



Қазақстан Республикасы
Заң шығару Институтының
Жаршысы
ғылыми-құқықтық журнал

№ 3 (11)
2008

МАЗМҰНЫ

Меншік иесі

және баспагер:

«Қазақстан Республикасының
Заң шығару институты» ЖШС

2006 жылдан бастап
шығады

**Редакциялық алқаның
төрағасы:**

Ғ.С. Сапарғалиев

Редакциялық алқа:

З.Я. Балиева
Д.Р. Құсдәулетов
М.Т. Баймаханов
А.Қ. Дауылбаев
А.М. Нұрмағанбетов
М.Ш. Қоғамов
Л.Т. Жанұзақова
М.С. Уақпаев
Э.Ә. Нұғыманова
Ж.О. Құлжабаева
Ә.Ғ. Сақтағанов

**Редакцияның
мекен-жайы:**

Қазақстан Республикасы,
010000, Астана қ.,
Сығанақ көшесі, 29 үй
6 қабат, Б блогі
тел./факс: 8 (7172) 79-07-87, 74-10-51
E-mail: instzak_kz@mail.ru

Конституциялық және әкімшілік құқық

САПАРҒАЛИЕВ Ғ.С.

Қазақстан Республикасының Конституциялық заңдарындағы өзгерістер мен
толықтырулар туралы..... 5

БАЙМАХАНОВ М.Т.

Мемлекеттік органдардың «құзырет», «өкілеттілік», «міндеттер» санаттары
қатынастарының мәселелері..... 15

САФАРОВА Т.С.

Совет үкіметі кезіндегі (1917-1990 гг.) Қазақстандағы қоғамдық бірлестіктер
туралы заңнамасын талдау..... 17

ӨМІРТАЙ Р.

Босқындардың құқықтық мәртебесі 22

ЖОЛАТ Е.Б.

Сыбайлас жемқорлықпен күресу - әрбір қазақстандықтың борышы..... 26

Азаматтық құқық және азаматтық іс жүргізу

ІЛИЯСОВА К.М.

Қазақстан Республикасындағы меншік нысаны ретіндегі кондоминиумның
ерекшеліктері мен мәселелері..... 30

ЫДЫРЫШЕВА С.Қ.

Бұқаралық шарт ретіндегі бөлшек сауда-саттық шарты..... 37

Қаржы, салық және инвестициялық құқық

ЖОЛАТ Е.Б.

Белгіленген салықтарды, төлемдерді және басқа да міндетті
төлемдерді міндетті түрде төлеу..... 49

Қылмыстық құқық және қылмыстық іс жүргізу

ҚОҒАМОВ М.Ш.

Қазақстан Республикасының құқық қорғау жүйесі: тиімділігін арттыру
резервтері..... 53

БОРЧАШВИЛИ И.Ш.

Қазақстан Республикасының қылмыстық заңнамасы бойынша лауазымды
тұлға түсінігі..... 56

ҚАЗИЕВ З.Ғ.

Жедел-іздістіру қызметін өткізудегі мамандардың жәрдемдесу мазмұны мен
нысандары..... 65

ЮРЧЕНКО Р.Н.

Алқабилердің қатысуымен сот өндірісін жетілдіруі..... 69

ОМАРОВА Б.Қ., БАЙГЕЛОВ М.К.

Еуропа және Азия арасындағы есірткі тасымалдауында Қазақстан - «транзит
дәлізі»..... 73

Халықаралық құқық

ӘЛІБЕКОВ С.Т.

Халықаралық кедендік келісім-шарттарының имплементация мәселелері
(құқықтық аспектілері)..... 78

ЖАҚЫПОВ Н.К.

Халықаралық тәжірибе негізіндегі Қазақстан Республикасының Қылмыстық
кодексінің ақтандақтары..... 85

Қолданыстағы заңнаманы талдау

НҰҒЫМАНОВА Э.Ә., МАХМЕТОВА Ә.С.

«Мемлекеттік рәміздер туралы» Қазақстан Республикасының 1996 жылғы 24 қаңтардағы №2797 Конституциялық заңына талдамалық анықтама..... 90

СМАН А.С.
«Есірткі, психотропиялық заттар, прекурсорлар және олардың заңсыз айналымы, теріс пайдалануына қарсы іс-әрекет шаралары туралы» Қазақстан Республикасының 1998 жылғы 10 шілдедегі заңына талдамалық анықтама..... 95

ИРЖАНОВ А.С., КЕНЖЕШЕВ Е.Е.

«Гәудезия және картография туралы» Қазақстан Республикасының 2002 жылғы 3 шілдедегі №332-ІІ заңына талдамалық анықтама..... 112

Құқық қолдану тәжірибесі және прокурорлық қадағалау

МОРОЗ С.П.

Қазақстан Республикасы инвестициялар туралы заңнамасын сыбайлас жемқорлыққа қарсы талдау..... 120

ОЛЕЙНИК В.И.
Жедел іздестіру қызметін жүзеге асыру барысындағы азаматтардың бостандықтары мен конституциялық құқықтарын шектеу мәселелері, осы саладағы проблемалар мен заңнаманы жетілдіру жолдары..... 129

НАҒАЕВ А.М.
Соттан тыс жанжалдарды шешу және дауларды реттеу тетіктерінің перспективалары..... 133

ШАЙМҰРЫНОВА А.Қ.
Экономикалық қызмет саласында заңнамалық және құқық қолдану тәжірибесінің мониторингі..... 135

Жас ғалым мінбері

ЮРКОВ В.В.
Жәбірленушімен бітістіру институтының жаза мақсатымен сәйкестігінің мәселесі (неміс қылмыстық құқығы мысалында)..... 138

ОНДАР Л.С.
Қылмыстық іс жүргізу заңнамасы саласында кейбір ТМД мемлекеттерінің ынтымақтастық мәселелері (Ресей Федерациясы, Беларусь Республикасы, Қазақстан Республикасы және Молдова Республикасы мысалдарында)..... 144

СЫДЫҚОВА А.Е.
Қылмыстық жауаптылықтан заңсыз босатудың қылмыстық-құқықтық және процессуалдық аспектілері..... 152

Ғылыми жазбалар

ИОФФЕ О.С.
Құқық туралы ойлар. «Қазақстан Республикасының азаматтық заңнамасы. Мақалалар. Түсініктемелер. Тәжірибе» атты жинағы..... 158

**Журнал Қазақстан Республикасының Мәдениет және ақпарат министрлігі
Ақпарат және мұрағат комитетінде тіркелген**

БАҚ есепке қою туралы куәлік № 6592-Ж 07.09.2005 ж.

Жарияланған материалдар редакцияның
көзқарасына сай болмауы мүмкін.
Жариялымдағы фактілер мен
мәліметтердің шынайылығына авторлар жауап береді.
Редакция қолжазбаларды қайтармайды және оған пікір бермейді.
Материалдарды қайта басу редакцияның рұқсатымен мүмкін болады.
Журналға сілтеме жасау міндетті.



№ 3 (11)
2008

**Собственник
и издатель:**
ООО "Институт
законодательства
Республики Казахстан"

Издается с 2006 года

**Председатель
редакционной
коллегии:**
Г.С. Сапаргалиев

**Редакционная
коллегия:**
З.Я. Балиева
Д.Р. Куставлетов
М.Т. Баймаханов
А.К. Даулбаев
А.М. Нурмаганбетов
М.Ч. Когамов
Л.Т. Жанузакова
М.С. Уакпаев
Э.А. Нугманова
Ж.О. Кулжабаева
А.Г. Сактаганов

Адрес редакции:
Республика Казахстан,
010000, г. Астана,
ул. Сыганак, д. 29
6 этаж, блок Б
тел./факс: 8(7172) 79-07-87, 74-10-51
E-mail: instzak_kz@mail.ru

Вестник Института законодательства Республики Казахстан научно-правовой журнал

СОДЕРЖАНИЕ

Конституционное и административное право

Г.С. САПАРГАЛИЕВ

Об изменениях и дополнениях в Конституционные законы Республики Казахстан... 5

М.Т. БАЙМАХАНОВ

Вопросы соотношения категорий «компетенция», «полномочия», «функции» государственных органов..... 15

Т.С. САФАРОВА

Анализ законодательства об общественных объединениях в Казахстане советского периода (1917-1990 гг.)..... 17

Р. ОМИРТАЙ

Правовой статус беженцев..... 22

Е.Б. ЖОЛАТ

Борьба с коррупцией – долг каждого казахстанца..... 26

Гражданское право и гражданский процесс

К.М. ИЛЬЯСОВА

Особенности и вопросы кондоминиума как формы собственности в Республике Казахстан..... 30

С.К. ИДРЫШЕВА

Договор розничной купли-продажи как публичный договор..... 37

Финансовое, налоговое и инвестиционное право

Е.Б. ЖОЛАТ

Обязанность уплаты установленных налогов, сборов и других обязательных платежей..... 49

Уголовное право и уголовный процесс

М.Ч. КОГАМОВ

Правоохранительная система Республики Казахстан: резервы повышения эффективности..... 53

И.Ш. БОРЧАШВИЛИ

Понятие должностного лица по уголовному законодательству Республики Казахстан..... 56

З.Г. КАЗИЕВ

Формы и содержание содействия специалистов в проведении оперативно-розыскных мероприятий..... 65

Р.Н. ЮРЧЕНКО

О совершенствовании судопроизводства с участием присяжных заседателей..... 69

Б.К. ОМАРОВА, М.К. БАЙГЕЛОВ

Казахстан как «транзитный коридор» при транспортировке наркотических средств между Европой и Азией..... 73

Международное право

С.Т. АЛИБЕКОВ

Проблемы имплементации международных таможенных договоров (правовые аспекты)..... 78

Н.К. ДЖАКУПОВ

Пробелы в Уголовном кодексе Республики Казахстан на основе международного опыта..... 85

Анализ действующего законодательства

Э.А. НУГМАНОВА, А.С. МАХМЕТОВА

Аналитическая справка по Конституционному закону Республики Казахстан от 24 января 1996 года №2797 «О государственных символах»..... 90

А.С. СМАН

Аналитическая справка по Закону Республики Казахстан от 10 июля 1998 года «О наркотических средствах, психотропных веществах, прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими»..... 95

А.С. ИРЖАНОВ, Е.Е. КЕНЖЕШЕВ

Аналитическая справка по Закону Республики Казахстан от 3 июля 2002 года №332-ІІ «О геодезии и картографии»..... 112

Правоприменительная практика и прокурорский надзор

С.П. МОРОЗ

Антикоррупционный анализ инвестиционного законодательства Республики Казахстан..... 120

В.И. ОЛЕЙНИК

Вопросы ограничения конституционных прав и свобод граждан в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, проблемы и пути совершенствования законодательства в этой сфере..... 129

А.М. НАГАЕВ

Перспективы механизмов внесудебного разрешения конфликтов и урегулирования споров..... 133

А.К. ШАЙМУРУНОВА

Мониторинг законодательства и правоприменительной практики в сфере экономической деятельности..... 135

Трибуна молодого ученого

В.В. ЮРКОВ

К вопросу о совместимости Института примирения с потерпевшим с целями наказания (на примере немецкого уголовного права)..... 138

Л.С. ОНДАР

Вопросы сотрудничества некоторых стран СНГ в сфере уголовного судопроизводства (на примере Российской Федерации, Республики Беларусь, Республики Казахстан, Республики Молдова)..... 144

А.Е. СЫДЫКОВА

Уголовно-правовые и процессуальные аспекты незаконного освобождения от уголовной ответственности..... 152

Научные записки

О.С. ИОФФЕ

Размышления о праве. Публикация сборника «Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика»..... 158

**Журнал зарегистрирован в Министерстве культуры и информации
Республики Казахстан и Комитете информации и архивов**

Свидетельство о постановке на учет СМИ № 6592-Ж от 07.09.2005 г.

Опубликованные материалы могут не совпадать
с точкой зрения редакции.

Ответственность за достоверность фактов и сведений,
содержащихся в публикациях, несут авторы.

Редакция не возвращает и не рецензирует рукописи.

Перепечатка материалов возможна только с разрешения редакции.

Ссылка на журнал обязательна.

Г.С. САПАРГАЛИЕВ*главный научный сотрудник**Института законодательства РК,**академик НАН РК, доктор юридических наук, профессор*

ОБ ИЗМЕНЕНИЯХ И ДОПОЛНЕНИЯХ В КОНСТИТУЦИОННЫЕ ЗАКОНЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

В соответствии с изменениями и дополнениями в Конституцию на основе закона от 21 мая 2007 г. были внесены изменения и дополнения в Конституционный закон РК «О выборах в Республике Казахстан». 19 июня 2007 г. Изменения и дополнения касаются замены мажоритарной избирательной системы пропорциональной избирательной системой и нового порядка избрания в Мажилис депутатов от Ассамблеи народа Казахстана.

Теперь 98 депутатов Мажилиса будут избираться от политических партий. В Конституционном законе «О выборах в РК» записано, что депутаты Мажилиса Парламента от политических партий избираются по партийным спискам по единому общенациональному избирательному округу. В связи с этим в указанный закон внесены дополнения.

1. Центральная избирательная комиссия регистрирует доверенных лиц политических партий, выдвинувших партийные списки, выдает им соответствующие удостоверения.

2. Избирательные комиссии, начиная от Центральной, должны иметь в своем составе представителей политических партий. Политические партии, не имеющие представителя в составе избирательных комиссий, вправе делегировать в соответствующую комиссию своего представителя. По закону они обладают правом совещательного голоса на период подготовки и проведения избирательной кампании. Это и понятно, ибо, обладая они правом решающего голоса, они бы лоббировали своим партиям и создавали бы помехи работе избирательных комиссий. Представители политических партий вправе выступать на заседании избирательной комиссии, вносить предложения по вопросам, входящим в компетенцию избирательной комиссии, вправе обжаловать действие (бездействие) комиссии в вышестоящую избирательную комиссию или в суд.

Кандидаты в депутаты, политические партии, выдвинувшие партийные списки при рассмотре-

нии касающихся их вопросов заблаговременно извещаются о заседаниях соответствующих избирательных комиссий.

В день голосования с момента открытия избирательного участка для голосования до установления результатов при подсчете голосов избирателей на избирательном участке могут одновременно присутствовать по одному доверенному лицу от каждого кандидата, по одному наблюдателю от каждой политической партии. Наблюдатели политических партий вправе:

1) присутствовать на заседании избирательной комиссии;

2) получать информацию о количестве избирателей, принявших участие в голосовании, в том числе в голосовании вне помещения;

3) находиться в помещении для голосования соответствующего избирательного участка во время проведения голосования и подсчета голосов;

4) сопровождать переносные избирательные урны, в том числе находиться в транспортном средстве во время их перевозки;

5) наблюдать за ходом голосования, процедурой подсчета голосов и оформления результатов голосования на избирательном участке, в пункте для голосования в условиях, обеспечивающих возможность четкого обозрения всех перечисленных процедур;

6) обжаловать решения, действия (бездействие) соответствующей избирательной комиссии и (или) ее членов в вышестоящую избирательную комиссию или суд;

7) присутствовать при проведении голосования избирателей вне помещения для голосования в случае невозможности их прибытия в помещение для голосования;

8) присутствовать при подсчете и погашении членами участковой избирательной комиссии неиспользованных избирательных бюллетеней;

9) делать фото-, аудио-, видеозаписи, не мешая ходу голосования и подведению его итогов;

10) наблюдать процедуру передачи протоколов о результатах голосования выходящим избирательным комиссиям;

11) после проведения голосования знакомить с протоколами избирательной комиссии об итогах голосования, получать их заверенные копии;

12) обращать внимание членов избирательной комиссии на нарушения требований настоящего Конституционного закона, вручать им соответствующие письменные заявления, акты о нарушениях и получать отметки о вручении. Председатель избирательной комиссии, лицо, его замещающее, обязаны по заявлению доверенных лиц, наблюдателей приложить к протоколу подсчета голосов составленные ими акты.

3. Наблюдатели политических партий, иных общественных объединений, некоммерческих организаций Республики Казахстан обязаны:

1) иметь при себе документы, удостоверяющие их личность и полномочия;

2) не вмешиваться в избирательный процесс, в процедуру подсчета голосов и принятия решений избирательной комиссией;

3) не предпринимать действия, препятствующие работе соответствующей избирательной комиссии;

4) выполнять требования председателя избирательной комиссии по соблюдению правил поведения на избирательном участке, установленных соответствующей избирательной комиссией;

5) обосновывать свои замечания на документированных, действительных и поддающихся проверке фактах;

6) соблюдать требования настоящего Конституционного закона и иного законодательства Республики Казахстан;

7) сохранять непредвзятость, не выражать предпочтение конкретному кандидату, политической партии.

В помещении избирательной комиссии и помещении для голосования помещается информация о политических партиях, выдвинувших партийные списки, в едином формате со стандартным набором сведений, установленных ЦИК.

К выборам допускаются наблюдатели иностранных государств, международных организаций, представители иностранных СМИ. Они обязаны сохранять непредвзятость, не выражать предпочтение конкретному кандидату, политической партии. В случае нарушения наблюдателями законодательства РК или общепризнанных норм международного права соответствующая избирательная комиссия вправе внести в ЦИК представ-

ление об отзыве аккредитации наблюдателя иностранного государства, международных организаций.

Закон по-новому регламентирует вопрос о выдвижении кандидатов в Мажилис. Право выдвижения кандидатов в депутаты Мажилиса, избираемых по партийным спискам, принадлежит политическим партиям, зарегистрированным в установленном порядке. В отношении кандидатов в депутаты Мажилиса, избираемых Ассамблеей народа Казахстана, такое право принадлежит Совету Ассамблеи.

Включение в партийный список лиц для избрания в депутаты Мажилиса по территории единого общенационального избирательного округа производится большинством голосов от общего числа членов высшего органа политической партии. Они не вправе включать в партийные списки лиц, не являющихся членами данной политической партии.

Решение высшего органа политической партии вместе с заявлением гражданина о согласии быть включенным в партийный список направляется в Центральную избирательную комиссию. Политические партии составляют партийные списки в алфавитном порядке государственного языка. Партийный список представляется в Центральную избирательную комиссию представителем политической партии одновременно с выпиской из протокола высшего органа о выдвижении партийного списка. Полномочия представителя должны быть подтверждены соответствующими документами.

Выдвижение кандидатов в депутаты Мажилиса Парламента, избираемых Ассамблеей народа Казахстана, производится Советом Ассамблеи. Решение Советом Ассамблеи народа Казахстана принимается *большинством голосов и оформляется выпиской из протокола.*

Решение Совета Ассамблеи народа Казахстана вместе с заявлением гражданина о согласии баллотироваться передается в Центральную избирательную комиссию.

Выдвижение кандидатов в депутаты Мажилиса, избираемых по партийным спискам, начинается за два месяца и заканчивается за сорок дней до выборов, если иное не установлено при назначении выборов.

Выдвижение кандидатов в депутаты Мажилиса, избираемых Ассамблеей народа Казахстана, начинается за пятнадцать дней и заканчивается за десять дней до выборов.

Конституционный закон установил, что полити-

ческие партии, выдвинувшие партийные списки, вносят избирательный взнос дифференцированно. Политические партии, получившие на предыдущих выборах депутатов в Мажилис Парламента 7 и более процентов голосов избирателей от числа принявших участия в голосовании, избирательный взнос не уплачивают. Политические партии, получившие от 5 до 7 процентов голосов избирателей от числа принявших участие в голосовании, избирательный взнос уплачивают в размере 50 процентов от размера избирательного взноса. А политические партии, которые получили на предыдущих выборах депутатов Мажилиса от 3 до 5 процентов голосов избирателей, уплачивают избирательный взнос в размере 70 процентов.

