «административного акта по выбору содержания», административный орган связан законодательством обязанностью принятия решения, при том, что его конкретное содержание правовой нормой не определено. В данном случае публичная администрация издает администра-

тивный акт с соблюдением установленных применяемой нормой права пределов и в этих пределах на основании соображений целесообразности определяет содержание административного акта.

В некоторых странах действуют прямые законодательные запреты на проверку целесообразности административных актов. Например, статья 3 Закона Литовской Республики «О производстве по административным делам» (1999 г.) предусматривает, что «судом не производится оценка оспариваемого административного акта и действий (или без действия) с точки зрения политической или экономической целесообразности, а только устанавливается то, не был ли в конкретном случае нарушен закон или другой правовой акт, не превысил ли субъект администрирования компетенцию, а также не противоречит ли акт (деяние) целям и задачам, ради которых орган был учрежден и наделен соответствующими полномочиями»¹¹⁴.

2.3 Проблемные вопросы законодательства, регулирующего дискреционные полномочия государственных органов в отношении субъектов предпринимательства, предложения и рекомендации по их устранению

Со стороны предпринимателей бытует мнение, что дискреция приводит к предвзятому отношению к ним со стороны уполномоченных органов.

Так, на встрече представителей бизнеса с органами прокуратуры Уполномоченный по защите прав предпринимателей Казахстана Журсунов Р.М. (далее – Уполномоченный) указал, что в административной практике за период с 2015 по 2021 гг. отмечался 2-х кратный рост административных дел в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

Так, если в 2015 году было 253 тыс. дел, то в 2020 году эта цифра превысила 628 тыс., то есть каждый 2-ой предприниматель был привлечен к административной ответственности.

В КоАП сохраняется ряд статей, предусматривающих административное усмотрение при решении вопроса об ответственности субъектов предпринимательства. В некоторых случаях это приводит к выбору более жестких карательных санкций.

Так, в 2021 году по отношению к субъектам среднего бизнеса было применено административных штрафов в 2,3 раза больше, чем предупреждений (предупреждений – 3 356, штрафов – 7 760), крупного бизнеса – в 10,5 раз (предупреждений – 673, штрафов – 7 074).

Анкетирование показало, что из 140 опрошенных предпринимателей с дискреционными полномочиями со стороны государственных органов не сталкивались только 12 респондентов.

Проблемы в ходе усмотрения наблюдались со стороны следующих гос-

¹¹⁴ Сборник законодательных актов отдельных государств по административной юстиции. – Алматы: Адилет, 2013. – С. 456.

органов:

- налоговые органы указали 45% респондентов;
- органы санитарно-эпидемиологического контроля – 29%;
- органы пожарного надзора – 8%;
- инспекции труда – 5%;
- агентство финансового рынка и регулирования – 4%.

Больше всего претензий к налоговым органам. В ходе ежегодных прокурорских проверок и анализов выявляются систематические и незаконные налоговые приказы в отношении индивидуальных предпринимателей, в результате исполнения которых применяются ограничительные меры.

Кроме того, налоговики выносят решения о признании уведомлений камерального контроля неисполненными, вынуждая предпринимателей исполнить уведомление принудительно, либо идти в суд. Зачастую это необоснованно.

Только в прошлом году судами Карагандинской области 96% решений (о признании уведомлений неисполненными) признаны незаконными (22 из 23 дел).

Вместе с тем, необходимо отметить, что статьи КоАП, применяемые налоговыми органами при привлечении к адмответственности, не содержат дискреционные нормы (стст. 269-272, 276, 281-1, 284, 288 КоАП).

Анализ практики показал, что при привлечении к адмответственности административное усмотрение со стороны государственных органов проявляется при проверочных мероприятиях, т.к. перечень требований, которые должны соблюдать предприниматели при осуществлении своей деятельности, очень объемный (земельные отношения, архитектура и строительство, противопожарная безопасность, ветеринария, по линии СЭС и прочее).

К примеру, в ходе проверки контрольно-надзорный орган следует по проверочному листу и выходит за пределы предмета проверки, что противоречит требованиям ПК РК (п. 7 ст. 144).

Результатом неправомерных действий стало составление административного материала в отношении субъекта бизнеса в количестве 10 вместо 1.

В данном случае соответствующий сигнал от предпринимателя не поступил, т.к. он не знал, что на объекте должны были проверять два пункта из проверочного листа, а не все десять.

По акту надзора данные материалы отменены, субъект бизнеса освобожден от административного штрафа на сумму 4 млн тенге.

Кроме того установление порядка сокращенного производства по делу об административном правонарушении и так называемой «презумпции виновности» приводит к случаям нарушения социальной справедливости в отношении предпринимателей.

В случае, когда субъект бизнеса признает вину в совершении правонарушения он оплачивает штраф в размере пятидесяти процентов от предусмотренной суммы штрафа в течение семи суток, то такое дело считается рассмотренным по существу, решение – вступившим в законную силу, а ли-

цо – привлеченным к административной ответственности (ч. 2 ст. 811 КоАП).

Такие дела об административных правонарушениях пересмотру не подлежат, что ущемляет интересы граждан и государства.

