

*Сман А., ведущий научный сотрудник
Института законодательства
Республики Казахстан, к.ю.н., доцент*

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Согласно пункта 1 статьи 4 Конституции Республики Казахстан, действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда республики.

Статьи 54, 61 Конституции предусматривают, что Парламент в раздельном заседании Палат путем последовательного рассмотрения вопросов вначале в Мажилесе, а затем в Сенате принимает законы, которые регулируют важнейшие общественные отношения и устанавливают основополагающие принципы и нормы, касающиеся правосубъектности физических и юридических лиц, гражданских прав и свобод, обязательств и ответственности физических и юридических лиц. Таким образом, важнейшие законы, которые касаются прав и свобод человека и гражданина, принимает высший представительный орган, осуществляющий законодательные функции.

В ноябре 2005 года Парламентом Республики Казахстан были ратифицированы Международный Пакт о гражданских и политических правах и Международный Пакт об экономических, социальных и культурных правах. Прогрессивная значимость присоединения Республики Казахстан к этим важнейшим международным документам очевидна.

Присоединение к международным пактам позволит республике развивать дальнейшее законодательство в области прав и свобод человека и гражданина в соответствии с принципом, провозглашенным Уставом Организации Объединенных Наций, а именно принципом

приоритетности прав и свобод человека, а также в соответствии с абзацем пятым Преамбулы Международных пактов о том, что государства обязаны поощрять всеобщее уважение и соблюдение прав и свобод человека.

В настоящее время стоящая перед Республикой Казахстан государственная задача по вступлению во Всемирную торговую организацию ставит цель по-новому пересмотреть национальное законодательство и привести его в соответствие с международным законодательством. Приоритетом будет законодательство, касающееся прав и свобод личности.

В связи с этим, рассмотрим некоторые аспекты международного законодательства в области прав и свобод личности.

Международное законодательство в области прав и свобод личности или Международный билль о правах человека включает следующие международно-правовые документы:

- Всеобщую Декларацию прав человека;
- Международный Пакт о гражданских и политических правах;
- Международный Пакт об экономических, социальных и культурных правах;
- Факультативный Протокол № 1;
- Факультативный Протокол № 2.¹

В известной российской монографии «Права человека. Учебник для вузов» предусмотрены категории прав и свобод личности. Авторы к ним относят личные права и свободы, политические права и свободы, экономические права и свободы и культурные права и свободы.² Данная категория соответствует международным стандартам.

Конституция Республики Казахстан предусматривает указанные категории прав и свобод

личности, и это свидетельствует о прогрессивности конституционно-правовых норм и их соответствии международно-правовым актам.

Вместе с этим заметим, что в этой области имеются нерешенные правовые проблемы и необходимо в дальнейшем развивать законодательство Казахстана. Можно констатировать, что пока развитие института прав и свобод личности Казахстана идет по пути признания государством этого института. Однако нельзя сказать о принципе приоритетности прав и свобод личности при воплощении его в национальном текущем законодательстве. Необходимо отметить, что принцип приоритетности прав и свобод личности будет реализован только при создании юридических механизмов защиты прав и свобод личности, которые должны найти воплощение на государственном уровне как казахстанская национальная и государственная идея и в законодательстве Казахстана. Отмечая прогрессивную деятельность некоторых национальных органов по защите прав и свобод личности, можно заметить, что предусмотренного полного механизма по защите прав и свобод личности не имеется. Это обстоятельство влияет на степень обеспеченности прав и свобод личности в Казахстане и на отсутствие сложившейся системы по защите прав личности.

В пункте 2 статьи 12 Конституции предусмотрено, что права и свободы определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов. Но можем ли мы сказать о том, что данная норма Конституции действительно находит отражение в текущем законодательстве, и что значит приоритетность прав и свобод личности. Как развивать национальное законодательство, и с принципа признания прав и свобод человека сделать их приоритетными для государства. Решению этого вопроса будет способствовать механизм обеспечения прав и свобод личности. Отсутствие теоретической модели влияет на практическую его реализацию.

Так, указанные выше российские авторы рассматривают систему юридических механизмов и включают в него следующие элементы:

- защита прав и свобод личности Конституционным Судом РФ;
- судебная защита;
- административно-правовые формы защиты³.

Теоретическое понятие «механизм защиты прав и свобод» является вопросом, недостаточно исследованным специалистами права. Некоторые теоретические работы были изданы в советское время.⁴ Но после распада Советского Союза суверенные государства избрали свой путь развития, в том числе и в развитии правовых систем. Казахстан прошел этот путь, и современное его прогрессивное развитие позволяет создать и совершенствовать свою национальную систему защиты прав и свобод личности.

Если обратиться к международному опыту, то статья 8 Всеобщей Декларации прав человека подчеркивает, что каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему Конституцией или законом⁵. Таким образом, данная международно-правовая норма предусматривает только судебную защиту. Вместе с этим, пункт 3 статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах устанавливает, что каждое участвующее в Пакте государство обязуется обеспечить, чтобы право на правовую защиту для любого лица, требующего такой защиты, устанавливалось компетентными судебными, административными или законодательными властями или любым другим компетентным органом, предусмотренным правовой системой государства и развивать возможности судебной защиты. Эти международно-правовые нормы свидетельствуют о том, что создание и развитие национальных механизмов защиты прав и свобод личности находится в руках государства. Отрадно отметить, что признание Казахстаном прав и свобод личности состоялось, теперь необходимо развить систему по защите прав и свобод.

Что можно предложить в этой связи? Какую модель защиты прав и свобод личности принять за основу или разработать собственную национальную модель защиты прав человека. Механизм защиты прав и свобод личности во многих развитых демократических государствах предполагает судебную защиту. Именно суд рассматривается как основной орган государства, который восстанавливает нарушенное право человека. Российская модель исходит из прошлого советского опыта и устанавливает различные

средства достижения этой цели путем не только восстановления, но и охраны, гарантирования, обеспечения, реализации, функции которых были возложены на определенные государственные органы страны.

Нельзя сказать, что в нашей стране не предусмотрены некоторые очертания механизма защиты прав личности. Они имеются, но вместе с этим носят незавершенный характер из-за отсутствия законодательства, детально регулирующего процесс защиты. Рассмотрим некоторые аспекты и приведем примеры. Так, согласно пункта 2 статьи 72 Конституции Республики Казахстан Конституционный Совет рассматривает обращения судов в случаях, установленных статьей 78 Конституции. Статья 78 Конституции предусматривает, что суды не вправе применять законы и иные нормативные правовые акты, ущемляющие закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина. Если суд усмотрит, что закон или иной нормативный правовой акт, подлежащий применению, ущемляет закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный Совет с представлением о признании этого акта неконституционным. Механизм данной защиты прав личности не предусмотрен в нормативных правовых актах, за исключением Конституции. Так, на наш взгляд, требуется его законодательное развитие. Эта процедура может быть предусмотрена в нормативном правовом акте, регулирующем право петиций или предусмотренное пунктом 1 статьи 33 Конституции право граждан Казахстана направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления. Право обращения граждан закреплено в Указе Президента РК, имеющем силу закона, «О порядке рассмотрения обращений граждан». Данный закон в этой части может быть детализирован и также найти воплощение в Конституционном законе РК «О судебной системе и статусе судей».

Далее. Вместе с этим, статья 4 Закона Республики Казахстан «О прокуратуре» предусматривает, что в целях обеспечения верховенства Конституции и законов, защиты прав и свобод человека и гражданина, осуществляя высший надзор за точным и единообразным приме-

нением Конституции, законов и Указов Президента РК и иных нормативных правовых актов, прокуратура от имени государства выявляет и принимает меры к устранению нарушений Конституции, законодательных актов и актов Президента республики. Однако предусмотренный механизм обеспечения верховенства Конституции и защиты прав и свобод человека и гражданина органами прокуратуры не детализирован в законодательном порядке.

Таким образом, обеспечение прав и свобод личности является основным назначением государства, если исходить из смысла статьи 1 Конституции Республики Казахстан, что высшими ценностями для государства являются человек, его жизнь, права и свободы.

Как предусмотрено в Послании Президента страны народу Казахстана. Казахстан – 2030. «Процветание, безопасность и улучшение благосостояния всех казахстанцев», «Нужно обратить внимание на неполноту и нестабильность нашего законодательства. Мало построить фундамент, необходимы этажи, стены и крыша. Это важный вопрос, связанный с улучшением инвестиционного климата, сокращением бедности, искоренением преступности, развитием социальной сферы⁶. Таким образом, развивая идеи Главы государства Н. Назарбаева, наступило время построить «этажи, стены и крышу» правового механизма обеспечения прав и свобод личности современного Казахстана.

¹ *Международный Билль о правах человека*. С.5. Алматы, 2002.

² *Права человека. Учебник для вузов*. С. 132. М., 2003.

³ *Права человека. Учебник для вузов*. С.277. М., 2003.

⁴ Витрук Н.В. *Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе*. С. 192. М., 1979. Мальцев Г.В.

Социалистическое право и свобода личности (теоретические вопросы). С.133. М. 1968.

⁵ *Международный Билль о правах человека*. С.8. Алматы, 2002.

⁶ *Послание Президента страны народу Казахстана. Казахстан - 2030.*

«Процветание, безопасность и улучшение благосостояния всех казахстанцев». База законодательства «Курст».

Кайжакпарова А.Б., заведующая кафедрой уголовного права и процесса Костанайского социально-технического университета, соискатель кафедры "Конституционного и административного права" АЮА КазГЮУ

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ПОТЕНЦИАЛА ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА В РАЗВИТИИ ОРГАНОВ ЮСТИЦИИ

Современные юристы, исследующие проблемы совершенствования органов юстиции в контексте правового государства, обращают внимание на практику организации исполнительной власти по осуществлению правового обеспечения государства и прав и свобод человека и иных лиц.¹ И для того, чтобы осмыслить процесс организации и деятельности юстиции в современном Казахстане, понять логику законодателя в этом направлении, необходимо иметь в виду, что идеи правового государства носили конституционно-правовой характер и изменения имели прогностическое значение и не всегда были связаны с глубокими творческими разработками. С категоричностью можно говорить лишь о том, что политико-правовые, конституционные идеи правового государства касались, прежде всего, принципа разделения властей.²

Специальная или целостная концепция правового государства предполагает более высокий уровень организации власти и действия права. Можно отметить, что античные идеи, а также философия Просвещения выражали главным образом две традиции в понимании правового государства и правления права.³ Однако более современные взгляды все чаще обращают внимание на обеспечение определенной независимости права от государства. С этими идеями можно согласиться, но на практике нередко господствует подход подмены правового государства практикой "рационализированного" государства. С подобными тенденциями нельзя не считаться уже хотя бы потому, что право может подменяться волей большинства или тех, кто присваивает себе право выступать от имени большинства.

Соотношение права и закона - это ключевая проблема, которая связана с принципиальными вопросами организации юстиции в условиях правового государства. Данная проблема имеет

формально-конструктивный и содержательно-правовой аспекты.

Формально-конструктивный аспект может быть выражен в следующих положениях:

1) право находит свое выражение в Конституции Республики Казахстан и иных формальных источниках;

2) принятие Конституции Республики Казахстан, законов и других источников подчинены определенным процедурам;

3) установление иерархии нормативных правовых актов является не только обязательным условием, но и сопряжено с юридическими возможностями государства.⁴

Таким образом, формально-конструктивный аспект имеет достойное место как в Конституции Республики Казахстан, так и в Законе "О нормативных правовых актах", Законе "Об административных процедурах" и иных актах, в подготовке которых достойное место заняло Министерство юстиции Республики Казахстан. Именно эти акты и составляют правовую основу деятельности органов юстиции.

Содержательно-правовой аспект является ключевой проблемой в обеспечении правового обеспечения деятельности государства, поддерживающей режим законности в работе государственных органов, организаций, должностных лиц и граждан, обеспечивающей защиту прав и законных интересов граждан и организаций, что непосредственно отражено в статусе органов юстиции Республики Казахстан (ст. 1 Закона Республики Казахстан "Об органах юстиции").

Таким образом, в казахстанской юридической науке и политико-правовой практике постоянно утверждается либеральная концепция права, которая, с одной стороны не отождествляет право и закон, а с другой - создает правовое государство, основанное на сбалансированной системе политических сдержек и противовесов.⁵

С одной стороны, спор о соотношении права и закона, перенесенный в практику правоприменительных органов (в нашем случае органов юстиции) может стать источником преобразований, к которым и необходима соответствующая теоретическая подготовленность. Но с другой стороны, правовой закон и правовое государство взаимосвязаны. Достаточно отметить, что органы юстиции участвуют в формировании национального законодательства, которое направлено на обеспечение верховенства прав и свобод человека и гражданина, суверенитета Республики Казахстан, устойчивое и поступательное развитие общества и государства.

Можно констатировать, что правовое государство можно рассматривать как правовую форму деятельности власти, которая и нуждается в углубленном исследовании.

Следует согласиться, что один из ключевых моментов в определении цели правового государства состоит в утверждении таких форм и правового характера взаимоотношений между публичной властью и подведомственными субъектами, которые гарантируют непоколебимость высших ценностей государства (ст. 1 Конституции Республики Казахстан).⁶

Указанный характер взаимоотношений имеет ряд составляющих компонентов, которые имеют отношение и к теме нашего исследования. Условно их можно объединить в схему, которая имеет отношение к характеристике правового государства и особенностям деятельности исполнительных органов государственной власти.

В качестве характерных тенденций, которые наблюдаются специалистами, можно отметить наличие новых подходов в объяснении управленческой деятельности.*

Причем управление и охрана есть, собственно, не две разные формы деятельности, но лишь две стороны одной органической деятельности, осуществляемой исполнительной властью и называемой государственным управлением.⁷

Если предлагаемые версии проявления власти рассматривать в контексте правового государства, то можно обратить внимание на то, что общие цели государства проявляются в конкретных задачах (защита прав и свобод, обеспечение деятельности государства, охрана безопасности и др.)

На самом деле феномен власти многомерен. Даже употребление слова “ветвь” власти может подчеркнуть фрагментарность этого явления.

Следует согласиться с С.С. Матюхиным, по мнению которого морфологическая структура власти представляется:

- Во-первых, в материальных опорах власти;
- Во-вторых, в механизмах (каналах) осуществ-

ления властного отношения;

В-третьих, в институциональной форме власти;

В-четвертых, в символическом закреплении власти;

В-пятых, в идее, стоящей за властью;

В-шестых, в представительстве.⁸

Во избежание различных толкований отметим, что преимущество модели правового государства и заключается в том, что законодательство и деятельность уполномоченных органов и образуют ту действительность, которая, по выражению Гегеля, и есть реализованность разума в определенных формах наличного бытия людей.⁹

Соответствующие обращения к положению органов юстиции подтверждают, что содержание закона связано как с легитимностью органов юстиции, так и существующих процедур принятия. Данное положение гармонирует со статьей 2 Закона Республики Казахстан “О нормативных правовых актах” от 24 марта 1998 г. (с изменениями и дополнениями), по версии которой особенности разработки и предъявления, принятия, введения в действие, изменения, дополнения, прекращения или приостановления действия, опубликования законодательных и иных нормативных правовых актов определяется с их уровнем, законодательными актами, регулирующими деятельность государственных органов, применяющих нормативные акты, актами, определяющими правовой статус этих органов, в том числе положениями о них и их регламентами, другими нормативными правовыми актами, эти и другие требования являются, бесспорно, важными, поскольку в различных процессах (сферах) преобразования в Республике Казахстан протекают под знаком государственного регулирования. Об этом убедительно свидетельствует количество применяемых нормативных правовых актов и характер полномочий органов юстиции (гл. 3 “Основные функции, права и обязанности органов юстиции” Закона Республики Казахстан “Об органах юстиции”).

Одной из основных задач, которые предусмотрены Законом Республики Казахстан “Об органах юстиции”, является участие в формировании национального законодательства. При этом подчеркнем, что законодательство в Казахстане характеризуется тем, что оно участвует в обеспечении социально-экономической модернизации и политической демократизации, создании правовых основ реализации всех приоритетов развития Казахстана.

В этом значении развитие органов юстиции и законодательства направлено против бесправия, произвола и служит

обеспечению гарантий по выражению Гегеля “публичной свободы”.¹⁰ Применительно к современности подобная тенденция означает утверждение об укреплении государственности, что соответствует основным приоритетам развития Казахстана. Тем более, что оно корреспондируется с признаками правового государства, которые направлены на обеспечение и закрепление прав и свобод человека и гражданина. Права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов.

Данные требования являются базовыми не только с точки зрения конструктивных гарантий прав человека, но и входят в требования к статусу органов юстиции и порядку государственной регистрации нормативных правовых актов. Кроме того, органы юстиции имеют право не только препятствовать регистрации нормативных правовых актов как условию их введения в действие (в тех случаях, когда может быть отказано в регистрации),¹¹ и тех случаях, когда органы юстиции правомочны вносить представления об устранении нарушений закона.¹²

Данные требования характерны для правового государства, которое устанавливает:

1) ограничения в регистрации подобных актов;

2) ограничения в применении подобных актов судами.¹³ Данные обстоятельства еще раз свидетельствуют о том, что правовой закон и правовое государство взаимосвязаны, поскольку правовое государство невозможно без правового закона.

Правовое государство может функционировать только при наличии правовых законов и они могут быть условиями деятельности государства, уполномоченных органов (должностных лиц) и условием правового равенства людей.**

Правовой закон также обеспечивается Конституцией Республики Казахстан, другими законодательными актами, органами и должностными лицами государств, а именно:

1) Конституционным Советом Республики Казахстан;

2) Судами;

3) Генеральным прокурором Республики Казахстан и подчиненными ему прокурорами;

4) Министерством юстиции и его территориальными органами;

5) Государственными органами в отношении нормативных правовых актов, принятых нижестоящими органами.

Подобная структура уполномоченных органов государства является оптимальной, поскольку она действует в рамках правил правового государства: когда обеспечивается на деле не только верховенство закона, но определены условия разработки, представления, принятия, введения в действие, изменения, дополнения, прекращения или приостановления форм права.***

Развивая и конкретизируя конституционно-правовые положения о месте и роли органов юстиции, административное право наиболее закрепляет статус, порядок взаимодействия с другими органами государства.

С методологической точки зрения понятие исполнительной власти и органы исполнительной власти не могут рассматриваться вне контекста категории “деятельность”. Это в свою очередь даст возможность классифицировать структуру органов государственного управления и выделить следующие признаки:

1) содержание задач и функций органа;

2) порядок формирования органа;

3) формы организации органа;

4) пределы деятельности органа.¹⁴

Соответствующие признаки органов не могут успешно функционировать вне правового государства, что, на наш взгляд, объединяется следующими закономерностями.

Во-первых, заметен уровень правового обобщения и укрепления законодательной базы органов юстиции и иных субъектов административного права;

Во-вторых, совершенствуется специализация норм в системе органов юстиции;

В-третьих, определены принципы и механизмы деятельности органов;

В-четвертых, меняется характер и содержание функций органов юстиции, все более отвечающих запросам правового государства (напр., обеспечение защиты прав и свобод граждан, обеспечение деятельности государства).

Таким образом, конституционные идеи правового государства постепенно находят свое воплощение в формировании законодательства на идеях права и других принципах. Одновременно предпринимаются попытки освобождения казахстанской правовой системы от мелочного регламентирования различных сторон жизни общества.¹⁵

Формат правового государства устанавливает возможность для Министерства юстиции Республики Казахстан:

1) издавать нормативные правовые акты, подлежащие обязательному исполнению центральными, местными органами, должностными лицами и гражданами;

2) осуществлять межведомственную координацию;

3) осуществлять государственную регистрацию нормативных правовых актов юридических лиц;

4) выступать от имени государства;

5) выполнять иные действия, предусмотренные законодательством.

Данные моменты характеризуют именно динамическую составляющую органов юстиции, поскольку эти органы функционируют в соответствии с принципами правовой политики. Основными принципами данной политики должны в полной мере утвердиться и корреспондировать с принципами деятельности органов юстиции: 1) законность, то есть соблюдение и надлежащее применение норм Конституции и законов, основанных на них подзаконных нормативных актов; 2) приоритет прав и свобод человека, означающий верховенствующее положение прав и свобод гражданина; 3) гуманизм, то есть признание высшей ценности человеческой личности, ее прав на свободное развитие и проявление способностей, утверждение блага индивидуума как критерия оценки качества общественных отношений; 4) казахстанский патриотизм как всемерная поддержка и преданность казахстанцев своему отечеству.

Таким образом, Министерство юстиции Республики Казахстан, рассматриваемое в контексте правового государства, представляет организованный коллектив, образующий самостоятельную часть государственного аппарата, наделенную собственной компетенцией, выполняющую публичные функции, структура и деятельность которой регламентированы правом. Так, задачи Министерства юстиции Республики Казахстан определяются:

1) законодательными актами Республики Казахстан;

2) актами о создании Министерства юстиции;

3) Положением о Министерстве юстиции Республики Казахстан.

* См.: Оффеле М. Административная деятельность в форме договоров и соглашений. В кн.: Государственная служба. Зарубежный опыт. Вып. 15. М., 1996. С. 93; Бельский К.С. Политическое право: Лекционный курс/ Под ред. к.ю.н. А.В. Куракина.-М.: "Дело и Сервис", 2004. С.31; Высоцкий П.А. Министерство юстиции России и обеспечение единства правового пространства страны: Государственная власть и местное самоуправление, 2002. 1, С.31.

** Права и свободы человека и гражданина могут

быть ограничены только законами (ст. 39 Конституции Республики Казахстан. Алматы, 2002 г.)

*** 1. 1 ст. 2 Закона Республики Казахстан "О нормативных правовых актах" от 24 марта 1998 г.; Закон Республики Казахстан "Об административных процедурах" от 27 ноября 2000 г.; Правила последующего опубликования официальных нормативных правовых актов Республики Казахстан, утвержденные постановлением Правительствам РК от 29 августа 2002 г.

¹ См.: Нерсесянц В.С. Философия права. Учебник для вузов. - М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1997. С.92; Лебедев В.М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. - СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет. "Лань", 2001, С.13.

² См.: Нерсесянц В.С. Указ. Раб. С.95-96.

³ См.: Козихин И.Ю. Идея правового государства: история и современность: монография: Санкт-Петербургский университет.-СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского университета. 1993. С.10.

⁴ См.: Статья 3 и 4 Конституции Республики Казахстан. Конституция Республики Казахстан принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 г.