Внесенный взнос возвращается политической партии, если по итогам выборов она набрала не менее 7 процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании. Такой порядок имеет целью стимулировать деятельность политических партий.

Закон устанавливает процедуру и условия регистрации политических партий. Регистрация партийных списков, представленных партиями, и кандидатов, выдвинутых Советом Ассамблеи народа Казахстана, осуществляется Центральной избирательной комиссией.

Кандидат и его супруга (супруг) до регистрации представляют в налоговые органы по месту жительства декларации о доходах и об имуществе на первое число месяца начала срока выдвижения, установленного в соответствии с настоящим Конституционным законом, в порядке и форме, установленных уполномоченным государственным органом Республики Казахстан, обеспечивающим налоговый контроль за исполнением налоговых обязательств перед государством.

Достоверность сведений о доходах и об имуществе, задекларированных кандидатом, выдвинутым политической партией, и его (ее) супругой (супругом), проверяется органами налоговой службы в течение пятнадцати дней со дня регистрации партийного списка.

При этом организации, получившие требования органов налоговой службы о представлении сведений о доходах и об имуществе кандидата, выдвинутого политической партией, и его (ее) супруги (супруга), обязаны предоставить запрашиваемую информацию в течение четырех дней со дня получения требования.

Достоверность сведений о доходах и об имуществе, задекларированных кандидатом, выдвинутым Советом Ассамблеи народа Казахстана, и

его (ее) супругой (супругом), проверяется органами налоговой службы в течение трех дней со дня регистрации кандидата.

Организации, получившие требования органов налоговой службы о представлении сведений о доходах и об имуществе кандидата, выдвинутого Советом Ассамблеи народа Казахстана, и его (ее) супруги (супруга), обязаны предоставить запрашиваемую информацию в течение двух дней со дня получения требования.

Регистрация партийных списков производится при наличии следующих документов:

- 1) выписки из протокола высшего органа политической партии о выдвижении партийного списка с приложением копии документа о регистрации политической партии в Министерстве юстиции Республики;

- 2) заявления гражданина о согласии быть включенным в партийный список;

- 3) биографических данных о каждом лице, включенном в партийный список;

- 4) справки налогового органа о сдаче кандидатом и его (ее) супругой (супругом) декларации о доходах и об имуществе;

- 5) документа, подтверждающего внесение политической партией избирательного взноса;

- 6) документа, подтверждающего членство лица, включенного в партийный список, в политической партии, выдвинувшей данный список.

К регистрации допускается только один список от одной политической партии с количеством включенных в него лиц, не превышающим установленного числа депутатских мандатов, распределяемых среди политических партий, на 30 процентов.

Регистрация кандидатов, выдвинутых Советом Ассамблеи народа Казахстана, производится при наличии следующих документов:

- 1) выписки из протокола Совета Ассамблеи о выдвижении кандидатов;

- 2) заявления гражданина о согласии баллотироваться кандидатом в депутаты;

- 3) биографических данных о каждом лице, выдвинутым Советом Ассамблеи народа Казахстана;

- 4) справки налогового о сдаче кандидатом, выдвинутым Советом Ассамблеи народа Казахстана, и его (ее) супругой (супругом) декларации о доходах и об имуществе.

Центральная избирательная комиссия:

- 1) не позднее чем на десятый день после регистрации партийных списков публикует в средствах массовой информации сообщение о регистрации с указанием наименования политической

партии и количества лиц, включенных в партийный список, а также фамилии, имени, отчества, года рождения, занимаемой должности (занятия), места работы, жительства каждого лица, включенного в партийный список;

2) не позднее чем на третий день после регистрации кандидатов, выдвинутых Советом Ассамблеи народа Казахстана, публикует в средствах массовой информации сообщение о регистрации с указанием наименования Ассамблеи народа Казахстана, количества лиц, выдвинутых Советом Ассамблеи народа Казахстана, фамилии, имени, отчества, года рождения, занимаемой должности (занятия), места работы, жительства каждого выдвинутого лица, а также национальной принадлежности – по усмотрению кандидатов;

3) при регистрации выдает кандидатам соответствующие удостоверения;

4) отказывает в регистрации или отменяет решение о регистрации партийного списка в случаях:

- нарушения политической партией правил выдвижения партийного списка, непредставления необходимых документов для регистрации;

- проведения политической партией, выдвинувшей партийный список, выдвинутыми ею кандидатами, ее доверенными лицами предвыборной агитации до регистрации;

- выхода из партийного списка лиц, составляющих более 50 процентов от всего партийного списка;

- установления судом факта распространения политической партией, выдвинувшей партийный список, или ее доверенными лицами *ложных сведений, порочащих честь и достоинство кандидата*, другой политической партии, выдвинувшей партийный список, или лица, включенного в партийный список, подрывающих его деловую репутацию;

- установления судом фактов подкупа политической партией, выдвинувшей партийный список, или ее доверенными лицами избирателей;

- в иных случаях, установленных настоящим Конституционным законом.

Отмена решения о регистрации партийного списка за два дня до дня голосования не допускается;

5) принимает решение об исключении лица, включенного в партийный список, из данного списка в случае:

- несоответствия лица, включенного в партийный список, требованиям, предъявляемым к кандидату Конституцией Республики Казахстан и

настоящим Конституционным законом;

- использования лицом, включенным в партийный список, должностного или служебного положения в своей предвыборной кампании;

- проведения лицом, включенным в партийный список, предвыборной агитации до регистрации партийного списка;

- установления судом факта распространения лицом, включенным в партийный список, ложных сведений, порочащих честь и достоинство кандидата, политической партии, выдвинувшей партийный список, или другого лица, включенного в партийный список, подрывающего их репутацию;

- выявления недостоверности сведений о доходах и имуществе, задекларированных лицом, включенным в партийный список, и его (ее) супругой (супругом), в соответствии с законодательством Республики Казахстан о борьбе с коррупцией;

- установления судом фактов подкупа избирателей лицом, включенным в партийный список, или его доверенными лицами;

- в иных случаях, установленных настоящим Конституционным законом.

Решение об исключении лица, включенного в партийный список, из данного списка может быть обжаловано политической партией, выдвинувшей партийный список, либо лицом, исключенным из партийного списка, в соответствующий суд, решение которого является окончательным.

Принятие решения об исключении лица, включенного в партийный список, за два дня до дня голосования не допускается;

- отказывает в регистрации или отменяет решение о регистрации кандидата, выдвинутого Советом Ассамблеи народа Казахстана, в случаях:

- несоответствия лица требованиям, предъявляемым к кандидату Конституцией Республики Казахстан и настоящим Конституционным законом;

- использования им должностного или служебного положения в своей предвыборной кампании;

- нарушения Советом Ассамблеи народа Казахстана правил выдвижения кандидатов, непредставления необходимых документов для регистрации;

- проведения кандидатом, его доверенными лицами предвыборной агитации до регистрации;

- установления судом факта распространения кандидатом и (или) его доверенными лицами ложных сведений, порочащих честь и достоинство

другого кандидата, подрывающих его деловую репутацию;

-в случае выявления на момент подачи декларации недостоверных сведений о доходах и имуществе, задекларированных кандидатом или его (ее) супругой (супругом), в соответствии с законодательством Республики Казахстан о борьбе с коррупцией;

-установления судом фактов подкупа кандидатами или его доверенными лицами избирателей;

-в иных случаях, установленных настоящим Конституционным законом.

Отмена решения о регистрации кандидата или восстановление ранее снятого с регистрации кандидата за два дня до дня голосования не допускается.

Отказ в регистрации или отмена решения о регистрации партийного списка могут быть в семидневный срок обжалованы в Центральную избирательную комиссию и (или) в суд. При этом Центральная избирательная комиссия или суд выносит по жалобе решение в семидневный срок со дня подачи жалобы.

Отказ в регистрации или отмена решения о регистрации кандидата, выдвинутого Советом Ассамблеи народа Казахстана, могут быть в двухдневный срок обжалованы в Центральную избирательную комиссию и (или) в суд. При этом Центральная избирательная комиссия или суд выносит по жалобе решение в течение одного дня.

Выборы депутатов Мажилиса Парламента, избираемых Ассамблеей народа Казахстана, проводятся на сессии Ассамблеи народа Казахстана, созываемой Президентом Республики.

На сессии Ассамблеи народа Казахстана присутствуют председатель и члены соответствующей территориальной избирательной комиссии столицы Республики либо города республиканского значения, на территории которых проводится сессия.

Совет Ассамблеи народа Казахстана не позднее десяти дней до дня голосования уведомляет Центральную избирательную комиссию о месте проведения голосования.

В помещении, где проводится сессия Ассамблеи народа Казахстана, избирательной комиссией организуется пункт для голосования по выборам депутатов Мажилиса Парламента.

Документом, удостоверяющим проведение сессии Ассамблеи народа Казахстана по выборам депутатов Мажилиса, является протокол сессии,

представляемый в территориальную избирательную комиссию.

Результаты выборов по партийным спискам устанавливаются на заседании Центральной избирательной комиссии на основании протоколов соответствующих территориальных избирательных комиссий, которые пересылаются в Центральную избирательную комиссию не более чем в двухдневный срок со дня выборов. О результатах выборов составляется протокол.

Результаты подсчета голосов на выборах депутатов Мажилиса, избираемых Ассамблеей народа Казахстана, устанавливаются на заседании соответствующей территориальной избирательной комиссии, проводимом в пункте для голосования.

Территориальная избирательная комиссия по результатам голосования составляет протокол подсчета голосов по выборам депутатов Мажилиса, который оглашается на сессии Ассамблеи народа Казахстана и пересылается в Центральную избирательную комиссию не более чем в двухдневный срок со дня выборов.

В случае признания выборов недействительными назначается повторное голосование или выборы. Этот вопрос решается Конституционным Советом.

Очередность распределения депутатских мандатов определяется руководящим органом политической партии из числа включенных в партийный список кандидатов в соответствии с пунктом 4 статьи 89 настоящего Конституционного закона не позднее десяти дней со дня опубликования итогов выборов.

В случае, если в установленные частью первой настоящего пункта сроки руководящим органом политической партии не определена очередность распределения полученных депутатских мандатов, постановлением Центральной избирательной комиссии осуществляется распределение полученных партией депутатских мандатов согласно зарегистрированным спискам в алфавитном порядке государственного языка.

1. Изложение изменений и дополнений в Конституционный закон «О Парламенте и статусе его депутатов» следует начать с процесса его формирования. В Конституционном законе о выборах нашли закрепление все новые моменты, связанные с выборами в Мажилис. 98 депутатов Мажилиса избираются от политических партий по партийным спискам по единому общенациональному избирательному округу на основе всеобщего, равного и прямого избирательного права при

тайном голосовании. 9 депутатов Мажилиса избираются Ассамблеей народа Казахстана.

2. Прежний порядок формирования Сената Парламента остается. Президент Республики теперь назначает 15 депутатов Сената с участием необходимости обеспечения представительства в этой Палате национально-культурных и иных интересов общества. Закон, следовательно, четко определяет и обосновывает рост численности и цели назначаемых Президентом депутатов Сената.

3. Следующий новый момент состоит в расширении демократической основы назначаемых Сенатом должностных лиц. Раньше председатели Палат Парламента сами назначали своим распоряжением на должности двух членов Конституционного Совета, двух членов Центральной избирательной комиссии, трех членов Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета. Теперь Конституцией установлено, что Председатели Палат представляют Палатам кандидатуры для назначения названных должностных лиц, и депутаты каждой Палаты основательно изучают, обсуждают представленные кандидатуры, затем уже решают, назначать или не назначать их. Таким образом, устранены основания для решения важных кадровых вопросов государственного значения по усмотрению одного человека. Теперь к их решению причастны все депутаты Парламента, ответственность которых, безусловно, усиливается.

4. Поскольку в Мажилисе Парламента будут образованы фракции политических партий, в состав Бюро Мажилиса будут входить руководители этих фракций, которые будут принимать активное участие с самого начала осуществления законодательной, контрольной функции Парламента.

5. При Парламенте и его Палатах создаются консультативно-совещательные органы для выработки предложений по вопросам, отнесенным к компетенции Парламента и его Палат.

Подчеркивается, что решения этих органов носят рекомендательный характер. При Мажилисе образована Общественная палата, положение о которой утверждено Палатой. В нем определены направления деятельности Общественной палаты, в состав которой включены депутаты Мажилиса, ученые, деятели культуры и члены общественных объединений.

6. Раньше у Мажилиса не было полномочия принимать к рассмотрению проекты конституционных законов. Теперь такое право ему предоставлено, что расширило и усилило его законодательные полномочия. Проект Конституционного

закона, рассмотренный и одобренный не менее чем двумя третями голосов от общего числа депутатов Мажилиса, передается в Сенат. Принятый не менее чем двумя третями голосов от общего числа депутатов Сената проект становится Конституционным законом и представляется Президенту на подпись. Сенат может возвратить проект Конституционного закона Мажилису, внося в него изменения и дополнения.

7. Весьма важным конституционным новшеством является расширение полномочий Мажилиса Парламента по кадровым вопросам. Отмечу некоторые из них. Президент для назначения на должность Премьер-Министра должен получить согласие Мажилиса Парламента. Для этого Президент вносит письменное представление в Мажилис. В подпункте 3) статьи 44 Конституции Республики Казахстан указывается, что Президент после консультаций с фракциями политических партий, представленных в Мажилисе Парламента, *вносит* на рассмотрение Мажилиса для дачи согласия Мажилиса кандидатуру Премьер-Министра Республики. Представление кандидатуры Премьер-Министра является *исключительным* полномочием Президента. Это полномочие, впрочем, и другие полномочия, предусмотренные статьей 44 Конституции, Президент не может поручать или делегировать *никому*.

Итак, в Конституции говорится, что кандидатуры вносит Президент. В пункте 1 статьи 22 Конституционного закона «О Парламенте и статусе его депутатов» повторяется конституционное слово «вносит» Президент. А в пункте 4 статьи 22 появляется *уполномоченное должностное* лицо, которое *«представляет»* кандидатуры. Значит Президент *«вносит»*, а *«представляет»* может еще и уполномоченное должностное лицо. Конечно, эти слова имеют разный смысл: внесение еще не означает выступления перед депутатами Мажилиса, а представление означает выступление с обоснованием. А если депутаты будут задавать уполномоченному лицу вопросы, тогда это лицо вправе ли отвечать от имени Президента? Конечно, нет. Таким образом, запись об уполномоченном лице противоречит Конституции.

8. В связи с тем, что в Мажилисе 98 депутатов будут выбираться по спискам политических партий, то в нем будут образованы фракции политических партий. В Конституционном законе дается понятие фракций политических партий. Полномочия, организация и деятельность фракций политических партий в Мажилисе Парламента

определяются регламентом Мажилиса.

9. Новым является установление возможности досрочного прекращения полномочий Мажилиса Парламента. Досрочное прекращение полномочий Мажилиса может случиться и по инициативе депутатов Мажилиса. Последний случай уже имел место в 2007 году.

С досрочным роспуском Мажилиса Парламента связано установление ранее неизвестного положения. В случае роспуска Мажилиса функции Парламента, имеются в виду, в том числе, и полномочия Мажилиса, временно, до избрания нового состава Мажилиса, выполняет Сенат. В Конституции подчеркивается не только временный характер выполнения функции Мажилиса, но и определяется круг полномочий Мажилиса, которые может выполнять Сенат. Это – принятие конституционных и обычных законов. В таком случае порядок принятия Сенатом конституционных и обычных законов определяется регламентом Сената.

Необходимые изменения и дополнения были внесены в Конституционный закон *«О Президенте Республики Казахстан»*.

1. Пятилетний срок полномочий Президента Республики остается. Один человек не может избираться Президентом более двух раз подряд. Данное ограничение не распространяется на первого Президента Республики Н.А. Назарбаева ввиду его исключительных заслуг перед народом, страной и государством.

2. Раньше Президент назначал в Сенат Парламента семь депутатов с учетом необходимости обеспечения представительства в Сенате национально-культурных и иных значимых интересов общества. В случае лишения и прекращения полномочий назначенных членов Сената в месячный срок назначает новых депутатов Сената вместо выбывших.

3. По Конституции Республики Казахстан 1995 года Президент Республики не имел право законодательной инициативы. В случае необходимости вносил проект закона через Правительство. Закон Республики Казахстан от 21 мая 2007 года предусмотрел право законодательной инициативы Президента Республики, который в порядке законодательной инициативы своим специальным посланием вносит на рассмотрение Мажилиса Парламента проекты законодательных актов. При этом на законопроект, вносимый Президентом, не требуется заключения Правительства, каковое требуется для законопроектов, вносимых депутатами Парламента.

4. В Конституции Республики Казахстан 1995 года не предусматривалось право Президента досрочно распустить Мажилис Парламента. В связи с расширением полномочий Мажилиса Президенту предоставлено право досрочного роспуска Мажилиса Парламента.

Раньше Президент по своему усмотрению назначал на должности акимов областей, городов республиканского значения и столицы Республики. В связи с расширением полномочий местных представительных органов и превращением их в неотъемлемую часть местного самоуправления с целью учета мнения местного населения Президент назначает указанных должностных лиц с согласия маслихатов, соответственно, областей, городов республиканского значения и столицы. Следовательно, акимы областей, города Алматы и столицы – представители Президента и местного населения. Создается конституционное основание для назначения на такую должность лиц, известных местному населению своей положительной деятельностью.

В соответствии с законом от 21 мая 2007 года были внесены изменения в Конституционный закон *«О Конституционном Совете РК»*.

Во-первых, были расширены демократические основы формирования состава Конституционного Совета. Раньше Председатели Сената и Мажилиса Парламента назначали по два члена Конституционного Совета РК. Законом от 21 мая 2007 года было установлено, что Председатели Палат Парламента представляют кандидатуры из депутатов Сената и Мажилиса, которые после предварительного обсуждения в постоянных комитетах назначаются решением Палат. Естественно, такая усложненная процедура выдвижения и назначения членов Конституционного Совета является демократичным, поскольку в обсуждении кандидатур имеют возможность участвовать депутаты каждой Палаты, высказывать свое мнение. Такой порядок поднимает роль Парламента в формировании состава Конституционного Совета, наделенного весьма серьезными полномочиями, повышает ответственность Парламента за правильный подбор кандидатов в члены Конституционного Совета. Поэтому к подбору кандидатов Председатели Палат должны подходить весьма серьезно, учитывая профессионализм, моральные деловые качества, чувство ответственности перед народом, государством, а также предшествующую положительную работу.

Законодательство устанавливает критерии, ко-

торым должны отвечать кандидаты в члены Конституционного Совета. Они должны состоять в гражданстве Республики Казахстан и проживать на ее территории. Установлен возрастной ценз - не моложе тридцати лет, должны иметь высшее юридическое образование и стаж работы по юридической специальности не менее пяти лет.

В соответствии с Законом от 21 мая 2007 года расширен перечень вопросов, по которым предусмотренные в Конституции субъекты имеют право обращаться в Конституционный Совет. Теперь они могут обращаться в Конституционный Совет и по вопросу соответствия *постановления* Парламента Конституции. Парламент принимает два вида постановлений: 1) постановления, являющиеся нормативным правовым актом, 2) постановления не-нормативного характера. В измененной 72 статье Конституции не указывается, какой из этих постановлений имеется в виду. Полагаю, что наверняка имеются в виду нормативные постановления Парламента. С введением этого пункта в Конституцию, а также в Конституционный закон «О Конституционном Совете РК» устранено определенное противоречие и недоговоренность в самой Конституции. В пункте 7 статьи 62 Конституции указывается, что постановления Парламента и его Палат не должны противоречить Конституции. Однако в перечне вопросов, по которым определенные субъекты могли обращаться в Конституционный Совет, не было постановлений Парламента и его Палат. Теперь остается уточнить в законе, имеются в виду все постановления Парламента и его Палат или только нормативные постановления.