Исключения предусмотрены главой 47 КоАП. На практике данные исключения (в т.ч. вновь открывшиеся обстоятельства – существенные для дела обстоятельства, которые не были и не могли быть известны правонарушителю, потерпевшему) встречаются крайне редко.

При этом имеют место многочисленные факты, когда уполномоченными государственными органами при составлении административных материалов в отношении предпринимателей нарушены требования законодательства (не соблюдены процессуальные нормы, истечение сроков давности к привлечению лица, отсутствие состава правонарушения и пр.).

Указанные примеры имеются в различных сферах законодательства: земельные отношения, ветеринария, архитектура и строительство, налоговое администрирование, противопожарная безопасность и пр.

Принять меры надзора (отменить) по таким административным материалам не представляется возможным (с учетом требований действующего законодательства).

Не владея сведениями о возможных нарушениях со стороны уполномоченного госоргана при возбуждении адмпроизводства, не желая обжаловать в дальнейшем материал в судебном порядке, не обладая уверенностью, что судом будет подтверждена неправомерность тех или иных действий со стороны госоргана, предприниматель соглашается на применение сокращенного порядка по делу об административном правонарушении.

При таких обстоятельствах зачастую предпринимателям проще оплатить пятьдесят процентов от суммы штрафа.

К примеру, за нарушение законодательства о естественных монополиях предусмотрена административная ответственность по части 4 статьи 164 КоАП (несоблюдение субъектом естественной монополии ограничений, а равно неисполнение или ненадлежащее исполнение субъектом естественной монополии обязанностей, установленных законодательством РК о естественных монополиях), однако перечень требований законодательства в сфере естественных монополий слишком объемный.

За нарушение этих требований для субъектов среднего предпринимательства предусмотрена ответственность в виде административного штрафа в размере 320 МРП (1 104 000 тенге).

Естественно, большинство субъектов бизнеса выбирают вариант оплаты штрафа в размере пятидесяти процентов (552 000 тенге).

В целом, в ходе исследования административного законодательства установлены значительные дискреционные нормы в деятельности отдельных государственных органов, которые при определенных обстоятельствах могут привести к коррупции.

Так, существует необходимость законодательного пересмотра перечня государственных органов имеющих право осуществлять (применять) меры обеспечения по делу об административном правонарушении предусмотренные статьей 785 КоАП, т.к. в настоящее время применение мер обеспечения осуществляется должностными лицами госорганов по своему усмотрению.

Также полагаем необходимым предусмотреть конкретные основания, в т.ч. по статьям КоАП, позволяющие уполномоченным органам применять меры обеспечения, как к физическим, так и юридическим лицам.

К примеру, перечень уполномоченных государственных органов, которые вправе осуществлять административное задержание, определен статьей 787 КоАП и состоит из 14 государственных органов, в т.ч. органы лесного хозяйства, животного мира, особо охраняемых природных территорий, органами государственных доходов и транспортного контроля, должностные лица в области ветеринарии и др.

Как показало изучение, в настоящее время полномочия данных государственных органов безграничны, и они могут применять меру обеспечения в виде задержания по всем возбуждаемым ими административным делам, даже не представляющим опасность для общества.

При этом законодателем не установлены пределы его применения.

Так, органами внутренних дел, к примеру, за период с 2018 по 2020 годы всего зарегистрировано 16,9 млн административных правонарушений, что составляет 90% от общего числа зарегистрированных административных дел.

Согласно статданных органами министерства финансов РК всего зарегистрировано 970 тысяч административных дел.

При этом согласно пункту 10 статьи 787 КоАП должностными лицами органов государственных доходов – при совершении правонарушений в сферах предпринимательской деятельности, торговли и финансов, налогообложения, таможенного дела в соответствии с подведомственностью дел об административных правонарушениях может осуществляться мера обеспечения в виде административного задержания.

То есть по каждому зарегистрированному административному делу у должностных лиц государственных органов (указанных в ст. 787 КоАП), согласно действующим нормам КоАП, имеется право и возможность применения в отношении правонарушителя мер обеспечения в виде административного задержания, даже при отсутствии оснований.

Более того, полагаем, что указанная норма создает большое пространство для коррупционных рисков сопряженных с уголовно-наказуемым деянием.

Свидетельством этому могут служить вступившие в законную силу приговора судов в отношении сотрудников органов полиции.

КоАП не регулирует способы и методы производства данной меры, т.е. реального законодательного определения каким образом должно производиться исполнение такой меры обеспечения как задержание, не имеется. От-

сутствует и правоприменительная практика. Какие-либо анализы и обобщения государственными органами не проводились.

Так, если задержание подразумевает под собой применение физической силы и специальных средств против воли гражданина, то в перечне обозначенных государственных органов имеются такие, у которых отсутствуют такие полномочия, а также нет структурных подразделений, которые могли бы осуществить данную меру.

К примеру, сотрудники правоохранительных органов в соответствии со статьями 15 и 60 Закона «О правоохранительной службе» от 6 января 2011 года №380-IV (далее – Закон) имеют право на ношение, хранение и применение огнестрельного и иного оружия и специальных средств и применение физической силы, в т.ч. боевые приемы борьбы, а также специальные средства (наручники, резиновые палки, слезоточивые вещества, устройства для вскрытия помещений и др.) для задержания правонарушителей, совершивших административные правонарушения и специальных органов

В свою очередь изучение нормативных правовых актов регламентирующих деятельность должностных лиц органов государственных доходов, транспортного контроля, государственного контроля в области охраны окружающей среды и использования природных ресурсов, уполномоченного органа в области ветеринарии, по карантину растений показало отсутствие таких полномочий как производство административного задержания граждан. Более того, они физически не подготовленные и не имеют навыков для принудительного задержания физических лиц.