- Казахстан на пороге нового рынка вперед в своем развитии. Стратегия вхождения Казахстана в число пятидесяти наиболее конкурентоспособных стран мира. Послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана. Астана, 1 марта 2006 г., С.37.

⁵ См.: Сапаргалиев Г.С. Конституционное право Республики Казахстан: Академический курс. Алматы. Жеты жаргы. 2005. С.20; Баймаханов М.Т. К вопросу о соотношении конституционного и текущего правового регулирования Алматы: АЮ-ВШП "Адилет" 2003. С.363-373.

⁶ Бельский К.С. Указ. работа. С.32.

⁷ См. подр. "Парламент и законодательная власть Казахстана": Монография. Под ред. А.А. Иранова.- Алматы: Жеты Жаргы, 1995. С.21.

⁸ Цит. по кн. Нерсесянц В.С. Указ. Раб., С.100.

⁹ См. Гегель. Философия права. М.: Наука, 1990, С.284.

¹⁰ Ст. 38 Закона Республики Казахстан "О нормативных правовых актах": Каз. правда от 30 марта 1998 г.

¹¹ Ст. 14 Закона Республики Казахстан "Об органах юстиции": Каз. правда. от 22 марта 2002 г.

¹² Ст. 78 Конституции Республики Казахстан. Алматы, 2002 г.

¹³ См.: Таранов А.А. Организация государственного управления. В кн.: Административное право Республики Казахстан. Часть особенная: учебник для юридических вузов. Алматы: Жеты Жаргы, 1997, с. 11-12.

¹⁴ См.: Концепция правовой политики Республики Казахстан. Одобрена Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 г. №949.

*Кулжабаева Ж.О., ведущий научный сотрудник
Института законодательства
Республики Казахстан, к.ю.н., доцент*

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ КОСМОДРОМА “БАЙКОНУР”

Космодром “Байконур” уникален и в историческом, и в политическом, и в геостратегическом плане. Это ключевой объект космической инфраструктуры бывшего СССР, на который были ориентированы не только планы державы, но и программы международного сотрудничества, в первую очередь по созданию международных космических станций. Хотя руководители Казахстана и России изначально не имели никаких принципиальных противоречий в вопросе, быть ли космодрому или нет, проблему его юридического статуса, тем не менее, следовало решать немедленно. После “парада суверенитетов” и существенного свертывания вооруженных сил обоих государств в начале 90-х годов в жизни города Ленинска, ныне носящего одно имя с космодромом - Байконур, наступила “стадия темных лет” (так местные жители сейчас именуют 1992-1994 годы). Ради исторической справедливости нужно отметить, что в тот период город находился под управлением казахстанской администрации.

Казахстан, заявивший о переходе космодрома под его юрисдикцию, не только не имел отдельных космических программ, но и был не в состоянии обеспечить даже “по минимуму” функционирование сотен площадок комплекса и стотысячного города. На это требовались астрономические для республики суммы. Возникла реальная перспектива гибели космической гавани. Сказывалось и то, что космодром в период СССР находился в военном подчинении.

Правовое обеспечение комплекса Байконур несовершенно. Все основополагающие нормативные документы разрабатывались и принимались в 1992-1996 годы. На наш взгляд, в них существует недостаток прагматичности, которую в жизни приходится компенсировать сложным

договорным процессом с учетом меняющихся социально-политических обстоятельств. Надо отдать должное Правительству Казахстана, правильно оценившему возможности государства по полноценной эксплуатации космодрома. Следует также отметить дальновидность российского правительства в вопросах интеграционного процесса двух государств.

Подписание в марте 1994 года Соглашения об основных принципах и условиях использования космодрома “Байконур” (прошедшее не без осложнений), по которому он с 1995-го передавался России в аренду на 20 лет, стало моментом истины для уникального научно-технического комплекса.

Полагаю, что трудно привести пример из всемирной истории, когда бы в аренду сдавались населенные пункты с мощнейшей высокотехнологической составляющей. С одной стороны, земля, занятая городом и производственными площадками, является территорией Казахстана, а с другой, Байконур - это частица России, 90-й субъект Федерации на время аренды. Отсюда все сложности существования города и космодрома.

Принципы функционирования крупнейшего казахстанского комплекса, переданного в долгосрочную аренду России, - космодрома Байконур, - продолжают оставаться темой сложной дискуссии между экспертами и представителями правительства двух государств. Стороны ищут компромисс, но по многим аспектам деятельности космодрома пока так и не могут его найти. Необходимо упомянуть, что из семи проектов, рассмотренных участниками совместной комиссии, были парафированы только два.

На заседании комиссии обсуждались проекты шести документов:

- соглашения об обеспечении прав граждан Казахстана на территории комплекса Байконур,
- соглашения по экологии и природопользованию,
- соглашения о порядке и условиях обеспечения комплекса электроэнергией,
- соглашение о порядке таможенного контроля грузов, ввозимых и вывозимых из Байконура,
- соглашение об условиях и порядке использования поисково-спасательного комплекса,
- соглашения о взаимодействии правоохранительных органов двух стран на территории Байконура.

В итоге руководители совместной комиссии первоначально парафировали лишь два документа - проекты соглашений об экологии и природопользовании и о взаимодействии правоохранительных органов. Стороны пришли к единому мнению о необходимости скорейшей ратификации Соглашения о статусе города Байконур, подписанного в декабре 1995 года. Со стороны России ратификация не требовалась (в силу особого статуса этого документа), а ратификация в казахстанском Парламенте намечалась на сентябрь следующего года. Однако, данное Соглашение было ратифицировано Законом Республики Казахстан № 329 от 22 декабря 1998 года.

Распад Советского Союза в ряду последствий самого различного характера повлек за собой и разрушение единого правового пространства. Каждое суверенное государство СНГ живет по собственным законам, и национальные нормативно-правовые базы далеко не всегда «совместимы» друг с другом. Эти проблемы обычно принято относить к компетенции «большой» политики и экономики, сфере международных отношений. На жизни рядовых граждан, они, как правило, не сказываются, но бывают и исключения. Одно из таких исключений касается вопросов юрисдикции на комплексе «Байконур», в обсуждении которого обоюдно заинтересованы обе стороны. Заключенный в 1995 году Договор между правительствами Российской Федерации и Республики Казахстан стал базовым документом, регулирующим

отношения аренды космодрома. А двустороннее межправительственное соглашение от 1997 года регламентирует вопросы взаимодействия правоохранительных органов государств-партнеров на территории космического комплекса. Эти документы призваны сгладить неизбежные юридические противоречия, соотнести между собой, в частности, уголовные кодексы Российской Федерации и Республики Казахстан. В действительности, они не столько облегчают, сколько затрудняют правоохранительную деятельность на территории космодрома.

Причина в том, что эти международные правовые акты зачастую противоречат друг другу в самых основополагающих, принципиальных моментах. Например, по-разному определяют вопросы юрисдикции сторон. Согласно ст. 5 Соглашения, все материалы о правонарушениях, совершенных на территории комплекса, рассматриваются российской военной прокуратурой. Юрисдикция правоохранительных органов Казахстана наступает только в случае совершения преступления казахстанскими гражданами против своей республики. Если же «сосед» нарушил российские законы, то и отвечать должен в соответствии с ними же. Однако Договор, имеющий высшую юридическую силу, фактически перечеркивает это положение, указывая, что конституционные права граждан РК в любом случае, даже на территории, подпадающей под российскую юрисдикцию, обеспечиваются местными компетентными органами. На практике это приводит к «растаскиванию» уголовных дел, где в качестве обвиняемых вместе проходят российские и казахстанские граждане. Затруднительно обеспечить всесторонность, полноту и объективность рассмотрения дела, если соучастников судят суды разных государств по разным законам. А ведь такие комбинированные, «интернациональные» правонарушения составляют львиную долю в практике военной прокуратуры.

Достаточно запутанно и двусмысленно оговорены в двусторонних документах и вопросы организации оперативно-розыскных мероприятий, а также процессуальных действий. Неясно, в частности, на основании какого законодательства должны действовать правоохранительные

органы в рамках расследования уголовных дел российской юрисдикции вне территории космодрома. Соглашение оговаривает возможность формирования в таких случаях совместных оперативно-следственных бригад, которые применяют уголовно-процессуальный кодекс той стороны, чье гражданство имеет преступник. Однако возникает вопрос: будут ли добытые ими доказательства и факты приняты казахстанской стороной при выделении в отдельное производство (как того требует договор) уголовных дел?

К сожалению, ответ на этот вопрос большей частью бывает отрицательным. К примеру, расследование уголовного дела в отношении российского военнослужащего капитана К. Аксакалова и его казахстанских соучастников. Совместная следственная группа собрала полный "набор" доказательств. Тем не менее, после того как дело в отношении граждан Республики Казахстан выделили в отдельное производство, оно было прекращено. В соответствии с определением № 6-92/2000 по делу Жумурова и Коннова к юрисдикции Российской Федерации относятся все дела и материалы о правонарушениях, совершенных на территории комплекса "Байконур", в том числе и в отношении граждан Республики Казахстан, за исключением преступлений, совершенных гражданами Республики Казахстан против Республики Казахстан.

В обзоре кассационно-надзорной практики Военной коллегии Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам за 2000 год указывается, что вышеуказанные лица обвинялись в умышленном убийстве, совершенном с особой жестокостью, группой лиц по предварительному сговору из хулиганских побуждений, сопряженном с насильственными действиями сексуального характера, а также в действиях сексуального характера с применением насилия к потерпевшей, совершенных группой лиц по предварительному сговору, с особой жестокостью по отношению к потерпевшей. 3-й окружной военный суд возвратил уголовное дело в прокуратуру комплекса "Байконур" для выделения дела в отношении гражданина Республики Казахстан Жумурова и решения вопроса о передаче его в правоохранительные органы Республики

Казахстан. Обосновывая свое решение, суд сослался на п. 6.12. Договора аренды комплекса "Байконур" между РФ и Республикой Казахстан от 10 декабря 1994 г., согласно которому юрисдикция РФ распространяется лишь на ее граждан - военнослужащих, лиц гражданского персонала РФ и членов их семей. За гражданами Республики Казахстан, в соответствии с п. 10.1. этого международного Договора, без каких-либо ограничений сохраняются их конституционные права, которые должны обеспечиваться компетентными органами Республики Казахстан. В протесте прокурора комплекса "Байконур" ставился вопрос об отмене постановления судьи окружного военного суда, поскольку суд должен был руководствоваться не названным Договором, а заключенным на его основе Соглашением между Правительствами Российской Федерации и Республики Казахстан от 4 октября 1997 г. "О взаимодействии правоохранительных органов в обеспечении правопорядка на территории комплекса". Статья 5 этого Соглашения относит к юрисдикции РФ все дела и материалы о правонарушениях, совершенных на территории комплекса "Байконур", за исключением преступлений, совершенных гражданами Республики Казахстан против Республики Казахстан, ее физических и юридических лиц (выделено Ж.К.). Согласно положениям Венской Конвенции "О праве международных договоров" - 1969 г., предыдущий договор применяется только в той мере, в какой его положения совместимы с положениями последующего договора, а при несовместимости положений, исключающей одновременное применение договоров, предыдущий договор в этой части считается прекращенным. Таким образом, в этой ситуации подлежит применению Соглашение от 4 октября 1997 г., поскольку вопросы юрисдикции оно трактует иначе, чем Договор от 10 декабря 1994 г., а поэтому прекращает его действие в этой части. Военная коллегия протест удовлетворила, и постановление судьи окружного военного суда отменила, а дело направила в тот же суд на новое рассмотрение (выделено Ж.К.).

В соответствии с постановлением Конституционного Совета РК от 7 мая 2001 года

№ 6/2 несоответствующими Конституции РК признаны некоторые нормы Договора аренды комплекса “Байконур” между Правительством Российской Федерации и Правительством РК от 18 ноября 1994 года, а также Соглашения между Правительством РК и Правительством Российской Федерации о взаимодействии правоохранительных органов в обеспечении правопорядка на территории комплекса “Байконур” от 4 октября 1997 года.

Суть рассмотренного вопроса заключается в том, что жители Байконура, являясь гражданами Казахстана и проживая на его территории, за совершение правонарушений на территории комплекса “Байконур” могли быть подвергнуты уголовному преследованию и осуждению российскими правоохранительными и судебными органами по законам Российской Федерации, согласно п. 6.12 Договора аренды комплекса “Байконур”. Таким образом, сфера действия юрисдикции России распространяется не только на территорию комплекса “Байконур”, арендуемого ею, но в определенных случаях - и на остальную территорию Республики Казахстан. Однако, в соответствии с Конституцией Республики Казахстан, гражданин на территории своей республики является субъектом ее действующего права. В случае нарушения его прав, свобод и законных интересов или совершения им противоправных действий, на него распространяется юрисдикция государственной власти Республики Казахстан, осуществление которой возложено на соответствующие государственные органы.

В соответствии с вышеизложенным, Конституционный Совет признал не соответствующими Конституции Республики Казахстан нормы части второй пункта 6.12 статьи 6 Договора аренды комплекса “Байконур” между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации от 18 ноября 1994 года, а также статьи 5 и 11 Соглашения между Правительством РК и Правительством Российской Федерации о взаимодействии правоохранительных органов в обеспечении правопорядка на территории комплекса “Байконур” от 4 октября 1997 года в части юрисдикции правоохранительных органов и судов Российской Федерации в

отношении граждан Казахстана на территории Республики Казахстан.

Полагаю, что споры, возникающие в рамках правоохранительной деятельности на территории космодрома, должны разрешаться российско-казахстанской межправительственной комиссией в каждом отдельном случае. Других способов урегулирования подобных ситуаций Договор от 1995 года просто не предусматривает. Вместе с тем двустороннее Соглашение от 1997 года, которое в принципе не должно противоречить договору, разрешает искать “консенсус” путем консультаций и переговоров между правоохранительными органами двух государств. Этой же статьей предусмотрено назначение согласительной комиссии в том случае, если спор не удастся разрешить таким путем. Причем решение комиссии должно иметь обязательный характер для обеих сторон.

Однако до сих пор упомянутая межправительственная комиссия так и не создана. Что, впрочем, неудивительно: ведь по смыслу Договора (который, напомним, имеет высшую юридическую силу) разрешение противоречий путем консультаций и переговоров является неправомерным. Правовая неопределенность в конечном итоге не может не сказаться на осуществлении отечественных и международных космических программ. Более того, правовой аспект проблемы усугубляется тем, что из рук правосудия уходят члены преступных группировок с межрегиональными и международными связями.

В заключении статьи приведем некоторые авторские позиции по юридическому аудиту межгосударственных и межправительственных казахстанско-российских договоров по комплексу «Байконур».

1. Соглашение между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о порядке использования космодрома “Байконур” (г. Москва, 25 мая 1992 года).

Предмет регулирования - порядок использования объектов космодрома “Байконур”, а именно, технические, стартовые, посадочные комплексы, районы падения отделяющихся фрагментов ракет космического назначения

и баллистических ракет, находящихся на территории Республики Казахстан и Российской Федерации; также вопросы их содержания и финансирования.

Космодром "Байконур" является составной частью космической инфраструктуры.

Пробелы в договорной практике

- В соответствии с п. 2 ст. 2 рассматриваемого соглашения «Допускается передача отдельных объектов другим заинтересованным организациям по согласованию сторон» - **возможность широкого толкования при определении отдельных объектов и так называемых заинтересованных лиц.**

- В соответствии со ст. 4 Республика Казахстан создает на космодроме "Байконур" специальный орган для решения в соответствии с ее действующим законодательством всех имущественных и хозяйственных вопросов, вытекающих из ст. 2 настоящего соглашения - **необходима четкая регламентация правового статуса такого органа.**

- П. 2 ст. 5 определяет доленое участие Республики Казахстан в финансировании совместных расходов на содержание и эксплуатацию космодрома "Байконур" не выше 6 процентов от объемов финансирования, выделяемых Российской Федерацией на эти цели - **возникает вопрос о целесообразности и необходимости такого рода количественных критерий.**

- Ст. 6 Участники Соглашения обязуются принять меры по ликвидации экологических последствий, связанных с предыдущим периодом эксплуатации космодрома "Байконур", поэтапно до 2000 года - **норма декларативного характера.**

- Статья 7 содержит тезис о распределении прибыли от коммерческой деятельности в соответствии с отдельными соглашениями. Здесь же законодатели определяют отчисление не менее 15 процентов от полученной коммерческой прибыли на развитие социальной сферы космодрома "Байконур" и города Ленинска - **возникает вопрос о целесообразности нормативного положения о твердой процентной ставке без учета перспектив полученной коммерческой прибыли.**

- Полагаем, что п. 1 статьи 8, в части прав Правительства Республики Казахстан по своему усмотрению вносить уточнения и изменения в представленные планы запусков (пусков) до их утверждения – **носит дискриминационный характер.**

2. Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Казахстан об основных принципах и условиях использования космодрома "Байконур" (Москва, 28 марта 1994 г.)

Предмет регулирования – объекты комплекса "Байконур" передаются Республикой Казахстан в аренду Российской Федерации.

Юрисдикционные вопросы:

- о выработке и реализации механизма, обеспечивающего конституционные права граждан Республики Казахстан, проживающих в г. Ленинске;

- о совместном назначении на должность главы администрации г. Ленинска;

- о назначении командира космодрома Президентом Российской Федерации по согласованию с Президентом Республики Казахстан;

- о взаимодействии правоохранительных органов Российской Федерации и Республики Казахстан по осуществлению функционирования комплекса "Байконур" в условиях его аренды;

- о порядке посещения космодрома и его объектов соответствующими должностными лицами и делегациями Республики Казахстан;

- о назначении специального представителя Президента Республики Казахстан на космодроме "Байконур".

Пробелы в договорной практике - для выполнения договорных положений стороны должны заключить соответствующие соглашения, устанавливающие регламенты. Однако, Верховный Совет ратифицировал Соглашение об основных принципах и условиях использования космодрома «Байконур» со следующей оговоркой: «Договор аренды комплекса «Байконур», условия которого

определены частью второй статьи 6 Соглашения, внести на ратификацию в Верховный Совет Республики Казахстан.

3. Договор аренды комплекса “Байконур” между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Казахстан (Москва, 10 декабря 1994 г.)

Предмет регулирования – Статья 2 «Предмет Договора»: Арендодатель сдает, а Арендатор принимает в аренду комплекс “Байконур”. Объекты комплекса “Байконур” и координаты занимаемых ими земельных участков приведены в приложениях № 1 и 2, являющихся неотъемлемой частью настоящего Договора

Пробелы в договорной практике - постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 7 мая 2001 года № 6/2 О представлении Кызылординского областного суда о признании неконституционными части второй пункта 6.12 статьи 6 Договора аренды комплекса “Байконур”

4. Соглашение между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о статусе города Байконур, порядке формирования и статусе его органов исполнительной власти (г. Москва, 23 декабря 1995 года)

Предмет регулирования – Статус г. Байконур; Органы исполнительной власти, их статус и порядок формирования; Особый режим функционирования города Байконур

Пробелы в договорной практике

- п 5. ст. 4 определяет право жителей города Байконур обжаловать в российский суд, действующий в городе, решения администрации города, ее органов и должностных лиц- **необходимо уточнение – в случаях подсудности**
- Статья 6 определяет, на наш взгляд, некорректный принцип назначения главы городской администрации совместно Президентом Республики Казахстан и Президентом Российской Федерации **по представлению Российской Стороны – необходимо уточнение – по согласованию с Российской стороной.**
- Ст. 13 Платежным средством на территории комплекса “Байконур” являются национальные валюты Республики Казахстан и Российской

Федерации.

- Все виды платежей между юридическими и физическими лицами на территории комплекса “Байконур” осуществляются в казахстанских тенге и (или) в российских рублях. При этом право выбора валюты принадлежит плательщику.

- Расчеты между резидентами Республики Казахстан, функционирующими на комплексе “Байконур”, и другими резидентами Республики Казахстан осуществляются в казахстанских тенге – **дискриминационная норма по отношению к гражданам РК.**

- Расчеты между резидентами и нерезидентами Республики Казахстан, а также между нерезидентами Республики Казахстан осуществляются в казахстанских тенге, российских рублях или в другой иностранной валюте в соответствии с условиями соглашений о расчетах между ними.

Территория г. Байконура является территорией Республики Казахстан, в силу арендных условий существуют некоторые исключения из правил. Но исключения не должны становиться правилами, поэтому, представляется верным обозначить единственное средство платежа - национальная валюта РК

5. Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации о порядке перемещения через границу товаров, необходимых для выполнения работ на космодроме “Байконур” (Алматы, 25 декабря 1993 г.)

Предмет регулирования – Урегулировать вопросы, связанные с порядком перемещения через границу товаров, необходимых для выполнения работ на космодроме “Байконур”.

Пробелы в договорной практике -

- Ч. 2 ст. 3 содержит ссылку на «правила минимальной достаточности»- **необходимо использование правового, а не филолого-экономического термина.**
- Статья 5. Разногласия в связи с толкованием и выполнением настоящего Соглашения подлежат разрешению путем переговоров между Договаривающимися Сторонами – полагаем, что переговорный процесс возможен только в связи с исполнением положений рассматриваемого Соглашения.

• Статья 6. Соглашение заключено на 10 лет и *продлевается* на последующий десятилетний срок, если ни одна из Сторон не заявит путем письменного уведомления о своем желании *денонсировать* его не позднее, чем за 6 месяцев до истечения действия настоящего Соглашения. – *стилистически правильно будет «продлонгироваться» и «денонсировать».*

6. Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации о порядке использования земельных участков комплекса “Байконур”, переданного в аренду Российской Федерации (27 апреля 1996 года)

Предмет регулирования – Определение порядка использования земельных участков, предоставленных Российской Федерации на условиях аренды под комплекс “Байконур” на территории Республики Казахстан, включая территорию г. Байконур и космодрома “Байконур” (в том числе участки земли, отведенные под районы падения отделяющихся частей ракет-носителей, в дальнейшем именуемые - районами падения), и порядок выполнения Российской Стороной мероприятий по ликвидации последствий своей деятельности, на этих земельных участках.

Пробелы в договорной практике - В соответствии с п. 3 статьи 4 Российская Сторона после проведения запусков обеспечивает очистку земельных участков и водных объектов от отделившихся частей ракет-носителей и их эвакуацию из районов падения в сроки, определяемые сезонными условиями, а также информирует, в случае необходимости, Казахстанскую Сторону об ограничениях в использовании районов падения – в редакции – *определяемыми разумными сроками, а также немедленно информирует* Казахстанскую Сторону об ограничениях в использовании районов падения.