Серьезно поставлен вопрос о толковании решений Конституционного Совета. В случае возникновения вопроса об истолковании решения Конституционного Совета он принимает дополнительное решение по ходатайству участников конституционного производства или государственных органов и должностных лиц, обязанных исполнить итоговое решение Конституционного Совета. Новое состоит в том, что раньше о таком истолковании в законе не говорилось. Новое состоит и в том, что инициаторами принятия дополнительного решения по истолкованию итогового решения являются и государственные органы, должностные лица, обязанные исполнять итоговое решение Конституционного Совета. Это означает, во-первых, расширяются участники конституционного производства, во-вторых, итоговое решение Конституционного Совета становится более эффективным в силу того, что реализация его субъектом становится понятнее.

Дополнительные решения Конституционным Советом принимаются и в случае необходимости исправления допущенных в решении Конституционного Совета неточностей и ошибок редакционного характера. Дополнительное решение такого вида принимается Конституционным Советом по собственной инициативе. По нашему мнению, неточности и ошибки редакционного характера не должны затрагивать смысловое содержание текста. Если неточности и ошибки меняют смысл итогового решения, тогда дополнительное решение Конституционный Совет не может принимать по собственной инициативе.

Важным является норма о пересмотре решения Конституционного Совета. Этот вопрос основательно рассматривался на постоянных комитетах Парламента с участием представителей Администрации Президента, Генеральной прокуратуры. В результате были выработаны решения, которые служат гарантией исправления допущенных недостатков в решениях Конституционного Совета. Теперь в статье 36 Конституционного закона «О Конституционном Совете» записано, что решение Конституционного Совета может быть пересмотрено им по инициативе Президента Республики или по собственной инициативе в случаях, если: 1) изменилась норма Конституции, на основании которой было принято решение; 2) открылись новые существенные для предмета обращения обстоятельства.

Решения Конституционного Совета после вступления в юридическую силу остаются неизменными, что гарантирует стабильность конституционной законности.

Существенные изменения внесены в Конституционный закон «О Правительстве Республики Казахстан».

Во-первых, в Конституции теперь подчеркивается, что Правительство РК является коллегиальным органом. Правительство и в ранее действовавшей редакции Конституции по существу признавалось коллегиальным органом, хотя о коллегиальном характере не упоминалось. Ведь как раньше, так и сейчас определяются отдельно полномочия Правительства и Премьер-Министра. Вряд ли можно сомневаться, что полномочия Правительства осуществлялись им коллегиально. На самом деле так и происходило. Обсуждение вопросов происходило в присутствии всех членов Правительства и решение также принималось единогласно членами Правительства. В пункте 1 статьи 68 Конституции записано, что член Правительства, не согласный с проводимой Правительством

политикой или не проводящий ее, подает в отставку либо подлежит освобождению от занимаемой должности. В новой редакции пункта 1 статьи 68 Конституции лишь подчеркивается коллегиальный характер деятельности Правительства.

Во-вторых, Правительство продолжит свою работу во время новых выборов депутатов в Мажилис. Перед вновь избранным Мажилисом Парламента Премьер-Министр Республики ставит вопрос о доверии Правительству путем письменного обращения в Мажилис. Если Мажилис Парламента выразит доверие Правительству, то оно продолжит исполнение своих обязанностей. Если же Мажилис выразит недоверие, то вопрос решается, как сказано в Конституции, Президентом. Новое положение состоит в том, что если Мажилис Парламента выразит недоверие, оно заявляет Президенту об отставке. Президент рассматривает вопрос о принятии или отклонении отставки. Новое состоит и в том, что если Президент не примет отставку, тогда он поручает Правительству дальнейшее осуществление его обязанностей. В связи с этим действовавший ранее пункт 6 статьи 70 Конституции был исключен. А этот пункт гласил, что при отклонении отставки Правительства, заявленной из-за выражения ему Парламентом вотума недоверия, Президент имел право распустить Парламент. Естественно, угроза роспуска Парламента в случае выражения им вотума недоверия Правительству, имела негативные последствия. Исключение указанного положения из Конституции, безусловно, расширило полномочия Парламента. Это будет способствовать активизации деятельности депутатов Мажилиса, снимет «синдром боязни» роспуска и т.д.

В-третьих, в Конституционном законе «О Правительстве» появилась новая статья об ответственном секретаре центрального исполнительного органа.

Аппараты министерств и центральных исполнительных органов, не входящих в состав Правительства, возглавляют ответственные секретари, назначаемые на должность и освобождаемые от должности Президентом Республики по согласованию с Премьер-Министром Республики.

В отдельных министерствах и центральных исполнительных органах, не входящих в состав Правительства, должность ответственного секретаря может не вводиться по решению Президента Республики. В этом случае полномочия ответственного секретаря, предусмотренные настоящим Конституционным законом, осуществляет должностное лицо министерства или цент-

рального исполнительного органа, не входящего в состав Правительства, которое определит Президент Республики.

Отставка Правительства, министра, руководителя центрального исполнительного органа, не входящего в состав Правительства, не влечет прекращения полномочий ответственных секретарей.

Статус и полномочия ответственных секретарей министерства и центрального исполнительного органа, не входящих в состав Правительства, устанавливаются Президентом Республики.

Ответственный секретарь при осуществлении своей деятельности подотчетен Президенту Республики, Премьер-Министру и министру (руководителю центрального исполнительного органа, не входящего в состав Правительства).

В связи с предоставлением Президенту Республики Казахстан права законодательной инициативы внесены изменения и дополнения в закон «О нормативных правовых актах» законом от 4 июля 2008 г. Разработчиками проектов законодательных актов, вносимых в Мажилис Парламента в порядке законодательной инициативы Президента, по поручению Президента или Руководителя Администрации Президента, основанному на поручении Президента, могут являться Администрация Президента, Правительство, иные государственные органы, а также *негосударственные организации и граждане по согласованию с ними*. Это новый момент, свидетельствующий о расширении демократической основы создания проектов законодательных актов. Президенту Республики предоставлено право привлечения к разработке законопроектов негосударственных организаций и отдельных граждан, разумеется, высоквалифицированных специалистов. Подготовленные таким образом в порядке законодательной инициативы Президента проекты законодательных актов согласовываются с заинтересованными государственными органами Республики в случаях необходимости. А необходимость согласования определяется Президентом или по его поручению руководителем Администрации Президента. По смыслу закона согласование не должно носить формальный характер. В подготовке проектов законодательных органов теперь будут участвовать негосударственные организации и граждане, которые могут быть носителями различных идеологических и политических воззрений, что, безусловно, будет отражаться в законопроектах. Поэтому закон требует, чтобы государственные органы и организации, которым проекты законодательных актов будут направлены на

согласование, *должны давать* свои замечания и предложения по проектам или сообщить об их отсутствии органу, разработавшему проект.

Еще одно новшество данного закона состоит в том, что предложения о разработке законопроектов, вносимых в Мажилис Парламента в порядке законодательной инициативы Президента, могут вноситься на рассмотрение Президента не только его Администрацией, Правительством, центральными и местными государственными

органами, органами местного самоуправления, но также «негосударственными организациями», гражданами. Таким образом, к законодательному процессу вовлекается широкий круг субъектов, что, безусловно, должно иметь положительное значение не только в развитии права, но и в постановке и законодательном решении назревших проблем всех сфер жизни государства и общества, до многих из которых «не доходят» государственные органы.

Автор мақалада Қазақстан халқы Ассамблеясынан Мәжіліске депутаттарды сайлау тәртібі, Парламент Мәжілісіне сайлау, президенттік өкілеттіктер, Конституциялық Советінің құрамын қалыптастыру туралы барлық жаңа сәттер көрініс тапқан Қазақстан Республикасының Конституциялық заңдарына өзгерістер мен толықтырулар туралы әңгіме қозғайды.

In the article the author speaks about changes and additions in the Constitutional laws of the Republic of Kazakhstan, in which there are all the new moments related to the order of election in Mazhilis of the deputies from the Assembly of the people of Kazakhstan, to the choices in Mazhilis of Parliament, about presidential powers, about formation of structure of the Constitutional Council.



Мами К.А., Омарханов К.А.

Комментарий к Конституционному закону Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан». – Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2003. – 468 с.

В Комментарий построчно разъясняются нормы Конституционного закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан». При анализе использованы нормы Конституции, а также иных законов и нормативных правовых актов Республики, международных документов. Авторами предложены меры по совершенствованию положений комментируемого законодательного акта.

Книга предназначена для судей, работников аппарата Верховного Суда Республики, а также канцелярий местных судов, аппаратов уполномоченных органов по обеспечению деятельности судов, прокуроров, адвокатов, практикующих юристов, аспирантов, преподавателей и студентов юридических учебных заведений.

М.Т. БАЙМАХАНОВ*главный научный сотрудник**Института законодательства РК,**академик НАН РК, доктор юридических наук, профессор*

ВОПРОСЫ СООТНОШЕНИЯ КАТЕГОРИЙ «КОМПЕТЕНЦИЯ», «ПОЛНОМОЧИЯ», «ФУНКЦИИ» ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ

Правильное распределение компетенции между разными государственными органами – одно из главных условий успешной деятельности всего государственного аппарата. Это должно быть закреплено в соответствующих законах и иных нормативных правовых актах. Не должно быть серьезных диспропорций в полномочиях, которые закрепляются за каждым звеном государственной системы. При этом функция государственного органа, являющаяся одним из проявлений функции государства и вытекающая из задач и целей этого органа, определяет объем компетенции, которой он наделяется.

Решение задачи, связанной с отражением в законе компетенции государственных органов, предполагает уяснение соотношения между такими исходными понятиями, как «функция государственного органа», его «компетенция», структура и компоненты его «полномочий», связь «прав и обязанностей» органа с «задачами и целями», поставленными перед ним.

Распределение компетенции между разными государственными органами должно:

1) учитывать, какие функции выполняет каждый орган: органы, выполняющие более важные функции, следует наделять большим объемом полномочий и, наоборот, органы, на которые возложены менее важные функции, не могут претендовать на аналогичный и даже на больший объем полномочий;

2) быть пропорциональным той роли, которую выполняет каждый орган.

Отражение компетенции государственных органов предполагает глубокое осмысление и правильное понимание соотношения понятий, опосредующих использование компетенции в государственной практике.

Желательно в будущем законопроекте закрепить, что не компетенция и не полномочия являются исходными понятиями, характеризующими статус и роль каждого государственного органа. Правильнее, на наш взгляд, исходить из того, что именно функции государственного органа лежат

в основе характеристики всех его свойств. В научной литературе подверглись справедливой критике взгляды, согласно которым компетенция включает в себя функции и полномочия государственного органа (И.С. Самошенко, М.И. Байтин, И.Л. Бачило). В действительности дело обстоит иначе: как носитель той или иной конкретной функции или их совокупности, государственный орган, в зависимости от нее (от них), наделяется соответствующей компетенцией. Характер и направленность ее, объем и другие параметры, соотношение отдельных полномочий, прав и обязанностей, их архитектура определяются функцией (или функциями) государственного органа.

Если в связи с изменением обстановки и существующих условий функции государственного органа наращиваются или сужаются, то, соответственно, должна меняться и его компетенция: она при этом подлежит либо расширению, либо сужению.

В какой-то мере отражение критикуемого взгляда можно встретить в части 6 пункта 2-1 статьи 1 Закона РК от 27 ноября 2000 г. №107-III «Об административных процедурах», где говорится, что под функциями государственного органа понимается осуществление государственным органом деятельности в пределах полномочий, установленных законами. В этой формулировке вызывает сомнение то, что пределы осуществления государственным органом деятельности, связанной с его функциями, устанавливаются законами. Тем самым полномочия, как часть компетенции государственного органа, как бы ставятся над его функциями. На этом можно было бы специально не акцентировать внимание, если бы функции государственного органа (в первую очередь, такие, как стратегические) не олицетворяли бы собой то «дело», которое возложено на него государством и которое должно быть в порядке обеспечения подкреплено компетенцией, конкретизируемой в соответствующих полномочиях, правах и обязанностях его.

По нашему мнению, надо уделить большое внимание раскрытию того обстоятельства, что функции государственных органов являются, в конечном счете, конкретизацией соответствующих функций государства, выступают необходимым преломлением их требований к специфическим условиям каждой сферы и отрасли деятельности, в которой решает свои задачи и цели каждый государственный орган. Показ и раскрытие соотношения функций государства и функций государственных органов позволит полнее выявить сложившиеся и складывающиеся здесь причинно-следственные (в том числе «родословные» и «потомственные») связи между этими видами функций.

Будучи производна от функций государственных органов, их компетенция, в свою очередь, определяет такое понятие, как их полномочия, структура которых охватывает не только отмеченные в части 2 статьи 1 Закона РК «Об административных процедурах» права и обязанности государственных органов, но и предметы их ведения. Если права есть как установленная законами возможность совершать определенные действия, требо-

вать определенного поведения от органов и лиц, с которыми связана реализация этих прав, а обязанности - как закрепленный законами круг действий, выполнение которых обязательно государственным органом, то предметы ведения последних акцентируют внимание на той сфере отношений или отрасли деятельности, в которой эти права используются, а обязанности выполняются.

Не менее важное значение для понимания соотношения рассматриваемых понятий имеет освещение задач государственных органов. В законе «Об административных процедурах» под ними (задачами) понимаются основные направления деятельности государственного органа, с чем согласиться нельзя. На наш взгляд, речь должна идти о мысленном воспроизведении того, что следует сделать государственному органу, о макете того, что должно стать кругом его обязанностей на предстоящий или отдаленный период. Задачи государственного органа - это идеально мысленное изложение видов работ, которыми он займется в ближайшее и последующее время. Причем они (задачи государственного органа) определяют собой его функции.

Автор «мемлекет қызметтері» және де «мемлекеттік органдардың қызметтері» түсініктері арақатынасын ашып, осы түрлер арасындағы себеп-салдар байланысы туралы, сондай-ақ мемлекеттік органдардың құзыреті туралы айтады.

The author opens a parity of concepts “functions of the state” and “functions of the state bodies”, speaks about relationships of cause and effect between these kinds and also about the competence of the state bodies.

Т.С. САФАРОВА

*и.о. заместителя директора Института законодательства РК,
кандидат юридических наук*

АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОБЪЕДИНЕНИЯХ В КАЗАХСТАНЕ СОВЕТСКОГО ПЕРИОДА (1917-1990 гг.)

В основе правового регулирования статуса общественных объединений советского периода лежит ленинское учение о «социалистической политической организации общества», руководящим ядром которого является Коммунистическая партия. Социалистическое государство решает свои задачи с другими массовыми общественными организациями, которые, по выражению В.И. Ленина, представляют собой сложную систему «приводов» от авангарда (Коммунистической партии) к массе передового класса и от него к массе трудящихся¹. Значение и роль общественных организаций рабочего класса в государстве и обществе Ленин открыл через профсоюзы, определяя их как организацию воспитательную, «школу управления», «школу хозяйничанья», «школу обучения» и занимающую важнейшее место между партией и государственной властью. По поводу связи Коммунистической партии с массами трудящихся через профсоюзы он отмечал, что «получается, в общем и целом, формально не коммунистический, гибкий и сравнительно широкий, весьма могучий, пролетарский аппарат, посредством которого партия связана тесно с классом и массой и посредством которого, при руководстве партии, осуществляется *диктатура класса*»².

Известно, что Казахстан на заре советской власти входил в состав РСФСР как автономная республика. В связи с этим историческим фактом (нахождением в составе РСФСР), конституционно-правовое регулирование деятельности общественных объединений берет начало в Конституции РСФСР от 10 июля 1918 года. Статья 16 данной Конституции гласила: «В целях обеспечения за трудящимися действительной свободы союзов, Российская Социалистическая Федеративная Советская Республика, сложив экономическую и политическую власть имущих классов и этим устранив все препятствия, которые до сих пор мешали в буржуазном обществе рабочим и

крестьянам пользоваться свободой организации и действия, оказывает рабочим и беднейшим крестьянам всяческое содействие, материальное и иное для их объединения и организации»³. Можно сказать, что эта норма послужила первым примером декларирования права граждан на объединение, установив тем самым возможность создания «общественных организаций трудящихся».

О трудящихся и их организациях через наличие прав и свобод упоминается также во второй партийной программе, принятой VIII съездом РКП(б) в 1919 г.: «...Советская власть экспроприрует у буржуазии помещения, типографии, склады бумаги и т.п., предоставляя их в полное распоряжение *трудящихся и их организаций*».

В развитие конституционного права на объединение статья 15 Гражданского кодекса РСФСР в 1922 году закрепляет «частные учреждения с правами юридического лица: больницы, музеи, ученые учреждения, публичные библиотеки и т.д.». Частные учреждения, согласно статьям 16, 19 Гражданского кодекса РСФСР, противопоставлялись «государственным учреждениям». Таким образом, в начале 20-х годов XX века законодательно регулировалась лишь одна из возможных форм некоммерческих формирований – учреждения. По мнению российских ученых, эту конструкцию советское гражданское законодательство восприняло из русского дореволюционного права, где существовало деление юридических лиц на публичные и частные, а также на соединения лиц и учреждения. И в том, и в другом случае юридические лица не преследовали целей извлечения прибыли.

Из публичных организаций к ним можно было отнести казенные учебные заведения, монастыри, церкви, а из числа частных – музыкальные клубы и сценические кружки, ученые и художественные общества.

В отличие от законодательства РСФСР, зако-

¹ В.И. Ленин. Полн. собр. сочинений, т. 32, стр. 3.

² В.И. Ленин. Полн. собр. сочинений, т. 41, стр. 31.

³ Конституция РСФСР. Известия, №151 от 19.07.1918.

нодательство СССР долгое время вообще не регулировало отношения, участниками которых выступали организации, не преследующие цели извлечения прибыли. Законодательство РСФСР было более насыщенным в сфере регулирования указанных положений. Даже Конституция СССР 1924 года не содержала положений о деятельности организаций, не преследующих целей извлечения прибыли.

Впервые в законодательстве СССР подобный нормативный акт появился в 1930 году с принятием Постановления ЦИК и СНК СССР «О порядке учреждения и ликвидации Всесоюзных обществ и союзов, не преследующих цели извлечения прибыли» от 6 января 1930 года¹.

Постановление в основной своей части регулировало порядок регистрации «обществ и союзов, не преследующих цели извлечения прибыли». Однако оно не раскрывало указанного понятия, и, тем не менее, вывод о том, что с его принятием появился первый, законодательно закрепленный аналог используемого сейчас понятия «некоммерческая организация», вполне правомерен, поскольку в основу его выделения положен один и тот же критерий - цель деятельности.

Следует отметить, что еще до принятия Постановления 1930 года на территории СССР действовали два Постановления ЦИК и СНК СССР: 1) «О трудовых кассах взаимопомощи» от 22 октября 1926 года, 2) «О клубах рабочих и служащих» от 2 января 1929 года. Первое было посвящено «трудовым кассам взаимопомощи, преследующим цель оказания материальной товарищеской помощи своим членам», второе – «клубам рабочих и служащих, преследующим цель сплочения рабочих, служащих и членов их семей вокруг задач профессиональных союзов». Сложно предположить, насколько правомерно относить данные виды юридических лиц к юридическим лицам, «не преследующим цели извлечения прибыли», поскольку ни одно из упомянутых постановлений не приводило их определения. Думается, что клубы рабочих и служащих можно не задумываясь отнести к некоммерческим формированиям. Относительно трудовых касс взаимопомощи этого так однозначно утверждать нельзя, однако следует иметь в виду, что более позднее законодательство прямо относило указанные виды организаций к общественным организациям.