Также законодательно не определены реальные должности в государственных органах, которые правомочны задерживать граждан, что вызывает серьезные опасения и нарекания.

Так, у каждого государственного органа имеются вспомогательные подразделения, входящие с систему, но не занимающиеся основной деятельностью (материально техническое обеспечение, кадры и др.)

Таким образом, в ходе исследования выявлено несколько проблем:

Первая. Сохранение дискреционных норм в части адмвзысканий, которые при определенных обстоятельствах могут привести к коррупции. Хотя с момента принятия КоАП количество таких норм уменьшилось, они сохраняются в некоторых статьях. Обычно, это формулировки: «предупреждение или штраф» или «штраф, с приостановлением деятельности или без такового» и т.д.

При реализации полномочия у служащего всегда существует как минимум два варианта решения (положительный и отрицательный). Норма будет коррупциогенной, если в ней не ставятся условия или основания принятия того или иного варианта решения служащим. Иными словами, нормативный акт должен содержать все возможные и заранее известные варианты поведения госслужащего в отношении гражданина или организации.

Альтернативные виды административных взысканий могут привести к применению как низшего, так и высшего предела наказания, при отсутствии

четких критериев выбора вида взыскания, могут создавать условия для коррупционных проявлений.

Вторая проблема, как это ни странно, заключается в обратном – отсутствии дискреционных норм в некоторых статьях КоАП. Так, в ходе интервьюирования предпринимателей было выявлено мнение, согласно которому некоторые статьи следует дополнить альтернативным взысканием. Это статьи, где единственным взысканием является приостановление или запрет деятельности.

Так, в статье 330 КоАП (Представление недостоверных данных о валидации и верификации независимыми аккредитованными организациями, аккредитованными органами по валидации и верификации) взысканием является штраф с приостановлением действия аттестата об аккредитации или свидетельства об аккредитации. В части 2 статьи 327-2 КоАП (Ненадлежащее проведение или непроведение ремедиации (устранения) причиненного экологического ущерба) – штраф в размере ста процентов от суммы экономической выгоды, полученной в результате нарушения, с приостановлением действия соответствующего экологического разрешения или деятельности.

Третья. Негативная тенденция изменения цели такого административного взыскания, как штраф, с воспитательной на фискальную. Штрафы ужесточаются и по уровню репрессивности граничат с уголовными наказаниями, а иногда и превышают суммы последних.

Такая ситуация требует установления соразмерности сумм административных штрафов совершенным деяниям. Если КоАП устанавливает ответственность по проступкам, имеющим небольшую степень опасности, то тогда следует исключить наложение необоснованно «раздутых» сумм штрафа.

Например, нарушение санитарно-противоэпидемических, санитарно-профилактических мероприятий по предупреждению возникновения угрозы распространения COVID-19 (не повлекшее причинение вреда здоровью человека) влечет административную ответственность по статье 425 КоАП в виде штрафа:

- на физических лиц – 30 МРП (103 500 тенге);
- на должностных лиц, субъектов малого предпринимательства или некоммерческие организации – 230 МРП (793 500 тенге);
- на субъектов среднего предпринимательства – 310 МРП (1 069 500 тенге);
- на субъектов крупного предпринимательства – 1 600 МРП (5 520 000 тенге).

Таким образом в случае, если работник субъекта малого предпринимательства нарушит «масочный режим», то на предпринимателя будет наложено административное взыскание в размере 793 500 тенге, вне зависимости от тяжести деяния.

В настоящее время КоАП во многих случаях выполняет, по сути, функцию уголовной репрессии, например, в отношении предпринимателей -

юридических лиц. Так как в интересах развития национальной экономики если руководителей предприятий – крупных субъектов предпринимательства – не привлекают к уголовной ответственности (хотя суммы причиненного ущерба иногда превышают особо крупный ущерб и особо крупный размер по УК РК), то их наказывают посредством административной ответственности. При этом размывается грань между административным правонарушением и уголовным, ведь в КоАП «сидят», по сути, составы уголовных преступлений.

Еще один пример, анализ судебно-следственной практики уголовных дел показал, что уголовно-правовые меры (ч. 3 ст.1 52 УК) не способны обеспечить неотвратимость наказания правонарушителя за нарушение трудовых прав граждан, т.е. являются неэффективными (из 479 зарегистрированных в 2015-2019 гг. уголовных дел по данной статье, нет ни одного осужденного лица).

Более того, в качестве альтернативы наказания в виде штрафа, предусмотрена административная ответственность за невыплату заработной платы по части 1 статьи 87 КоАП, где размер наказания в виде штрафа за повторное административное правонарушение не отличается от уголовного наказания (200 МРП), что не соответствует степени общественной опасности.

Статистика за последние 5 лет свидетельствует, что при поступивших в суды более 20 тыс. исковых заявлений о взыскании заработной платы, по части 3 статьи 152 УК (невыплата заработной платы) возбуждено всего лишь 479 уголовных дел, из которых 379 прекращены по реабилитирующим основаниям.