7. Соглашение между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о сотрудничестве и взаимодействии в обеспечении безопасности комплекса «Байконур», воинских формирований Российской Федерации, временно находящихся на территории Республики Казахстан, и лиц, входящих в их состав. - 29 декабря 1994 года.

Предмет регулирования – Сотрудничество в интересах обеспечения безопасности воинских формирований РФ, временно находящихся на территории Республики Казахстан, и лиц, входящих в их состав.

Пробелы в договорной практике - Нет упоминания об оказании правовой помощи по уголовным делам в контексте экстрадиции – дополнение к ст. 10.

8. Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации о социальных гарантиях граждан Республики Казахстан и Российской Федерации, проживающих и/или работающих на комплексе “Байконур”

(г. Алматы, 12 октября 1998 г.)

Предмет регулирования – Основные направления и условия взаимодействия Сторон по вопросам обеспечения социальных гарантий граждан Республики Казахстан и Российской Федерации, проживающих и/или работающих на комплексе “Байконур”.

Пробелы в договорной практике -

• Ст. 5 содержит понятие «медико-социальная экспертиза» - **возникает объективная необходимость обозначить правовое содержание данного термина.**

• П. 3 ст. 10 гласит, что споры относительно толкования и применения настоящего Соглашения разрешаются путем консультации и переговоров Сторон – полагаем, что Соглашение является разновидностью международного договора, соответственно, толкование и применение положений должны осуществляться компетентным государственным органом каждой из сторон.

9. Меморандум между Российской Федерацией и Республикой Казахстан о дальнейшем развитии сотрудничества по вопросам обеспечения функционирования комплекса “Байконур” (Москва, 19 июня 2000 г.)

Предмет регулирования – Поручение Правительства Республики Казахстан и Российской Федерации рассмотреть следующие вопросы:

- продление срока аренды комплекса “Байконур”;

- продолжение сотрудничества в рамках Программы совместных работ по исследованию и использованию космического пространства, включая совместные работы по созданию и запуску космических аппаратов Республики Казахстан, выполнение научных космических экспериментов Республики Казахстан, подготовку казахстанских космонавтов и специалистов для космической отрасли Казахстана;
- проведение совместных исследований по вопросам экологической безопасности при эксплуатации ракетно-космической техники на космодроме и информирование общественных организаций и населения о принимаемых мерах в области охраны окружающей среды и современных достижениях в области исследования космического пространства и социально-экономических выгодах от применения космической техники и технологии;
- дальнейшее упрощение процедур таможенного оформления товаров, ввозимых (вывозимых) на комплекс "Байконур" для обеспечения его функционирования;
- урегулирование вопросов социального обеспечения персонала космодрома и жителей г. Байконур с учетом особенностей законодательства Сторон, включая вопросы финансового обеспечения и механизма реализации социальных гарантий граждан России и Казахстана, проживающих и/или работающих на комплексе "Байконур";
- участие предприятий и организаций Казахстана в космической деятельности, осуществляемой с космодрома "Байконур", включая совместные космические проекты;
- подготовка согласованного пакета дополнений и изменений в действующую договорно-правовую базу функционирования комплекса "Байконур" с целью ее совершенствования;
- беспрепятственное использование воздушного пространства Республики Казахстан и радиочастотного спектра при запусках с космодрома "Байконур" и посадке космических аппаратов.

Пробелы в договорной практике - Являясь разновидностью наименования международного договора, Меморандум содержит магистральные направления, перспективы сотрудничества го-

сударств в рассматриваемом вопросе.

10. Меморандум между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о дальнейшем развитии сотрудничества по вопросам обеспечения функционирования комплекса «Байконур» (г. Астана, 9 января 2004 года)

Предмет регулирования – Поручение Правительства Республики Казахстан и Российской Федерации в течение 2004 года:

1. Внести согласованные изменения и дополнения в следующие двусторонние соглашения:

Договор аренды комплекса "Байконур" между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации от 10 декабря 1994 года и Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации о взаимодействии правоохранительных органов в обеспечении правопорядка на территории комплекса "Байконур" от 4 октября 1997 года по вопросам обеспечения конституционных прав и свобод граждан;

Соглашение между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о статусе города Байконур, порядке формирования и статусе его органов исполнительной власти от 23 декабря 1995 года по вопросам расширения перечня и участия органов государственного управления Республики Казахстан в решении вопросов жизнедеятельности города Байконур;

Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации по экологии и природопользованию на территории комплекса "Байконур" в условиях его аренды Российской Федерацией от 4 октября 1997 года в целях приведения его в соответствие с требованиями природоохранного законодательства обоих государств.

2. Ускорить согласование решения вопроса о рекультивации земельных участков в местах расположения ликвидируемых шахтных пусковых установок межконтинентальных баллистических ракет на испытательном полигоне Ленинск и месте запуска космических объектов Ленинск-1 комплекса "Байконур".

3. Разработать и согласовать программу празднования 50-летия космодрома "Байконур".

4. Правительство Республики Казахстан предпримет необходимые меры по присоединению Республики Казахстан к Режиму контроля за ракетной технологией.

Пробелы в договорной практике - В сравнении с одноименным Меморандумом от 19 июня 2000 года рассматриваемый договор содержит конкретные сроки и конкретные вопросы по внесению согласованных изменений и дополнений.

11. Соглашение между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о развитии сотрудничества по эффективному использованию комплекса "Байконур" (г. Астана, 9 января 2004 г.)

Предмет регулирования

- Совместная деятельность по обеспечению дальнейшего эффективного использования космодрома "Байконур" в интересах Российской Федерации и Республики Казахстан, реализации программ международного сотрудничества.
- Продление срока аренды Российской Федера-

цией комплекса "Байконур" до 2050 года.

Пробелы в договорной практике - Необходимо конкретизация положений Договора об аренде.

12. Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации по экологии и природопользованию на территории комплекса «Байконур» в условиях его аренды Российской Федерацией (г. Байконур, 2 июня 2005 года).

Предмет регулирования - Основные направления и условия взаимодействия Сторон по вопросам экологии и природопользования на территории комплекса «Байконур» в условиях его аренды Российской Федерацией.

Пробелы в договорной практике - в ст. 3 требуется уточнение основных понятий, использованных в Соглашении, а именно, экологическая безопасность, экологическая паспортизация, экологический мониторинг, экологический контроль.

Гражданское право

Сулейменов М.К., директор НИИ частного права КазГЮУ, академик НАН РК, д.ю.н., профессор

ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС В ИЕРАРХИИ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ¹

1. Прежде чем говорить о Гражданском кодексе Республики Казахстан (далее - ГК), хочется сделать два предварительных замечания в силу того, что мы обсуждаем общие проблемы Закона о нормативных правовых актах (далее - Закон о НПА).

Первое замечание касается истории создания Закона об НПА.

Хотелось бы выделить принятие Закона об НПА как одного из наиболее важных законов с точки зрения систематизации и упорядочения принятия нормативных правовых актов. Проект был разработан рабочей группой под руководством автора в рамках проекта

«Развитие коммерческого законодательства в Казахстане» под эгидой Всемирного банка и Министерства юстиции.

В связи с тем, что в последнее время появляются утверждения о различных разработках проекта данного закона, хотел бы привести состав рабочей группы, определенной в постановлении Правительства Республики Казахстан от 7 октября 1996 года № 1238, которым проект Закона «О нормативных правовых актах» был внесен на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан.

Состав рабочей группы по подготовке законопроекта:

Колпаков К.А. - министр юстиции Республики Казахстан, руководитель

Нургалиева Е.Н. - заместитель министра юстиции Республики Казахстан

Покровский Е.Б. - старший научный сотрудник Центра частного права Казахского государственного юридического института

Басин Ю.Г. - профессор кафедры гражданского права Казахского государственного юридического института

Сулейменов М.К. - директор Центра частного права Казахского государственного юридического института

Худяков А.И. - заведующий кафедрой Казахского государственного национального университета им. аль-Фараби

Мукашева К.В. - юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц»

Новикова Е.В. - юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц»

Нетрудно заметить, что за исключением официальных должностных лиц (министр юстиции и заместитель юстиции) остальные члены рабочей группы - это ученые-цивилисты, работающие в рамках проекта Всемирного банка при участии юридической фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц».

С тех пор в Закон вносились определенные изменения и дополнения, авторами которых были другие лица и организации, но существенных изменений Закон не претерпел. В частности, ряд изменений и уточнений в Закон был внесен по инициативе академика Сапаргалиева Г.С.

При разработке проекта Закона мы столкнулись с большими трудностями, потому что это был первый опыт в странах СНГ. Например, в России подобный Закон до сих пор не принят, и испытываются значительные затруднения с законодательной техникой.

Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» был принят 24 марта 1998 г.

2. Второе замечание касается понятия законодательства в ГК и Законе об НПА.

Речь идет о понятии «законодательство» и соотношении его с понятиями «законодательные акты» и «нормативные правовые акты».

Понятие «законодательство» по-разному понималось и понимается в юридической литературе. До сих пор между юристами идут споры об этом. Дело в том, что законодательство может пониматься в двух смыслах:

в широком и узком. В широком смысле это понятие практически совпадает с понятием «нормативные правовые акты». Однако вместе с тем всегда выделялось и понятие законодательство в узком смысле, в которое обычно включались акты Парламента, Президента и Правительства. В проекте понятие «законодательство» понималось именно в этом смысле.

При определении понятия законодательства разработчики вовсе не стремились дать его всестороннее определение, раскрывающее все стороны или даже все основные стороны понятия (что вообще невозможно сделать с помощью дефиниций), а определить его лишь для целей применения данного Закона.

Для этого важно было определить понятие законодательства со стороны его структуры, установить виды нормативных правовых актов, охватываемых определенным их подразделением, а именно, законодательством.

Конституция Республики Казахстан, сохранив деление нормативных правовых актов на законодательные и подзаконные, значительно расширила виды законодательных актов, не ограничивая их только законами. Так, в п.1 ст. 62 Конституции указано, что Парламент принимает законодательные акты в форме Законов Республики Казахстан, постановлений Парламента; постановлений Сената и Мажилиса. Кроме того, в группу законодательных актов, но принимаемых Президентом, можно в соответствии с Конституцией включить Указы Президента Республики Казахстан, имеющие силу Закона. Эти акты Президента относятся именно к числу законодательных, а не подзаконных актов.

В то же время к числу подзаконных нормативных правовых актов относятся Указы Президента Республики Казахстан и нормативные постановления Правительства. В силу п. 1 ст. 45 Конституции Республики Казахстан Президент Республики Казахстан на основе и во исполнение Конституции и Законов издает Указы, а Правительство (ст. 69 Конституции) издает постановления, которые не должны противоречить Конституции, законодательным актам, Указам и Распоряжениям Президента.

Указы Президента и постановления Правительства по своей значимости приближаются к законодательным актам, а не к нормативным правовым актам министерств, государствен-

ных комитетов и иных подобных органов государства.

С учетом сказанного, целесообразно особо выделить в системе нормативных правовых актов группу важнейших нормативных правовых актов под единым понятием «законодательство».

Впервые в законодательстве Казахстана это было легально сделано в Гражданском кодексе Республики Казахстан (Общая часть), применительно к гражданскому законодательству. В п.1 ст. 3 Гражданского кодекса сказано, что гражданское законодательство Республики Казахстан состоит из Гражданского кодекса, других законодательных актов, Указов Президента Республики Казахстан, постановлений Правительства Республики Казахстан.

Что касается министерств и иных центральных органов государства, то им представлено право издавать нормативные акты, регулирующие гражданские отношения только в случаях и пределах, предусмотренных актами гражданского законодательства. Таким образом, эти акты были исключены из состава законодательства.

Законодательные акты, законодательство и иные нормативные правовые акты охватываются общим понятием нормативных правовых актов (п. 8 ст. 62 Конституции).

Разделение законодательства и законодательных актов проводилось и во многих других нормативных актах, например, Указе Президента РК, имеющем силу закона, «О Земле», в ст. 5 Закона Республики Казахстан от 21 января 1997 г. «О банкротстве» (ст. 2), Законе «Об иностранных инвестициях» (п.1 и 2 ст. 3 Закона и др.), Указе Президента Республики Казахстан, имеющем силу закона, «О государственном предприятии» (п. 2 ст. 5 и п. 3 ст. 8) и других.

В статье 2 Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу закона, «О хозяйственных товариществах» было указано, что законодательство о хозяйственных товариществах состоит из Конституции Республики Казахстан, настоящего Указа, законодательных актов Республики Казахстан и применяемых в соответствии с ними нормативных актов Президента и Кабинета министров Республики Казахстан (ныне Правительство Республики Казахстан).

Выделение законодательства в структуре нормативных правовых актов имело то

практическое значение, что законодательством могут устанавливаться нормы, имеющие существенное значение, применяемые в пределах компетенции органов, которым предоставлено право принимать акты законодательства, но не нормативные правовые акты министерств, акимов и т.п.

Однако при прохождении проекта в Парламенте РК возобладала другая точка зрения, в соответствии с которой понятия «законодательство» и «нормативные правовые акты» совпадают. В подпункте 2) ст. 1 Закона о нормативных правовых актах закреплено, что «законодательство - совокупность нормативных правовых актов, принятых в установленном порядке».

Оставив в стороне теоретические разногласия юристов, необходимо прежде всего определить практические последствия изменения сложившегося понятия «законодательство» и приравнивания его к понятию «нормативные правовые акты». Закрепленное в ГК РК и десятках других законодательных актов узкое понятие законодательства как актов Парламента, Президента и Правительства предполагает, что другими государственными органами (министерствами, акимами и т.п.) акты законодательства приниматься не могут.

В связи с этим расширение понятия «законодательство» вносит путаницу в регулирование имущественных отношений. Приведем отдельные примеры, иллюстрирующие данное положение.

1) Пункт 2 статьи 37 Гражданского кодекса - «Виды, порядок назначения или избрания органов юридического лица и их полномочия определяются законодательством...». Это значит, что любое министерство или любой районный аким будет вправе устанавливать обязательные виды органов, определять порядок их назначения (избрания) и формулировать компетенцию. Такое положение подрывает конституционное абсолютное право собственника, из которого вытекает право по своему усмотрению организовывать функционирование своего имущества.

2) Часть 8 статьи 6 Закона «О государственной регистрации юридических лиц» - «Заявление подписывается учредителем или уполномоченным учредителем лицом с приложением учредительных документов, удосто-

веренных в установленном законодательством порядке». Это значит, что любое министерство или аким может определять форму и порядок удостоверения учредительных документов. Такое положение подрывает права кредиторов, поскольку достоверность учредительных документов может не подтверждаться формой, установленной ведомственным актом.

3) Статья 2 Закона «Об общественных объединениях» - «Общественными объединениями в Республике Казахстан признаются политические партии, профессиональные союзы и другие объединения граждан, созданные на добровольной основе для достижения ими общих целей, не противоречащих законодательству». - Это значит, что любое министерство или аким могут определять цели, для которых не может быть создано общественное объединение. Такое положение противоречит конституционному праву граждан на волеизъявление.

Таких примеров можно привести много. После принятия Закона о нормативных правовых актах с широким понятием законодательства появились противоречивые положения в ГК и десятках других нормативных актов.

Сложилась парадоксальная ситуация: в законодательстве РК существует два различных понятия законодательства. Естественно, встает вопрос: какой закон будет действовать в случае возникновения спора. После изменения Закона о нормативных правовых актах 17 октября 2001 года кодексы стали по иерархии выше закона, в том числе и Закона о нормативных правовых актах.

Поэтому при наличии спора для норм ГК должно применяться понятие законодательства, закрепленное в п. 1 ст. 3 ГК. Но если идти дальше, то это понятие должно применяться и ко всем понятиям, закрепленным в законах, регулирующих гражданские правоотношения. Значит, в каждом случае придется выяснять, регулирует ли данная норма гражданские отношения или нет, и в зависимости от этого применять или п.1 ст. 3 ГК, или подпункт 2) ст.1 Закона о нормативных правовых актах.

3. И, наконец, о кодексах. Для нас, когда мы готовили проект Закона о нормативных правовых актах, совершенно ясно было, что нормы ГК должны быть выше, чем нормы обычного гражданско-правового закона. Поэтому мы предлагали поставить в иерархии норматив-

ных правовых актов кодексы выше, чем законы. Но перечень этих кодексов, на наш взгляд, должен быть ограниченным. Мы предлагали 6 кодексов: Гражданский, Гражданско-процессуальный, Уголовный, Уголовно-процессуальный, Административный и Налоговый. Однако наше предложение не нашло поддержки.

В то время мы писали в наших предложениях в Министерство юстиции РК о необходимости совершенствования гражданского законодательства о том, что необходимо отметить наметившуюся негативную тенденцию обозначения законодательных актов наименованием «кодекс» с целью придания этим законодательным актам уровня кодексов. Это относится к Земельному кодексу, Лесному кодексу, Водному кодексу, Таможенному кодексу, Кодексу о выборах. Значение кодексов для создания юридической основы согласования нормативных предписаний законодательного и подзаконного характера признается практикой многих государств с развитой правовой системой. Кодексы строятся по сугубо отраслевому принципу и содержат все или общие нормы по широкому кругу вопросов определенной отрасли Права. При этом, в случае необходимости, отдельные детали кодексов могут развиваться, конкретизироваться и уточняться более специальными законодательными и подзаконными актами. В сфере регулирования гражданских (имущественных, основанных на равенстве сторон) отношений кодекс может быть один - Гражданский кодекс, который выполняет функцию отраслевого объединения основных положений. Все иные законодательные акты являются специальными и регулируют более узкий круг вопросов в соответствии с общими нормами ГК. Поэтому является необоснованным и вызывает отрицательную оценку принятие в виде кодексов законодательных актов, регулирующих узкий круг правоотношений (имущественные правоотношения в сфере использования одного из видов объектов гражданских отношений, например, земли, водных объектов, лесных ресурсов), либо носящих узко ведомственный характер (регулирующих правоотношения, связанные с деятельностью определенного ведомства, например, таможенные правоотношения). Данная тенденция подтверждается разработкой в настоящее время таких кодексов, как избирательный, бюд-

жетный, транспортный и т.д. При продолжении такой негативной практики теряется смысл выделения кодексов в качестве отдельного уровня нормативных актов, так как не выдерживается основополагающий отраслевой критерий выделения кодексов из общей массы законодательных актов.

К сожалению, наши предложения не получили поддержки.

Поправка о придании кодексам более высокого уровня в иерархии нормативных правовых актов была принята Парламентом 17 октября 2001 года, однако без ограниченного перечня таких кодексов. Это создавало опасность неуправляемого роста числа кодексов, принимаемых там, где достаточно обычного закона.

Должен быть исключительно, закрытый перечень кодексов. Придание кодексам более высокой силы по сравнению с обычными законами имеет смысл только при жестком ограничении их количества.

Такое ограничение недавно было введено, но, к сожалению, круг отношений, регулируемых кодексами, оказался слишком широким. Законом Республики Казахстан от 16 июня 2004 г. в Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» была включена статья 3-1, в которой закреплено:

«Кодексы Республики Казахстан принимаются с целью регулирования следующих однородных отношений:

- 1) бюджетных;
- 2) гражданских;
- 3) гражданско-процессуальных;
- 4) брачно-семейных;
- 5) экологических;
- 6) водных;
- 7) земельных;
- 8) лесных;
- 9) налоговых;
- 10) таможенных;
- 11) транспортных;
- 12) трудовых;
- 13) связанных с исполнением уголовных наказаний;
- 14) связанных с привлечением к административной ответственности;
- 15) связанных с привлечением к уголовной ответственности;
- 16) уголовно-процессуальных»

Из предложенных в статье 3-1 Закона «О нормативных правовых актах» кодексов при-

няты: Бюджетный (24 апреля 2004 г.), Гражданский (27 декабря 1994 г. и 1 июля 1999 г.), Водный (9 июля 2003 г.), Земельный (20 июня 2003 г.), Лесной (8 июля 2003 г.), Налоговый (12 июня 2001 г.), Таможенный (5 апреля 2003 г.), Уголовно-исполнительный (13 декабря 1997 г.), Об административных правонарушениях (30 января 2001 г.), Уголовный (16 июля 1997 г.), Уголовно-процессуальный (13 декабря 1997 г.).

Следовательно, следует ожидать появления новых кодексов: Брачно-семейного (сейчас действует Закон о браке и семье от 17 декабря 1998 г.), Экологического (сейчас действует несколько законов), Транспортного (железнодорожный, автомобильный, воздушный, о торговом мореплавании). Трудового (сейчас действует Закон о труде в РК от 10 декабря 1999 г.).

Приведу примеры непродуманности придания законам силы Кодексов.

Экологический кодекс. Последний вариант, благодаря усилиям Баймолдиной З.Х., приобрел более или менее приличный вид. Тем не менее в нем сохранились непреодолимые противоречия. Прежде всего это вопрос о том, включаются ли в сферу действия Экологического кодекса не только охрана окружающей среды, но и использование природных ресурсов, как это предлагается в соответствии с проектом экологического кодекса. Сразу встает вопрос о соотношении Экологического кодекса с отраслевыми природоресурсовыми кодексами (Земельный, Лесной, Водный), тем более, что они являются однопорядковыми в иерархии нормативных правовых актов.

Другое логическое несоответствие: в виде кодексов приняты законодательные акты, регулирующие земельные, водные и лесные отношения. Почему же тогда исключены из этого списка горные отношения? Ведь недропользование в нашей стране гораздо важнее и объемнее, чем лесные и водные отношения.

Ответ может быть только один: все это надуманные решения, связанные с желанием того или иного ведомства быть важнее, чем остальные. Вполне достаточно и более разумно было иметь отдельные законы об охране окружающей природной среды (включив в их все сопутствующие законы) и о недропользовании, о земле, о водах, о лесах.

Другой пример: транспортный кодекс.

Мы видели последний проект объемом более трехсот страниц. Автора тоже пытались подключить к доработке этого проекта. Причем проект прошел согласование во всех министерствах, в том числе в Министерстве юстиции. Так вот, этот проект - не проект Кодекса, а просто куча нормативного материала. Разработчики поступили очень просто: они взяли действующие Законы об отдельных видах транспорта (железнодорожном, автомобильном, воздушном, морском, водном) и объединили их, слегка подкорректировав. Отсюда бесконечные повторы, дублирование и несостыковка. А нужно было выделить общую часть, убрав повторы в главах об отдельных видах транспорта.

Но это сделать очень сложно, - видимо, невозможно, - ввиду больших различий в регулировании отдельных видов транспорта (трудно, например, совместить нормы об автомобильных и морских перевозках).