Также в этой области действовало Постановление ВЦИК и СНК РСФСР «Об утверждении Положения о добровольных обществах и союзах» от 10 июля 1932 года².

В соответствии с пунктом 1 Положения, добровольные общества и их союзы являлись организациями общественной самодеятельности трудящихся масс города и деревни, главной задачей которых было активное участие в социалистическом строительстве Союза ССР, а также содействие укреплению обороны страны. Интересно отметить тот факт, что согласно пункту 4 Положения учредителями и членами добровольных обществ могли быть общественные организации. Согласно этому можно предположить, что понятия «общественная организация» и «добровольное общество и союз» различались законодателем. Однако нормы Положения не позволяли сделать вывод о соотношении указанных понятий. Вывод о различии понятий подтверждается также пунктом 6 Положения, который указывал, что добровольные общества и союзы устанавливают в работе тесную связь с общественными организациями. Иных упоминаний об «общественных организациях» и тем более их определения Положение не содержало.

5 декабря 1936 года на Чрезвычайном VIII съезде Советов СССР была принята новая Конституция СССР, которая предусматривала преобразование Казахской АССР в союзную республику, что ознаменовало новую веху в развитии казахской советской национальной государственности.

В связи с преобразованием Казахской АССР в союзную республику встал вопрос о выработке и принятии Конституции Казахской ССР, которая была принята на Чрезвычайном X Всеказахстанском съезде Советов 26 марта 1937 года. Во II главе Конституции, посвященной государственному устройству Казахской ССР, был отражен факт исторической значимости – становление Казахстана как суверенного социалистического государства. В Конституции указывалось на то, что в целях осуществления союзными республиками взаимопомощи по линии экономической, политической, равно как и по линии обороны, Казахская ССР добровольно объединилась с другими равноправными советскими социалистическими республиками в одно союзное государство – Союз Советских Социалистических Республик. Добро-

¹ Постановление ЦИК и СНК СССР «О порядке учреждения и ликвидации Всесоюзных обществ и союзов, не преследующих цели извлечения прибыли» от 06 января 1930 года.

² Постановление ВЦИК и СНК РСФСР «Об утверждении Положения о добровольных обществах и союзах» от 10 июля 1932 года.

вольный характер выражался нормой Конституции, которая гласила: «За каждой союзной республикой сохраняется право свободного выхода из СССР»¹.

Конституция Казахской ССР 1937 года отражала принципы, положенные в основу союзной конституции, что было обусловлено приоритетом союзного закона перед законами союзной республики. В главе VIII Конституции, закреплявшей основные права и обязанности граждан, декларировались права граждан на свободу слова, печати, собраний и митингов, уличных шествий и демонстраций, а также на объединение в различного рода общественные организации.

В советский период институт общественных организаций рассматривался как важная составная часть социалистической политической системы, которая теоретически наибольшее свое развитие получила в 60-е годы XIX в. Причем в начале 60-х в теории государства и права применялось, большей частью понятие «социалистическая политическая организация», а не «социалистическая политическая система».

Под социалистической политической организацией понималась система государственных органов и учреждений, общественно-политических организаций, работающих под руководством марксистско-ленинской партии. Она представляет собой сложную организацию, в которую входит множество организаций, взаимодействующих между собой и образующих единую целостную систему. Главным составляющим звеном социалистической политической организации является государство. Цементирующим ядром и направляющей силой является марксистско-ленинская партия, через которую осуществляется связь государства и общественных организаций трудящихся².

При этом под общественной организацией трудящихся понимается определенным образом организованный коллектив людей (по-видимому, имеется в виду создание формирований, не преследующих цели извлечения прибыли - авт)³. К числу этих организаций относятся профессиональные союзы, кооперации, союзы молодежи и другие организации и общества трудящихся. Эти организации являются формой выражения самостоятельности рабочих, крестьян, интеллигенции, лю-

дей разных возрастов, профессий и наклонностей.

В советской юридической литературе признавалось, что общественные организации – это одна из форм привлечения широких масс к управлению делами общества и государства⁴, что гражданам могли объединяться в различные общественные организации для участия в управлении обществом, решения вопросов хозяйственного и культурного строительства, осуществления своих прав, обеспечения своих жизненных потребностей и интересов. Наблюдалось тесное взаимодействие государства и общественных организаций на принципе демократического централизма, передача некоторых государственных функций общественным организациям, что было обусловлено единством поставленных целей и задач – строительства коммунизма.

Особое место среди массовых общественных организаций занимала Коммунистическая партия – единственная политическая партия на советском пространстве. Причем в социалистической политической системе ее выделяют среди государственных и общественных организаций как ядро политической системы. Так, Ямпольская Ц.А. пишет, что Коммунистическая партия Советского Союза, будучи общественной организацией наиболее активных и сознательных граждан СССР, представляет собой руководящее ядро всех организаций трудящихся⁵.

Советские теоретики государства и права считали, что марксистско-ленинская партия по своему происхождению, сущности и исторической роли имеет в обществе более глубокую основу, чем все другие массовые организации трудящихся, в том числе и государственные органы. В связи с этим, один из Генеральных секретарей КПСС говорил, что коммунистическая партия возникла и существует не в результате каких-то обязательств законодательного порядка, а ее развитие вызвано обстоятельствами, вытекающими из политических взглядов людей, то есть из положений морального фактора⁶. Данное высказывание как нельзя лучше определяет место и роль КПСС как теоретического и практического руководителя, определяющего и проводящего марксистско-ленинскую политику во всех сферах жизни государства и общества. А в статье 126 Конституции СССР 1936 года, закрепляющей право граждан на объединение, особо

¹ История государства и права Казахской ССР. Часть II / Под общей редакцией члена-корр. АН КазССР С.С. Сартаева. - Алма-Ата: «Мектеп», 1984. - С. 144.

² Теория государства и права. Уч. - М.: Изд-во МГУ, 1972. - С. 287.

³ Теория государства и права. Уч. - М.: Изд-во МГУ, 1972. - С. 287.

⁴ Ямпольская Ц.А. Общественные организации и развитие советской социалистической государственности. - М., 1965.

⁵ Ямпольская Ц.А. Общественные организации и развитие советской социалистической государственности. - М., 1965.

⁶ Беседа Н.С. Хрущева с редактором иностранного отдела английской газеты «Таймс» А. Макдональдом. «Правда», 16 февраля 1958 г.

оговаривалась руководящая роль КПСС: «...Наиболее активные и сознательные граждане из рядов рабочего класса, трудящихся, крестьян и трудовой интеллигенции добровольно объединяются в Коммунистическую партию Советского Союза, являющуюся передовым отрядом трудящихся в их борьбе за построение коммунистического общества и представляющую руководящее ядро всех организаций трудящихся - как общественных, так и государственных».

В этой же статье Конституции перечисляются основные виды общественных организаций: профессиональные союзы, кооперативные объединения, организации молодежи, спортивные и оборонные организации, технические и научные общества.

В советский период Коммунистическая партия практически осуществляла руководство всеми трудящимися через своих членов, работающих в них. Так, в Уставе КПСС прямо определялась важнейшая задача партийного руководства общественными организациями – вовлечение трудящихся в работу этих организаций, развитие самостоятельности и активности масс как необходимые условия перехода от социалистической государственности к коммунистическому общественному самоуправлению. Более того, согласно Уставу, первичные партийные организации производственных и торговых предприятий, совхозов, колхозов, а также просектных организаций, конструкторских бюро, научно-исследовательских институтов, непосредственно связанных с производством, обладали правом контроля над деятельностью администрации.

Самыми массовыми общественными организациями в рассматриваемый период были, пожалуй, профессиональные союзы, поскольку почти каждый рабочий и служащий являлся членом профсоюза.

Профсоюзы в СССР имели широкие права в осуществлении функции управления производством, в вопросах приема и увольнения рабочих и служащих, назначения и смещения руководящих должностных лиц. Они ведали социальным страхованием, участвовали в назначении пенсий органами социального обеспечения, следили за строительством жилищ и участвовали в распределении жилищного фонда, контролировали работу предприятий торговли, общественного питания, коммунального и бытового обслуживания и т.д. С 1969 года в ведение профсоюзов была передана вся система санитарно-курортного обслуживания (кроме туберкулезных санаториев).

Массовое развитие в советский период получи-

ли и молодежные общественные организации, воспитывавшие молодых граждан в духе коммунизма.

Право на объединение закреплялось и в Конституции СССР 1977 года, которая определяла роль общественных организаций как важной составной части политической системы.

Идея политической системы получила свое конституционное закрепление. В преамбуле устанавливалось, что в СССР сложилось «идейное единство советского общества». КПСС отождествлялась с «политической системой развитого социализма». Так, в соответствии со статьей 6 «руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы, государственных и общественных организаций является КПСС, существующая для народа и служащая народу»¹.

Конституция (Основной Закон) Казахской Советской Социалистической Республики от 20 апреля 1978 года в статье 1 провозгласила Казахскую Советскую Социалистическую Республику социалистическим общенародным государством, выражающим волю и интересы рабочих, крестьян и интеллигенции, трудящихся республики всех национальностей. «Вооруженная марксистско-ленинским учением, Коммунистическая партия определяет генеральную перспективу развития общества, линию внутренней и внешней политики СССР, руководит великой созидательной деятельностью советского народа, придает планомерный, научно обоснованный характер его борьбе за победу коммунизма.

Все партийные организации действуют в рамках Конституции СССР»².

Согласно статье 7 Конституции, закреплялись следующие виды общественных объединений: профессиональные союзы, Всесоюзный Ленинский Коммунистический Союз Молодежи, кооперативные и другие общественные организации, которые в соответствии со своими уставными задачами участвуют в управлении государственными и общественными делами, в решении политических, хозяйственных и социально-культурных вопросов.

В стране с одной правящей партией не нужны были равные ей по статусу, способные противостоять оппозиционные объединения, а потому и не осуществлялось законодательной регламентации порядка их образования. Все общественные объединения в значительной мере были огосударствлены, действовали под руководством КПСС без какой-либо законодательной основы, руководствуясь лишь своими уставами.

¹ Конституция СССР 1977 года.

² Конституция КазССР 1978 года.

Впервые законодательное определение общественного объединения появилось в 1990 году. В соответствии с Законом СССР «Об общественных объединениях» от 9 октября 1990 года №1708-1, общественными объединениями признавались политические партии, массовые движения, профессиональные союзы, женские, ветеранские организации, организации инвалидов, молодежные и детские организации, научные, технические, культурно-просветительские, физкультурно-спортивные и иные добровольные общества, творческие союзы, землячества, фонды, ассоциации и другие объединения граждан.

Уже в Законе СССР «Об общественных объединениях» 1990 года был заложен главный принцип соотношения этих двух понятий: объединение — родовое понятие, организация — видовое.

С началом реформирования в 90-х годах прошлого века, когда идея — создание демократического право-

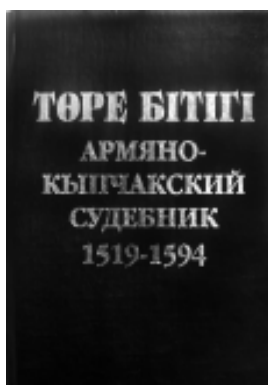
вого государства, гражданского общества — начала воплощаться в жизнь, признание принципа многопартийности стало необходимым и естественным атрибутом демократического государства. Одним из первых шагов на этом пути стала отмена статьи 6 Конституции СССР, закреплявшей роль КПСС как ядра политической системы советского общества. Статьи, гарантировавшие гражданам СССР свободу научного, технического и художественного творчества — только «в соответствии с целями коммунистического строительства» (статья 47), а политических прав и свобод — «в целях укрепления и развития социалистического строя» (статья 50) были сохранены. Таким образом, единственной официально признаваемой оставалась идеология марксизма.

С момента обретения суверенитета и независимости союзных республик коренным образом изменился подход к содержанию правового регулирования статуса общественных объединений.

Автор мақалада қоғамдық бірлестіктерді заңнамалық анықтау туралы, оның түрлері туралы, одақтас республикалардың егемендік және тәуелсіздік алған сәтінен бастап қоғамдық бірлестіктердің мәртебесін құқықтық реттеудің мәніне көзқарастың өзгергені туралы әңгімелейді.

In the article the author speaks about legislative definition of public association, about its kinds, about changes of the approach for the contents of legal regulation of the status of public associations from the moment of a having of the sovereignty and independence of associated republics.

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Кыпчакско-польская версия Армянского Судебника Мхитара Гоша и Армяно-кыпчакский Процессуальный кодекс. Львов, Каменец-Подольский, 1519-1594 / Составители А.Н. Гаркавец, Г.С. Сапаргалиев. Алматы: Дешт и Кыпчак Баур, — 2003. — 792 с.

Адаптация Армянского Судебника 12-13 вв. к новым условиям была выполнена во Львове, и 5 марта 1519 г. Польский король Сигизмунд I Старый утвердил латинский текст Судебника для львовских армян с существенными исправлениями и дополнениями. Перевод на кыпчакский и польский языки сделан тогда же и тоже во Львове. Здесь публикуется армянский оригинал в русском переводе, латинский, кыпчакский и польский тексты Судебника.

Кыпчакский текст подготовлен к печати по трем рукописям, хранящимся во Вроцлаве, Париже и Вене. Наиболее полной из них является вроцлавская рукопись 1523 года, содержащая на 53 дополнительных кыпчакских статей больше, чем парижская 1568 года и венская 1575 года. Поэтому ее авторы и взяли за основу при составлении критического текста.

Глубоко разработанная специальная кыпчакская терминология, примененная в Судебнике и в изначально составленном на кыпчакском языке Процессуальном кодексе 1523-1594 гг., свидетельствует о непрерывности кыпчакской юридической традиции, восходящей к древнетюркской тугриканской эпохе.

Издание памятника имеет целью способствовать развитию казахской и инотюркской юриспруденции на национальной языковой основе.

Р. ӨМІРТАЙ*Абай атындағы ҰПУ Заң факультетінің
конституциялық құқық кафедрасының
аға оқытушысы*

БОСҚЫНДАРДЫҢ ҚҰҚЫҚТЫҚ МӘРТЕБЕСІ

Адам құқығын құрметтеу ҚР-ң Конституциясына сәйкес негізгі қағида болып табылады. Адамның құқықтық мәртебесі ол өмір сүріп жатқан мемлекеттің заңымен берілген құқықтары мен бостандықтары, мәдени, азаматтық, әлеуметтік, саяси, экономикалық құқықтары мен міндеттері арқылы анықталады. Ал, бұл құқықтардың сипаты сол мемлекеттің әлеуметтік-экономикалық және қоғамдық саяси құрылымымен тығыз байланысты сипатқа ие болады. Бұл тұрғыдан алар болсақ, демократиялық режимді таңдаған ҚР-ң Конституциясының екінші бөлімі «Адам және азамат» деп аталады. Бұл бөлімде адам және азаматтардың негізгі құқықтары мен бостандықтары, міндеттері анық айшықталған. Босқын - әуелі шет ел азаматы немесе азаматтығы жоқ тұлға. ҚР-сы Конституциясының 12-бап, 4 тармағына сәйкес: «Конституцияда, заңдарда және халықаралық шарттарда өзгеше көзделмесе, шет елдіктер мен азаматтығы жоқ адамдар Республикада азаматтар үшін белгіленген құқықтар мен бостандықтарды пайдаланады, сондай-ақ міндеттер атқарады» [1.12-бап, 4-тармақ].

Мемлекетіміз халықаралық адам құқығының негізі болып табылатын біршама құқықтық құжаттарға қосылған. Мынадай халықаралық құқықтық құжаттардың босқындар мәртебесін анықтауды өзіндік орны бар:

1. 1948 жылы қабылданған Адам құқығының жалпы декларациясы - бұл тұңғыш рет қудалауға түскен адамның баспана іздеу және баспанаға ие болу құқығын бекіткен құжат. Осы құжатта адамның негізгі құқықтары мен бостандықтары оның қандай мәртебедегі мемлекет аумағында өмір сүріп жатқандығына қарамастан еш шектеусіз қамтамасыз етілетіндігі бекітілген. Сондай-ақ, адамның негізгі әлеуметтік, экономикалық, мәдени құқықтарын адамның саяси және азаматтық құқықтармен байланыстыра отырып анықтаған.

2. Соғыс кезінде азаматтық тұрғындарды қорғау туралы 1949 жылғы қабылданған Женева конвенциясында босқынға қарсы соғысушы мемлекеттегі шет ел азаматы ретінде қарамау керек екендігін бекіткен. Осы мәселе конвенцияның нақты 44, 70-баптарында бекітілген: «...Держава, во власти которой находятся покровительствуемые лица, не должна обращаться с беженцами, фактически не пользующимися покровительством ни одного правительства, как с иностранцами, являющимися гражданами противника, в силу лишь их юридической принадлежности к неприятельскому Государству...».

3. Соғыс кезінде азаматтық тұрғындарды қорғау туралы 1949 жылғы қабылданған Женева конвенциясына 1 қосымша ретінде 1977 жылы қабылданған хаттаманың 73-бабында: «Лица, которые до начала военных действий рассматривались как апатриды или беженцы..., являются лицами, пользующимися защитой..., при всех обстоятельствах и без какого-либо неблагоприятного различия».

4. 1951 жылғы «Босқындардың мәртебесі туралы» конвенция.

5. 1963 жылғы «Нәсілдік шектеудің барлық нысандарын ликвидациялау туралы» БҰҰ-ң Декларациясы.

6. 1967 жылғы босқындар мәртебесіне қатысты хаттама.

7. 1966 жылғы адам құқығының Пактілері: 1.«Экономикалық, әлеуметтік және мәдени құқықтар туралы халықаралық пакт», 2. «Азаматтық және саяси құқықтар туралы халықаралық пакт». Осы құқықтық құжаттарға қосылу негізінде туындайтын міндеттемелерге сәйкес, Қазақстан өзінің адам құқығына арнаған заңдарында негізгі құқықтарды бекітуге тиіс.

Адам құқығын қорғау, өз мемлекетінің тұрғындарына қамқорлық жасау, адам құқығы мен негізгі бостандықтарын бекіту әрбір мемлекеттің ішкі ісі

болып табылады, әрі бұл қатынастар сол мемлекеттің ішкі заңымен реттеледі. Осы тұрғыдан алғанда халықаралық құқық субъектілерінің арасында қалыптасқан, мойындалған мынадай негізгі қағидалар бар: басқа мемлекеттің ішкі ісіне араласпау; мемлекеттердің егемендік теңдігі; әрбір мемлекеттің өз аумағында жоғарғы билігін жүргізуі т.б.

Қазіргі таңда әлемдегі қауіпсіздік пен бейбітшіліктің тұрақтануы үшін мемлекеттердің ынтымақтастығының маңызы өте зор. Босқындардың тууы да осы ынтымақтастықтың басты ережелерінің бұзылуының нәтижесі.

Бейбіт әрі демократиялық жолмен дамуды көздеген Қазақстан да адам құқығы саласында өз міндеттерін ойдағыдай атқарып келеді. Әлі де шешілуі тиіс мәселелер біраз уақытты талап етеді.

Босқындар туралы заңның да пісіп жетілуі уақыт еншісіндегі мәселе. Мемлекетте босқындар мәселесін ғылыми тұрғыда зерттемей тұрып, заң қабылдай салу ақылға қонымсыз мәселе. Сондықтан, бұл еңбек кәдеге жарар деп үміттенеміз.

Ал, қазақстандық ғалым, профессор Сапарғалиев Ғ.С: «жеке тұлғаның конституциялық мәртебе құрылымына мынадай компоненттер кіреді: 1) азаматтық; 2) негізгі құқық, бостандықтар, заңды мүдделер мен міндеттер; 3) құқықтық мәртебенің кепілдіктері», – деп көрсеткен [2. 73-бет]. Босқындар мәртебесін анықтауда Ғ.С. Сапарғалиевтың осы пікірін ескерген жөн.