Четвертая проблема затрагивает права предпринимателей как рядовых граждан, да и в целом касается защиты конституционных прав всего населения Казахстана. Полагаем, что система исчисления суммы штрафов в МРП ущемляет права граждан и предпринимателей, т.к.: а) сумма штрафа является несоразмерно завышенной; б) отсутствует корреляция между ростом МРП и ростом доходов населения.

Так, максимальный размер штрафа, налагаемого на физическое лицо, составляет 200 МРП (690 000 тенге), что в 9,8 раз превышает МЗП (70 000 тенге), среднюю номинальную зарплату по Казахстану – в 2 раза (338 715 тенге – по состоянию на 1 марта 2023 года).

При этом ежегодно наблюдается рост МРП, однако повышение заработной платы конкретных граждан происходит нерегулярно, с гораздо меньшей частотой.

Пятая. Несоразмерность административных взысканий по отношению к различным категориям граждан и предпринимателей.

Так, в одних статьях КоАП для должностных лиц и субъектов малого предпринимательства предусмотрены одинаковые взыскания (ст. 324 «Нарушение санитарно-эпидемиологических и экологических требований по охране окружающей среды», 325, 327-1 и т.д.), в других – различные (ч. 3 ст. 326 «Невыполнение условий экологического разрешения» – для долж-

ностных лиц 200 МРП, для субъектов малого предпринимательства – 700 МРП).

По самой болезненной для предпринимателей статье 328, (которая раньше называлась «Превышение нормативов эмиссий в окружающую среду, установленных в экологическом разрешении, либо отсутствие экологического разрешения», а теперь «Нарушение нормативов допустимого антропогенного воздействия на окружающую среду») несоответствий еще больше.

Так, в частях с 1 по 3 данной статьи субъектами адмвзысканий указаны граждане и юридические лица, а в 4, 5 и 11 частях идет дифференциация на: физических лиц, должностных лиц, субъектов малого предпринимательства или некоммерческие организации, субъектов среднего и крупного предпринимательства.

В частях с 6 по 10 вообще не указаны субъекты, следовательно, для всех предусмотрены единые адмвзыскания в виде штрафов, однако суммы их варьируются от 10 до 20 тыс. процентов от ставки платы за захоронение отходов в отношении количества отходов, накопленных или захороненных сверх установленного лимита.

Кроме того, данный пробел может способствовать возникновению коррупционных рисков в части применения меры взыскания по своему усмотрению либо оказания предпочтения тем или иным лицам.

Шестая. Нарушение баланса интересов предпринимателей по сравнению с органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами).

Отсутствие предусмотренных мер ответственности повышает коррупционные риски созданием атмосферы безнаказанности служащих. Ряд статей КоАП был дополнен такими субъектами как должностные лица, но до сих пор практически не фигурируют государственные организации и органы местного самоуправления. В случаях установления фактов нарушений в госучреждениях и органах местного самоуправления, как правило, они освобождаются от административной ответственности.

В статье 395 КоАП «Невыполнение законных требований должностных лиц органов охраны континентального шельфа Республики Казахстан» отсутствуют субъекты для привлечения к административной ответственности. Данный пробел может способствовать возникновению коррупционных рисков в части применения меры взыскания по своему усмотрению либо оказания предпочтения тем или иным лицам.

Седьмая проблема бизнеса – это трудновыполнимые и нецелесообразные требования норм антитеррористического, экологического и иного законодательства. Так, в свое время нецелесообразным было требование наличия на каждом предприятии *ливневой канализации*. Строить ливневые канализации бессмысленно, поскольку большинство старых предприятий в большей не подключены к центральному коллектору ливневой канализации, поскольку были построены 40-50 лет назад (т.е. задолго до появления данных требований) и на их территории технически невозможно устройство таких соору-

жений. В этой связи предприниматели обречены на постоянную уплату штрафов.

Трудновыполнимыми являются обеспечение состояния антитеррористической защиты производственных и иных объектов.

Полагаем, что государством в данной сфере на предпринимателей возложены специфические обязательства, требующие специальных познаний и финансовых затрат, что в итоге оказывает административное давление на бизнес и создает коррупционные риски.

Так, значительных затрат требует оснащение объектов современным инженерно-техническим охранным оборудованием, проведение профилактических и учебных мероприятий по обучению персонала технике осмотра помещений, выявлению возможных мест закладки взрывных устройств, а также планированию и отработке совместных действий с заинтересованными государственными органами и организациями по ликвидации угроз техногенного характера, возникших в результате совершенного акта терроризма.

При этом законодательством четко не регламентирован порядок проведения указанных мероприятий, что также не позволяет предпринимателям в должной мере соблюдать требования действующего законодательства.

Полагаем, данный вопрос подлежит пересмотру в сторону снижения предъявляемых к предпринимателю требований.

Более того, санкцией статьи 149 КоАП предусмотрена очень суровая ответственность для предпринимателей (институт предупреждения отсутствует) – от 690 000 тенге на субъектов малого предпринимательства, до 3 450 000 тенге на субъектов крупного предпринимательства с приостановлением деятельности или отдельных видов деятельности на срок до 3 месяцев или без таковой.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

По результатам монографического исследования авторским коллективом сформулирован ряд выводов теоретического, законодательного и организационного характера, направленных на совершенствование действующего законодательства и правоприменительной практики в части административного усмотрения (дискреции) в деятельности государственных органов.