Какой отсюда вывод? Очень простой: отказаться от транспортного кодекса, оставить законы об отдельных видах транспорта, сосредоточив общие положения о договоре перевозки в Гражданском кодексе. По-хорошему, и действующий Закон о транспорте можно отменить как пустой и ничего не регулирующий.

Примерно то же самое я могу сказать о других кодексах, предусмотренных ст. 3-1 Закона об НПА.

4. Что произойдет, если отменить правило о приоритетности кодексов перед другими законами. Автор не берется судить о других кодексах, для них эта проблема не так актуальна, но для ГК последствия будут катастрофическими. ГК - это в самом деле системообразующий нормативный акт, вокруг него группируются все экономические законы, он является стержнем правовой и экономической реформы.

Именно благодаря высшей силе ГК удалось создать целостную внутренне непротиворечивую систему экономического законодательства.

До принятия поправок от 17 октября 2001 года и от 16 июня 2004 года положение спасала норма, закрепленная в п. 2 ст. 3 ГК, о приоритете норм ГК перед нормами гражданского права, содержащимися в других законах.

Однако эта норма, честно говоря, могла быть спокойно отменена любым рядовым

законом (о хлопке, о зерне, о пчеловодстве и т.п.) и соблюдалась она, во-первых, потому, что все экономические законы (более 50) готовила та же рабочая группа, что готовила ГК; во-вторых, незыблемость и приоритетность ГК яростно отстаивали все министры юстиции, начиная с Нагашбая Шайкенова и кончая Загипой Балиевой. Я очень надеюсь, что и дальше будет так же: мы будем совершенствовать ГК, а Минюст будет поддерживать приоритет ГК как основу стабильности правовой системы Казахстана.

К чему приведет отмена приоритета ГК, я покажу на одном простом примере.

Когда Нацбанк готовил Закон о банках и банковской деятельности, он хотел проигнорировать ряд фундаментальных положений ГК, доказывая, что в силу исключительной уникальности банков они не могут подчиняться общим положениям гражданского законодательства. Когда им не удалось обойти ГК, они добились внесения изменения в ГК (п. 3 ст. 3) о не подчинении норм банковского законодательства нормам ГК. Потом этого же добились хлебоприемные предприятия в связи с принятием Закона о зерне. Конечно, очень уникальные организации - эти хлебоприемные предприятия.

Теперь на это претендуют хлопковые предприятия, и опять важная причина - хлопковый кластер. Слава богу, при личном вмешательстве министра юстиции удалось эту вакханалию остановить.

Но представьте на минуту, что ГК такой же закон, что и все остальные. В этом случае разработчики законов о зерне, о хлопке, о племенном животноводстве, о сене, о вине и т.д. вообще перестанут обращать внимание на Гражданский кодекс. Они просто будут принимать свои изменения, прикрываясь громкими лозунгами (инновации, импортозамещающие технологии, Программа 2030, вхождение в число 50 развитых государств, кластеры, Президент сказал и т.п.).

Если мы это допустим, то можем получить в итоге развал системы гражданского законодательства, которую нам за 15 лет с трудом удалось создать.

5. В заключение оценим утверждения некоторых российских исследователей (в частности, А.С. Пиголкина) о том, что генеральной ли-

нией совершенствования российского законодательства в будущем должно стать поэтапное осуществление его всеобщей кодификации².

Во-первых, нет никакой необходимости кодифицировать все законодательные акты. Это невозможно, да и не целесообразно.

Во-вторых, нельзя отождествлять кодифицированные акты и кодексы. Как пишет сам А.С. Пиголкин, кодификация - это форма совершенствования законодательства по существу, и ее результатом является новый сводный законодательный акт стабильного содержания (кодекс, положение, устав и т.д.), заменяющий ранее действовавшие нормативные акты по данному вопросу³. В частности, в России к кодифицированным актам относят, помимо кодексов, основы законодательства, а также сводные федеральные законы, объединяющие, как правило, более узкую группу правовых норм, но с четко определенным предметом регулирования.

Такие кодифицированные законы характерны прежде всего для различных подотраслей и институтов административного права. Примером может служить Закон Российской Федерации «Об охране окружающей природной среды», заложивший основы охраны природных богатств и здоровой, благоприятной среды обитания человека. Этот закон, не названный ни Кодексом, ни Основами, вместе с тем является общей природоохранной основой для отдельных отраслей природоресурсового права - земельного, водного, горного, лесного, которые содержат специфические природоохранные нормы для каждой отрасли (восстановление лесов, очистка вод, запреты вредного воздействия хозяйственной и иной деятельности на сохранность всех названных ресурсов и т.п.). Кодифицированными, сводными законами признаются как федеральные Законы о выборах Государственной Думы и Президента РФ; государственных пенсиях, ветеранах; образовании, обороне, так и федеральные конституционные законы: о Правительстве РФ, референдуме, конституционном Суде РФ, арбитражных судах, судебной системе, а также многие другие законы, объединяющие нормы важных отраслей, подотраслей и институ-

тов российского законодательства. Некоторые сводные федеральные законы по существу выступают своеобразной формой кодекса, но под другим названием, например, федеральные законы «О недрах», «Транспортный устав железных дорог», «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации», «О международных договорах Российской Федерации» и другие подобные законы с соответствующим весьма важным и развитым содержанием.

Значение кодифицированных, сводных актов имеют также регламенты палат Федерального Собрания РФ, утверждаемые не законами, а постановлениями самих палат⁴.

Если говорить о такой кодификации, то автор вполне согласен с высказыванием А.С. Пиголкина о всеобщей кодификации как генеральной линии совершенствования законодательства. Одновременно такое понимание может решить и проблему приоритетности кодексов над обычными законами.

Узкий круг кодексов можно сохранить на более высокой ступени иерархии законов. Остальные кодексы перевести в разряд кодифицированных актов, имеющих одинаковую силу с обычными законами, дав им особое название, например, «кодифицированный закон».

6. И наконец о месте самого Закона об НПА в иерархии нормативных правовых актов. Закон об НПА занимает особое место в системе нормативных правовых актов. Он определяет правовой статус всех нормативных актов, начиная с конституционных законов и кодексов. В то же время он занимает в иерархии нормативных актов место обычного закона. Такое положение нельзя признать нормальным. Целесообразно признать Закон об НПА конституционным законом, с тем чтобы он обладал большей юридической силой, чем кодексы и обычные законы.

¹Выступление на заседании круглого стола 26 июня 2006 г., см. данный журнал стр. 140

²См.: Систематизация законодательства в Российской Федерации. Под ред. А.С. Пиголкина. - СПб.: Изд. «Юридический центр пресс». 2003. С. 47.

³См.: Там же. С. 44-45

⁴См.: Там же. С. 149-150.

*Климкин С.И., ведущий научный сотрудник
Института законодательства
Республики Казахстан, к.ю.н., доцент*

ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Приступая к исследованию, хотя бы беглому, обозначенной темы, мы трезво отдавали себе отчет в серьезности объекта исследования. Не только потому, что в казахстанской юридической литературе по этому вопросу представлена в подавляющем объеме лишь, так называемая, официальная позиция (то есть мнение рабочей группы по разработке проекта Гражданского кодекса Республики Казахстан). "Неофициальных" публикаций - единицы. Вторая причина - важность исследуемой проблемы.

В этой связи мы представляем свое видение по следующим вопросам:

1. О юридической силе Гражданского кодекса РК;
2. О системе гражданского законодательства РК;
3. О принятии и введении в действие ГК (Особенная часть);
4. О соотношении Общей и Особенной частей ГК РК;
5. О качественной стороне действующего законодательства;
6. О порочной практике введения в действие гражданско-правовых законов;
7. Об установлении перечня правоотношений, регулируемых Кодексами.

1. О юридической силе Гражданского кодекса РК

По-разному в свое время отнеслись казахстанские правоведа к содержанию пункта 2 статьи 3 ГК РК (Общая часть). Напомним его в действующей в настоящее время редакции, которая, впрочем, принципиально не изменилась с момента принятия Кодекса: "В случае противоречия норм гражданского права, содержащихся

в актах законодательства Республики Казахстан, кроме тех, что указаны в пункте 3 статьи 1 настоящего Кодекса, положениям настоящего Кодекса применяются положения настоящего Кодекса. Нормы гражданского права, содержащиеся в законодательстве Республики Казахстан и противоречащие нормам настоящего Кодекса, могут применяться только после внесения в Кодекс соответствующих изменений".

Руководители рабочей группы по разработке проекта Гражданского кодекса М.К. Сулейменов и Ю.Г. Басин в 1998 году отмечали, что "для эффективности действия всей системы законов требуется соблюдение, как минимум... условий: частные законы должны опираться на общие положения Гражданского кодекса; при обнаружении противоречий между нормами частного закона и нормами Гражданского кодекса применяться должны последние...".

Иная позиция была занята А.Г. Диденко, который, рассуждая над этим вопросом, за несколько месяцев до принятия Общей части писал, что "весьма сомнительна конституционность решения, когда частный закон содержит норму, ставящую его выше других законов. Установление иерархии законов - это вопрос, который должен решаться Конституцией"².

Закон Республики Казахстан от 17 октября 2001 года "О внесении изменения и дополнения в Закон Республики Казахстан "О нормативных правовых актах" попытался разрешить существовавшие в казахстанской цивилистической науке разногласия по этому вопросу. Названным Законом пункт 2 статьи 4 Закона о законе (так нередко называют Закон о нормативных правовых актах) дополнен подпунктом 2-1) следую-

щего содержания: “2-1) кодексы Республики Казахстан”. Соответственно, в подпункте 3) слова “кодексы Республики Казахстан, законы” заменены словами “законы Республики Казахстан”.

Таким образом, с 3 ноября 2001 года Гражданский кодекс имеет законодательно оформленное иерархическое преимущество перед иными законами. Однако, при всей кажущейся простоте вопроса, представляется необходимым его более глубокое рассмотрение.

Отстаивая в свое время идею приоритетности Кодекса перед остальными гражданско-правовыми законами, Ю.Г. Басин, М.К. Сулейменов и Ю. Книппер пришли к справедливому выводу о том, что, поскольку поправки в ГК Законом от 2 марта 1998 года вступили в действие позже³, чем Закон о нормативных правовых актах, “Гражданский кодекс имеет приоритет перед другими законами, содержащими нормы гражданского законодательства”⁴.

Однако следует отдавать отчет в том, что этот приоритет был основан не на иерархическом преимуществе, а вытекал из действительно благородной идеи установления четкого соответствия всего гражданского законодательства общему, кодифицированному акту⁵. Не случайно, в пункте 2 статьи 3 Кодекса есть норма о необходимости внесения в него соответствующих изменений при возникновении противоречий с вновь принимаемыми законами. То есть Кодекс, причем мудро, не ставит вопрос о своем приоритете категорично, не подвергает сомнению законность возможных противоречий, не говорит о том, что положения новых законодательных актов недействительны. Его цель в другом - в построении гражданского законодательства по принципу последовательного развития положений Кодекса.

Поэтому можно поставить под сомнение обоснованность утверждений М.К. Сулейменова, Ю.Г. Басина и Б.В. Покровского о том, что с введением в действие Закона о нормативных правовых актах стала бессмысленной соответствующая норма пункта 2 статьи 3 Кодекса⁶. Нет, она стала таковой лишь после принятия Закона от 17 октября 2001 года! Теперь Кодексу просто не нужна эта норма. Более того, она ему, как ни странно, вредна.

Как мы выяснили, с точки зрения иерархии Кодекс теперь выше обычного закона, причем не только гражданско-правового. Поэтому при противоречии между Законом о нормативных правовых актах и Гражданским кодексом должны применяться положения Кодекса⁷. И здесь начинаются проблемы, ведь, согласно пункту 2 статьи 3 Кодекса, в так называемой иерархической лестнице он не претендует на приоритетное место по отношению к иным законам; он имеет лишь “власть авторитета” над гражданско-правовыми законами, но не “авторитет власти” над законами в целом.

Противоречие налицо. Выход один: если принципиально решено “поднять” Кодекс над остальными законами, надо это делать последовательно. Идея сама по себе не новая. По аналогии можно привести заслуживающее упоминания утверждение А.Г. Диденко, высказанное им ещё в 1994 году, накануне принятия ГК (Общая часть): “Я решительный сторонник рассмотрения одновременно с проектом кодекса всех законов, которые подлежат отмене и изменению”⁸. Другими словами, нельзя принимать один закон, не анализируя при этом, какие последствия в отношении иных законов это повлечет. Поэтому, если законодатель решил “поднять” Гражданский кодекс выше обычных законов, следовало бы одновременно исключить из ГК пункт 2 статьи 3. Также, думается, необходимо переименовать (разумеется, с соблюдением соответствующих процедур) Закон о нормативных правовых актах в Конституционный закон, поставив тем самым его в независимое положение от кодексов.

Но и на этом вопросы не заканчиваются. Если кодексы по своей юридической силе, действительно, выше законов, крайне необходимо выявить их принципиальные отличия.

Традиционно считается, что кодексы призваны регулировать большую, объемную, но сходную группу правоотношений⁹. Поэтому они и рассматриваются как кодифицированные акты, некие своды законов. Однако же какой-либо четкой границы между кодексом и законом, как нам представляется, провести нельзя, и об этом подробнее речь пойдет ниже. Отсюда вывод о том, что процесс подбора соответствующего названия для законодательного акта (“кодекс”

или просто “закон”) следует рассматривать как субъективный. Обратите внимание: ранее отношения в жилищной сфере регулировались Жилищным кодексом, сейчас - Законом о жилищных отношениях, ранее существовал Воздушный кодекс, сейчас действует Указ Президента, и.с.з., “Об использовании воздушного пространства и деятельности авиации Республики Казахстан”, прежде трудовые отношения регулировались КЗоТ, ныне - Законом о труде, семейные - КоБС, в настоящее время - Законом о браке и семье. И, наоборот, налоговые отношения ранее определялись многочисленными законами и указами (в советское время), “Указом Президента, и.с.з., “О налогах и других обязательных платежах в бюджет”, а 12 июня 2001 года принят Кодекс Республики Казахстан “О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)”.

Так, все-таки, что определяет наименование законодательного акта, какие критерии должны быть положены в основу при принятии соответствующего решения? Опасаемся, что конкретного ответа получить невозможно.

Такое положение не может быть признано обоснованным и еще по одной причине. Как известно, и Конституция, и законы, вносящие изменения и дополнения в Конституцию, и конституционные законы по своей правовой природе также являются законами. Но законодатель их четко отделяет от обычных законов, - например, по процедуре их принятия. Следуя этой логике, следовало бы предусмотреть и процедуру принятия кодексов, отличную от процедуры принятия законов “обычных”. Иначе сейчас наблюдается явная непоследовательность авторов идеи “поднятия” кодексов: так, с одной стороны, Кодекс “выше” обычного закона, но, с другой, - может быть изменен или вообще отменен.

2. О системе гражданского законодательства РК

По вопросу о системе гражданского законодательства в Казахстане наибольшее распространение получила так называемая официальная позиция, которая заключается в следующем: Гражданский кодекс - это “основополагающий и системообразующий законодательный акт”¹⁰. Иными словами, Кодекс создал “единый право-

вой фундамент, на который должны опираться все нормативные правовые акты, регулирующие и детализирующие особенности отдельных видов гражданских правоотношений”.

То есть, изначально Кодексу была отведена роль основного регулятора. Именно основного, но не единственного, поскольку отдельные его институты должны были получить свое развитие в иных актах законодательства. Так, отдельным организационно-правовым формам юридических лиц в Кодексе посвящено более 50 статей. В то же время у нас имеются законодательные акты, которые подробно регламентируют правовое положение всех форм коммерческих организаций (Указ о хозяйственных товариществах, Законы о государственном предприятии, производственном кооперативе, товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью, акционерных обществах). Некоммерческие юридические лица также имеют свое подробное регламентирование (помимо общего закона о некоммерческих организациях, существуют акты, определяющие правовое положение потребительского кооператива, общественных и религиозных организаций и так далее).

Мы являемся решительным противником такого подхода, по крайней мере, по двум основаниям. Во-первых, нормы Кодекса и соответствующего законодательного акта дублируются, что, как нам представляется, недопустимо с точки зрения чистоты юридической техники. Во-вторых, в такой ситуации Кодекс элементарно утрачивает свою значимость, поскольку для правоприменительной практики он становится, буквально, ненужным.

Мы могли бы привести и другие примеры в подтверждение высказанного положения (например, нормы Кодекса о банкротстве, о договоре перевозки), подтверждающие, что многие положения Кодекса перестают действовать напрямую, потому что в их применении отпадает необходимость¹¹.

Какие пути выхода из такой ситуации возможны? По нашему мнению, существует два варианта.

Вариант первый: сделать Кодекс по ряду положений отсылочным актом.

Следуя этому, статья 63 ГК, например, будет выглядеть следующим образом:

1. *Полным признается товарищество, участники которого при недостаточности имущества полного товарищества несут солидарную ответственность по его обязательствам всем принадлежащим им имуществом.*

2. *Правовое положение полного товарищества определяется законодательным актом.*

Естественно, что в этом случае статьи 64-71 ГК подлежат исключению. Без сомнения, такой подход намного лучше существующего. Но он, как и действующая редакция Кодекса, страдает одним серьезным недостатком, смысл которого мы раскрываем ниже.

Вариант второй: сделать Кодекс, как ни странно это будет звучать, Кодексом¹².

Нам представляются примечательными слова Б.И. Пугинского, сказанные им в 1993 году, когда и в России, и в других постсоветских республиках велись разработки гражданских кодексов. Он отметил, что действующее гражданское законодательство России нельзя считать кодифицированным в полном смысле слова. С принятием единого Гражданского кодекса российское законодательство полностью восстановит свой кодифицированный характер¹³.

Словари Даля и Ожегова понимают под кодексом свод законов¹⁴. Это, на наш взгляд, означает, что Гражданский кодекс призван самостоятельно, безотсылочно регулировать гражданские правоотношения. То есть делать так, как это делают его "коллеги" - Уголовный кодекс и оба процессуальных Кодекса. В противном случае теряется смысл кодификации, регулирование соответствующих правоотношений отдается на откуп специальным законодательным актам, и, как следствие, по целому ряду позиций отпадает необходимость в Гражданском кодексе вообще.

В этой связи считаем, что Кодекс должен содержать в себе, по возможности, максимальное количество гражданско-правовых норм¹⁵. Все нормы, содержащиеся в иных гражданско-правовых законах (указах), должны быть включены в ГК.

Этот подход имеет крайне важное практическое значение, поскольку позволяет собрать в одном нормативном правовом акте максимально

все гражданско-правовые нормы. Это - большая помощь юристам, на практике применяющим закон, включая судей, поскольку они получают возможность безошибочно отслеживать все соответствующие изменения в гражданском законодательстве.

3. О принятии и введении в действие ГК РК (Особенная часть)

1 июля 1999 года произошло событие, которого ждали все казахстанские цивилисты несколько лет, - был принят Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть).

Как отмечают руководители рабочей группы по подготовке проекта ГК РК (Особенная часть) М.К. Сулейменов и Ю.Г. Басин, отсутствие особенной части ГК РК серьезно затрудняло правовое регулирование экономических отношений в республике. Нормы Гражданского кодекса Казахской ССР 1963 года, хотя формально и действовавшего, безвозвратно устарели и прямо противоречили основным принципам рыночной экономики. Основы же гражданского законодательства Союза ССР и республик не были развернутым, детальным законодательным актом, так как содержали лишь общие положения, и к тому же к концу 90-х годов также успели в значительной степени устареть¹⁶. Это осложняло и затрудняло развитие экономики в упорядоченных цивилизованных границах¹⁷.

Можно сказать, что у Кодекса (Особенная часть) действительно "сложная судьба". Не многие знают, что он был принят казахстанским Парламентом еще 4 февраля 1998 года. Однако 2 марта 1998 года в Конституционный Совет Республики Казахстан поступило обращение Президента страны о рассмотрении на предмет соответствия Конституции Республики Казахстан Гражданского кодекса (Особенная часть).

В своем постановлении от 27 марта 1998 года № 1/2 "Об обращении Президента Республики Казахстан "О соответствии Конституции Республики представленного на подпись Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть), принятого Парламентом Республики Казахстан 4 февраля 1998 года" Конституционный Совет указал, что в целом ГК (Особенная часть) соответствует нормам Конституции. Вместе с тем, Конституционный Совет посчитал не со-

ответствующими Конституции два положения Кодекса в разделе “Международное частное право”.

Это, во-первых, пункт 3 статьи 1085, по которому “применение нормы иностранного права не может быть ограничено лишь на том основании, что данная норма имеет публично-правовой характер”. Конституционный совет указал, что из этой нормы следует, что на территории Республики Казахстан возможно безусловное применение норм публичного права иностранного государства; тем самым допускается возможное ущемление суверенитета республики в публично-правовых отношениях.

Во-вторых, признано не соответствующим Конституции содержание статьи 1093 Кодекса, по которой “Правительством Республики Казахстан могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении прав граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав граждан и юридических лиц Республики Казахстан”. Конституционный Совет указал, что эта норма противоречит конституционному принципу разделения властей, иными словами, принятие указанных решений не входит в компетенцию Правительства страны.

Понятно, что на устранение указанных в постановлении несоответствий Конституции норм потребовалось бы минимум времени. Однако, по “каким-то непонятным и неоправданным обстоятельствам” принятие Кодекса (Особенной части) затянулось до 1 июля 1999 года¹⁸.

На этом “проблемы” у Кодекса не закончились. Согласно пункту 1 Закона Республики Казахстан от 1 июля 1999 года “О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть)”, он вводился в действие с 1 (же! - прим. автора) июля 1999 года, то есть с даты его принятия.

Автор помнит психологическую атмосферу, царившую в июле 1999 года в судах республики. Ведь судьи, согласно названному Закону, были обязаны с указанной даты применять уже не ГК КазССР 1963 года и ОГЗ 1991 года, а новый Гражданский кодекс (Особенная часть). Но они, в чем и заключалась пикантность ситуации, не могли этого сделать физически, поскольку

ГК (Особенную часть) в своем критически подавляющем большинстве просто “в глаза” не видели!

В связи со сложившейся обстановкой (к слову, аналогичное положение возникло и с Гражданским процессуальным кодексом РК) 16 июля 1999 года Пленум Верховного суда Республики Казахстан был вынужден принять Постановление “О применении Гражданского кодекса (Особенная часть) и Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан”, в котором указал, что, согласно пункту 4 статьи 4 Конституции Республики Казахстан, применение названных Законов возможно только после полного официального опубликования их текстов.