Азаматтығы тұрғысынан босқын - шет ел азаматы немесе азаматтығы жоқ тұлға болуы тиіс. Ал, босқынға берілетін негізгі құқықтар мен бостандықтар, заңды мүдделер мен міндеттердің өлшемін анықтау мақсатында босқындарға арналған халықаралық, аймақтық құқықтық құжаттар мен Тәуелсіз Мемлекеттер Достастығы (әрі қарай - ТМД) елдеріндегі босқындар мәртебесіне арналған құқықтық құжаттарды, Қазақстандағы босқындар мәртебесіне арналған құқықтық құжаттарды зерттегелі отырмыз.

Қазіргі кезде әлем қауымдастығында босқындардың құқықтық жағдайы босқындардың құқықтық мәртебесімен (статус) анықталады. Бұл атау күнделікті тәжірибеде және құқықтық кеңістікте кеңінен қолданылуда. Заңгер ғалымдар да «статус» атауын орыс және ағылшын тілдерінде кеңінен қолданады, әрі бұл атау босқындар құқығының қайнар көздерінде де қолданылуда. Мәселен, босқындар мәселесін зерттеген әдебиеттерде «мәртебе» атауы орысша - статус, ағылшынша - status атауымен еркін қолданысқа ен-

ген. Тіптен, 1951 жылғы қабылдаған конвенцияның атауында мәртебе сөзі қолданылған: ол - «Босқындар мәртебесі туралы конвенция» деп аталады. Ал, «статус» атауы қазақшаға мәртебе деп аударылады [3. 132-бет].

Ендеше, босқындардың құқықтық жағдайын - босқындар мәртебесі деп атау дәстүрлі қалыптасқан, мойындалған ұғым деп қорытынды жасауға әбден болады.

Біздің осы шығарған қорытындымызға әдебиеттерде бір ғана қайшы пікір кездеседі. Ол Ресейлік босқындар құқығын зерттеуші ғалым В.И.Потаповтың пікірі. Ол құқықтық квалификация тұрғысынан алғанда «статус» термині оны босқындар мәселесінде қолдануда біраз сезік тудырады дейді: «Правовой статус - это установленное нормами международного права положение субъектов международного права, отдельных территорий, различных международных и государственных органов, отдельных категорий лиц и имущества. Например, когда речь идет о правовом статусе отдельных категорий лиц, то подразумевается прежде всего правовое положение дипломатических сотрудников и международных служащих, то есть тех категорий физических лиц, деятельность которых носит с некоторыми оговорками международный характер и не обусловлена спецификой их временного пребывания на территории другого государства».

Положение беженцев, несмотря на все сложности и противоречия, ему присущие, носит временный характер. Поэтому, говоря о положении беженцев в международном праве, было бы правильным называть его не статусом, а режимом» [4. 7-бет].

Босқындардың жағдайын уақытша деп бағалаудың өзі қате екендігі қазіргі кезде мойындалған пікір. Босқындар мәселесі тұрақты сипатқа ие бола бастағандығы себепті 1951 жылғы «Босқындар мәртебесі туралы» Женева конвенциясының шектеулерін жою мақсатында 1967 жылы Хаттама қабылданды. Әрі «статус» атауының орнына «режим» деген атауды қолдану мүлдем сәйкеспейді. Режим - саяси билікті жүзеге асырудың әдіс-тәсілі мағынасын береді. Мәселен, мемлекетті басқару режимі - мемлекетті басқаруда қолданылатын негізгі әдіс-тәсілдерден тұрады. Осы басқару режимінің ерекшелігіне байланысты мемлекеттерде адамның құқықтық мәртебесі әр алуан тұрғыдан танылуы мүмкін.

Ал, босқындар мәселесінің уақытша емес

екендігі туралы пікірді қазақстандық ғалымдар М.А. Сарсембаев пен А. Шарипова да қостайды. Олар: «Однако проблема беженцев в современном международном праве не позволяет говорить о временном характере положения этих лиц. Эта категория лиц нуждается в устойчивом и постоянном правовом статусе, как гарантии прочности своего положения в государстве, предоставившем беженцам данной статус» [5. 14-бет].

Жеке тұлғалардың құқықтық мәртебесін әрбір мемлекет өзінің ұлттық заңымен бірге өзі жасасқан екіжақты және көпжақты келісімдермен анықтайды.

Конституциялық құқық теориясында тұлғаларды мәртебесі бойынша мынадай топтарға бөлуге болады: 1) азаматтар; 2) шет ел азаматтары; 3) қос азаматтығы бар тұлғалар-бипатридтер; 4) азаматтығы жоқ тұлғалар-апатридтер (аполидтер) - олар қандай да бір мемлекеттің азаматы екендігін заңды тұрғыдан дәлелдей алмайтын тұлғалар.

Азамат ұғымы ежелгі кезден-ақ белгілі. Ол кезде тек еркін адамдар ғана азамат деп танылған. Азамат белгілі мемлекеттің азаматтығына ие болған, сол мемлекетпен тұрақты саяси-құқықтық қатынастағы адам.

Ал, шет ел азаматы - өзі азаматы болып табылмайтын мемлекетте тұрақты немесе уақытша тұрып жатқан, қолында басқа мемлекеттің азаматы екендігін заңды түрде дәлелдейтін құжаты бар тұлға.

Әр мемлекет өзінің билігіндегі аумағына және онда өмір сүріп жатқан тұрғын халқына қатысты құқықтық ережелерді бекітеді. Осы ережелер арқылы ондағы тұрғындардың, яғни жеке тұлғалардың құқықтық мәртебесі анықталады.

Адамның белгілі бір мемлекеттің аумағында өмір сүруі мемлекет пен сол адамның арасындағы фактілі байланысты білдіреді. Осындай байланыс аясында мемлекет пен онда өмір сүріп жатқан адамдар арасында құқықтық байланыс орнайды. Ол құқықтық байланыс мемлекеттің дербес билігі арқылы тұлғаға берген құқықтар мен бостандықтарды, өзара міндеттерді анықтай түседі. Мұндай құқықтық байланыс тұлға мен мемлекет арасындағы құқықтық қатынастарды реттейтін негізгі құқықтық құжатта бекітіледі. Мәселен: Конституцияда, заңдарда, заңға сәйкес актілерде т.б.

Азаматтық - тұлға мен мемлекет арасындағы мықты, тығыз саяси-құқықтық байланысты білдіреді. Азаматтық арқылы мемлекет пен тұлға

арасында өзара құқықтар мен міндеттер туындайды.

Босқындар мәртебесі оны қабылдаушы мемлекеттің ұлттық заңымен және сол мемлекет бекіткен екіжақты және көпжақты келісімдермен анықталады. Мысалы, Америка құрама штатында «Босқын туралы» заң 1980 жылы қабылданған. Ресейде «Босқындар туралы» заң 1993 жылы 19 ақпанда қабылданған.

Босқын мәртебесін беру босқындар мәселесінің түпкілікті шешімі болып табылмайды. Босқын деп тану оны қабылдаушы мемлекет пен босқын арасында белгілі құқықтар мен міндеттерді туғызады.

Босқындар мәселесін түбегейлі шешудің жолдары мынадай: 1) репатриациялау - егер босқын қашқан мемлекетте оның басына төнген қауіп түп тамырымен жойылған болса; 2) босқынға азаматтық беру шарасы, яғни адаптациялау. Босқындарға азаматтықты беру натурализация жолымен жүзеге асады. Мұндай мүмкіндік көптеген елдердің заңдарында қарастырылған. Сондықтан, Қазақстан өзінің «Босқындар туралы» заңын жасау кезінде бұл мүмкіншілікті ойластырғаны да жөн. Бұл мүмкіндікті жүзеге асыру үшін жалпы алғанда мынадай шарттар қойылуы мүмкін: а) Қазақстанда белгілі мерзімде тұрақты өмір сүру, мәселен үш, бес немесе он жыл; ә) мемлекеттік тілді білу. Бұл қазіргі кездегі мемлекеттік тілдің мәртебесін жоғарылату туралы мемлекет саясатына қосқан үлес болар еді; б) қоғамдық тәртіпті өрескел бұзбау т.б.

Апатридтердің босқын болу мәселесі 1954 жылғы 28 қыркүйектегі «Апатридтердің мәртебесі туралы» конвенцияда және 1951 жылғы «Босқындар мәртебесі туралы» конвенцияда өзара ұқсас ережелер арқылы реттелген. «Апатридтердің мәртебесі туралы» конвенцияға сәйкес: «апатридтер дегеніміз - қандай да бір мемлекеттің заңына сәйкес азамат болып қарастырылмайтын тұлға» [6.1-бап, 1 тармақ].

Тұлға өзінің әдеттегі азаматтығын жоғалтып, одан кейін ешқандай мемлекеттің азаматтығына ие болмаса да апатрид бола алады. Азаматтықты жоғалту себебі тұлғаның өз бастамасымен, немесе сот және басқа да құзіретті органдардың шешімі арқылы, не автоматты түрде күшін жоюы, не азаматтық қатыстылығы бар мемлекеттің жойылуы нәтижесінде жүзеге асуы мүмкін.

Қорыта келер болсақ, босқындардың құқықтық мәртебесі әр мемлекеттің ұлттық заңымен және сол мемлекет бекіткен немесе қосылған, ратифи-

кациялаған екіжақты және көпжақты келісім шарттар мен халықаралық құқықтық құжаттармен анықталады.

Босқындардың құқықтық мәртебесі дегеніміз - мемлекеттің ұлттық заңы мен сол мем-

лекет бекіткен халықаралық құқықтық құжаттарға сәйкес босқындарға арнап бекітілген құқықтар мен бостандықтардың, заңды мүдделер мен міндеттердің, оларға берілетін кепілдіктердің жиынтығы.

Қолданылған әдебиеттер

1. ҚР-ң Конституциясы, 1995 ж. 30 тамызда қабылданған, 1998 жылғы, 2007 жылғы өзгертулер мен толықтыруларды қоса алғанда.
2. Сапарғалиев Ғ.С. Қазақстан Республикасының Конституциялық құқығы. - Алматы: Жеті жарғы, 2004.
3. Заң терминдерінің қазақша-орысша және орысша-қазақша сөздігі. Құрастырған Н.О. Дулатбеков және т.б. - Алматы: Жеті жарғы, 1995.
4. Потапов В.И. Беженцы и международное право. – Москва: «Международные отношения», 1986.
5. Сарсембаев М.А., Шарипова А.А. Статус беженцев в казахстанском и международном праве: учебное пособие. – Алматы: «Данекер», 2002.
6. «Апатридтердің мәртебесі туралы» конвенция. 1954 жылғы 28 қыркүйектегі.

В статье рассматриваются точки зрения о правовом положении беженцев в международных правовых документах – статус это или режим? Автор говорит о сложностях и противоречиях, присущих положению беженцев.

In the article it is examined the points of view about legal situation of the refugees in the international legal documents – is that status or mode? The author speaks about difficulties and contradictions relating to the situation of the refugees.

* * * * *

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Иоффе О.С.

Гражданское законодательство Республики Казахстан. Размышления о праве: Научное издание. – Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2002. - 72 с.

Данный труд представляет собой своеобразное введение к изучению права. Читатель встретится здесь как с достаточно известными и простыми для профессионального юриста, но чрезвычайно важными для начинающего познавать идеи права истинами, так и со сложными постулатами юриспруденции, уяснение которых требует определенной подготовки.

Е.Б. ЖОЛАТаспирант КазГУ им. аль-Фараби,
кафедра конституционного права**БОРЬБА С КОРРУПЦИЕЙ – ДОЛГ КАЖДОГО КАЗАХСТАНЦА**

Очень часто слышишь, как Конституцию Республики Казахстан называют Основным законом нашего государства, а содержащиеся в ней права и обязанности граждан – основными правами и обязанностями гражданина. Существование термина «основной» само по себе имеет принципиальное значение по следующей причине.

В литературе рассматривают два критерия для выделения основных обязанностей. Р. Верушевский пишет: «Для выделения основных обязанностей предлагаются так называемые материальный и формальный критерии. Под материальным критерием понимается важность и значение отдельных обязанностей с точки зрения общественных и личных интересов. А формальным критерием является факт включения какой-либо обязанности в конституцию». При этом автор ссылается на польского ученого Ф. Симиенского¹. Вместе с тем, как отмечает З. Кендзя, возможен и другой подход. «Он заключается в том, чтобы название «основные» для прав, свобод и обязанностей применять исключительно в отношении тех, которые закреплены конституционными нормами»². Думаю, что не следует соглашаться с этим и надо принять еще одну точку зрения, согласно которой формальный критерий применяется для определения конституционных обязанностей, а для определения основных обязанностей используется материальный критерий. «Понятие «основные права и обязанности» шире понятия «конституционные права и обязанности», так как к основным относятся все права и обязанности, регулирующие наиболее важные отношения между личностью и обществом, гражданином и государством. Главные закреплены в Конституции, но целый ряд жизненно важных – в текущем законодательстве»³.

Следовательно, понятия конституционных обязанностей граждан и основных обязанностей граждан различны, причем категория основных обязанностей охватывает категорию конституционных, поскольку факт включения тех или иных обязанностей в Конституцию не всегда свидетельствует о важности и значении данной обязанности для личности, общества и государства.

Этот вывод, в свою очередь, позволяет нам прийти к следующему: существование в отраслевом законодательстве основных обязанностей является основанием для включения их в Конституцию, поскольку отраслевые нормы нужны не только для конкретизации норм Конституции (в том числе и норм, содержащих обязанности граждан), в некоторых случаях они способствуют появлению новых конституционных норм, в том числе путем перерастания отраслевой нормы в конституционную. «Роль же остальных компонентов правовой системы в правовом развитии иная, – утверждает М.Т. Баймаханов. – Они воплощают общие положения Конституции (в том числе программные) в систему конкретных институтов и норм и тем самым наполняют их конкретным содержанием. Их главная задача – осуществить то, что закреплено Конституцией. Однако не всегда они ограничиваются теми задачами, которые обозначены Конституцией. Иногда, выйдя за их рамки, они сами ставят многие важные задачи. Те из них, которые имеют принципиальное значение для государства (особенно если они способствуют поступательному развитию общества), Конституция впоследствии вводит в свой состав. Такой участи удостоиваются не все, а только отдельные положения текущего законодательства. Обогащая Конституцию, они как бы поднимаются в своей значимости рангом выше»⁴.

¹ Верушевский Р. Конституционные обязанности – неотъемлемый элемент правового статуса личности при социализме. – В кн.: Конституционный статус гражданина / Отв. ред. член-корр. АН СССР Б.Н. Топорнин. – М.: Наука, 1989. – С. 172.

² Кендзя З. Система конституционных прав, свобод и обязанностей граждан. – В кн.: Конституционный статус гражданина. – М.: Наука, 1989. – С. 40.

³ Шмайлова Л.П. По закону страны Советов (Конституция СССР о правовом положении личности). – Новосибирск, 1979. – С. 11–12.

⁴ Баймаханов М.Т. Об этапах становления и развития правовой системы независимого Казахстана. – В кн.: Правовое развитие Казахстана за 10 лет государственной независимости: материалы научно-практической конференции. – Астана: Институт законодательства РК, 2002. – С. 56–57.

Таким образом, вводя понятие «основной» применительно к правам и обязанностям, ученые тем самым пытаются выделить из общей массы прав и обязанностей те, которые к настоящему времени для настоящего общества приобрели принципиальное значение. Поэтому такие основные права и обязанности необходимо включать в состав Конституции Республики Казахстан.

На наш взгляд (и, наверное, на взгляд многих наших соотечественников), борьба с коррупцией приобрела важное значение как для общества и государства, так и для каждой отдельной личности. В этой связи считаем, что Конституция Республики Казахстан должна содержать норму, регулирующую отношения в этой сфере. При этом эта норма должна быть обязывающей по следующим причинам.

Коррупция – бич нашего общества, и только само общество может победить ее. Поскольку именно мы, рядовые члены общества, должны противодействовать ей и бороться с ней. Тогда как у нас получается наоборот: члены общества, обнаруживая факты коррупции, умалчивают об этом, а иногда и сами выступают в роли провокатора коррупции, предлагая взятку или другое вознаграждение.

Коррупция имеет разные формы своего проявления. Если в ряде случаев чиновники сами вымогают для себя материальные выгоды, то в некоторых физические и юридические лица сами являются инициаторами предоставления таких выгод. Во избежание подобных случаев полагаем необходимым ужесточить юридическую ответственность для таких инициаторов, но не только для них. Необходимо также установить ответственность и для тех, кто идет на поводу у чиновников-вымогателей и выполняет их «просьбы» по предоставлению материальных выгод. Потому что и в том и в другом случаях мы сами развращаем чиновников, а это уже, как нам кажется, является преступлением, так как тем самым подрывается авторитет государства и его органов.

Учитывая изложенное, считаем, что Конституция Республики Казахстан должна содержать следующие положения:

1. Борьба с коррупцией – долг каждого гражданина Республики Казахстан вне зависимости от его социального или служебного положения. Каждый в меру своих сил и возможностей должен противодействовать коррупции.

2. Лицо, сообщившее о факте коррупционного правонарушения или иным образом оказывающее содействие в борьбе с коррупцией, находится под защитой государства. Государственные органы и должностные лица, осуществляющие борьбу с коррупцией, должны прилагать все усилия к тому, чтобы лица, оказывающие содействие в борьбе с коррупцией, не испытывали неудобств, связанных с раскрытием и расследованием коррупционного правонарушения.

То есть нам необходимо, чтобы нормы Конституции, содержащие обязанности граждан, были четко сформулированы, задавали конкретное направление для развития отраслевого законодательства, не подлежали двоякой трактовке. По словам М.Т. Баймаханова, «Конституция как бы проецирует направление правового развития. Поэтому чем правильнее определен в Конституции «вектор» правового развития, тем успешнее решение его конкретных задач. И, наоборот – из-за ошибочного выбора Конституцией направлений последующего правового развития страны возможны недостатки в конструировании тех или иных вариантов правового регулирования общественных отношений. В этом смысле особенно возрастает значение программных положений Конституции, при формулировании которых следует исходить не из произвольных соображений, а из обоснованных научных прогнозов»¹.

Наличие в Конституции Республики Казахстан указанного выше пункта 1 условной статьи означало бы, что каждый гражданин осознавал бы свой долг перед государством. Кроме того, это придавало бы высокую значимость борьбе с коррупцией, она стала бы не только государственным делом, но делом всего народа, стала бы национальной идеей. Это означало бы, что борьба с коррупцией является незыблемой ценностью всего общества. Это стимулировало бы народ на борьбу с ней. Поскольку, как отметил вице-министр юстиции Куставлетов Д.Р., только увеличивая активность граждан и их объединений, направленных на совместную с государством борьбу с коррупцией, можно добиться реальных результатов, позволяющих обеспечить рост благополучия и процветания всего общества и укрепления имиджа нашей страны на мировой арене².

Кроме того, пункт 1 условной статьи Конституции позволил бы пересмотреть законодательство в сфере ответственности за коррупционные

¹ Баймаханов М.Т. Об этапах становления и развития правовой системы независимого Казахстана. – В кн.: Правовое развитие Казахстана за 10 лет государственной независимости: материалы научно-практической конференции. – Астана: Институт законодательства РК, 2002. – С. 56–57.

² Юридическая газета. – 26.06.2008 г. №96. – С. 1.