1. Проведенный анализ норм КоАП показал наличие в его содержании норм, применение которых нарушают права и законные интересы физических и юридических лиц.

В целях дальнейшей защиты прав граждан и предпринимателей необходимо провести ревизию на предмет установления соразмерности административных взысканий совершенным деяниям, выделения малозначительных и грубых административных правонарушений, исключения дискреционных норм, которые, по мнению предпринимателей, являются несправедливыми. В частности, предлагается:

- устранить несоразмерность административных взысканий по отношению к различным категориям граждан и предпринимателей. Для этого рекомендуется установить четкую дифференциацию по категориям: физических лиц, должностных лиц государственных учреждений и органов местного самоуправления, субъектов малого предпринимательства или некоммерческие организации, субъектов среднего и крупного предпринимательства;

- рассмотреть целесообразность закрепления в КоАП сумм штрафов в твердой денежной сумме для граждан, как это было предусмотрено в КоАП 1984 года;

- пересмотреть административные взыскания в части суммы административных штрафов за проступки, имеющие небольшую степень опасности, тем самым исключить наложение необоснованно завышенных сумм штрафа.

2. В настоящее время применение мер обеспечения осуществляется должностными лицами госорганов по своему усмотрению и не установлены пределы его применения, в ряде случаев нарушаются конституционные права граждан и предпринимателей. Для устранения этой проблемы предлагается пересмотреть:

- перечень государственных органов, имеющих право осуществлять меры обеспечения, предусмотренные статьей 785 КоАП;

- основания, позволяющие уполномоченным государственным органам осуществлять меры обеспечения, в особенности в виде административного задержания, в т.ч. определить конкретные статьи КоАП по которым допустимо применение той или иной меры обеспечения (порядок их применения).

3. В целях своевременного выявления незаконных действий должностных лиц государственных органов по применению мер обеспечения в отношении субъектов предпринимательства (задержания, принудительного доставления, изъятия имущества и т.д.) рекомендуется предусмотреть отдель-

ный статистический отчет, отражающий сведения о применяемых государственными органами мерах обеспечения.

4. В интересах предпринимателей и с учетом их мнения предлагается проработать вопрос о включении альтернативных мер ответственности в статью 330 «Представление недостоверных данных о валидации и верификации независимыми аккредитованными организациями, аккредитованными органами по валидации и верификации» и часть 2 статьи 327-2 «Ненадлежащее проведение или непроведение ремедиации (устранения) причиненного экологического ущерба» КоАП.

Внесение такой поправки в КоАП обусловлено тем, что в этих статьях единственным взысканием является приостановление или запрет деятельности без предварительного предупреждения, что является чрезмерно суровой мерой наказания и препятствует развитию предпринимательской деятельности.

5. В законодательстве РК по отношению к предпринимателям установлены трудновыполнимые и нецелесообразные требования норм антитеррористического и иного законодательства, без учета отсутствия у последних специальных познаний и возможностей, что приводит к коррупционным проявлениям и взиманию в административном порядке огромных сумм не всегда оправданных штрафов. Предлагается рассмотреть вопрос о снижении требований по обеспечению состояния антитеррористической защиты производственных и иных объектов, а также санкций за их нарушение. Такая мера позволит снизить административное давление на бизнес и устранить коррупционные риски.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1 «The term «discretionary power» means a power which leaves an administrative authority some degree of latitude as regards the decision to be taken, enabling it to choose from among several legally admissible decisions the one which it finds to be the most appropriate» (Официальный сайт Совета Европы [Электронный ресурс] /URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804f22ae (дата обращения: 30.01.2023).

2 «Относительно усмотрения в правовых порядках других государств на постсоветском пространстве». Часть IV Ежегодника публичного права 2015: «Административный акт». – М.: Инфотропик Медиа. 2015. – С.142-195.

3 Verwaltungsverfahrensgesetz, в редакции опубликования от 23 января 2003 года по состоянию на 20 ноября 2015 года. Сборник законов об административных процедурах. – М.: Инфотропик Медиа, 2016. – С. 113-181.

4 Альтенгоф В.Е. Уголовное наказание в виде штрафа: магистерская диссертация. – Томск: НИ ТГУ, 2019. – 81 с.

5 Аминова, Ю.А. Понимание усмотрения в правоохранительной деятельности: анализ различных подходов //Вестник Омского университета. – Серия «Право». – 2012. – № 3 (32). – С.29-36.

6 Антропов, В. Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование: логико-семантический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 1995. – 20 с.

7 Антропов, В.Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический анализ): автореф. канд. юрид.наук. – Волгоград, 1995. – 20 с.

8 Барак, А. Судейское усмотрение /Пер. с англ.; Науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун; Вступ. статья М. В. Баглая. – М.: Норма, 1999. – 364 с.

9 Бахрах Д.Н., Б.В. Россинский, Старилов Ю.Н. Административное право: учебник. 3-е изд., пересмотр. и доп. – М.: Норма, 2008. – 816 с.