Очевидно, что названное постановление Пленума носило половинчатый характер. По сути, Пленум ограничился лишь констатацией факта нарушения норм Конституции. Но не этого ожидали от него судьи, нотариусы и иные правове-ды¹⁹. Пленум не ответил на вопрос, с какого же конкретного дня Гражданский кодекс подлежит применению. Имели место случаи, когда суды в своих решениях называли день вступления в силу ГК (Особенная часть): поскольку Пленум указал, что законодательные акты вступают в силу после официального опубликования, ГК (Особенная часть) подлежит применению к правоотношениям, возникшим с 28 июля 1999 года²⁰.

Считаем, что такое буквальное толкование постановления Пленума является неверным. Согласно подпункту 1 пункта 1 статьи 36 Закона РК от 24 марта 1998 года “О нормативных правовых актах”, законы вводятся в действие по истечении десяти календарных дней после их первого официального опубликования²¹, если в самих актах или актах о введении их в действие не указаны иные сроки.

На оговорку “если в самих актах...” в настоящем случае обращать внимание не следует, поскольку, как мы отмечали выше, введение в действие ГК (Особенная часть) со дня его принятия не соответствует Конституции Республики Казахстан. Поэтому соответствующие положения Закона “О введении в действие...” с 1 июля 1999 года применению не подлежат. В этой связи, на

наш взгляд, следует использовать общее правило о введении в действие законов Республики Казахстан - по истечении 10 календарных дней после их первого официального опубликования. Таким образом, Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) введен в действие с 7 августа 1999 года.

В заключении отметим, что, к сожалению, в вопросе о введении законов в действие вообще наметилась, как нам представляется, негативная тенденция. Мы уж не говорим, что стали нередкими случаи их введения в действие “задним числом”²². Сейчас о другом. В не столь давние времена существовала обратная практика, когда между принятием объемного, “серьезного” закона и датой введения его в действие проходило достаточное количество времени. Достаточное, чтобы все заинтересованные лица могли ознакомиться с его содержанием на уровне, обеспечивающем готовность его применения в своей профессиональной деятельности. Тому примеры:

- Гражданский кодекс Казахской ССР: принят 28 декабря 1963 года, введен в действие с 1 июля 1964 года;

- Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик: приняты 31 мая 1991 года, планировались к введению в действие с 1 января 1992 года;

- Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть): принят 27 декабря 1994 года, введен в действие с 1 марта 1995 года.

В этой связи, думается, следует оценить существующую ныне практику по этому вопросу как не соответствующую идее построения правового государства и кардинально ее пересмотреть в самое ближайшее время.

4. О соотношении Общей и Особенной частей ГК РК

По этому вопросу в Казахстане существует две позиции, взаимно исключающие друг друга:

- 1) это структурные части одного закона;
- 2) это два самостоятельных закона.

“...Поскольку этот Закон (Особенная часть ГК - С.К.) является частью всего Гражданского кодекса, то нумерация статей продолжает нумерацию Общей части ГК”, - позиция, высказанная руководителями рабочей группы по подготовке

проекта Гражданского кодекса Республики Казахстан²³. При этом делаются ссылки на опыт Голландии, где в течение 30 лет принимаются отдельные части (книги) Гражданского кодекса.

Наша позиция основывается на двух моментах: формального и практического свойства. Смысл первого в следующем: именно с формальной точки зрения Общая и Особенная части Кодекса - два самостоятельных Закона, принятых в разное время (причем, с разрывом в четыре с половиной года), разными высшими представительными органами (Верховным Советом РК и Парламентом РК) и имеющие самостоятельную нумерацию. Считаем, что этого вполне достаточно для обоснования “формальной” позиции.

Что касается второго момента, то он, как представляется, имеет гораздо большее значение и ценен именно в практическом плане, поскольку дает основанный на законе ответ на вопрос: на чьей стороне приоритет в случае противоречий между Общей и Особенной частями Кодекса?

По мнению Ю.Г. Басина, “нормы соответствующей особенной части, отражающие специфику отдельных институтов и аналогичных нормативных образований, имеют приоритет при установлении несоответствия содержания перед нормами соответствующей общей части”²⁴. Очевидно, что при этом к использованию предлагается принцип соотношения общего и специального закона: “Противоречия же между нормами Общей и Особенной частей Гражданского кодекса, если таковые будут выявлены, должны разрешаться с учетом приоритета Особенной части ГК по принципам соотношения юридической силы общего и специального законов”²⁵.

Действительно, теории права знаком этот принцип. Однако Закон о нормативных правовых актах не предусматривает такого способа разрешения разногласий между актами равной юридической силы. Причем, этот факт признают и сами авторы: “Но Закон о нормативных правовых актах в виде общего правила подобного способа разрешения противоречий при толковании законодательства прямо не предусматривает. И это оправдано тем, что при сравнении правил, входящих в состав разных правовых нормативных актов одинакового

уровня трудно определить, какой акт считать общим, а какой - специальным²⁶.

В этой связи становится очевидной необходимость поиска иных, буквально основанных на законе путей разрешения таких ситуаций. Мы видим выход в следующем - Особенная часть ГК имеет приоритет перед Общей частью Кодекса как самостоятельный Закон, введенный в действие позднее. Такой подход полностью соответствует требованиям статьи 6 Закона о нормативных правовых актах.

5. О качественной стороне действующего законодательства

К сожалению, и это отмечается не только теоретиками права, но и практическими работниками, она оставляет желать лучшего. Наглядным примером тому может служить один из важнейших цивилистических законов - Гражданский кодекс РК.

Так, Общая часть ГК РК, принятая 27 декабря 1994 г., содержала в первой редакции такое количество недоработок, что для их устранения в 1998 г. был принят целый Закон²⁷. То же можно сказать и об Особенной части Кодекса, ряд положений которой сейчас не может быть однозначно истолкован даже опытнейшими казахстанскими цивилистами, имеющими высокие научные степени и звания.

Однако практика показывает, что проблема качества законопроектов касается не только гражданского законодательства. Ниже мы самым беглым образом проанализируем некоторые положения опубликованного в газете "Казахстанская правда" (номер за 9 июня 2004 г.) проекта Трудового кодекса Республики Казахстан на примере терминов, используемых в законопроекте.

Итак, подпункт 15) ст. 1 проекта под минимальной заработной платой понимает "гарантируемый Конституцией Республики Казахстан минимум денежных выплат работающим по найму лицам в организациях, независимо от форм собственности". По предложенному понятию можно сделать, по крайней мере, два замечания. Во-первых, размер этого минимума определяется не Конституцией, а ежегодно принимаемыми Парламентом законами о республиканском бюджете. Во-вторых, действие этого требования

распространяется не только на "организации, независимо от форм собственности", а на всех работодателей, включая индивидуальных предпринимателей без образования юридического лица.

Подпункт 23) статьи 1 под оплатой труда понимает "систему отношений, связанных с обеспечением установления и осуществления работодателем выплат работникам за их труд в соответствии с законодательством Республики Казахстан, коллективными договорами, нормативными актами работодателя и трудовыми договорами". Согласно п. 2 ст. 53 проекта одним из существенных условий трудового договора является условия оплаты труда. Теперь соедините эти две нормы в одну. В результате получится, что в трудовом договоре должны быть отражены "условия системы отношений, связанных с обеспечением установления и...", то есть такое положение договора, смысл которого понимается, мягко говоря, с трудом. Может быть, для того и подготовлен этот проект Трудового кодекса!

Забегая вперед, выскажем еще одну мысль, связанную с возможным принятием трудового кодекса. В советское время, действительно, существовал Кодекс законов о труде. Однако с переходом к рыночным отношениям Республика Казахстан отказалась от кодифицированного трудового законодательства, ограничившись принятием "обычного" Закона о труде. Чем можно объяснить этот факт? Мы видим объяснение в том, что в настоящее время вмешательство государства в отношения между работодателем и работником резко сужается. Следовательно, должен быть уменьшен и объем законодательного регулирования этих отношений. Отныне на первое место выдвигается трудовой договор, к содержанию, порядку заключения, основаниям расторжения и признания недействительным которого следует применять нормы гражданского законодательства о договорах. Государство же должно, вероятно, установить лишь императивные минимумы соответствующих гарантий для работников. Ведь именно такая ситуация существует сейчас в сфере жилищного права, также имевшим в свое время самостоятельный кодифицированный акт.

В связи со сказанным, нужно отдать должное Правительству Республики Казахстан, открыто заявившему в начале 2002 г. о необходимости проведения широкого анализа плана законопроектных работ, а также расширения практики подготовки экспертных заключений²⁸. Эта инициатива получила реальную поддержку и воплощение со стороны Президента Казахстана Н.А. Назарбаева. Законом РК от 6 марта 2002 г. пункт 1 ст. 22 Закона РК от 24 марта 1998 г. “О нормативных правовых актах” был дополнен частью второй следующего содержания: “По проектам конституционных законов и кодексов, а также законодательных актов по внесению изменений и дополнений в них проведение научной экспертизы обязательно”.

Еще более отрядным представляется факт принятия Закона РК от 16 июня 2004 г. “О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан “О нормативных правовых актах”, согласно которому п. 1 ст. 22 Закона о законе, как нередко называют Закон “О нормативных правовых актах”, изложен в новой редакции: “1. По проектам нормативных правовых актов может проводиться научная экспертиза (правовая, экологическая, финансовая и другая) в зависимости от правоотношений, регулируемых данными актами.

По проектам нормативных правовых актов, вносимых на рассмотрение Парламента Республики Казахстан, проведение научной экспертизы обязательно”.

Данное положение, вероятно, повлечет дополнительные затраты из бюджета страны, однако необходимость в проведении экспертизы законопроектов сомнений не вызывает. Как отмечает А. Зейнелулы, проблема научной экспертизы законопроектов существует не один год. Специалисты считают, что предварительная оценка проектов нормативных правовых актов проводится эпизодически, различными учеными и научными учреждениями. К сожалению, зачастую проекты законов поступают в Парламент весьма хаотично, и ежедневно ответственный работник вынужден рассматривать по 5-6 проектов, а это отрицательно сказывается на качестве принимаемых законов. Оставляет желать лучшего и юридический язык законопроектов, поступающих в Парламент²⁹.

Единственное, что, на наш взгляд, следовало бы установить в качестве императива, так это необходимость проведения правовой экспертизы всех законопроектов, поскольку нормативные правовые акты не могут регулировать “независимые от права” экологические, финансовые и иные общественные отношения, не порождая при этом соответствующих правовых отношений.

6. О порочной практике введения в действие гражданско-правовых законов.

Судите сами: Особенная часть ГК была принята 1 июля 1999 г., и в этот же день она вводится в действие. Мы даже и не говорим, что такой порядок введения в действие законов элементарно противоречит Конституции нашей страны, требующей их предварительного официального опубликования. Этот подход порождает, буквально, нелепые ситуации, когда судьи обязаны применять Законы, о содержании, а то и о наличии которых, они не знают. И вины их в том нет.

Зачастую Законы вводятся в действие со дня их официального опубликования. Мы считаем необходимой постановку вопроса о возрождении существовавшей в прежние времена практики, когда между датами принятия и введения в действие наиболее важных и объемных гражданско-правовых и иных законов существовал известный, порой значительный промежуток времени. Такой срок давал возможность юристам и, в первую очередь, судьям изучить положения нового закона, причем с привлечением научно-педагогических кадров, и без каких-либо проблем и ошибок применять его впоследствии.

Тем не менее, несмотря на новую редакцию ст. 36 Закона о законе, вышеуказанная проблема, все же, осталась не до конца разрешенной. Еще одна причина, как представляется, связана со способом опубликования НПА, в первую очередь, - законодательных актов. Как отмечает И.К. Гимадиев, “если ранее право официального опубликования имели исключительно 4 периодических печатных издания, то сейчас эта сфера отдана в конкурентную среду”³⁰.

К сожалению, на практике, действительно, нередко возникают проблемы, связанные с определением точного времени вступления в

силу законодательных актов. В этой связи мы негативно относимся к существующему в настоящее время подходу к предоставлению права на официальное опубликование законодательных актов на основании конкурса и считаем целесообразным вернуться к ранее действовавшему порядку опубликования, когда исключительный перечень периодических печатных изданий, наделенных таким правом, устанавливался Законом "О нормативных правовых актах".

Это устранило проблемы в установлении даты первого официального опубликования акта и определении дня введения его в действие в том случае, если эта дата не указана в самом акте или акте о введении его в действие.

7. Об установлении перечня правоотношений, регулируемых Кодексами

Поправками от 16 июня 2004 г. Закон о НПА дополнен статьей 3-1: "Общественные отношения, регулируемые кодексами Республики Казахстан", согласно которой Кодексы РК принимаются с целью регулирования указанных в ней однородных общественных отношений. Из названных в статье шестнадцати позиций в настоящее время регулируются не Кодексами, а Законами РК и Указами Президента РК, имеющими силу закона, следующие отношения: брачно-семейные, экологические, транспортные, трудовые. В соответствии же с названной поправкой их регулирование должно осуществляться Кодексами. Сразу оговоримся, что мы с настороженностью относимся к этому нововведению, причем с учетом и того обстоятельства, что в последнее время в казахстанских научных кругах наметилась тенденция к искусственному, по нашему мнению, лоббированию идей создания новых отраслей (подотраслей, комплексных отраслей) права: нефтяного, инвестиционного, предпринимательского и т.п.

Сам Закон о НПА определяет Кодекс как закон, в котором объединены и систематизированы правовые нормы, регулирующие однородные общественные отношения. В это же время поправками предполагается принятие транспортных (или транспортного) кодексов. Однако правовому регулированию перевозок посвящена глава 34 ГК РК, а также ряд специальных

законодательных актов об отдельных видах транспорта: воздушном, железнодорожном, морском, автомобильном, внутреннем водном. Чем же вызвана необходимость в регламентации транспортных отношений на уровне кодексов (кодекса)? Почему бы тогда, следуя заданной логике, не приступить к разработке строительного, арендного и т.п. кодексов? И уж точно, при этом просто необходимы самостоятельный кодекс о праве интеллектуальной собственности и наследственный кодекс!

Разработчики поправок могут возразить: транспортные кодексы будут регулировать не только собственно договоры перевозки, но и иные вопросы, связанные, например, с государственным регулированием деятельности транспорта, его лицензированием и т.п. Так, вероятно, и произойдет. Однако такой подход противоречит самому понятию кодекса как закона, регулирующего однородные отношения, поскольку отношения, возникающие из договора перевозки, - сфера гражданского, т.е. частного права, а лицензирование и иные аспекты государственного регулирования, - область действия права публичного. Ведь именно такой подход привел в свое время к серьезным разногласиям между ведущими казахстанскими цивилистами и специалистами в области банковского права. Напомним, что их причиной послужила первая по счету поправка в Гражданский кодекс (в п. 3 ст. 3 ГК), внесенная Указом Президента РК, и.с.з., от 31 августа 1995 г., установившая приоритет банковского законодательства над гражданским.

По нашему твердому убеждению все эти нововведения ведут к сужению правового пространства, регулируемого Гражданским кодексом. В свое время нам уже приходилось отмечать, что ГК по многим позициям, если не по большинству, стал отсылочным и продублированным, то есть не кодифицированным в буквальном смысле слова актом. Тому пример - Закон РК от 24 июня 2002 г. "О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)", в подавляющем объеме дублирующий положения главы 45 ГК РК.

Касательно необходимости принятия трудового и семейного кодексов отметим следующее.

Согласно п. 3 ст. 1 ГК РК, к семейным, трудовым отношениям и отношениям по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды, отвечающим признакам, указанным в пункте 1 настоящей статьи, гражданское законодательство применяется в случаях, когда эти отношения не регулируются соответственно семейным, трудовым законодательством, законодательством об использовании природных ресурсов и охране окружающей среды. В одобренной Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 г. № 949 Концепции правовой политики Республики Казахстан справедливо отмечается, что "гражданское право все глубже проникает в трудовые, семейные и иные общественные отношения. Все это происходит в рамках процесса глобального разделения правовой системы государства на публичное право, защищающее государственные и общественные интересы, и частное право, обеспечивающее удовлетворение и защиту частных интересов". Это дает основание утверждать, что ко многим положениям трудового и семейного законодательства применяются принципы, а в некоторых случаях, - и нормы гражданского законодательства. Принятие же самостоятельных семейного и трудового кодексов поставит их по иерархической лестнице выше Гражданского кодекса как введенных в действие позднее. Поэтому считаем, что возможное принятие указанных кодексов нецелесообразно и не отвечает реалиям сегодняшнего дня.

Вопрос об экологическом кодексе еще более туманен. В настоящее время действуют Водный, Земельный, Лесной кодексы, а также законодательные акты об охране атмосферного воздуха, охране окружающей среды, особо охраняемых природных территориях, о недрах и недропользовании. Но если правовой режим вод, земель, лесов, воздуха, недр, особо охраняемых природных территорий и связанные с их использованием вопросы законодательно регламентированы, то какие же вопросы должны выступить объектом регулирования экологического кодекса, если при этом учесть, что ответственность за эко-

логические правонарушения - область гражданского, административного и уголовного права? Гораздо логичней, на наш взгляд, было бы свести регламентацию всех вышеуказанных вопросов в единый экологический (или природоресурсный) кодекс, попутно решив вопрос о необходимости наличия законодательных актов о растениеводстве, животноводстве, пчеловодстве и т.п.

¹Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий. В двух книгах. Книга 1 / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. - Алматы: "Жеті Жарғы", 1998. С. 8.

²Диденко А.Г. Гражданский кодекс - каким ему быть // Казахстанская правда, 1994, 10 августа.

³Согласно поправкам, в том числе, статья 3 Кодекса была изложена в новой редакции.

⁴Басин Ю., Сулейменов М., Книппер Ю. Устранение противоречий при толковании и применении гражданского законодательства // Юридическая газета, 1999, 30 июня.

⁵В этой связи нельзя согласиться с Ю.Г. Басиным, утверждавшим в 2000 году, что "высшим актом по юридической силе является Конституция РК, затем - конституционные законы, Гражданский кодекс, законодательные акты..." (Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс). / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. - Алматы: КазГЮА, 2000. С. 45).

⁶Сулейменов М., Басин Ю., Покровский Б. Очередной удар по Гражданскому кодексу // Казахстанская правда, 1998, 2 июня.

⁷Как отмечает С.В. Скрыбин, "наличие пункта 2 статьи 3 ГК РК вполне оправданно и может только приветствоваться. Интересно, что подобное положение в пункте 1 статьи 1 Уголовного кодекса РК от 16 июля 1997 года № 167-1 не вызывает столь бурных обсуждений и сомнений в своей значимости и оправданности" (Скрыбин С.В. Право собственности в Республике Казахстан: Сравнительно-правовой комментарий книги Уго Маттеи "Основные принципы права собственности". - Алматы: Дайк-Пресс, 2000. С. 56).

Однако при этом, как нам представляется, автор забывает об известных принципиальных отличиях

системы гражданского законодательства от уголовного законодательства.

⁸Диденко А.Г. Указ. соч.

⁹Согласно статье 1 Закона о нормативных правовых актах, кодекс - это закон, в котором объединены и систематизированы правовые нормы, регулирующие однородные общественные отношения.

¹⁰Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. - Алматы, 2000. С. 35.

¹¹С.В. Скрябин указывает, что "общая часть Гражданского кодекса Республики Казахстан не в состоянии самостоятельно урегулировать вещно-правовые отношения и большинство ее норм нуждается в принятии специального законодательства" (См.: Скрябин С.В. Указ. соч. С. 61).

¹²Впервые эта позиция была нами озвучена в 1997 году в вышеупомянутой статье.

¹³Гражданское право. В 2-х томах. Учебник / Под ред. Е.А. Суханова. - М.: БЕК, 1993. Том 1. С. 32.

¹⁴См.: Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. - М.: Рус. яз., 1999. Т. 2. С. 130; Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / Под ред. Н.Ю. Шведовой. - 14-е изд., стереотип. - М.: Рус. яз., 1983. С. 249.

¹⁵Мы говорим "по возможности", поскольку понимаем, что известная часть правовых норм находится на стыке гражданского права и смежных отраслей

¹⁶Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 года были введены в действие на территории Республики Казахстан известным Постановлением Верховного Совета Республики Казахстан от 30 января 1993 года "О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы" и признаны утратившими силу согласно пункту 10 Постановления Верховного совета Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года "О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть) (статьи 1-73) и Законом Республики Казахстан от 1 июля 1999 года "О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть)".

¹⁷Подробнее см.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. - Алматы: "Жеті Жарғы", 2000. С. 3.

¹⁸Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К.

Сулейменов, Ю.Г. Басин. - Алматы: "Жеті Жарғы", 2000. С. 3.

¹⁹Нельзя не отметить, что Пленум по непонятным причинам адресовал свое Постановление только судам (см.: "разъяснить судам..."). Это может создать ошибочное предположение, что оно касается только их, но не, например, нотариусов, прокуроров и просто участников гражданского оборота.

²⁰Публикация Кодекса в "Казахстанской правде" была закончена 27 июля 1999 года.

²¹Согласно статье 31 Закона о нормативных правовых актах, законодательные акты Республики Казахстан публикуются в Ведомостях Парламента Республики Казахстан и газетах, являющихся официальными изданиями: "Егемен Қазақстан", "Казахстанская правда", "Зан", "Юридическая газета".

²²Яркий пример тому - ситуация с Законом РК от 10 октября 2001 года "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам оплаты труда и социальной защиты военнослужащих, сотрудников правоохранительных и других государственных органов", введенного в основной части с 1 января 2001 года.

²³Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. - Алматы: "Жеті Жарғы", 2000. С. 3.

²⁴Басин Ю.Г. Договорные институты в Особенной части Гражданского кодекса Республики Казахстан. Там же. С. 4.

²⁵Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. - Алматы: "Жеті Жарғы", 2000. С. 5.

²⁶Басин Ю., Сулейменов М., Книппер Ю. Указ. соч.

²⁷Имеется в виду Закон Республики Казахстан от 2 марта 1998 года "О внесении изменений и дополнений в Гражданский Кодекс Республики Казахстан (Общая часть) и в Постановление Верховного Совета Республики Казахстан "О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть)".

²⁸См.: Казахстанская правда, 2002, 19 февраля.

²⁹Зейнеулы А. О качестве законопроектов // Юрист. № 3, 2004. С. 72.

³⁰Гимадиев И.К. Регистрация и контроль НПА // Юрист, 2004, № 2.