преступления. На наш взгляд, ответственность за предоставление чиновникам каких-либо материальных выгод необходимо ужесточить. Каждый, кто дает взятки, должен отвечать по всей строгости закона, вне зависимости от того, стал ли он жертвой вымогательства или сам выступал инициатором предоставления чиновнику взятки. В данном случае личные интересы не должны быть выше общественных. Именно с целью уравнивания интересов личности, общества и государства законодателем устанавливаются обязанности. Поэтому каждый раз, когда мы нарушаем обязанность по борьбе с коррупцией, мы нарушаем интересы как государства и общества, так и частные интересы. И именно по этой причине коррупция является одним из наиболее опасных преступлений. Следовательно, и ответственность за такое преступление должна быть высокой.

Наличие же пункта 2 условной статьи в Конституции Республики Казахстан имело бы под собой несколько иной смысл, но также способствовало борьбе с коррупцией. Целью данного пункта является наложение дополнительных обязанностей на государственные органы и должностных лиц для облегчения исполнения гражданами долга по борьбе с коррупцией.

Во-первых, оперативно-розыскная деятельность, следствие и судебный процесс обязывают граждан, участвующих в них, претерпевать ряд процессуальных действий. Например, таких, как дача свидетельских показаний, очные ставки, следственные эксперименты и тому подобное. Эти процессуальные действия, в свою очередь, влекут за собой отрыв от работы и других дел. Поэтому иногда граждане во избежание траты времени не хотят связываться с правоохранительными и судебными органами. Тем более, если совершенный коррупционный проступок или преступление никоим образом не задевает и не умаляет их прав. Государство же, наоборот, заинтересовано в том, чтобы граждане сообщали о фактах коррупции, которая имела место как в отношении самих граждан, так и в отношении других физических и юридических лиц или в отношении самого государства. В этой связи мы считаем, что Конституция Республики Казахстан должна гарантировать, что граждане, известившие государство о фактах коррупции, не будут каким-то образом отвлечены от собственных дел. Для этого в отраслевом законодательстве должны быть предусмотрены такие нормы, которые обязывали бы правоохранительные органы самим находить и опрашивать граждан по месту их жительства или работы. Думаем, что

наложение таких дополнительных обязанностей на сотрудников правоохранительных органов не вызовет никакого отрицательного эффекта в их среде, поскольку они борются с коррупцией, которая разъедает наше с вами общество и государство. В свою очередь, освобождение простых граждан от неоднократного хождения по кабинетам и ожидания привлечет большее число граждан на сторону борцов с коррупцией.

Во-вторых, защита государства означала бы отсутствие возможности у чиновника-коррупционера узнать, кто сообщил о факте коррупции. А это означает, что он лишился бы возможности каким-то образом влиять на жизнь этого человека. На наш взгляд, чиновник, подозреваемый в совершении коррупционного правонарушения, никогда не должен узнать о том, кто сообщил о фактах коррупции. Тем более, он не должен узнать об этом на стадии расследования, поскольку до вступления решения суда в законную силу, в некоторых случаях до предъявления обвинения, он обладает теми же полномочиями, что и до начала следствия и может причинить немало неприятностей лицу, которое сообщило о факте коррупции.

Кроме того, это означало бы, что в законодательство о порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц необходимо было бы внести некоторые коррективы. В частности, такие, которые запрещали бы органам и должностным лицам, рассматривающим жалобу, сообщать о поступившей жалобе лицу, в отношении которого она поступила. Поскольку поступившая жалоба может быть основанием для возбуждения уголовного или административного дела по коррупции. Это является острой необходимостью, поскольку в последнее время должностными лицами, уполномоченными на рассмотрение жалоб, как правило, запрашивается объяснительная, а вместе с запросом направляется ксерокопия жалобы. На наш взгляд, лицо, к которому поступила жалоба, должно сначала решить, имело ли место нарушение закона, а уже потом на основании собственного решения запрашивать объяснительные. Хотя и в этом нет необходимости, поскольку если имеются нарушения закона, то необходимо применять меры, а для этого необходимо направлять материал уполномоченным на то лицам. Последние, в свою очередь, запросят объяснительные, так как им необходимо узнать, виновно ли лицо. Другим же должностным лицам, не состоящим на службе в правоохранительных и судебных органах, не дано полномочий устанавливать вину, поэтому и запрашивать объяснительные они не имеют права.

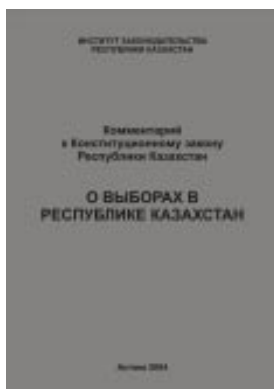
В завершении хотелось бы изложить мнение одного ученого, писавшего о перечне прав и обязанностей гражданина, содержащихся в Конституции. «Объем перечня прав, свобод и обязанностей граждан зависит от многих факторов, - пишет З. Кендзя¹, - в частности, от уровня развития данного общества, его потребностей и возмож-

ностей, традиций и т.д.». Так, давайте же, казахстанцы, покажем другим странам и вообще всему мировому сообществу, что мы достигли достаточно высокого уровня развития, имеем сильную потребность и большие возможности для борьбы с коррупцией.

Мақала авторы қоғам мен мемлекет үшін сияқты әрбір жеке тұлға үшін де маңызды мәнге ие болып отырғандықтан сыбайлас жемқорлыққа қарсы күрес саласы қатынастарын реттейтін нормалар Қазақстан Республикасының Конституциясында қамтылуға тиіс деп есептейді.

The author of the article considers that the Constitution of the Republic of Kazakhstan should contain norm regulating the attitudes in a sphere of struggle with corruption, as it has got the important meaning both for a society and state and for each separate person.

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Комментарий к Конституционному закону Республики Казахстан «О выборах в Республике Казахстан» / Коллектив авторов. – Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2004. – 392 с.

Для независимого Казахстана проблемы выборного законодательства представляются весьма актуальными в свете построения демократического государства. С момента принятия Конституционный закон «О выборах в Республике Казахстан» неоднократно подвергался изменениям и дополнениям, направленным на совершенствование избирательной системы.

Настоящее издание представляет собой постатейный комментарий и материал к действующему Конституционному закону Республики Казахстан «О выборах в Республике Казахстан».

Текст Конституционного закона приводится по состоянию на 1 сентября 2004 года.

Комментарий предназначен для круга читателей, интересующихся выборным законодательством.

¹ Кендзя З. Система конституционных прав, свобод и обязанностей граждан. – В кн.: Конституционный статус гражданина. – М.: Наука, 1989. – С. 46–49.

К.М. ИЛЬСОВА

главный научный сотрудник
Института законодательства РК,
доктор юридических наук

ОСОБЕННОСТИ И ВОПРОСЫ КОНДОМИНИУМА КАК ФОРМЫ СОБСТВЕННОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Идеи кондоминиума в мировой практике в связи развитием городов и многоквартирным жилищным строительством имеют большое распространение. Однако понятие «кондоминиум» в разных правовых системах имеет разное значение. В одних странах кондоминиумом называются объединения (ассоциации) собственников в многоквартирных жилых домах, в других – имущественный комплекс¹. В законодательстве Казахстана понятие «кондоминиум» имеет иное содержание. Впервые оно было введено в законодательство Указом Президента РК, имеющим силу Закона, от 22 декабря 1995 г. «О земле» (далее – Указ о земле), согласно которому кондоминиум признавался формой собственности на недвижимость, при которой отдельные части недвижимости, в том числе отдельные земельные участки, находятся в индивидуальной собственности граждан, юридических лиц и (или) государства, а те части недвижимости, которые не находятся в раздельной собственности (неделимый земельный участок при доме, земля общего пользования), принадлежат собственникам частей недвижимости на праве общей собственности (пп. 1 ст. 1).

В последующем указанное понятие было предусмотрено в Законе РК от 16 апреля 1997 г. «О жилищных отношениях» (далее – Закон о жилищных отношениях) и в п. 6 ст. 209 ГК РК. Из определений, данных в указанных законах, также следует, что кондоминиумом признается особая форма собственности на недвижимость как единый имущественный комплекс.

Таким образом, по законодательству Казахстана кондоминиум – это особая форма собственности, при которой сочетаются раздельная собственность на квартиры и иные помещения и общая собственность на места общего пользования, в том числе на земельный участок.

Конституция РК различает государственную

и частную собственность. В этой связи могут возникнуть сомнения, связанные с определением кондоминиума как формы собственности. Конституция РК не относит государственную или частную собственность к формам или видам собственности. Основанием для указанной классификации является субъект права собственности. Критерием выделения кондоминиума, как формы собственности, является не субъект права собственности, а иные основания. Так, согласно казахстанскому праву, кондоминиум представляет собой понятие, которое характеризует сочетание в одном имущественном комплексе раздельной (индивидуальной) собственности на отдельные объекты с общей собственностью на общее имущество. В этой связи противоречий с Конституцией не возникает. Вместе с тем считаем, что понятие кондоминиума требует уточнения. Во-первых, в объекте кондоминиума возникают не одно, а два и более отношений собственности по поводу каждого раздельного имущества, и, во-вторых, отношения между всеми участниками – по поводу общего имущества (земельного участка, подвала, крыши, лестничной площадки т.д.). В этой связи вряд ли правомерно множество отношений собственности рассматривать как одну форму собственности. Для кондоминиума характерно сочетание раздельной (индивидуальной) и общей собственности в одном имущественном комплексе. Поэтому указанным понятием, на наш взгляд, было бы правильнее назвать сам имущественный комплекс, в котором есть объекты раздельной собственности для удовлетворения раздельных (индивидуальных) потребностей в жилище и нежилых помещениях (гаражи, офисы и т.д.) и объекты общей собственности, служащие для удовлетворения общих нужд участников (земельные участки, подъезды, лифты, фундамент, крыша и т.д.).

¹ Крашенинников П.В., Маслов Н.В. Кондоминиумы. Общая собственность в многоквартирных домах. – М.: Спарк, 1995. – С. 26-31.

Несмотря на то, что в современный период понятие «кондоминиум» в зарубежных странах обычно используется не для обозначения особой формы собственности, среди зарубежных исследователей также есть сторонники понимания кондоминиума как формы собственности. Так, С.Батлер рассматривает кондоминиум в качестве формы собственности, которая объединяет в себе (имеет содержанием) право собственности на индивидуально определенные вещи (квартиры в многоквартирном жилом доме) и доли в праве общей собственности каждого из названных собственников на общее имущество (крышу, стены, лестничные площадки и т.п.)¹. Существует и другая точка зрения, противоречащая официальной концепции кондоминиума. Австрийский ученый Г.Колер, анализируя национальный Закон «О собственности на квартиру», приходит к выводу о том, что квартира представляет собой «предоставленное собственнику недвижимости вещное право на исключительное использование отдельной квартиры или иного помещения и на единоличное распоряжение этой квартирой (помещением), то есть это не право собственности на реальную часть дома, а совместная собственность на всю недвижимость (например, на 1/50 дома), связанная с правом использования этой квартиры и распоряжения ею»². Установление объекта раздельного (индивидуального) права в многоквартирных жилых домах является одним из наиболее важных вопросов кондоминиума. Определение пределов «персонального владения», как отмечалось в литературе, очень важно с точки зрения страхования недвижимости, несения риска повреждения, ответственности за ущерб, причиненный общему имуществу. Например, в США в ряде штатов правомочия собственника распространяются на внутреннее пространство помещения, ограниченное слоем штукатурки, при этом наружные стены, потолок и пол считаются частями общих мест»³.

Многоквартирный жилой дом является физическим объектом, но является ли он единым объектом права - это другой вопрос. Если следовать теории, которой придерживается Г. Колер, многоквартирный жилой дом одновременно выступает как физический объект и как единый объект права. На наш взгляд, на один объект права может быть только одно право собственности. На часть объекта права не может быть самостоя-

тельного права собственности. Концепция вещных прав признает объектом вещного права только индивидуально-определенную вещь. Часть же дома не может быть признана индивидуально определенной вещью. Идентификация такого объекта очень затруднительна. Доля определенной вещи (1/50, 1/49, 1/30 и т.д.) не может служить достаточным критерием для индивидуализации объекта, в то время как параметры квартиры определены (кадастровый номер, местоположение, площадь и т.д.). Изложенное, на наш взгляд, является обоснованием признания объектом права собственности в многоквартирных жилых домах не части дома, а только квартиры. Под помещением в Казахстане признается, в частности, отдельное внутреннее пространство в жилом доме (жилом здании). Границами помещения являются внутренние неотделанные поверхности стен, пола и потолка (междуэтажных перекрытий) помещения (ст. 2 Закона о жилищных отношениях).

В связи с изложенным, полагаем, что в Законе Республики Казахстан «О долевом участии в жилищном строительстве» от 7 июля 2006 года №180 (далее – Закон о долевом участии) одним из наиболее неудачных является определение предмета договора о долевом участии в жилищном строительстве. В частности, в п. 5 ст. 1 и иных статьях Закона предмет договора обозначен термином «доля в жилом здании» (ст.ст. 7, 9, 11, 12, 14, 17). В соответствии с п. 5 ст. 1 Закона о долевом участии, доля в жилом здании — входящее в состав построенного жилого здания по договору долевого участия в жилищном строительстве жилище, передаваемое дольщику по передаточному акту.

На наш взгляд, доля в жилом здании и жилище - это два разных объекта гражданских правоотношений и не могут быть использованы в одном значении. Дольщик заинтересован в приобретении не доли в жилом здании, а жилища, которое имеет индивидуальные определенные признаки (площадь, местоположение и др.) Что же касается доли в жилом здании, то она, если она не выделена в натуре, не имеет индивидуально определенных признаков. Более того, в результате передачи доли у дольщика не может возникнуть права частной собственности на жилище, поскольку это два разных объекта гражданских прав.

В связи с изложенным, мы предлагаем в п. 5

¹ Батлер С. «Кондоминиум» как форма собственности на недвижимость // Вопросы экономики. - 1993. - №7. - С. 142-150.

² Жилищная политика местных властей: уроки западноевропейского опыта и реформ в России. - СПб., 1998. - С. 69.

³ Городов О.А. Жилищное право. Учебное пособие. - М.: Юрайт, 2001. - С. 84.

ст. 1 Закона о долевом участии вместо понятия «доля в жилом здании» дать определение понятия «жилище» или «предмет договора о долевом участии в жилищном строительстве». В ст.ст. 7, 9, 12, 14, 17 Закона слова «доля в жилом здании» заменить на слово «жилище».

Понятие «кондоминиум» применяется чаще всего в отношении многоквартирных жилых домов. Однако анализ показывает, что аналогичные отношения возникают не только в жилых домах, но и в других зданиях, части которых находятся в индивидуальной собственности (ином общем вещном праве), а другие части (места общего пользования) - в общей. В связи с этим по законодательству Казахстана в кондоминиальных отношениях вступают собственники дач, гаражей, офисов и других помещений, которые, помимо отдельного имущества, приобретают в имущественном комплексе общее имущество для удовлетворения общих нужд. В здании, в котором расположены несколько офисов, общим имуществом, как и в жилищных кондоминиумах, являются крыша, фундамент, лестницы, земельный участок и т.д. Несколько специфичен состав общего имущества в дачных и гаражных кондоминиумах. В основном таким общим имуществом являются земельные участки, предназначенные для удовлетворения общих потребностей, в частности, это общие дороги. Но если несколько гаражей находятся на одном земельном участке и объединены общими стенами, состав общего имущества расширяется.

С момента введения в законодательство РК понятия «кондоминиум» правовое регулирование кондоминиума претерпело некоторые изменения, которые мы оцениваем как позитивные.

1. В совершенствовании отношений в объекте кондоминиума значительная роль принадлежит Закону РК от 21 января 2001 г. «О земле» (далее - Закон о земле), нормы которого о кондоминиуме были продублированы в Земельном кодексе РК. В правовом режиме земельного участка, входящего в состав объекта кондоминиума, произошел ряд изменений, которые соответствуют мировым тенденциям регулирования кондоминиальных отношений и позволяют разрешить возникающие между участниками конфликты. В настоящее время земельным законодательством допускается предоставление в отдельную собственность земельного участка при здании (строении, сооружении) в случаях необходимости обеспечения технологических и иных нужд функционирования нежилых помещений при условии, что этот земельный участок будет расположен вне конту-

ра здания (строения, сооружения) и его использование не будет противоречить условиям эксплуатации участка, входящего в состав объекта кондоминиума, а также санитарно-гигиеническим, экологическим, противопожарным, строительным и другим нормам (п. 3 ст. 62 ЗК РК). Кроме того, пунктом 1 ст. 62 ЗК РК предусмотрено, что с письменного согласия всех участников кондоминиума допускается деление земельного участка, входящего в состав объекта кондоминиума, при условии соблюдения санитарно-гигиенических, экологических, противопожарных, строительных и других норм. Из изложенного следует, что возможно установление раздельной собственности не только на земельный участок, который прилегает к зданию и находится за контурами его фундаментами, но и на земельный участок, который находится под фундаментом при соблюдении установленных требований.

2. В прежнем и новом законодательстве доля в общей собственности в объекте кондоминиума признается идеальной (п. 2 ст. 26 Указа о земле, п. 2 ст. 45 Закона о земле, п. 2 ст. 62 ЗК РК). Это ставило под сомнение возможность признания такой доли реальной в праве пользования. Между тем, на наш взгляд, идеальный характер доли в праве собственности не исключает реальный характер доли в праве пользования. Доля и в праве собственности, и в праве пользования должна признаваться идеальной только в тех случаях, когда общее имущество в силу своего назначения не может находиться в раздельном пользовании (лестничные площадки, лифты, земельный участок под домом и т.д.). Если же общее имущество при идеальном характере доли в праве собственности может находиться в раздельном пользовании, доля в праве пользования становится реальной. В частности, зачастую на практике подвалы, хозяйственные постройки при доме и даже земельные участки, прилегающие к дому, передаются в раздельное пользование отдельных участников кондоминиума. Данное положение нашло прямое отражение в ЗК РК. В частности, в п. 2 ст. 62 установлено, что порядок пользования земельным участком, расположенным вне (за пределами) фундамента здания, определяется соглашением участников кондоминиума с условием соблюдения общественных интересов, санитарно-гигиенических, экологических, противопожарных, градостроительных и других норм. Например, считаем, что земельный участок, прилегающий к дому, может быть отведен для парковки автомобилей

или для разведения огорода, если это соответствует интересам всех участников кондоминиума, а также строительным, пожарным, санитарно-гигиеническим и другим общим правилам и запретам. Причем каждая квартира может получить свою «долю». ЗК РК решает юридическую судьбу только земельного участка, допуская его раздельное пользование в определенных случаях. Но нормы земельного закона не могут быть автоматически применены к иному общему имуществу. Между тем такое общее имущество, как подвалы, давно уже стали объектом раздельного пользования участников кондоминиума. В связи с изложенным считаем, что все вопросы кондоминиума требуют разрешения в специальном законе.

3. Одним из наиболее важных положений законодательства о кондоминиумах, явившегося результатом его совершенствования, является, на наш взгляд, расширение понятия кондоминиума. До принятия Закона о земле под кондоминиумом понималась только форма собственности. При принятии Закона о земле было предусмотрено, что кондоминиум - это форма собственности (иного права). Данное положение противоречит п. 6 ст. 209 ГК РК, из которого вытекает, что субъектами отношений в кондоминиуме признаются только собственники помещений. Между тем при определении круга таких субъектов необходимо исходить из того, на ком лежат обязанности, связанные с обладанием имуществом, входящим в состав объекта кондоминиума. Как правило, такие обязательства (по уплате налогов и содержанию общего имущества) несет собственник имущества. В частности, при сдаче помещений в аренду субъектом ответственности за выполнение соответствующих имущественных обязанностей, как правило, признается собственник, а не арендатор (ст. 36 Закона о жилищных отношениях). Вместе с тем в некоторых случаях такие обязанности и, соответственно, ответственность, возлагаются не на собственников, а на субъектов иных вещных прав. В частности, государственные юридические лица, имеющие в оперативном управлении или хозяйственном ведении помещения, входящие в состав объекта кондоминиума, сами несут такие обязательства. Аналогичные отношения возникают с участием негосударственных учреждений. Во всех перечисленных случаях субъектами налоговых обязательств и обязательств, связанных с содержанием общего имущества, признаются не собственники, а субъекты права хозяйственного ведения или опе-

ративного управления. В домах государственного жилищного фонда бремя содержания мест общего пользования несут наниматели, а не собственник.