10 Бачило, А.Л. Сравнительное административное право: крат. курс лекций /А.Л. Бачило, Н.Е. Сокол. – Минск: БИП-С, 2003. – 282 с.

11 Бекишева, С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть первая) //Мир закона. – 2021. – № 7-8 (231-232). – С.8-24.

12 Бекишева С.Д. Ретроспективный анализ правового регулирования производства по делам об административных правонарушениях в Казахстане (часть вторая) //Мир закона. – 2021. – № 9-10 (233-234). – С.10-23.

13 Березин, А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2007. – 26 с.

14 Березин, А.А. Пределы правоприменительного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2007. – 200 с.

15 Бойко, Д.В. Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности: вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2011. – 35 с.

16 Бойко, Д.В. Правоприменительное усмотрение, законность и произвол //Общество и право. – 2009. – № 3 (25). – С.16-20.

¹⁷ Боннер, А.Т. Применение закона и судебное усмотрение //Государство и право. – 1976. – № 6. – С.34-42.

18 Бохан, В.Ф. Формирование убеждения суда. – Минск: БГУ, 1973. – 159 с.

19 Бунякин, Н.Е. Концепция становления и развития административного права в России: Монография. – Тамбов: Изд-во ТГТУ, 2002. – 148 с.

20 Воропаев Д.А. Усмотрение и справедливость правоприменительного решения в деятельности органов внутренних дел (теоретико-правовой аспект). – Минск, 2016. – 28 с.

21 Габбасов, А. Административное усмотрение и административная юстиция в Республике Казахстан /https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31153141

22 Гирвиц, А.В. Полицейское усмотрение в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2017. – 211 с.

23 Гоббс Т. Сочинения: в 2 т. Т.2: Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. – М., 1991. – 548 с.

24 Гончаров, В.Б., Кожевников В.В. Проблема усмотрения правоприменяющего субъекта в правоохранительной сфере //Государство и право. – 2001. – № 3. С.51-60.

25 Грабенвартер, К. Доктрина свободы усмотрения /https://dpp.mpil.de/05_2016/05_2016_1_40.pdf

26 Гузиков Л. «Тенгизшевройл» оштрафован на 278 миллионов тенге /https://ratel.kz/scandal/tengizshevrojl_oshtrafovan_na_278_millionov_tenge

27 Гук, П.А. Судебная практики как форма судебного правотворчества в правовой системе России: автореф. канд. юрид.наук. – М., 2012. – 50 с.

28 Гюлумян В.Г. Административная ответственность в ретроспективе и перспективе /<https://cyberleninka.ru/article/n/administrativnaya-otvetstvennost-v-retrospektive-i-perspektive>

29 Декрет ВЦИК и СНК РСФСР «О порядке наложения административных взысканий» от 23 июня 1921 года /<https://docs.historyrussia.org/ru/nodes/11763-23-iyunya-dekret-vtsik-i-snk-o-poryadke-nalozheniya-administrativnyh-vzyskaniy>

30 Декрет ВЦИК и СНК РСФСР от 27 июля 1922 года «Положение о порядке издания обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке» /<https://e-ecolog.ru/docs/Z-fdqB-Q3OGWtmxinFkkl>

31 Декрет СНК РСФСР «Инструкция о порядке открытия и производства всякой торговли и правила надзора за ней» от 19 июля 1921 года / <https://istmat.org/node/46448>

32 Декрет СНК РСФСР «О взысканиях за нарушения ответственными лицами транспорта и распорядителями грузов таможенных постановлений» от 10 января 1923 года / <http://dekrets.ru/doc.php?docid=03124>

33 Декрет СНК РСФСР «О взысканиях за нарушения таможенных постановлений» от 3 ноября 1921 года / https://e-ecolog.ru/docs/Z4lcAgGorRhZ0rWi4x644?utm_referrer=https%3A%2F%2Fyandex.kz%2F

34 Декрет СНК РСФСР «О трудовом дезертирстве» от 9 мая 1921 года / <https://istmat.org/node/46193>

35 Декрет СНК РСФСР «Об ответственности за нарушения декрета о продаже виноградных, плодово-ягодных и изюмных вин» от 7 октября 1921 года / <https://www.kommersant.ru/doc/1772240>

36 Декрет Совета Народных Комиссаров РСФСР «О порядке применения административных мероприятий в целях исправного поступления продовольственных и сырьевых налогов» от 25 мая 1921 года / http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_962.htm

37 Демин, А.В. Дискреция в налоговом праве // Вестник Пермского университета. – Выпуск 35. – 2017. – С.44-47.

38 Древний мир права казахов. Том 4. – Алматы: Жеті жарғы, 2005. – 592 с.

39 Дубовицкий, В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. – Минск: Наука и техника, 1984. – 141 с.

40 Жамиев, А.Ш. Принципы административного процедурно-процессуального кодекса / <https://akt.sud.kz/rus/massmedia/principyu-administrativnogo-procedurno-processualnogo-kodeksa>

41 Жеребцов, А.Н. Очерк истории становления и развития науки российского административного права (часть 4) // Вестник Краснодарского университета МВД России. – 2016. – № 4 (34). – С.76-84.

42 Жеребцов, А.Н., Чабан Е.А. Административные процедуры: понятие, сущность, проблемы осуществления и нормативно-правового регулирования. – Краснодар: Экоинвест, 2017. – 193 с.