Скрябин С.В., директор Института
законодательства Республики Казахстан,
к.ю.н., доцент

К ВОПРОСУ О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О РЕГИСТРАЦИИ ПРАВ НА НЕДВИЖИМОЕ ИМУЩЕСТВО

В настоящее время Министерством юстиции Республики Казахстан подготовлен проект Закона РК «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»¹. Проект еще не опубликован, но уже активно обсуждается в заинтересованных ведомствах. В настоящей статье речь не идет о достоинствах и/или недостатках законопроекта. Ее цель в другом, попытке обозначить некоторые теоретические и практические проблемы, которые необходимо решить при его разработке.

Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним имеет сравнительно недолгую историю. Действовавшая в советское время регистрационная система не имела правообразующего значения. Поэтому принятие Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу закона, от 25 декабря 1995 года № 2727 «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»² имело важнейшее значение. В конечном итоге этот нормативный правовой акт в немалой степени способствовал формированию рынка недвижимости, который является сегодня одним из наиболее динамично развивающихся, весьма привлекательным для инвестиций. Вместе с тем, практика применения Указа о государственной регистрации прав на недвижимость, проведение ряда научных изысканий³ и обсуждений позволяет утверждать о необходимости совершенствования действующего законодательства о регистрации прав на недвижимость, системы государственных органов, ее осуществляющих, необходимости решения ряда сопутствующих проблем, имеющих концептуальный характер.

Одной из наиболее актуальных проблем является легальное определение недвижимости, в котором можно выделить несколько более частных аспектов.

Первое - это законодательное определение недвижимости.

Гражданский кодекс Республики Казахстан (далее – ГК) и Указ о государственной регистрации прав на недвижимость (п. 1 ст. 117 и подп. 3 ч. 1 ст. 1 соответственно) в качестве недвижимого имущества (недвижимые вещи, недвижимость) называют земельные участки, здания, сооружения, многолетние насаждения и иное имущество, прочно связанные с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно. Проект закона о государственной регистрации прав на недвижимость дополняет этот перечень еще одним объектом – объектом незавершенного строительства. Кроме того, подп. 4 ст. 1 Проекта Закона «О государственной регистрации прав на недвижимость» вводит еще несколько не вполне ясных терминов – «объект недвижимого имущества», «первичные и вторичные объекты недвижимости».

Признание незавершенного строительства самостоятельным объектом недвижимости, с распространением на эти отношения норм об обязательности государственной регистрации прав и сделок с ним, потребует существенной корректировки как легального, так и теоретического определения недвижимого имущества, концептуального изменения норм гражданского законодательства о приобретении права собственности (ст. 236 и др. ГК) и правил строительного подряда (§ 3 гл. 32 ГК ст.ст. 651-666).

В действующем законодательстве заложена следующая логическая модель: право на вновь созданное недвижимое имущество возникает с момента завершения создания этого имущества. До завершения создания недвижимого имущества, а в соответствующих случаях его государственной регистрации, применяются правила о праве собственности на материалы и другое имущество, из которого недвижимость создается (п.п. 1 и 4 ст. 236 ГК). Из этого постулата вытекает общее правило договора подряда об иждивении подрядчика (ст. 617 ГК) и поэтому закономерно, что собственником незавершенного строительства до его сдачи заказчику и оплаты работ является подрядчик (п. 4 ст. 651 ГК). Отмечу, что предмет подряда, до сдачи его заказчику и ввода в эксплуатацию, юридически рассматривается только как совокупность материалов.

Возникает вполне закономерный вопрос, на который пока нет ответа: если объект строительства возводится из материалов одного лица (подрядчика) то почему и на каком основании право собственности на незавершенный объект строительства должно быть признано за заказчиком? Кроме того, остается без ответа вопрос о моменте, с которого можно регистрировать незавершенный объект строительства: закончены работы по закладке фундамента здания или же осталось выполнить только определенные монтажные работы и т.д. Важно подчеркнуть, что для недвижимости важна законченность, завершенность, которая фиксируется документально и последующее пространственное изменение влечет необходимость изменения соответствующих документов, а для зданий и сооружений еще и необходимость согласования с компетентными государственными органами по вопросам строительства и архитектуры.

На самом деле, как мы полагаем, проблема заключается *в целесообразности оборота объектов незавершенного строительства* (заключение договоров ипотеки, купли-продажи и т.д.). За этими изменениями видны интересы банков и застройщиков. Но определенный оборот объектов незавершенного строительства возможен и по ныне действующему законодательству, особенно если в основу этого оборота будет положена концепция главной вещи (земельный участок, отведенный для строитель-

ства) и принадлежности (строящееся здание и сооружение).

Важно отметить, что проблема определения недвижимости является актуальной для науки гражданского права, и можно говорить о двух наиболее известных концепциях определения недвижимости:

1) *концепция сложной вещи*. В Казахстане ее сторонником является К.М. Ильясова;

2) *концепция главной вещи и принадлежности*, которая пользуется меньшей популярностью. Известный российский цивилист Е.А. Суханов по этому поводу замечает, что в классическом обороте главной вещью всегда признается земля (земельный участок), а принадлежностью – расположенные на ней объекты, включая недвижимость. В условиях признания исключительной собственности государства на землю в отечественном правопорядке главным объектом стали считаться расположенные на земле здания, сооружения и тому подобные объекты, за которыми в случае их отчуждения автоматически следовало право землепользования... признание частной собственности на землю автоматически должно повлечь возврат к традиционному подходу, при котором отчуждатель и приобретатель объекта недвижимости будут, прежде всего, решать вопрос о судьбе земли, на которой он расположен⁴. Мы так же полагаем, что сегодня в Казахстане есть все предпосылки для нормативного закрепления именно последней концепции⁵. Поскольку, во-первых, земля у нас стала объектом гражданского оборота. Сегодня это свершившийся факт. Более того, дальнейшее развитие оборота потребует совершенствования действующих, а в определенных случаях и разработки новых механизмов. Например, это касается земельных участков ограниченных или исключенных из оборота. Во-вторых, действующий Земельный кодекс Республики Казахстан от 20 июня 2003 года № 442-III⁶ содержит правила о том, что вещные права на земельный участок распространяются также и на находящиеся в границах этого участка поверхностный почвенный слой, замкнутые водоемы, лесные насаждения. При этом собственник земельного участка или землепользователь вправе использовать по своему усмотрению и без необходимости получения каких-либо разрешений все, что находится над и

под поверхностью этого участка, если такое использование не нарушает права других лиц или государства, в том числе права на недра, воды, леса и воздушное пространство (ст. 42 ЗК). Таким образом, можно заключить, что концепция принадлежности реализована в ЗК относительно естественных принадлежностей земельного участка, указанных выше. Это будет означать, что при отчуждении земельного участка, если об этом в акте об отчуждении специально не предусмотрено иное, к приобретателю переходят все принадлежности земельного участка, предусмотренные ст. 42 ЗК и специально это оговаривать не нужно. В-третьих, это в значительной степени упрощает оборот, т.к. принадлежности земельного участка, без специального указания об этом, автоматически следуют судьбе самого земельного участка. В этом случае, например, не нужно будет думать о том, как для целей регистрации зафиксировать многолетние насаждения.

Следует подчеркнуть одно важное обстоятельство. *Концепция принадлежности больше рассчитана на перспективу, а ее последовательное внедрение потребует времени.* По нашему мнению, именно она должна стать центральным звеном правового режима недвижимого имущества. Во всяком случае того, который ориентирован на будущее развитие гражданско-правовых отношений с недвижимостью. Вместе с тем, реализация этого положения на практике будет затруднена в силу определенных, прежде всего исторических, причин. С одной стороны, земельные участки стали основными структурными элементами современного понятия недвижимости, с другой – постсоветские реалии в определенных случаях исключают применение этой концепции. Прежде всего, это относится к жилищной сфере (для граждан) и зданиям, сооружениям и просто помещениям, которые используются по нежилому назначению. Исключение из гражданского оборота земельных участков привело к тому, что именно здания и сооружения стали выступать в качестве главных вещей. Приватизация этих объектов повлекла за собой практически автоматическое наделение юридическим титулом на владение земельным участком, занимаемым соответствующим зданием и сооружением. В жилищной сфере это обстоятельство усугубилось еще и тем, что

аналогичный земельный участок передавался не одному лицу, а всем тем, кто приватизировал жилье. В рассматриваемых ситуациях концепция «земельный участок – главная вещь, а здания и сооружения его принадлежности» не может работать, поскольку рассчитана на классическую ситуацию: первоначально предоставляется земельный участок, а в последующем он обременяется принадлежностями.

У нас же имела место прямо обратная ситуация: вовлечение в оборот жилого и нежилого фонда повлекло за собой необходимость легализации и вовлечение в оборот земельных участков. Вот здесь на помощь должна прийти другая концепция – **концепция сложной вещи** (п. 1 ст. 121 ГК).

По нашему мнению, концепция сложной вещи для недвижимости заключается в следующем. При реализации прав на недвижимость (прежде всего на земельный участок) правообладатель (преимущественно собственник) может установить различный правовой режим для разных структурных элементов, которые составляют конкретное недвижимое имущество. Например, земельный участок имеет одного правообладателя. Возведенное на нем здание – другого или других. В этом случае единое понятие недвижимости как бы распадается на несколько составляющих: земельный участок является одной вещью, здание – другой. Каждый из этих объектов имеет самостоятельное значение как для оборота, так и для осуществления прав на эти вещи и для целей государственной регистрации прав на них. Особенно это наглядно проявляется в понятии кондоминиума. В этом случае мы как раз имеем сложную вещь, которую образуют несколько составляющих:

- 1) квартиры и/или нежилые помещения, являющиеся самостоятельными объектами,
- 2) общее имущество, которое предназначено для обслуживания вещей первой категории (подъезды, подвалы, линии коммуникаций и т.п.),
- 3) земельный участок, на котором располагается соответствующее здание и/или сооружение.

Таким образом, можно заключить, что концепция «земельный участок главная вещь, а здания и сооружения его принадлежности», во-первых, должна быть рассчитана преимущественно

на будущие отношения в сфере недвижимости, и, во-вторых, - выступать в качестве общего правила. Исключением из этого правила должна стать другая концепция – концепция недвижимости как сложной вещи.

Еще одной важной проблемой в понятии недвижимости стало **отнесение предприятия как имущественного комплекса к недвижимому имуществу** (п. 1 ст. 119 ГК). Насколько известно, ни одна попытка произвести государственную регистрацию предприятия в качестве недвижимости не увенчалась успехом. Регистрирующему органу удалось только зарегистрировать собственно недвижимость в узком значении этого слова (п. 1 ст. 117 ГК). По нашему мнению, предприятие в качестве особого имущественного комплекса нельзя признать ни в качестве недвижимого имущества, ни в качестве объекта вещи, т.е. объекта права собственности и иных вещных прав. Это связано с тем, что структуру предприятия как имущественного комплекса образуют не только вещи, но и другое имущество, которое призвано выступать объектом соответствующих гражданских прав, например, исключительных – право на фирменное наименование, торговый знак и другие. Кроме того, имущественный комплекс предприятия может включать и долги, определенные обязательства, а право собственности на обязанности является ничем иным как юридическим нонсенсом. Далее, в самом понятии предприятия заключены качества объекта и субъекта гражданского права и по сути, например, в случае совершения сделки в отношении предприятия как имущественного комплекса, речь должна идти о нескольких различных юридических ситуациях:

- а) передача вещей (движимых и недвижимых),
- б) перевод долга,
- в) уступка прав требований,
- г) переход исключительных прав и другое.

Сказанное свидетельствует о нецелесообразности определения предприятия в качестве недвижимого имущества, а позволяет его рассматривать только как имущественный комплекс, в состав которого входят как недвижимые вещи, так и другие объекты гражданских прав, имеющих иной, отличный от недвижимости, правовой режим.

Другой важной концептуальной проблемой для недвижимости выступает ее **правовой режим**. Главной составляющей правового режима недвижимости является действующая система государственной регистрации прав на нее. Именно в особенностях государственной регистрации прав на недвижимость и регистрации прав на приравняемые ГК к недвижимым вещам воздушные и морские суда, суда внутреннего водного плавания, суда плавания “река-море”, космические объекты и иное имущество (п. 2 ст. 117 ГК), заключаются наиболее существенные особенности понимания и структуры недвижимого имущества.

Государственную регистрацию прав на недвижимое имущество можно определить как публично осуществляемое при посредстве органов общественной власти гласное утверждение соединения вещного права лица с индивидуально-определенной вещью. Регистрация способствует достижению следующих целей:

- а) фиксации момента возникновения вещного права. Иначе говоря, регистрация прав на недвижимость имеет правообразующее значение;
- б) публичности, т.е. о наличии вещного права на определенную вещь у конкретного лица становится известно всем, особенно заинтересованным лицам;
- в) индивидуализации и конкретизации правового режима недвижимого имущества. Объектами регистрации являются определенные виды субъективных гражданских прав на недвижимое имущество, их изменение и прекращение в результате сделок и иных юридических фактов (п.п. 1 и 2 ст. 2 Указа “О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним”);
- г) регистрация осуществляется путем составления особого письменного акта, который свидетельствует о существовании права;
- д) документ о регистрации права рассматривается в качестве основного доказательства его существования. Последнее имеет существенное значение, например, при защите прав на недвижимое имущество.

В свою очередь движимые вещи классифицируются на две разновидности:

- 1) движимые вещи, для которых необходима регистрация. В этом случае считается, что правовой режим движимости приравнен к правовому режиму недвижимого имущества;

2) движимые вещи, для которых гражданским законодательством установлен общий правовой режим, не требующий регистрации.

Движимые вещи, для которых необходима регистрация, могут быть весьма различными. П. 2 ст. 117 ГК РК к таковым относит: воздушные и морские суда, суда внутреннего водного плавания, суда плавания "река-море", космические объекты. При этом законодательными актами к недвижимым вещам может быть отнесено и иное имущество.

По нашему мнению, в данном случае следует разделять понятия:

1) регистрация прав на недвижимое имущество,

2) регистрация движимого имущества.

Следует указать, что указанные термины не совпадают друг с другом как по определению (форме), так и по содержанию. Если в первом случае объектами государственной регистрации выступают права, то во втором – сами вещи. По нашему мнению, государственная регистрация движимого имущества преследует иные цели и не является аналогом регистрации прав на недвижимое имущество. По существу ее можно назвать **технической регистрацией определенных движимых вещей**. Такая регистрация может влиять лишь на осуществление гражданских прав, но не на их **возникновение, изменение или прекращение**.

Таким образом, регистрация движимых вещей имеет два принципиальных отличия от регистрации прав на недвижимое имущество:

1) объектом регистрации движимых вещей являются они сами, а не права, которые существуют на эти вещи;

2) подобная регистрация не имеет правополагающего значения, но является необходимым условием осуществления права собственности и иных вещных прав на это имущество.

Последний тезис подтверждается п. 1 ст. 8 Закона Республики Казахстан от 30 июня 1998 г. № 254-1 "О регистрации залога движимого имущества"⁷, согласно которому правовое значение регистрации залога движимого имущества состоит в том, что она устанавливает **очередность (дату) удовлетворения требования залогодержателя по отношению к требованиям других залогодержателей, претендующих на данное имущество залогодателя**, в соответствии с по-

ложениями ГК и других законодательных актов. При этом каждый предшествующий зарегистрированный залогодержатель имеет приоритет при обеспечении исполнения обязательства перед всеми последующими зарегистрированными залогодержателями, а также перед всеми незарегистрированными залогодержателями данного имущества.

Другой принципиальной проблемой являются **объекты государственной регистрации в правовом реестре прав на недвижимое имущество**. В действующем Указе о гос. регистрации прав на недвижимость (ст. 2) этот перечень имеет открытый (не исчерпывающий) перечень объектов государственной регистрации.

Прежде всего остается нерешенным вопрос: что собственно выступает объектом регистрации? Сегодня таких объектов два:

1) права на недвижимость, указанные в п. 1 ст. 2 Указа о гос. регистрации прав на недвижимость и

2) сделки и иные юридические факты, которые влекут изменение и прекращение прав (обременений) на недвижимое имущество (п. 2 ст. 2 Указа о гос. регистрации прав на недвижимость).

Мы полагаем, что концепция проекта Закона о гос. регистрации прав на недвижимость должна быть рассчитана только на регистрацию прав на недвижимость и обременений, исключив в качестве самостоятельных объектов государственной регистрации сделки и иные юридические факты, лежащие в основе возникновения, изменения и прекращения соответствующих прав.

Не менее сложной проблемой является сам **перечень прав и обременений**, которые должны выступать **объектом государственной регистрации**. В юридической доктрине и практике по этому поводу существует настолько большой разброс мнений, что их анализ составит предмет самостоятельного исследования⁸. В настоящей статье мы только ограничимся указанием на опыт Российской Федерации, где в 2003 году была утверждена «Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе»⁹. Предметом государственной регистрации прав на недвижимость будут выступать: 1) субъективные гражданские вещные права в отношении объектов, признаваемых гражданским законодательством недвижимыми вещами.

Перечень таких прав, по мнению разработчиков, должен быть установлен ГК РФ и должен носить исчерпывающий характер; 2) иные (не имеющие вещной природы) субъективные гражданские права, осуществление которых связано с объектами, признаваемыми гражданским законодательством недвижимыми вещами, и только в случаях, прямо определенных гражданским законодательством. В концепции прямо указано на то, что регистрация обязательственных прав является исключением из общего принципа необходимости регистрации только субъективных гражданских вещных прав, и это обязательно означает замкнутый перечень таких случаев; 3) факты, имеющие юридическое значение для осуществления субъективных гражданских вещных прав в отношении объектов, признаваемых гражданским законодательством недвижимыми вещами, и только в случаях, определенных гражданским законодательством.

Мы так же полагаем необходимым сделать перечень объектов регистрации исчерпывающим. Наибольшие сложности вызовет перечень вещных прав. ГК, к сожалению, не содержит исчерпывающего перечня вещных прав (см. ст. 195 и др.), но он фактически сложился в современной казахстанской цивилистической доктрине. Во всяком случае, есть виды гражданских прав, вещный характер которых практически не вызывает споров: например, право собственности, сервитут; право хозяйственного ведения; право оперативного управления; право землепользования. Включение в государственный реестр прав на недвижимость иных субъективных гражданских прав, юридическая природа которых является предметом дискуссии, возможно только в случаях, прямо предусмотренных ГК и иными законодательными актами. По нашему мнению, таковыми должны быть залог недвижимости (ипотека), право проживания в жилом помещении членов семьи собственника этого жилого помещения и, возможно, некоторые другие. Кроме того, в государственный реестр должны быть занесены факты незаконного владения недвижимостью при приобретательной давности (ст. 240 ГК), споров о праве на недвижимость, определенных решений государственных органов (например, о выкупе недвижимости для государственных нужд) и некоторые другие. В любом случае представляется при-

нципиально важным исчерпывающий перечень субъективных гражданских прав, обременений, юридических фактов, влияющих на осуществление прав на недвижимость. Конечно, возможность его дополнения будет, но только путем внесения изменений и дополнений в Закон о государственной регистрации прав на недвижимость.

Еще одной важной проблемой, требующей тщательной теоретической разработки, является проблема **соотношения кадастров о недвижимости**. Если определить ее шире, то она будет сведена к необходимости **совершенствования органов государственной власти и управления, осуществляющих регистрацию прав на недвижимое имущество**¹⁰.

В настоящее время в Казахстане в сфере недвижимости существуют три кадастра:

- 1) правовой,
- 2) земельный,
- 3) градостроительный.

Деятельность по ведению кадастров осуществляют четыре, во многом параллельных, системы государственных органов и предприятий: 1) Министерство юстиции и его предприятия (Центры недвижимости), 2) Агентство Республики Казахстан по управлению земельными ресурсами, его предприятия и территориальные органы, являющиеся самостоятельными юридическими лицами, 3) комитет по делам строительства Министерства индустрии и торговли и его территориальные органы, 4) местные исполнительные органы, их департаменты и государственные коммунальные предприятия.

При этом каждая система государственных органов и предприятий осуществляет приблизительно аналогичные функции по контролю представляемых документов, ведению реестров, содержащих сведения об объектах недвижимого имущества, представлению информации о недвижимости в другие государственные органы. Но полнота каждого реестра является относительной, при практическом отсутствии реального взаимодействия, а правовые последствия неполноты – различные. Не менее важен и тот факт, что существенно возрастают затраты государства, поскольку трижды финансируется ведение реестра недвижимости. Из-за последовательного рассмотрения каждым ведомством

отнесенных к их компетенции вопросов, существенно замедляется подготовка документов при сделках и обороте недвижимости в целом. Кроме того, вызывает сомнения правомерность возложения функций государственных органов на государственные предприятия, практику заключения ими гражданских договоров по проведению кадастровых работ и ряд других проблемных вопросов.

По нашему мнению, должна быть осуществлена *оптимизация структуры государственных органов в сфере недвижимости и уточнение их полномочий*. Прежде всего, должны быть ликвидированы государственные предприятия, осуществляющие отдельные функции государственных органов на платной основе. Их материальная база должна быть передана соответствующим органам, которые самостоятельно будут осуществлять возлагаемые на них полномочия. Кроме того, существует возможность создать единый государственный орган (в организационно-правовой форме – государственное учреждение), который бы осуществлял ведение единого кадастра недвижимости. Государственные органы по архитектуре, земельным ресурсам и другие осуществляли бы функции по наполнению соответствующей информационной базы¹¹. Данное предложение может быть реализовано в несколько этапов, но оно в конечном итоге существенно сократит расходы государства на ведение реестра недвижимости и, к тому же, значительно повысит их информационную содержательность.

Конечно, в рамках одной статьи едва ли возможно охватить все имеющиеся проблемы в сфере государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Как и нельзя их решить только одним проектом закона. Наиболее разумным и перспективным выходом из создавшегося положения видится насущная потребность разработки (по опыту Российской Федерации) **Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе**, которая в последующем получит реализацию в действующем гражданском законодательстве Республики Казахстан.

¹¹Далее в тексте – проект закона о гос. регистрации прав на недвижимость.

¹²Ведомости Парламента РК, 1997 г., № 21, ст. 277. Далее – Указ о гос. регистрации прав на недвижимость.

¹³См., например, диссертацию на соискание ученой степени доктора юридических наук Ильясовой К.М. *Правовой режим недвижимого имущества: проблемы теории и практики*. Алматы, 2005, др. работы.

¹⁴Гражданское право: В 2 т. том 1. Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Изд-во БЕК, 1998. С. 310.

¹⁵Подробнее об этом см. Скрябин С.В. *Недвижимое имущество по законодательству Казахстана: понятие, структура и правовой режим* // Юрист, № 7, 2004. С. 39-45.