В связи с изложенным, распространение норм о кондоминиуме на отношения с участием субъектов иных вещных прав (права хозяйственного ведения, права оперативного управления, а в соответствующих случаях – права пользования) считается обоснованным. Кроме того, определение понятия «участник кондоминиума» также считаем необходимым. Закон упоминает такое понятие (п. 2 ст. 32 Закона о жилищных отношениях), но не определяет его содержания. Между тем установление круга таких субъектов является чрезвычайно важным, поскольку они являются обладателями как прав, так и обязанностей, связанных с общим имуществом. Например, определение состава участников кондоминиума важно не только для установления обязанного лица, но при определении круга лиц, которые могут участвовать при формировании органа управления объекта кондоминиума. Исходя из изложенного, считаем, что участниками кондоминиума из лиц, не являющихся собственниками, являются субъекты права оперативного управления или хозяйственного ведения, а также наниматели, если на основании законодательного акта или договора они имеют права и на них возложены обязанности, связанные с общим имуществом, в том числе права по его управлению.

В связи с изложенным полагаем, что понятие «кондоминиум» в п. 6 ст. 209 ГК РК необходимо расширить.

4. В связи с принятием Закона РК от 26 июля 2007 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее – Закон о регистрации прав на недвижимость) по вопросам регистрации объекта кондоминиума в законодательство был внесен ряд изменений. В первую очередь, это касается вопроса о субъектах, которые вправе подать заявления о регистрации объекта кондоминиума. Согласно п. 2 ст. 39 указанного закона, при государственной регистрации объекта кондоминиума уполномоченными представителями участников кондоминиума признаются:

- 1) лицо, избранное на общем собрании участников кондоминиума;
- 2) орган управления объектом кондоминиума, если такие полномочия представлены ему учредительными документами, договором на управление объектом кондоминиума или общим собранием участников кондоминиума;

3) любой участник condominiuma, если размеры долей в общем имуществе определяются в порядке, предусмотренном законодательным актом о жилищных отношениях.

Такое решение вопроса значительно упрощает процедуру регистрации объекта condominiuma. До установления указанных правил на практике без решения общего собрания участники condominiuma не могли подать документы на регистрацию объекта condominiuma. Между тем, такое решение не имело никакого юридического значения, если доля в общем имуществе определялась по формуле.

Вместе с тем в правовом регулировании condominiumальных отношений осталось достаточно много нерешенных вопросов.

1. В настоящее время являются актуальными вопросы формирования земельного участка, входящего в состав объекта condominiuma, и оформления прав на него. Земельный участок является составной частью объекта condominiuma и должен быть сформирован до регистрации объекта condominiuma. Между тем в настоящее время в республике земельные участки при многоквартирных жилых домах сформированы в редких случаях. Не определены их границы, площадь, нет акта предоставления их участникам condominiuma и т.д. В связи с указанными проблемами в настоящее время регистрация объектов condominiuma проходит очень медленно. В последующем отсутствие государственной регистрации прав на земельный участок, входящий в состав объекта condominiuma, может иметь негативные последствия при изъятии земельного участка для государственных нужд. На практике при определении суммы компенсации стоимость доли участника condominiuma в правах на земельный участок не учитывается, если права на земельный участок не оформлены и не зарегистрированы. Между тем, в соответствии с п. 2 ст. 31 Закона РК о жилищных отношениях, собственникам помещений принадлежит земельный участок. В связи с изложенным мы полагаем, что у участников condominiuma права на земельный участок возникают одновременно с правами на помещения, и отсутствие регистрации не должно влиять на признание за ними прав на земельный участок. Отказ от выплаты компенсации за долю в правах на земельный участок, права на которые не оформлены, считаем необоснованным. Более того, сам факт вынесения решения об изъятии свидетельствует о том, что государство признает такой земельный участок объектом права ча-

стной собственности или права землепользования.

2. До регистрации объекта condominiuma необходимо также определить размер доли участников condominiuma в общем имуществе. Такая доля может быть определена соглашением сторон. При отсутствии такого соглашения доля определяется по формуле. В ряде случаев расчет доли по формуле не совсем соответствует интересам участников. Однако составление соглашения является достаточно проблематичным. В частности, поскольку соглашение касается размера доли в общем имуществе, в его заключении должны принять участие все собственники (участники condominiuma). Если участником condominiuma является несовершеннолетнее лицо, то необходимо согласие органов опеки и попечительства (ст. 114 Закона РК «О браке и семье»). Кроме того, согласно п. 4 ст. 21 Закона о регистрации прав на недвижимость, если сделка не удостоверена в нотариальном порядке, при регистрации сделки регистрирующий орган обязан проверить подлинность подписи лиц, совершивших сделку (уполномоченных их представителей), их дееспособность (правоспособность), а также соответствие их воли волеизъявлению. Таким образом, либо такое соглашение должно быть нотариально удостоверено, либо все участники сделки должны лично явиться в регистрирующий орган для подтверждения подлинности воли и подписей. Допускается также засвидетельствование в нотариальном порядке подлинности подписей тех участников, которые не могут лично явиться в регистрирующий орган. Помимо этого регистрирующему органу для регистрации соглашения о долях необходимо установить полный перечень участников condominiuma, чтобы убедиться в том, что все они приняли участие в составлении такого соглашения. В противном случае в последующем сделка может быть оспорена участниками condominiuma, не участвовавшими в ее заключении, поскольку таким соглашением определяются их права и обязанности, связанные с общим имуществом. Состав таких участников может быть определен на основании данных правового кадастра. Однако в кадастре нет сведений обо всех участниках condominiuma. В частности, если права на недвижимое имущество возникли до введения системы государственной регистрации прав на недвижимое имущество, права считаются возникшими без государственной регистрации.

Все изложенное значительно затрудняет заключение участниками condominiuma соглашения

о долях. Для решения указанной проблемы считаем необходимым упростить порядок заключения соглашения. Например, в зарубежной практике в деятельности регистрирующих органов практикуется институт клятвенной декларации, при котором заявитель гарантирует подлинность представленных документов и сведений, и ответственность за их недостоверность регистрирующий орган не несет. В казахстанском законодательстве, на наш взгляд, следовало бы возложить обязанность по установлению состава участников кондоминиума, сбор их подписей и ответственность за их достоверность на уполномоченного представителя участников кондоминиума, который подает заявление о регистрации. В настоящее время чаще всего такими представителями выступают органы управления объектов кондоминиума, в том числе кооперативы собственников квартир или помещений. Регистрирующий орган при этом должен исходить из презумпции подлинности подписей и соответствия воли и волеизъявления всех участников кондоминиума.

В законодательстве многих стран формируется специальное законодательство о кондоминиумах¹. В Казахстане такие нормы содержатся, кроме одной статьи ГК РК (ст. 209), в Законе о жилищных отношениях и Земельном кодексе РК. Однако, как уже отмечалось, кондоминиум возникает не только в многоквартирных жилых домах, но и в дачных, гаражных и иных имущественных комплексах. Поэтому норм указанных нормативных правовых актов недостаточно для урегулирования отношений, возникающих в различных видах объектов кондоминиума. В связи с изложенным считаем, что законодательному решению рассмотренных проблем способствовало бы принятие специального Закона РК «О кондоминиуме».

3. Остаются проблемными также вопросы определения режима общего имущества. Режим общей долевой собственности (иного вещного права) в кондоминиуме имеет существенные отличия в сравнении с режимом общей долевой собственности, возникающего в иных правоотношениях. К специфике режима кондоминиума в РК можно отнести следующее:

1) в кондоминиуме отдельные помещения (жилые и нежилые) находятся в индивидуальной (раздельной) собственности, а общее имущество, в том числе на места общего пользования, - в общей долевой собственности собственников помещений;

2) доля участника кондоминиума в общем

имуществе неотделима от права на помещение, находящегося в раздельной собственности, и не может быть самостоятельным предметом отчуждения;

3) права на общее имущество участников кондоминиума подтверждаются правами на вторичные объекты, и нет необходимости оформления прав на общее имущество, отдельно от прав на раздельное имущество;

4) право на земельный участок всех участников кондоминиума подлежит оформлению при регистрации объекта кондоминиума, если оно не было оформлено до этого момента, однако отсутствие правоустанавливающих документов на земельный участок в случаях, когда у участников кондоминиума есть право на безвозмездное его предоставление (подпункт 1 ст. 9 ЗК РК), не может свидетельствовать об отсутствии у участников кондоминиума прав на земельный участок (п. 2 ст. 31 Закона о жилищных отношениях);

5) право на долю в праве на земельный участок подлежит оформлению отдельно от прав на вторичный объект только в том случае, когда такая доля подлежит выкупу;

6) доля в праве собственности на общее имущество носит идеальный характер и не подлежит выделу или разделу, но в праве пользования доля может иметь реальный характер с учетом целевого назначения общего имущества.

С учетом изложенного, режим общего имущества в объекте кондоминиума специфичен. Вместе с тем практика показывает, что права участников кондоминиума на общее имущество нередко нарушаются. Наиболее распространены нарушения, допускаемые при совершении сделок с общим имуществом. В одних случаях такие сделки совершаются органами управления объектами кондоминиума (КСК и др.), хотя вещными правами на такое имущество они не обладают. В других случаях такие сделки совершаются на основании протокола общего собрания, на котором присутствовало определенное количество участников кондоминиума. Либо сделка совершается с согласия части участников кондоминиума (лиц, проживающих в одном из подъездов). Во всех указанных случаях совершение сделки с общим имуществом незаконно, поскольку правом на совершение сделки со своим имуществом обладают только лица, которым это имущество принадлежит (п. 1 ст. 212 ГК РК). В Республике Казахстан, в отличие от некоторых стран, объектом

¹ Крашенинников П.В., Маслов Н.В. Кондоминиумы. Общая собственность в многоквартирных домах. - М.: Спарк, 1995. - С. 26-34.

кондоминиума признается имущественный комплекс в целом (многоквартирный дом с земельным участком и др.). Подъезд или иная часть комплекса не является самостоятельным объектом кондоминиума. В этой связи при совершении сделки, например, в отношении части подвала, согласие нужно получить всех участников кондоминиума, независимо от того, в каком подъезде расположены их помещения.

Строительство так называемых «мансардных этажей», получившее распространение в РК, также может быть осуществлено с согласия всех участников кондоминиума, поскольку при этом разрушается крыша, которая находится в общей долевой собственности (ином праве) участников кондоминиума.

Анализ практики применения законодательства о кондоминиумах показывает, что в ряде случаев нарушения прав участников кондоминиума обусловлены непониманием основных положений, относящихся к правовому режиму общего и раздельного имущества. Так, в РК получила распространение практика оформления прав на место для парковки автомобиля в паркинге как на раздельное имущество, хотя такой объект ни-

как не соответствует признакам помещения или иного объекта права собственности. Имуществом в данных отношениях является паркинг в целом, поскольку места для парковки автомобилей не отделены друг от друга стенами, крышами и (или) иными отделяющими конструкциями. Полагаем, что правильно было признавать паркинг в целом объектом права общей долевой собственностью всех обладателей мест для парковки автомобилей. Место для парковки автомобиля при этом должно признаваться объектом раздельного пользования, но не права собственности.

В настоящее время кондоминиум является в городах одной из наиболее распространенных правовых форм удовлетворения потребностей граждан в жилище и нежилых помещениях. Наличие пробелов и противоречий в регулировании отношений между участниками кондоминиума является одним из факторов, которые негативно влияют на эффективность и полноту защиты жилищных и иных прав участников гражданского оборота. В связи с изложенным мы полагаем, что правовое регулирование имущественных отношений в кондоминиуме требует дальнейшего совершенствования.

Автор қазақстандық және шетелдік құқық бойынша кондоминиум түсінігін береді, тұрғын үй құрылысына үлестік қатысу мәселелерін, заңнамадағы «кондоминиум» түсінігін енгізуімен байланысты өзгерістер туралы әңгіме қозғайды.

The author gives the concept of condominium under the Kazakhstan and foreign right, mentions questions of individual share in housing construction, about changes in the legislation related to entering the concept «condominium».

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Совершенствование органов предварительного следствия и правоохранительной службы в Республике Казахстан. - Сборник материалов международного круглого стола 24 апреля 2008 г. – Астана: ТОО «Институт законодательства Республики Казахстан», 2008. – 182 с.

Настоящий сборник подготовлен Институтом законодательства Республики Казахстан и Министерством внутренних дел Республики Казахстан по результатам проведенного международного круглого стола на тему: «Совершенствование органов предварительного следствия и правоохранительной службы в Республике Казахстан».

Материалы круглого стола содержат предложения и замечания юристов-практиков, ученых по разрабатываемым законопроектам об органах предварительного следствия, правоохранительной службе, а также об очевидных преступлениях.

С.К. ИДРЫШЕВА*ведущий научный сотрудник
Института законодательства РК,
кандидат юридических наук, доцент*

ДОГОВОР РОЗНИЧНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ КАК ПУБЛИЧНЫЙ ДОГОВОР

С принятием общей части Гражданского кодекса Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года классификация договоров пополнилась их различными новыми видами, в том числе получил легальное закрепление и определение также и публичный договор. В соответствии со статьей 387 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК РК), публичным договором 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. При этом законодатель перечисляет некоторые виды деятельности, относя их к публичной деятельности. Это, в частности, розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское обслуживание, гостиничное обслуживание и т.д.

Сторона, на которой лежит исполнение основной обязанности по договору, названа законодателем «коммерческая организация», и она не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законодательством.

Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей.

Отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары (работы, услуги) не допускается.

При необоснованном уклонении коммерческой организации от заключения публичного договора применяются положения, предусмотренные пунктом 4 статьи 399 Гражданского кодекса, а именно: если сторона, для которой в соответствии с

Гражданским кодексом или иными законодательными актами заключение договора обязательно, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. Сторона, необоснованно уклоняющаяся от заключения договора, должна возместить другой стороне убытки, вызванные отказом заключить договор.

В случаях, предусмотренных законодательными актами, Правительство Республики Казахстан может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.).

Несоблюдение требований к публичным договорам о цене и условий, закрепленных в издаваемых Правительством правилах, законодатель автоматически признает их недействительными (п. 5 статьи 387 ГК РК).

Несмотря на то, что вслед за законодателем и в юридической литературе сложилось мнение о том, что публичными могут признаваться только договоры, прямо названные в законодательных актах таковыми, действительность свидетельствует об обратном. Так, в Гражданском кодексе Республики Казахстан только в восьми статьях регулируемые им договоры прямо названы публичными со ссылкой на статью 387 ГК РК (в том числе и договор розничной купли-продажи). Однако в самой статье 387 помимо этих восьми договорных правоотношений названы и иные, в частности, договоры об оказании услуг связи, гостиничные услуги, медицинские услуги и т.д., что дает полное основание говорить о необходимости расширительного толкования понятия «публичный договор». Уже из содержания статьи 387 можно бесспорно говорить о том, что к числу публичных относится также множество договоров, опосредующих гражданские правоотношения об оказании услуг. Такое же мнение выражают и некоторые российские исследователи¹.

¹ Калашиникова Г.А. Публичный договор. Автореф. дис... канд. юрид. наук. - Краснодар, 2002; Костикова С.Н. Публичный договор как институт гражданского права. Автореф. дис... канд. юрид. наук. - М., 2007. - 28 с.

Розничная купля-продажа выделена в новом Гражданском кодексе Республики Казахстан в самостоятельный параграф 2 Главы 25 (статьи 445 - 457). Прежний Гражданский кодекс Казахской ССР не содержал даже отдельной статьи с таким наименованием и лишь в двух статьях – 236 и 238 – оговаривалось, что определенное правило применяется в розничной торговле¹.

Кроме Гражданского кодекса, розничная продажа регулируется также специальным законодательством о защите прав потребителей и о торговой деятельности. В качестве противоположности розничной торговле называется оптовая торговля, которая осуществляется оптовыми продавцами большими партиями, с применением оптовых скидок к цене товара, а покупателями являются оптовые приобретатели, которые используют данный товар для дальнейшей перепродажи с целью получения дохода, как правило, путем розничной торговли. Продажа в розницу означает продажу товара непосредственным потребителям в единичных количествах. Однако продавец может заниматься при этом и оптовой продажей тех же товаров.

Следует отметить, что в имеющихся довольно многочисленных публикациях, в том числе и в учебниках по гражданскому праву, характеристика рассматриваемого договора ведется с общих позиций принципа свободы договора, при этом не акцентируется внимание на публичном его характере, либо об этом упоминается вскользь. Поэтому мы попытаемся проанализировать договор в соответствии с его юридической сущностью, а именно как публичного договора.

Легальное определение договора содержит в себе только одну из основных обязанностей продавца и указание на объект договора. Остальные признаки договора лежат за рамками определения.

Так, в соответствии со статьей 445 Гражданского кодекса Республики Казахстан, «по договору розничной купли-продажи продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность по продаже товаров, обязуется передать покупателю товары, обычно предназначенные для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью». Часть вторая названной статьи прямо называет данный договор публичным со ссылкой на статью 387 ГК РК. Гражданский кодекс

Российской Федерации дает аналогичное определение данного договора (ст. 492).

Признание того или иного договора публичным влечет за собой ряд серьезных правовых последствий, направленных на защиту прав потребителей, признаваемых законодателем практически любого цивилизованного государства наиболее экономически слабой стороной в договоре.

Закон Республики Казахстан «О регулировании торговой деятельности» от 12 апреля 2004 года под розничной торговлей имеет в виду предпринимательскую деятельность по продаже товаров потребителям для их личного использования (ст. 1)². Розничная торговля - это основной вид купли-продажи, осуществляющийся прежде специализированными торговыми предприятиями по розничным ценам. В настоящее время это также преобладающий вид договора купли-продажи.

Продавцами в данном виде договора выступают предприниматели, то есть коммерческие юридические лица и индивидуальные предприниматели без образования юридического лица, зарегистрированные в качестве предпринимателей в установленном законом порядке. Тем самым очевидным становится недостаток конструкции статьи 387 ГК РК, где в качестве стороны, на которой лежит бремя исполнения основной обязанности, названа «коммерческая организация». Тем самым доминирующий субъект договора розничной купли-продажи может быть как юридическим, так и физическим лицом, что дает основание предложить законодателю внести соответствующее дополнение в статью 387 ГК РК.

Но не все предприниматели могут быть продавцами. Например, банк, хоть и является коммерческой организацией-предпринимателем, однако не может быть продавцом в розничной торговле.

По мнению Н.Ю. Хорошавиной, продавцом по договору розничной купли-продажи может быть и некоммерческая организация. В связи с чем она считает, что связывать реализацию норм о публичных договорах необходимо именно с характером фактически осуществляемой организацией деятельности, который в данном случае должен быть предпринимательским, а не с основной целью ее деятельности³.

Для розничной торговли некоторыми товарами (спиртные напитки, огнестрельное оружие, лекарства и т.д.) продавец должен иметь лицензию.

¹ Гражданский кодекс Казахской ССР. – Алматы: Казахстан, 1984 г.

² Электронная база «Юрист»

³ Хорошавина Н.Ю. Правовое регулирование договорных отношений розничной купли-продажи. Автореферат дисс.... - Казань, 2007.