43 Закон Республики Таджикистан «О нормативных правовых актах» от 26 марта 2009 года / <https://sud.tj/upload/iblock/050/7vj6jc2801iut4vyjipwh77rviggfky.pdf>

44 Закон РК «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях» от 28 декабря 2017 года / https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39879527

45 Закон РК «Об органах внутренних дел» от 23 апреля 2014 года / Online.zakon.kz/Document/?doc_id=31153141

46 Зинуров, Р.Н. «Жети жаргы» («Семь установлений») Тауке-хана как великий памятник права: правовой обычай, судопроизводство и наказание // Проблемы востоковедения. – 2012. – № 4(58). – С.32-37.

47 Зубарев, Ю.А., Шамардин А.И. Энциклопедический словарь терминов по менеджменту маркетингу экономике предпринимательству. В 2 т. Т. II. – Волгоград: ФГОУВПО «ВГАФК», 2012. – 608 с.

48 Игнатъев, А.С. Понятие и признаки усмотрения при осуществлении судопроизводства в Конституционном Суде Российской Федерации // Ленинградский юридический журнал. – 2011. – № 4. – С.152-166.

49 Игнатъев, А.С. Усмотрение как правовая общетеоретическая категория и алгоритм его отраслевого анализа (на примере сферы судебного конституционного контроля): дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2015. – 202 с.

50 Информационный сервис Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан /<https://qamqor.gov.kz>

51 Комиссаров, К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. – 1964. – № 4. – С.49-56.

52 Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 года /https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029

53 Кораблина, О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспекты): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2009. – 22 с.

54 Кораблина, О.В. Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2009. – 178 с.

55 Коренев, А.П. Нормы административного права и их применение. – М., Юрид. лит., 1978. – 142 с.

56 Купреев, С.С. Об административном усмотрении в современном праве // Административное право и процесс. – 2012. – № 1. – С.8-11.

57 Лазарев, В.В. История государственно-правовых учений. – М.: Спарк, 2006. – 670 с.

58 Лазарев, В.В., Липень, С.В. Теория государства и права: хрестоматия. – М.: Юрист, 2001. – Т.1. – 444 с.

59 Макеев И.И. Теория и история государства и права. История учений о праве и государстве: дисс. канд. юрид.наук. – М., 2020. – 213 с.

60 Малиновский, А.А. Усмотрение в праве // Государство и право. – 2006. – № 4. – С.102-104.

61 Манохин, В.М. Правовое государство и проблема управления по усмотрению // Советское государство и право. – 1990. – № 1. – С.23-30.

62 Мельник Р.С. Административное усмотрение: понятие, виды и условия правомерности применения // Вестник института законодательства и правовой информации РК. 2021. № 1 (64). С.35-47.

63 Мирошник, О.А. О некоторых аспектах конституционно-правового понятия дискреции //Правовая политика и правовая жизнь. – 2012. – № 4. – С.30-38.

64 Мицкевич, Л.А. Очерки теории административного права. – М.: Проспект, 2015. – 461 с.

65 Мосин, О.И. Политико-правовые идеи и концепции правового государства / <http://read.newlibrary.ru/read.php/pdf=19950>

66 Национальный доклад о противодействии коррупции за 2021 год / https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36897346

67 Никитин, А.А. Общие вопросы усмотрения в праве. – Саратов: ИЦ «Наука», 2019. – 167 с.

68 Никитин, А.А. Правовое усмотрение: теория, практика, техника : дисс. докт. юрид. наук. – Саратов, 2021. 514 с.

69 Никитин, А.А. Феномен усмотрения в праве. – Саратов: ИЦ «Наука», 2021. – 459 с.

70 Ожегов, С.И. Словарь русского языка. – М.: Русский язык, 1984. – 797 с.:

71 Оносов, Ю.В. О комплексном подходе к исследованию усмотрения в праве //Сибирское юридическое обозрение. – 2020. – Т.17. – № 1. – С.11-16.

72 Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях от 23 октября 1980 года /http://www.libussr.ru/doc_ussr/usr_10501.htm

73 Папкова, О.А. Судебное доказывание и усмотрение суда в гражданском процессе // Государство и право. – 2012. – № 2. – С.30-35.

74 Платон. Собрание сочинений: в 3 томах. – М.: Статут, 1972. – Т.2. – Ч.2. – 256 с.

75 Погорелова, Н.С. Судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону. 2005.

76 Погорелова, Н.С. Судейское усмотрение в производстве по делам об административных правонарушениях: дисс. канд. юрид.наук. – Ростов-на-Дону. – 2005. – 173 с.

77 Положение об административных комиссиях: утверждено Указом Президиума Верховного Совета Казахской ССР от 31 октября 1989 г. № 4208-XI / https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1016405

78 Постановление Главного комитета по всеобщей трудовой повинности «О деятельности дезертиркомиссии по борьбе с труддезертирством» от 2 июня 1920 года /<https://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=16971#EdFXqrUiY1vNkj2J2>

79 Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 30 марта 1931 года «Об утверждении положения об издании местными исполкомами и советами обя-

зательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке» / <https://docs.historyrussia.org/ru/nodes/371869>

80 Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 30 марта 1931 года «Об утверждении положения об издании местными исполкомами и советами обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке» / <https://e-ecolog.ru/docs/53hBXbGLBwxhML8OjmZQC>

81 Постановление ВЦИК, СНК РСФСР от 6 июня 1927 г. «О прекращении дел по нарушениям обязательных постановлений и статей Уголовного кодекса, предусматривающих ответственность в административном порядке» // СУ РСФСР. 1927. № 59. Ст. 409.