¹⁶Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2003 г., № 13, ст. 99. Далее – ЗК.

¹⁷Казахстанская правда, 8 июля 1998 г.

¹⁸В казахстанской юридической науке наиболее разработанной концепцией прав и обременений, которые должны выступать в качестве объекта государственной регистрации, является концепция К.М. Ильясовой. Подробнее см.: Ильясова К.М. *Регистрация прав на недвижимость в Республике Казахстан: основные концептуальные положения*. Алматы: ВШП Эдilet, 2000. – 266 с.; Ильясова К.М. *Правовой режим недвижимого имущества: проблемы теории и практики*. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Алматы, 2005.

¹⁹Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе. Москва, февраль 2003 г. // Журнал "Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование" Номер 1-2 (14-15) Июнь 2003 г. Цитируется по адресу в Интернет: http://www.dpr.ru/journal/journal_11_13.htm.

²⁰Наши предложения о совершенствовании законодательства в части предоставления и обороте земельных участков см.: Ильясова К.М., Скрябин С.В. *О предоставлении и гражданском обороте земельных участков* // Юрист, № 4, 2005. С. 18-31.

²¹Данное нововведение предусмотрено в Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе, одобренной Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства в феврале 2003 г.

*Идрышева С.К., ведущий научный сотрудник
Института законодательства Республики Казахстан,
к.ю.н., доцент*

ПРОБЛЕМЫ ПУБЛИЧНЫХ ДОГОВОРОВ

Одним из основополагающих отраслевых принципов гражданского права является принцип свободы договора, закрепленный в статье 2 Гражданского Кодекса Республики Казахстан. Смысл свободы договора заключается в том, что стороны сами решают – вступать или нет в договорные отношения с кем-либо; заключать договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законодательством; самостоятельно определять условия договора. При недостижении соглашения по существенным условиям договор считается незаключенным. По указанным признакам основная масса гражданско-правовых договоров соответственно относится к так называемым свободным договорам.

Исключением принципа свободы договора служат договоры, которые подлежат заключению независимо от волеизъявления одной из сторон, на которой, как правило, лежит бремя исполнения основных обязанностей по договору. К таким договорам законодатель относит публичные договоры, определение которых закреплено в статье 387 Гражданского кодекса Республики Казахстан: публичным признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится. Критерием отнесения того или иного договора к категории публичных является специальное указание об этом законодателя в норме, посвященной такому договору. Так, специальное указание о публичности договора содержится в статье 445 ГК РК (розничная купля-продажа), статье 482 ГК РК (договор энергоснабжения), статье 595 ГК РК (договор бытового проката) и т.д. Ко всем иным договорам, даже подпадаю-

щим под признаки публичного, но не отнесенным законодателем к таковым, нормы о публичном договоре не применяются. Следовательно, в каждом конкретном случае в условиях активно развивающихся экономических отношений для определения прав и обязанностей сторон при наличии признаков публичного договора необходимо преодолеть барьер путем внесения дополнений в Гражданский кодекс или в специальный законодательный акт.

Так, в соответствии со статьей 482 Гражданского кодекса Республики Казахстан договор энергоснабжения – это правоотношение, по которому одно лицо - энергоснабжающая организация - обязуется подавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию, а также соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления, обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении энергетических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии.

Из данного определения следует очевидный вывод о том, что договор энергоснабжения имеет специфические особенности, которых нет у основной массы гражданско-правовых договоров, в том числе и у договора купли-продажи.

Термин «договор энергоснабжения» применяется как на розничном, так и на оптовом рынке энергоснабжения. Однако в Гражданском кодексе Республики Казахстан параграф 6 Главы 25, регулирующий отношения на розничном рынке, не содержит никаких сведений об этом. Напрашивается вывод о необходимости включения в данный параграф хотя бы отсылочной нормы о том, что общественные отношения в сфере оптового рынка энергоснабжения регулируются иными нормами ГК, законодатель-

ными и подзаконными актами РК, а не параграфом 6 главы 25.

Под обобщенным названием “договор энергоснабжения” мы обозначаем совокупность договоров электроснабжения и теплоснабжения через присоединенную сеть. Законодатель также установил, что к отношениям по снабжению газом, водой, нефтепродуктами через присоединенную сеть применяются правила о договоре энергоснабжения, если иное не предусмотрено законодательными актами, договором или не вытекает из существа обязательства (п. 2 ст. 492 ГК РК).

Закон четко закрепляет норму о публичности договора энергоснабжения (п. 2 ст. 482 ГК). Организации энергоснабжения отнесены именно к таким коммерческим организациям, которые не могут уклониться от заключения договора с любым обратившимся для этого субъектом, если не докажет отсутствие возможности выполнять свойственные ей обязанности. При необоснованном уклонении коммерческой организации от заключения договора применяются положения, предусмотренные пунктом 4 статьи 399 Гражданского Кодекса РК, а именно: другая сторона при этом вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. Энергоснабжающая/энергопередающая организация обязана возместить потребителю убытки, вызванные отказом заключить договор. Одной из целей ограничения свободы публичных договоров является защита слабой стороны, начиная со стадии заключения договора и заканчивая его исполнением и ответственностью за нарушение. То есть законодатель предоставляет определенные преимущества более слабой стороне. Целью его при этом является в целом защита действующего правопорядка. В этом, на наш взгляд, и должно выражаться назначение права как такового.

В случаях, предусмотренных законодательными актами, Правительство Республики Казахстан может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, правила, положения и т.п.). Условия публичного договора, не соответствующие указанным правилам, недействительны (п. 4 статьи 387 ГК

РК). Однако важно учитывать, что правила о публичности договора также призваны защищать права потребителей, а не обеспечивать и без того монопольное положение снабжающей стороны, и должны трактоваться только в контексте защиты прав потребителей (абонентов). В связи с этим следует отметить, что практически ни один НПА в рассматриваемой сфере не содержит ссылки на Закон «О защите прав потребителей». Один из немногих нормативных правовых актов, содержащих ссылки на возможность применения законодательства о защите прав потребителей в рассматриваемой сфере – это Закон Республики Казахстан «О естественных монополиях» от 9.07.98 г., преамбула которого гласит, что данный Закон регулирует деятельность в сферах естественных монополий в Республике Казахстан и направлен на обеспечение защиты *интересов потребителей* и субъектов естественных монополий.

Особенностью договора энергоснабжения является то, что он не порождает обязанности покупателя (потребителя) принять обусловленное количество ресурсов. Пункт 2 ст. 484 ГК РК предусматривает для абонента право изменять количество принимаемой им энергии, определенное договором, при условии возмещения им расходов, понесенных энергоснабжающей организацией в связи с обеспечением подачи энергии не в обусловленном договором количестве. Несмотря на это, в договорах часто встречается условие об ответственности абонента за потребление энергии сверх договорной величины, например, в виде уплаты пятикратного тарифа и введения различных ограничений. Хотя Гражданский кодекс РК (статьи 484, 485) предусматривает иной подход к регулированию правоотношений в таких случаях. Представляется, что энергоснабжающие организации в таких случаях должны не диктовать свои условия, а во исполнение нормативных принципов гражданского права и, исходя из толкования договора как соглашения равноправных участников, предъявить потребителям расчеты в обоснование сумм, подлежащих уплате за сверхлимитное количество потребленной энергии и ресурсов. Поскольку случаи превышения потребителями договор-

ных величин энергии на практике встречаются не так уж часто, это не будет обременением для снабжающих организаций и даст возможность абонентам получить необходимое им количество энергии за разумную плату.

Практика заключения и исполнения договоров показывает, что энергоснабжающие организации взимают с абонентов грабительские штрафы даже за невыборку договорной величины энергии. Для чего тогда нужен Закон «Об энергосбережении» и Государственная программа об этом? Следовательно, НПА должны содержать поощрительные меры действия по энергосбережению, либо запрет на применение санкций. Это мнение подтверждается и тем, что ответственность за нарушение условий договора энергоснабжения о количестве законодатель устанавливает только для энергоснабжающей организации.

Гражданский кодекс Республики Казахстан не содержит определение энергоснабжающей организации. В соответствии с пунктом 38 статьи 1 Закона «Об электроэнергетике» к энергоснабжающим организациям относятся организации, осуществляющие продажу потребителям произведенной и/или купленной электрической и (или) тепловой энергии.

Представляется, что энергоснабжающие организации – это не просто «организации», а именно «коммерческие организации», более того, обязанные иметь лицензию на соответствующий вид деятельности, поэтому указанный пункт 38 полагаем необходимым дополнить указанными признаками, либо поместить такое определение в параграфе 6 Главы 25 ГК РК.

Исходя из назначения договора энергоснабжения, энергоснабжающие и энергопередающие организации однозначно должны быть предпринимателями и нести все связанные с этим статусом риски. Однако НПА в рассматриваемой сфере (ст. 491 ГК РК, ст. 16 Закона «Об электроэнергетике») возлагает на энергоснабжающие организации в качестве мер ответственности возмещение только реального ущерба абонента. Тогда как упущенная выгода (неполученный доход) потребителей на практике оказывается во много крат выше реального ущерба.

Более того, если в результате регулирования режима потребления энергии, осуществленного на основании законодательства, допущен *перерыв в подаче* энергии абоненту, энергоснабжающая организация несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств только при наличии ее вины (п. 2 ст. 491 ГК РК). Тем самым законодатель предусматривает возложение имущественной ответственности на энергоснабжающую/энергопередающую организацию только за виновное поведение (действие или бездействие). При этом не учитывается, что деятельность таких организаций относится к источнику повышенной опасности, сфера их деятельности – коммерческая, они являются субъектами естественной монополии, поэтому такое ограничение имущественной ответственности вряд ли оправданно. Перерыв в подаче электрической или тепловой энергии может повлечь катастрофические последствия для потребителей.

Пункт 1 статьи 483 ГК РК «Заключение и продление договора энергоснабжения» гласит:

1. Договор энергоснабжения заключается с абонентом при наличии у него необходимого оборудования, присоединенного к сетям энергоснабжающей организации в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

В связи с изложенным встает вопрос о правовом положении трейдерных организаций в качестве энергоснабжающих организаций. Ведь указанная выше норма дает основание для вывода о том, что энергоснабжающая организация сама обязана иметь соответствующее оборудование и сети, к которым присоединяется потребитель. Иначе закрепленное в комментируемой статье требование для абонента иметь сети, присоединенные к сетям снабжающей организации, является бессмысленным и неосуществимым. Если снабжающей стороной будет выступать трейдерная компания, то абонент присоединяется не к ее, а к чужим сетям, в частности, к сетям энергопроизводящей или энергопередающей организации. Здесь возникает проблема, требующая решения. То есть, либо следует внести изменения в указанную

статью ГК РК, либо запретить организациям-перекупщикам, не имеющим своих собственных сетей и иных технических устройств, быть субъектами оптового и розничного рынков энергоснабжения.

Рассмотрим договорной институт, регулирующий совершенно иную группу общественных отношений – возмездное оказание образовательных услуг, в частности, в сфере высшего профессионального образования. Как известно, возмездное оказание образовательных услуг не выделено законодателем в Гражданском кодексе в качестве самостоятельного договора, дана лишь общая ссылка о том, что услуги по обучению регулируются нормами главы 33 Гражданского кодекса РК.

Поводом для обращения к названному институту послужила повышенная востребованность его в настоящее время и обусловленная сказанным особая его актуальность. На высшие учебные заведения возложена задача по реализации публичной функции государства – подготовка специалистов с высшим образованием, от уровня знаний и умений которых напрямую зависит будущее страны. Тем самым образовательные услуги имеют повышенную ценность для общества.

Что касается попытки рассмотрения договора возмездного оказания образовательных услуг с позиции принципа свободы договора, то буквального воплощения данного принципа здесь не усматривается. Так, заказчик, как будущая сторона договора, действительно может в соответствии с принципом свободы договора выбирать вуз, с которым он намерен вступить в договорные отношения. Его выбором обусловлен и вид заключаемого договора – на оказание образовательных услуг. Однако самостоятельно определять условия договора либо вносить изменения и дополнения в данный договор заказчик не может.

Дело в том, что в сфере возмездного оказания образовательных услуг проект договора составляется обычно организацией образования, исходя в основном из ее интересов, и заказчику остается буквально только присоединиться к разработанному услугодателем письменному договору путем его подписания. Исходя из это-

го признака, договор о возмездном оказании образовательных услуг, бесспорно, относится к договорам присоединения, предусмотренным статьей 389 ГК РК, так как у контрагентов вуза есть только право присоединиться к предложенному договору в целом, либо отказаться от его заключения. Вузы предлагают договоры, разработанные с учетом законодательства об образовании, но из-за отсутствия единообразия в подходах к этому вопросу до 2005 года проекты таких договоров содержали множество недостатков. Утвержденная Министерством образования и науки РК в ноябре 2004 г. Типовая форма договора возмездного оказания образовательных услуг, носящая рекомендательный характер, начала применяться только после приемной кампании на 2005-2006 учебный год и также является далекой от совершенства.

Известный российский ученый М.И. Брагинский отмечает, что одна из основных сфер применения договоров присоединения – это отношения с теми, кто занимает *монопольное положение* в определенной области хозяйства¹. В связи с этим целью статьи 389 ГК РК является устранение возможного неравенства контрагентов в соответствующем договоре. В договоре присоединения одна из сторон занимает заведомо более сильную позицию по отношению к другой стороне.

Относительно договора на возмездное оказание образовательных услуг трудно говорить о монополизме образовательных учреждений и организаций, поскольку их количество неизмеримо выросло и между ними даже возникли довольно жесткие условия конкуренции, «борьбы» за абитуриентов. Тем не менее, тексты предлагаемых исполнителями договоров на оказание образовательных услуг остаются «продиктованными договорами». Основным условием применения ст. 389 ГК является то, что сторона была вынуждена принять навязанный ей договор или отдельные условия. Контрагент присоединившейся стороны является заведомо экономически более сильным, и указанное обстоятельство использует по своему усмотрению.

Договор присоединения по своей природе относится к тем договорным конструкциям,

правовое регулирование которых, по мнению известных российских ученых, основано не на их защите, а на настороженном отношении к ним законодателя. Как отмечает М.И. Брагинский, договоры присоединения направлены на практику аномальную, противоречащую основополагающим принципам гражданского права. Аномальный характер соответствующих договоров применительно к их содержанию он видит в сохранении лишь внешней формы соглашения, поскольку подлинно свободной в этом случае является воля лишь одной из сторон – той, которая прибегает для заключения договора к формуляру². «В форму договора присоединения обычно облакаются публичные договоры, рассчитанные на массового потребителя, т.к. в «публичном договоре» участвуют многочисленные потребители»³. Такая же трактовка дается и другими учеными.

Тем самым заказчик (обучающийся) не располагает никакими возможностями оказывать какое-либо влияние на контрагента в целях исполнения вытекающего из договора обязательства. И напротив, другая сторона (организация образования), располагая всеми реальными возможностями, в состоянии диктовать партнеру по договору свою волю.

Но если абитуриент успешно прошел вступительные испытания, организация образования не может свободно решать – вступать ей или не вступать с ним в договорные отношения по оказанию образовательных услуг. Кроме того, организация образования при составлении ею текста договора должна соблюдать действующее законодательство в сфере образования.

Следовательно, принцип свободы договора в рассматриваемом правоотношении имеет определенные ограничения и для исполнителя.

В связи с изложенным, в современной юридической литературе устоявшимся является мнение о том, что договоры присоединения могут быть и публичными договорами (ст. 387 ГК). Мэтры казахстанской цивилистики Сулейменов М.К., Басин Ю.Г. также отмечают, что договор возмездного оказания услуг может быть публичным договором, когда коммерческая организация по характеру своей деятельности должна оказывать услуги каждому, кто к

ней обратится⁴. То есть ученые допускают применение к договору возмездного оказания услуг отношения «публичного договора». Можно ли рассматриваемый нами договор возмездного оказания образовательных услуг отнести к категории публичных договоров?

Дело в том, что в классификации договоров выделение договора присоединения и публичного договора происходит по различным основаниям. Договор присоединения выделяется по способу заключения, когда исполнителю противостоит неопределенное множество контрагентов, при котором заключение договора с каждым из них на индивидуальных условиях представляется затруднительным. Основанием же выделения публичного договора являются совершенно иные критерии. Это содержание прав и обязанностей сторон, когда исполнитель ограничивается в некоторых правах в целях защиты прав контрагента-потребителя.

Вопрос о характеристике рассматриваемого нами договора возмездного оказания образовательных услуг как публичного является дискуссионным. Некоторые российские исследователи подчеркивают, что данный договор публичным не является, поскольку не содержит, по меньшей мере, двух признаков публичных договоров: он заключается некоммерческой организацией – образовательным учреждением и лишь с гражданами, успешно выдержавшими вступительные испытания и прошедшими по конкурсу среди претендентов на заключение договора⁵. Стойкая позиция россиян по первому из названных признаков объясняется особенностями российского законодательства, по которому организации образования могут создаваться только в форме некоммерческих учреждений.

Мы считаем, что два из признаков публичного договора здесь налицо: например, организация образования по характеру своей деятельности должна оказывать услуги каждому, кто к ней обратится, успешно пройдя вступительные испытания. Кроме того, исполнитель обязан заключить договор при наличии возможности оказать запрашиваемую потребителем образовательную услугу⁶.

В большинстве случаев к категории публич-

ных договоров законодатель относит договоры, в которых кредиторами могут выступать только граждане. Если это обстоятельство принять за третий признак публичного договора, то и он в возмездных образовательных правоотношениях присутствует. Возражение о том, что договор об оказании образовательных услуг заключается не со всеми гражданами, а только с теми, которые успешно прошли предварительные испытания, представляется несостоятельным хотя бы потому, что ни у кого не вызывает сомнения публичный характер договора энергоснабжения. Но и договор энергоснабжения заключается не со всеми потребителями, а только с теми, кто имеет соответствующие сети, присоединенные к сетям энергоснабжающей организации, устройства, оборудование и т.д., и, тем не менее, он отнесен законодателем к публичным договорам (ст. 482 ГК РК).

В юридической литературе неоднозначно решается также вопрос об обязанной стороне публичного договора. К числу публичных относятся договоры, в которых контрагентами потребителя выступают не все организации, а только те из них, которые по роду своей деятельности выполняют определенную публичную функцию. Указанное обстоятельство нашло отражение уже в самом наименовании договора. Организации образования тоже выполняют публичную функцию, которая является главной среди всех отраслей экономики и заключается в развитии общества, обучении людей различным профессиям, навыкам и специальностям. Законодатель относит к обязанной стороне только коммерческие организации, сужая тем самым круг обязанных субъектов. Однако мы располагаем авторитетным и обоснованным мнением профессора Брагинского М.И. о том, что кроме коммерческих юридических лиц субъектами со стороны основного исполнителя публичного договора должны признаваться и частные предприниматели без образования юридического лица⁷.

Более того, мы считаем, что данный круг необходимо расширить и за счет некоторых некоммерческих организаций, которые в результате выполнения основной своей деятельнос-

ти получают чистый доход (прибыль). К ним относятся именно организации образования. Ведь по общему правилу, некоммерческим организациям разрешено заниматься предпринимательской деятельностью, то есть получать чистый доход, но не в результате выполнения своей основной деятельности, а путем выполнения дополнительных видов деятельности. Здесь же мы видим субъекта, одной из основных целей деятельности которого, помимо оказания образовательных услуг, является получение чистого дохода, иначе по причине нерентабельности создание такого юридического лица является бессмысленным. В качестве примера можем привести ситуацию с Казахским академическим университетом, который вынужден был прекратить свою деятельность по такой причине⁸. Пункт 5 ст.43 Закона РК «Об образовании» гласит, что финансирование негосударственных организаций образования осуществляется *за счет продажи образовательных услуг*, средств учредителей и других, не запрещенных законодательством Республики Казахстан источников.

Статья 45 Закона РК «Об образовании» называется «Предпринимательская деятельность в сфере образования» и устанавливает, что организации образования в соответствии с уставом могут заниматься деятельностью, приносящей доход, *за счет предоставления образовательных и иных платных услуг*. А оказание образовательных услуг и является основной целью деятельности организаций образования. Кроме того, организации образования получают денежные средства также за дополнительные образовательные услуги; за пользование библиотечным фондом; компьютерные услуги; от сдачи в аренду помещений организациям общественного питания или фирмам по продаже канцелярских товаров; выдачу читательских, студенческих билетов, зачетных книжек, дипломов о соответствующем уровне образования, а также их дубликатов; передачу экзаменов, зачетов, консультаций и т.д.

По мнению С. Дедикова, нелогично исключать из числа обязательных субъектов публичного договора некоммерческие организации,

которые при определенных условиях тоже могут заниматься предпринимательской деятельностью, составляющей предмет публичного договора⁹. И коммерческие, и некоммерческие организации образования извлекают из своей деятельности чистый доход.

В Российской Федерации организации образования могут создаваться только в организационно-правовой форме некоммерческих образовательных учреждений. В Казахстане же в настоящее время основная масса высших учебных заведений создана в организационно-правовой форме коммерческого юридического лица: государственные казенные предприятия, АО, ТОО и т.д. Как следует из смысла норм статьи 387 ГК РК «Публичный договор» и главы 33 «Возмездное оказание услуг», они, несомненно, могут являться субъектами публичного договора. Следовательно, организации образования, оказывающие возмездные образовательные услуги, осуществляют предпринимательскую деятельность, направленную на получение чистого дохода, и по этому признаку могут быть отнесены к субъектам публичного договора со всеми вытекающими последствиями.

Одной из причин разногласий по рассматриваемому вопросу, на наш взгляд, является незакрепленность рассматриваемого договора в качестве самостоятельного института в Гражданском кодексе, где по правилам законодательной техники могла бы быть введена норма о его публичном характере. Вместе с тем, М.И. Брагинский считает, что публичным является любой договор, который удовлетворяет указанным в ст. 387 ГК РК признакам, *даже не названный в ГК или в ином правовом акте*¹⁰ (выделено нами). Ведь публичный характер образовательных услуг очевиден, действие договора распространяется на неограниченный круг лиц, затрагивает интересы множества потребителей. К тому же образование, как мы отмечали, - это сфера интересов и самого государства, общества; организации образования выполняют и публичную функцию государства.

В качестве иных признаков публичного договора, присутствующих при оказании обра-

зовательных услуг, отметим также то, что исполнитель не вправе оказывать предпочтение одному заказчику (обучающемуся) перед другим в отношении заключения договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными нормативно-правовыми актами; договор должен заключаться им по одинаковой цене. Договор возмездного оказания образовательных услуг содержит достаточное количество и других признаков «публичного договора».