82 Проблемы теории права и правореализации: учебник /под ред. Бакулина Л.Т. – М.: Статут, 2017 г. – 384 с.

83 Пуделька Й. Понятие усмотрения в административном праве Германии и его отграничение от судебного усмотрения //Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия «Право». – 2017. – Т.8. – Вып.4.

84 Реформа административной ответственности в России /под общей редакцией А.В. Кирина В.Н. Плигина. – М.: Издательский дом Высшей школы экономики. – М., 2018. 477 с.

85 Сарсембаев, М.А. Казахское ханство как суверенное государство средневековой эпохи. – Астана: ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан», 2015. – 342 с.

86 Сафинов, К. Исполнение законов как право и обязанность //Казахстанская правда. – 14.07.2022. – № 4270746 /<https://kazpravda.kz/n/ispolnenie-zakonov-kak-pravo-i-obyazannost/>

87 Сборник законов об административных процедурах. – М.: Инфотропик Медиа, 2016. – С.263-313.

88 Сборник законодательных актов отдельных государств по административной юстиции. – Алматы: Адилет, 2013. – 700 с.

89 Сенякин, И.Н. Судебное усмотрение в частном праве. – Саратов: Саратов. гос. акад. права, 2005. – 239 с.

90 Сенякин, И.Н., Климова Г.З. Реабилитация как правовой институт (вопросы теории и практики). – Саратов: Саратов. гос. акад. права, 2005. – 343 с.

91 Скударнов, А.С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (и их объединений): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2014. – 26 с.

92 Скударнов, А.С. Усмотрение в процессе реализации прав, свобод и обязанностей граждан (их объединений): автореф. канд. юрид. наук. – Челябинск, 2014. – 27 с.

93 Словарь предпринимателя / Под ред. проф. Н. Н. Пилипенко. — 6-е изд. – М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°», 2016. – 577 с.

94 Слюсарева Т.Г. Административное усмотрение в деятельности государственных служащих: авторефер. дис. ... канд. юрид. наук. – Москва, 2013. – 26 с.

95 Соловей, Ю.П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции: авторефер. канд. юрид. наук. – М., 1982. – 24 с.

96 Степин, А.Б. Соотношение судебного усмотрения и принципа законности в механизме защиты частного права // Современное право. – 2016. – № 1. – С.100-103.

97 Татарян, В.Г. Административно-деликтное законодательство Республики Казахстан: становление, состояние и его дальнейшее развитие после приобретения независимости // Вестник Уральского института экономики, управления и права. – 2009. – № 3. – С.10-22.

98 Тихомиров, Ю.А. Теория компетенции. – М.: Юринформцентр, 2000. – 355 с.

99 Тукиев А.С., Парманкулова Б.А. О перспективах реформирования административного законодательства по итогам обобщения практики применения нового Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. – 2015. – № 5 (41). – С.17-22.

100 Уголовный кодекс РСФСР от 1 июня 1922 года / http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_1338.htm

101 Уголовный кодекс РСФСР от 1 июня 1922 года / http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_1338.htm

102 Уголовный кодекс Японии от 24 апреля 1907 года № 45 [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://crimpravo.ru/codex/japan/2.doc>

103 Указ Президента Республики Казахстан «Об утверждении Концепции правовой политики Республики Казахстан до 2030 года» от 15 октября 2021 года № 674 / <https://adilet.zan.kz/rus/docs/U2100000674>

104 Хайруллина Н. АНПЗ оштрафован на 60 млн. тенге / <https://azh.kz/ru/news/view/77717>

105 Цыгановкин, В.А. Дискреционный тип правового регулирования // Вектор науки Тольятинского государственного университета. Серия Юридические науки. – 2011. – № 3 (6). – С.98-101.

106 Чабан, Е.А. Понятие и виды пределов административного усмотрения // Вестник Краснодарского университета МВД России. – 2013. – № 4. – С.92-99.

107 Чечот, Д.М. Административная юстиция (теоретические проблемы). – Л., Изд-во Ленингр. ун-та, 1973. – 132 с.

108 Шагидуллина Ж.В. Штраф как вид уголовного наказания в США / <https://www.tisbi.ru/files/prod/home/nauka/vestnik-tisbi/bf37a1f18fdcffb9d32dbb17ae148f01.pdf>

109 Шарнина, Л.А. Понятие политического усмотрения // Конституционное и муниципальное право. – 2008. – № 5. – с.6-9.

110 Шершеневич, Г.Ф. Философия права. – М.: Изд. Бр.Башмаковых, 1910 г. – Т.1. – 326 с.

111 Шмид М., Огрохина Е.А. Виды наказаний и принудительных мер в уголовном законодательстве Швейцарии / М. Шмид, Е.А. Огрохина // Вестник института: Преступление. Наказание. Исправление. – 2013. – № 1. – С.88-93.