Кроме того, исследователи констатируют, что одним из предназначений договора присоединения является и облегчение процедуры заключения договоров для исполнителей, которые в силу специфики своей работы имеют дело с массовым кругом потенциальных потребителей, заказчиков.

Поскольку договор присоединения рассматривается в качестве способа заключения договора, то заключение публичного договора способом присоединения в юридической науке признано возможным. Оба вида договоров являются исключением из общего принципа свободы договора. Законодатель специально выделяет данные виды договоров в целях защиты наиболее слабой стороны в договоре, хотя практика свидетельствует об обратном. Противоречащие гражданскому законодательству условия нередко включаются в тексты договоров присоединения и публичных договоров. Г.Ф. Шершеневич отмечал негативное влияние свободы договоров в современном обществе: «Безграничная свобода договора, которая выставлялась недавно как необходимое условие гражданского быта и основной принцип законодательной политики, в последнее время подвергается стеснениям под возрастающим давлением общественных интересов»¹¹. Поэтому одна из сторон (в данном случае - обучающийся) под воздействием различных факторов вынуждена соглашаться на предлагаемые ей организацией образования условия.

Тем самым, заключение договоров присоединения, как и публичных договоров, порождает проблему недобросовестных или «злоупотребительных» условий данного договора¹². В связи с этим, например, МАП РФ из года в год

в своих докладах «Защита прав потребителей» останавливается на нарушениях по договорам на оказание возмездных образовательных услуг¹³. В 2004 году им была выпущена «Памятка для потребителей платных образовательных услуг в сфере высшего профессионального образования», в которой также подробно были проанализированы нарушения, касающиеся образовательных услуг.

Организации образования при заключении и изменении договора оказания образовательных услуг налагают на заказчика даже штрафные санкции в виде уплаты неустойки. «В подобных ситуациях, если не предпринять мер на уровне правового регулирования соответствующих правоотношений, сильная сторона в обязательстве полностью подчинит своей воле слабую сторону, а последняя попадет в рабскую зависимость к своему контрагенту. При таком положении не может быть и речи ни о равенстве участников гражданских правоотношений, ни о принципе диспозитивности гражданского права, ни о свободе договора»¹⁴.

Отсюда представляется обоснованным внесение дополнений в Гражданский Кодекс Республики Казахстан с целью включения договора возмездного оказания образовательных услуг в качестве самостоятельного договора видовой принадлежности и закрепления за ним статуса «публичного договора». Ведь признание того или иного договора публичным влечет за собой ряд серьезных правовых последствий, направленных на защиту слабой стороны в договоре.

Сходные признаки обнаруживаются также и в договорах об оказании банковских услуг – договора банковского счета, банковского вклада и банковского займа; в договорах страхования и т.д.

Представляется, что правовое регулирование названных и иных договоров требует дальнейшего научного исследования и законодательного совершенствования с целью адекватного правового регулирования общественных отношений.

¹³ Договорное право. Книга первая. / Под ред.

М.И. Брагинского, В.В. Витрянского. - М.: Статут, 2001. - С. 258

¹⁴ Договорное право. Книга первая. / Под ред. М.И. Брагинского, В.В. Витрянского. - М.: Статут, 2001. - С. 259.

¹⁵ Идрышева С.К. Правовое регулирование публичных договоров в РФ и в РК / Глобализация: противоречия, проблемы и перспективы: Матер. между науч.-практич. конф. Ч. III Право, экономика, образование, вопросы теории и практики в контексте глобализации. Усть-Каменогорск, 2004. - С. 90

¹⁶ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий. - Алматы, 2003. - С. 282

¹⁷ Волчанская Л. Определить в законе форму и содержание договора оказания образовательных услуг // Российская юстиция. - № 9. - 2002. - с. 42.

¹⁸ Кванина В.В. Гражданско-правовое регулирование отношений в сфере высшего профессионального образования - М., 2005 - С. 49

¹⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая - М., Статут, 2001. - С. 254

²⁰ Юрист. - 2005. - №№ 4-5

²¹ Дедиков С. Публичный договор // Хозяйство и право. - 1997. - № 11. - С. 118.

²² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. - М.: Статут, 2001. - С. 252

²³ Шершеневич И.Ф. Учебник русского гражданского права: По изданию 1907 года. - М.: Спарк, 1995. - С. 79.

²⁴ Барбанова С.В. К вопросу о принятии Кодекса РФ об образовании // Право и образование. 2002. № 5. С. 82-85.

²⁵ Государственный доклад «Защита прав потребителей в Российской Федерации в 2001 году» / Министерство Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимателей (МАНП России). - М.: Издательский Дом «Правовое просвещение», 2002. - С. 310; Решение коллегии МАНП России «О соблюдении законодательства о защите прав потребителей при оказании платных образовательных услуг» от 24.11.1999 // СИС «Гарант»

²⁶ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. - М.: Статут, 2001. - С. 793.

Калдыбаев А.К., ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, к.ю.н., LL.M.

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ КРЕДИТНЫХ БЮРО В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

На данный момент в Республике Казахстан мощными темпами растет потребительская экономика и быстро увеличивается спрос на кредиты со стороны частных лиц и компаний. Несомненно, что кредитование имеет стратегическое значение для развития бизнеса. В этой связи использование всех преимуществ цивилизованных финансовых отношений во многом зависит от кредитной истории и кредитного рейтинга субъекта. Соответственно этому в данный момент формируется законодательная база, которая впервые делает возможным обмен информацией о кредитных историях. За счет внедрения на базе кредитных бюро системы обмена информацией о кредитах должна вырасти предсказуемость процесса принятия решений, улучшится система управления рисками кредиторов, удешевится стоимость самих кредитов.

Специализированным нормативно-правовым актом по деятельности кредитных бюро является Закон Республики Казахстан “О кредитных бюро и формировании кредитных историй в Республике Казахстан” (далее - Закон). Основными подзаконными нормативными правовыми актами Республики Казахстан, регулируемыми отношения функционирования кредитных бюро и формирования кредитных историй, являются следующие: постановление Правительства Республики Казахстан № 25 от 18 января 2005 года “Об утверждении систематизированных признаков индивидуальных предпринимателей или юридических лиц, реализующих товары и услуги в кредит либо предоставляющих отсрочки платежей”; постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 21 августа 2004 года № 250 “Об утверждении Правил об условиях и минимальных требованиях к порядку предоставления информации поставщиками информации, о порядке оформления согласия субъектов кре-

дитных историй на предоставление информации о них в кредитные бюро, оформления согласия на выдачу кредитного отчета и об условиях и порядке предоставления кредитного отчета”; постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 25 октября 2004 года № 303 “Об утверждении Инструкции об организации информационного процесса в деятельности участников системы формирования кредитных историй и их использования, защиты и сохранности базы данных кредитных историй, о минимальных требованиях к их информационным ресурсам, информационным системам, помещениям, электронному оборудованию”; постановление Правления Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 21 августа 2004 года № 249 “Об утверждении Правил лицензирования и инспектирования кредитных бюро”; Приказ Председателя Агентства Республики Казахстан по информатизации и связи от 23 марта 2005 года № 72-п “Об утверждении Инструкции по определению особенностей организации деятельности поставщиков информации, кредитных бюро и получателей кредитных отчетов (за исключением субъектов кредитных историй) на рынке информационных услуг”; Приказ министра юстиции Республики Казахстан от 28 октября 2004 года № 316 “Об утверждении Правил представления государственными предприятиями, осуществляющими регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, информации в кредитные бюро на основании заключаемых с ними договоров”.

Анализ Закона и указанных нормативных актов позволил выявить следующее.

В пп. 1 ст. 1 Закона дается следующее определение договора о предоставлении информации и (или) получении кредитных отчетов - “договор, заключаемый между кредитным бюро и постав-

щиком информации на условиях и в порядке, предусмотренных Законом”. Вместе с тем, представляется, что в данном случае речь должна идти не об одном, а о двух видах договоров:

- а) О предоставлении информации,
- б) О получении кредитных отчетов.

Необходимость такого выделения разновидностей договоров связана с тем, что предметы договоров различны. Различен и субъектный состав - по договору о получении отчетов участвует кредитное бюро и получатель кредитного отчета, а не поставщик информации. В этой связи предлагается дать следующие редакции определений данных договоров:

“Договор о предоставлении информации - договор, заключаемый между кредитным бюро и поставщиком информации на условиях и в порядке, предусмотренных Законом”, “Договор о получении кредитных отчетов - договор, заключаемый между кредитным бюро и получателем кредитного отчета на условиях и в порядке, предусмотренных Законом”.

В пп. 13 ст. 1 Закона под субъектом кредитной истории понимаются физическое лицо, индивидуальный предприниматель или юридическое лицо. Однако, индивидуальный предприниматель уже относится к физическим лицам, так как в соответствии со ст. 12 Гражданского кодекса к физическим лицам относятся граждане Республики Казахстан, граждане других государств, а также лица без гражданства. С учетом изложенного предлагается исключить из указанного подпункта слова “индивидуальный предприниматель”.

В пп. 15 ст. 1 Закона раскрываются понятия условные и возможные обязательства, к которым отнесены непокрытые аккредитивы, выпущенные или подтвержденные гарантии, векселя и поручительства. Между тем в гражданском праве (обязательственном праве) отсутствуют понятия “условные обязательства” и “возможные обязательства”. Гражданское право знает институт сделок, совершенных под условием (под отлагательным условием и под отменительным условием, п.п. 1, 2 ст. 150 Гражданского кодекса), но не обязательств. К тому же, в целях бухгалтерского учета, к условным/возможным фактам, а не обязательствам, относятся, кроме перечисленных в указанном подпункте, также следующие: незавершенные на отчетную дату судебные разбирательства, в которых организация выступает

истцом или ответчиком, и решения по которым могут быть приняты в последующие отчетные периоды; не разрешенные на отчетную дату разногласия с налоговыми органами по поводу уплаты налогов в бюджет; какие-либо осуществленные до отчетной даты действия других организаций, в результате которых организация должна получить компенсацию, величина которой является предметом судебного разбирательства; обязательства в отношении охраны окружающей среды; продажа или прекращение какого-либо направления деятельности организации, закрытие подразделений организации или их перемещение в другой географический регион и др. В связи с вышеуказанным предлагается не нарушать систему обязательственного права не упоминать в Законе понятия “условные обязательства” и “возможные обязательства”.

Согласно пп. 5 п. 2 ст. 7 Закона к дополнительным видам деятельности кредитного бюро относятся маркетинговые и статистические исследования. Исходя из буквального толкования данной нормы, кредитное бюро не вправе использовать и получать выгоду от проведения маркетинговых и статистических исследований. Однако возникает вопрос о том, в каких целях проводятся указанные исследования и кто имеет право на использование соответствующих результатов.

Действующее на данный момент ТОО “Первое кредитное бюро” в настоящий момент находится на стадии становления и еще не занимается указанными в Законе исследованиями. Вместе с тем, несомненно, что проведение таких исследований имеет высокий потенциал, а их результаты будут иметь высокую рыночную стоимость.

В этой связи в Законе необходимо уточнить, кем и каким образом будут использоваться результаты данных исследований и требуется ли в этих случаях получение согласия субъекта кредитной истории. Например, Франция заняла жесткую позицию, запретив использование персональной кредитной информации в целях маркетинга.

В п. 2 ст. 11 Закона предусмотрены санкции, которые вправе применить уполномоченный орган. При этом в пп. 3 данного пункта указано в качестве санкции возможность уполномоченного органа на обращение в суд с иском о признании об отзыве лицензии. В данном случае обращение

в суд не является санкцией. Тем более санкцией, которую применяет уполномоченный орган. Следует отказаться в тексте Закона от нормы указанного выше подпункта.

В п. 2 ст. 12 Закона указано, что приостановление действия лицензии кредитного бюро влечет запрет на осуществление его деятельности, за исключением деятельности по получению информации по ранее заключенным договорам. При этом отсутствует уточнение, кем и по каким договорам остается возможным получение информации. Если принять во внимание тот факт, что даже при приостановлении действия лицензии кредитное бюро все еще вправе получать информацию, то такое регулирование является неправильным. Так, если иметь в виду, по каким нарушениям было приостановлено действие лицензии (отсутствие технических и иных помещений для безопасного размещения и эксплуатации информационных систем, базы данных кредитных историй и иных документов; не применение при формировании и использовании информационных систем для размещения базы данных кредитных историй и средств защиты указанных информационных систем сертифицированного оборудования и программного обеспечения и др.), то вызывает сомнение обоснованность дальнейшего получения информации таким кредитным бюро в связи с конфиденциальным характером передаваемой информации и невозможности обеспечения ее защиты. Предлагается в п. 2 ст. 12 Закона слова “за исключением деятельности по получению информации по ранее заключенным договорам” исключить.

В соответствии с ч. 2 ст. 15 Закона после завершения реорганизации и ликвидации кредитных бюро база данных кредитных историй кредитного бюро подлежит уничтожению в случае отсутствия законных оснований для ее передачи (отчуждения) другим юридическим лицам, уполномоченным на деятельность в качестве кредитных бюро. Означает ли это, что база данных реорганизованного или ликвидированного кредитного бюро должна быть передана во все действующие кредитные бюро? Кроме этого, необходимо уточнить о каких законных основаниях передачи идет речь в данной норме.

В соответствии с пп. 4 ст. 17 Закона кредитное бюро обязано предоставлять субъекту кредитной истории исправленный кредитный

отчет в случае, если предоставленный получателю кредитный отчет вследствие действия или бездействия сотрудников кредитного бюро содержит информацию, не соответствующую информации, предоставленной в кредитное бюро поставщиками информации. При этом в Законе отсутствует обязанность кредитного бюро по исправлению не соответствующей действительности информации. Такую меру должного поведения необходимо в Законе предусмотреть (тем более, если искажение информации произошло по вине самого кредитного бюро) с предоставлением кредитному бюро минимального срока для соответствующего исправления.

Субъекты кредитных историй имеют право знать о содержании и использовании хранящейся в их делах информации. Например, европейское законодательство требует уведомления гражданина при открытии дела кредитным бюро и при разглашении содержащейся в нем информации. Уведомление гражданину направляется кредитным бюро и содержит описание характера информации, контактной информации получателя, и указание на право гражданина получить копию дела и исправить ошибочные данные. Гражданин вправе получить материалы своего дела в любое время по требованию “без излишних задержек и расходов”. Такое регулирование представляется обоснованным и целесообразным для включения в положения Закона. Так, в ст. 17 Закона можно добавить в качестве одной из обязанностей кредитного бюро обязанность уведомления субъекта кредитной истории при разглашении содержащейся в нем информации иным получателям кредитных отчетов с описанием характера информации, контактной информации получателя кредитных отчетов, и указание на право субъекта кредитной истории исправить ошибочные данные.

В Законе отсутствуют положения, регулирующие обязанности поставщика информации по предоставлению новой, измененной информации в кредитные бюро. Например, первоначально предоставленная информация может измениться путем изменения, расторжения кредитного договора, прекращения действия договора по иным основаниям, реорганизации участников кредитных отношений, изменения в отношении предмета обеспечения исполнения кредитного договора. При этом в законодательстве имеется только норма о предоставлении

поставщиком в кредитное бюро дополнительной информации о выполнении субъектом кредитной истории условий заключенного договора о выдаче кредита либо иных обязательств по мере формирования такой информации (п. 5 Правил об условиях и минимальных требованиях к порядку предоставления информации...). Сферу такого регулирования необходимо расширить. Так в ст. 4 проекта закона РФ "О кредитных историях" указано, что в состав кредитной истории включается также информация о любых изменениях данных, входящих в состав кредитной истории. Подобное положение целесообразно включить и в содержание Закона. Кроме того, неурегулированным остался вопрос о том, должны ли поставщики информации предоставлять измененную информацию во вновь образованные кредитные бюро, если кредитные отношения, изменения в которых произошли, возникли до образования таких кредитных бюро.

Согласно п. 1 ст. 23 Закона поставщики информации, указанные в пп. 1 и пп. 2 п. 1 ст. 18 Закона, предоставляют предусмотренную настоящим Законом информацию во все кредитные бюро. Следует учитывать, что информация предоставляется на основании договора и обязать предоставлять информацию во все кредитные бюро может быть не всегда возможным. Это связано с тем, что одним из составляющих принципа свободы договора является свобода заключения договора - понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключать договор предусмотрена Гражданским кодексом, законодательными актами или добровольно принятым обязательством (п. 1 ст. 380). Между тем, на данный момент в отношении кредитных бюро такая обязанность по заключению договоров о предоставлении информации не предусматривается. Кроме того, можно отметить следующее. Если все поставщики информации будут предоставлять информацию во все кредитные бюро, то содержащаяся в кредитных бюро информация будет идентичной. Этот момент будет отрицательным образом влиять на уровень конкуренции в этом секторе. Ведь рейтинг кредитного бюро должен определяться в основном исходя из объема имеющейся у него базы данных. Вместе с тем, конкурентоспособность могла бы определяться наличием у кредитного бюро

иной информации, предоставление которой не обязательно субъектами кредитных отношений, а также низкими ценами кредитных историй для их получателей. Кроме того, объем базы данных кредитного бюро возможно будет зависеть и от продолжительности деятельности кредитного бюро на рынке - выходит, что чем раньше кредитное бюро начнет действовать, тем большей информацией оно будет обладать.

Основой деятельности работы кредитных бюро является информация, постоянно поступающая от поставщиков информации. Отсутствие у кредитных бюро актуальной информации делает бессмысленной всю эту систему. Для того, чтобы субъекты предоставляли информацию в кредитные бюро, т.е. выступали в качестве поставщиков, необходимо предусмотреть законодательные рычаги. Так, в соответствии с п. 1-1 ст. 34. Закона "О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан" обязательным условием заключения договора о предоставлении займа является наличие письменного согласия заемщика на предоставление банком, ипотечной организацией или юридическим лицом, единственным акционером (участником) которого является государство, сведений о нем и заключаемой сделке (заемной операции) в базу данных кредитных бюро, а также информации, связанной с исполнением сторонами своих обязательств. Кроме этого, на данный момент поставщиками информации и получателя кредитных отчетов являются определенные субъекты, реализующие товары и услуги в кредит либо предоставляющих отсрочки платежей: оказывающие услуги жилищно-коммунального обслуживания, телефонной связи, операторов мобильной сотовой связи, пользования телевизионной кабельной сетью. В этой связи, в перспективе, в значимых отраслях экономики необходимо предусмотреть обязанность субъектов, осуществляющих кредитование, получать и направлять определенную информацию в кредитные бюро.

Существует мнение, что рыночная структура частных кредитных бюро тяготеет к монополии или олигополии. Считается, что многочисленные конкурирующие бюро, владеющие только частью имеющейся информации, в конечном счете, принесут мало пользы. Это подтверждается имеющейся практикой на рынке США и Германии, в которых имеются только единицы

компаний, осуществляющие функции кредитного бюро. В этой связи в Законе целесообразно определиться с максимальным количеством кредитных бюро, действующих на территории Республики Казахстан, и, в связи с этим, с условиями их функционирования. Однако на сегодняшний день в стране все еще действует только одно кредитное бюро, что подтверждает указанную тенденцию их ограниченного количества.

В соответствии с п. 2 ст. 23 Закона при наличии согласия субъекта кредитной истории поставщики информации, указанные в пп. 1, пп. 2 и пп. 4 п. 1 ст. 18 Закона, обязаны предоставлять информацию в кредитные бюро. При этом возникает ряд вопросов. Во-первых, обязаны ли указанные в пп. 3 ст. 18 Закона государственные предприятия, осуществляющие регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, предоставлять информацию без согласия субъекта кредитной истории? Во-вторых, что произойдет, если поставщики информации не заключат с кредитными бюро договоры и информация им не будет предоставлена? Необходимо уточнить в Законе данные вопросы с учетом поставленных целей принятия Закона.

Согласно пп. 4 п. 1 ст. 24 Закона информация, предоставляемая в кредитные бюро банками, организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций, должна содержать также иные сведения по соглашению сторон. При этом, насколько вытекает из смысла статьи, под соглашением понимается договор о предоставлении информации, а под сторонами соглашения понимаются банки, организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций, и кредитные бюро. Так как субъект кредитной истории не является стороной указанного соглашения, он не может определять содержание предоставляемой информации, но может определить на предоставление какой информации он дает согласие. Таким образом, стороны соглашения о предоставлении информации не могут предусмотреть в своем соглашении передачу большей информации, чем той, на передачу которой дал согласие субъект кредитной истории. На настоящий момент в соответствии с формой согласия субъекта кредитной истории субъект кредитной истории просто соглашается на передачу сведений о нем в кредитное бюро. В этой связи в утвержденной форме согласия

целесообразно указать перечень информации, на передачу которой субъект кредитной истории дает свое согласие.

В соответствии с п. 3 ст. 25 Закона за отсутствие согласия субъекта кредитной истории на предоставление информации о нем в кредитные бюро для формирования кредитной истории и (или) на выдачу кредитного отчета, а также его неправильное оформление поставщик информации, получатель кредитного отчета, подавшие запрос о предоставлении кредитного отчета, либо их должностные лица несут ответственность в соответствии с законодательством Республики Казахстан об административных правонарушениях. При этом не указывается ответственность кредитного бюро, которое предоставило кредитный отчет без согласия субъекта кредитной истории. Такую ответственность следует предусмотреть. Также не указываются последствия для кредитного договора - является ли он действительным при отсутствии согласия субъекта кредитной истории на предоставление о нем информации? Следует дать однозначный ответ для предотвращения различного понимания возможных правовых последствий для договора.

В Законе необходимо определить максимальный срок хранения информации кредитными бюро. Например, в соответствии со ст. 7 проекта закона РФ "О кредитных историях" бюро кредитных историй обеспечивают хранение кредитных историй в течение 15 лет со дня последнего изменения информации об обязательствах заемщика, содержащейся в кредитной истории. В США (Акт о точности кредитной отчетности (АТКО), был принят в 1970 году) и в рамках Европейского Союза (Директива Совета Европейского Союза (Директива Совета Европейского Союза № 95/46/ЕС от 25 октября 1995 года "О защите граждан в связи с обработкой персональных данных и о свободном передвижении таких данных" ("Директива о приватности"), принятая в 1995 году) предусмотрено удаление устаревшей информации по истечении определенного периода времени. То есть, заемщик не будет вечно обременен негативным кредитным событием, если в последующие годы он исправил свои ошибки, что справедливо и разумно.