В соответствии с пунктом 1 статьи 12 Закона «О торговой деятельности» РК розничная торговля осуществляется через магазины, торговые дома, рынки и автоматы, киоски, автолавки, палатки, выносные прилавки. То есть коммерческая организация или индивидуальный/частный предприниматель без образования юридического лица могут осуществлять розничную торговлю посредством создания (открытия, установки) названных выше объектов.

Покупателями в договоре розничной купли-продажи могут быть в основном физические лица с учетом степени их дееспособности. Малолетние и частично дееспособные граждане могут совершать сделки, соответствующие их возрасту. Причем табачные изделия и спиртные напитки не должны продаваться всем несовершеннолетним. Юридические лица могут приобретать товары в розничной продаже для хозяйственно-бытовых целей. Для этих же целей могут приобретать товары в розничной торговле также и индивидуальные предприниматели. В частности, компьютерную и иную офисную технику, офисную мебель, канцтовары и т.п. Покупатели в этом виде торговли являются потребителями, и на них распространяется законодательство о защите прав потребителей. Государство не может быть в этом виде договора ни покупателем, ни продавцом. Вопросы правового регулирования правоотношений розничной купли-продажи с участием покупателя-негражданина требуют дальнейшей научной разработки, поскольку в юридической литературе данная сфера не подвергалась специальному исследованию.

Исходя из условий статьи 387 ГК РК, продавец должен осуществлять свою деятельность по передаче объекта договора в отношении каждого, кто к нему обратится. Предприниматель (продавец) не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим лицом в отношении заключения публичного договора розничной купли-продажи, кроме случаев, предусмотренных законодательством. В частности, законодательством предусмотрен запрет на продажу алкогольной и табачной продукции, а также огнестрельного оружия, лицам, не достигшим 18-летнего возраста. Ограниченное в обороте имущество может продаваться только на основании специальных разрешений.

Цена товаров, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда

законодательством допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. При этом практически все исследователи отмечают, что льготы эти должны предоставляться не конкретным индивидуумам, а именно отдельным категориям потребителей. Например, ветеранам или участникам Великой Отечественной войны, пенсионерам по возрасту или детям, и т.п. В литературе в связи с этим также высказываются мнения о необходимости изменения формулировки статьи 387 ГК РК (ст. 426 ГК РФ) в части возможности предоставления льгот по оплате цены договора (товара) не только в случае закрепления таких льгот в законодательстве, но и в случае установления льгот самим продавцом. Представляется, что так называемые «распродажи» могут служить примером применения льгот самим продавцом в договоре розничной купли-продажи. То есть, соглашаясь с мнением исследователей, предлагаем редакцию пункта 2 статьи 387 ГК РК изложить в следующей версии: «2. Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством или самим исполнителем (продавцом, услугодателем, подрядчиком) допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей.»

Дополнительные к названным условия о цене товара в договоре розничной купли-продажи содержатся в статье 453 Гражданского кодекса РК «Цена и оплата товара»:

«1. Покупатель обязан оплатить товар по цене, объявленной продавцом в момент заключения договора, если иное не предусмотрено законодательными актами или не вытекает из существа обязательства.

2. В случаях, когда договором предусмотрена предварительная оплата товара (статья 440 настоящего Кодекса), неплата покупателем товара в установленный договором срок признается отказом покупателя от исполнения договора, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

3. К договорам розничной купли-продажи товаров в кредит, в том числе с условием оплаты покупателем товаров в рассрочку, не подлежат применению правила, предусмотренные частью второй пункта 3 статьи 441 настоящего Кодекса.

4. Покупатель вправе полностью оплатить товар в любое время, в пределах установленного договором периода рассрочки оплаты товара.»

Более детально данные условия рассмотрим

при анализе отдельных видов договора розничной купли-продажи.

При этом необходимо учитывать такие характеристики товара как наименование и количество, комплектность, комплект, ассортимент, качество и безопасность товара, упаковка и маркировка.

Цена объекта договора относится к существенным условиям рассматриваемого вида договора (пункт 1 ст. 447, пункт 1 ст. 453 ГК РК) и, как правило, устанавливается продавцом одинаковой для всех покупателей, что позволяет отнести этот договор к договорам присоединения также и по этому признаку. В розничной торговле применяются так называемые сезонные скидки на цену.

Как известно, договор розничной купли-продажи является видом более общего для него договора купли-продажи. Законодатели Казахстана и, например, Российской Федерации, не относят цену договора купли-продажи к его существенным условиям. Однако не все ученые согласны с волей законодателя в этой части и полагают обратное, для чего предлагается внести указанное изменение в Гражданский кодекс¹.

Розничные цены могут устанавливаться либо продавцом самостоятельно (свободные цены), либо устанавливаются государством в императивном порядке. Порядок, форма и способы оплаты устанавливаются соглашением сторон. Допускается и наличная, и безналичная форма расчетов. В настоящее время в розничной продаже все шире применяется оплата товара посредством пластиковых карточек, что требует отдельного исследования.

Как отмечалось ранее, публичный договор характеризуется также специально оговоренным законодателем порядком заключения договора. Особенность договора розничной купли-продажи как публичного договора проявляется в том, что у продавца существуют определенные обязанности перед покупателем еще до момента заключения договора, так называемые преддоговорные обязанности, которые регулируются в императивном порядке законодателем. Так, в соответствии с п. 5 статьи 395 ГК РК: «Содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта)».

В частности, для договора розничной купли-

продажи в соответствии с пунктом 3 статьи 12 Закона РК «О торговой деятельности» выставление товаров, демонстрация их образцов или представление сведений о продаваемых товарах (описаний, каталогов, фотоснимков и тому подобное) в месте их продажи признаются публичной офертой независимо от того, указаны ли цены и другие существенные условия договора купли-продажи, за исключением случаев, когда продавец явно определил, что соответствующие товары не предназначены для продажи. Офертой, то есть предложением о заключении договора, является демонстрация товара путем выставления его на витринах, стеллажах, прилавках, демонстрация их образцов, описаний, каталогов, фотоснимков в месте их продажи.

Приведенная норма частично дублирует правила пункта первого статьи 447 Гражданского кодекса РК «Публичная оферта товара». Пункт же второй данной статьи дополняет, что предложение товара, указанное в его рекламе, каталогах, а также других описаниях товара, обращенных к неопределенному кругу лиц не в месте продажи товара и не содержащих существенных условий договора купли-продажи, не признается публичной офертой.

Представляется, что применение правила о публичной оферте можно отнести еще к одному признаку публичного договора.

Отказ продавца от заключения публичного договора розничной купли-продажи при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары не допускается. При необоснованном уклонении продавца от заключения публичного договора применяются правила пункта 4 ст. 399 ГК РК о возможности покупателя обратиться с иском о понуждении заключить договор и требовать возмещения всех убытков. Данная норма представляется необходимой, она направлена на дисциплинирование участников договора, особенно доминирующую сторону - продавца. Однако следует отметить также, что на практике в рассматриваемом виде договора она не востребована, т.к. покупателю в такой ситуации гораздо проще обратиться к другому розничному продавцу, чем тратить время и деньги на подачу искового заявления и нести связанные с этим моральные издержки.

Еще одной из характеристик публичного договора является то, что в случаях, предусмотренных законодательными актами, Правительство

¹ Андреева Л. Существенные условия договора: споры, продиктованные теорией и практикой // Хозяйство и право, 2000. - №12. - С. 94.

Республики Казахстан может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров. Применительно к договору розничной купли-продажи в настоящее время такими подзаконными актами являются: Правила розничной торговли алкогольной продукцией (кроме пива), Правила организации деятельности торговых рынков от 5 февраля 2003 года, Правила внутренней торговли от 21 апреля 2005 года, Правила осуществления электронной торговли в Республике Казахстан от 10 сентября 2007 года и т.д.

Розничная торговля вне торговых мест путем сетевого маркетинга, общественных распространителей, продажи по почте и другими способами регулируется в порядке, установленном Правительством Республики Казахстан (пункт 4 статьи 12 Закона «О торговой деятельности»).

Форма договора розничной купли-продажи регулируется нормами статьи 446 ГК РК, в соответствии с которой договор розничной купли-продажи считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара, если иное не установлено законодательными актами или договором розничной купли-продажи, в том числе условиями формуляров или иных стандартных форм, к которым присоединяется покупатель (статья 389 настоящего Кодекса). Отсутствие у покупателя указанных документов не лишает его возможности ссылаться на свидетельские показания в подтверждение заключения договора и его условий.

В юридической литературе сложилось, на наш взгляд, ошибочное представление о том, что форма договора розничной купли-продажи - устная. В частности, Н.Ю. Хорошавина, соглашаясь с таким мнением, полагает, что ни чек, ни иной документ, подтверждающий оплату товара по договору розничной купли-продажи, нельзя признать письменной формой договора, так как они не удовлетворяют требованиям ст. 160 ГК РФ о письменной форме договора¹.

Хотя известный российский цивилист В.В. Витрянский в своих работах утверждает, что рассматриваемый договор заключается в письменной форме². Представляется, что буквальное толкование приведенной выше нормы статьи 446 ГК РК дает основание согласиться с мнением В.В. Витрянского, так как кассовый/товарный чек или

иной «**документ**», а также «формуляры или иные стандартные формы» свидетельствуют скорее о письменной форме договора, чем об устной. Второе предложение из состава статьи 446 является собой дополнение к предыдущей, более общей, норме, представляет собой исключение из общего правила, когда при отсутствии у покупателя «указанных **документов**» (выделено нами - И.С.К.) он имеет возможность ссылаться на свидетельские показания.

Момент заключения договора розничной купли-продажи определяется моментом оплаты товара, но факт оплаты не всегда подтверждается выдачей документов об этом, как об этом сказано выше (например, на торговом рынке). Хотя в настоящее время налоговое законодательство обязывает всех продавцов предоставлять покупателям фискальные кассовые чеки.

Указание законодателя на «формуляры или иные стандартные формы» свидетельствует также и о характеристике договора розничной купли-продажи как договора присоединения со всеми вытекающими из этого факта последствиями. А в соответствии с п. 1 статьи 389 ГК РК договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Предмет договора – это действия по продаже товаров, предназначенных для личного, домашнего, семейного или иного потребления, не связанного с предпринимательской деятельностью. Объектом договора розничной купли-продажи могут быть любые, предназначенные для вышеуказанной цели вещи, не изъятые из гражданского оборота, определяемые родовыми признаками или индивидуально-определенные. Предмет договора розничной купли-продажи уже предмета договора купли-продажи, так как не могут продаваться в розницу, например, имущественные права. Объект в данном виде договора ограничивается также количеством и целевым назначением. Так, продажа одного автомобиля гражданину для потребительских целей является розничной продажей, а продажа партии автомобилей уже таковой не является. Продажа одного автомобиля коммерческой автотранспортной организации расценивается не как розничная купля-продажа,

¹ Хорошавина Н.Ю. Указ. соч.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая. Договоры о передаче имущества. - М.: Статут, 2000. - С. 84-85.

а как поставка, так как цель покупки – использование автомобиля для предпринимательства.

К существенным условиям договора розничной купли-продажи законодатель в соответствии с общими положениями о купле-продаже относит условия о наименовании и количестве товара (п. 3 статьи 407 ГК РК).

Вещи с различными обременениями, а также принадлежащие нескольким собственникам, как правило, в розницу не продаются.

Исследуя содержание договора, следует исходить из характеристики рассматриваемого договора как консенсуального, возмездного и взаимного, в свете его публичного характера и качеств договора присоединения.

Начнем с рассмотрения обязанностей продавца. В соответствии с общими правилами о договоре купли-продажи, продавец обязан передать покупателю сам товар с документами и принадлежностями к нему (п. 2 ст. 408 ГК РК), в определенном месте, в согласованном количестве и ассортименте, качестве, комплектности и комплекте, свободным от прав третьих лиц, а также в соответствии со статьей 448 ГК РК, продавец обязан представить покупателю необходимую и достоверную информацию о товаре, предлагаемом к продаже. Эта информация должна соответствовать требованиям, установленным законодательными актами, и обычно предъявляемым в розничной торговле требованиям к содержанию и способам представления такой информации. В частности, информация о товаре, его потребительских свойствах, способе применения и т.д. должна излагаться на языке, доступном для покупателя, в первую очередь, на государственном и/или русском языках. Продавец, не предоставивший покупателю возможность получения соответствующей информации о товаре, несет ответственность и за те недостатки товара, возникшие после его передачи покупателю, в отношении которых покупатель докажет, что они возникли в связи с отсутствием у него информации.

На основании пункта 2 статьи 12 Закона РК «О торговой деятельности» при розничной продаже каждая единица товара должна быть упакована, расфасована, если иное не установлено законодательством Республики Казахстан или договором либо не вытекает из природы самого товара, что налагает соответствующую дополнительную обязанность на продавца.

Закон Республики Казахстан от 12 апреля 2004 года «О регулировании торговой деятельности»

содержит также иные обязанности продавца при розничной торговле. Глава 6 Закона именуется «Требования к субъектам торговой деятельности и товарам» и включает в себя соответственно две статьи – 31 и 32.

В соответствии со статьей 31, субъекты торговой деятельности при осуществлении своей деятельности обязаны:

1) продавать товар надлежащего качества и отвечающий требованиям безопасности;

2) продавать товар по параметрам, установленным соответственно условиями публичной оферты, договоров или иных сделок;

3) предоставлять покупателю необходимую и достоверную информацию о качестве и месте происхождения товара, потребительских свойствах, гарантийных обязательствах и порядке предъявления претензий, способах и правилах использования продукции, ее хранения, а в случае оформления исковых документов, представляемых в суд, также о местонахождении и иных реквизитах продавца или изготовителя (исполнителя);

4) размещать контрольно-измерительные приборы, поверенные в соответствии с требованиями государственной системы обеспечения единства измерений, в общедоступном месте торгового объекта;

5) в случаях возникновения сомнения у покупателя в массе и длине предоставлять ему возможность самостоятельно проверить указанные характеристики при помощи контрольно-измерительных приборов;

6) при продаже товаров, отнесенных законодательством Республики Казахстан к сертифицируемому, по требованию покупателя предъявлять ему сертификат соответствия товара (копию);

7) применять контрольно-кассовые машины с фискальной памятью в порядке и случаях, предусмотренных налоговым законодательством Республики Казахстан;

8) изъять из обращения товар, не отвечающий требованиям безопасности и нормам, установленным статьей 32 настоящего Закона, в том числе принять от потребителя проданный товар с возмещением его стоимости, в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан;

9) выполнять предписания государственных органов, вынесенных в установленном порядке;

10) соблюдать иные требования, установленные законодательством Республики Казахстан.

Требования к самим товарам, являющимся объектом договора розничной купли-продажи,

сформулированы в статье 32 Закона, в соответствии с которой обращению на внутреннем рынке Республики Казахстан подлежат товары надлежащего качества, отвечающие требованиям безопасности и соответствующие нормативным документам, техническим условиям, утвержденным в установленном порядке.

Сведения о качестве товаров подтверждаются следующей информацией:

- 1) товарным знаком изготовителя;
- 2) страной происхождения товара;
- 3) о составе товара;
- 4) для продовольственных товаров - пищевой ценностью;
- 5) датой изготовления;
- 6) сроком хранения и годности;
- 7) указанием нормативного документа по стандартизации;
- 8) иными сведениями в соответствии с нормативными документами по стандартизации.

Информация о вышеуказанных требованиях к качеству товара должна содержаться на этикетках, ярлыках, листах-вкладышах на государственном и русском языках.

Хранение и перевозка товаров должны осуществляться в условиях, обеспечивающих сохранность их качества и соблюдение требований безопасности для потребления, в том числе соблюдение требований к предусмотренным условиям хранения в специально оборудованных помещениях, условиям перевозки в специально предназначенных для этих целей транспортных средствах, и в установленных случаях подтверждать соблюдение таких требований записями в соответствующих документах.

Продавцам запрещается осуществлять продажу товаров, изъятых из оборота; ограниченно оборотоспособных, без получения специального разрешения; подакцизных товаров, подлежащих маркировке в установленном порядке, без наличия на них акцизных марок или учетно-контрольных марок; товаров, не соответствующих требованиям, установленным в пункте 1 статьи 32; иных товаров, запрещенных к продаже законодательством Республики Казахстан.

Правом продавца является требование полной и своевременной оплаты товара.

Права и обязанности покупателя:

Покупатель вправе до заключения договора осмотреть товар, потребовать проведения в его присутствии проверки свойств или демонстрации использования товара, если это не исключено ввиду характера товара и не противоречит правилам,

принятым в розничной торговле; требовать передачи товара в соответствии с условиями договора по количеству, качеству и цене.

Обязанность покупателя – принять и оплатить товар в соответствии с условиями договора. Если договором предусмотрена предварительная оплата товара, то неоплата товара в установленный срок признается отказом покупателя от исполнения договора.

Покупатель имеет право обмена недовольственного товара надлежащего качества (ст. 454 ГК РК, ст. 502 ГК РФ). Для этого он может в течение 14 дней с момента покупки, если более длительный срок не объявлен продавцом, обменять товар в месте покупки или иных местах, объявленных продавцом, на аналогичный товар другого размера, формы, габарита, фасона, расцветки, комплектации и т.п. В случае разницы в цене необходимо произвести перерасчет с продавцом. Если необходимый для обмена товар у продавца отсутствует, покупатель может вернуть товар и получить свои деньги. Указанные правила применяются без объяснения мотивов, но при условии, что товар не был в употреблении, сохранены его потребительские свойства и имеются доказательства приобретения его у продавца (чек, квитанция с указанием даты). Некоторые товары не могут быть обменены на этом основании. Перечень товаров, которые не подлежат обмену или возврату по указанным в настоящей статье основаниям, определяется в порядке, установленном законодательством. А именно: такой перечень установлен постановлением Кабинета Министров Республики Казахстан от 29 сентября 1993 г. №960, в соответствии с которым не подлежат обмену в предприятиях розничной торговли РК изделия из золота, платины и серебра, чулочно-носочные изделия, белье постельное, белье нательное, парфюмерно-косметические товары. Данный перечень является исчерпывающим.

Однако на практике многие продавцы нарушают права покупателей и письменно предупреждают их о том, что товары (любые) обмену и возврату не подлежат. В таких случаях действия продавцов должны автоматически признаваться недействительными на основании статьи 18 Гражданского кодекса РК как полный или частичный отказ субъекта от правоспособности или дееспособности либо как односторонние сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности.

Качество товаров, могущих быть объектами договора розничной купли-продажи, в настоящее

время регулируется на уровне законодательных актов, к числу которых относятся Закон Республики Казахстан от 9 ноября 2004 года №603-ІІ «О техническом регулировании», «О безопасности игрушек» от 21 июля 2007 года, «О безопасности пищевой продукции» от 21 июля 2007 года, «О безопасности химической продукции» от 21 июля 2007 года, «О безопасности машин и оборудования» от 21 июля 2007 года и т.д.

Права и обязанности продавца и покупателя в рассматриваемом виде договора различаются также в зависимости от вида договора розничной купли-продажи. Так, Гражданский кодекс РК выделяет следующие их виды: розничная продажа с условием о принятии покупателем товара в определенный срок, продажа товаров по образцам (выставочным экземплярам, каталогам), продажа товара с использованием автоматов, продажа с условием о доставке товара покупателю, продажа в кредит, в рассрочку, и т.д. Закон РК «О торговой деятельности» называет также такие виды, как розничная торговля путем сетевого маркетинга, продажа через общественных распространителей, продажа по почте и другие.

В основу классификации договора розничной купли-продажи законодателем положены совершенно различные основания: способ вручения товара, момент заключения договора розничной купли-продажи, срок оплаты товара, обязанности доставки товара, момент перехода права собственности на товар, момент принятия товара, способ ознакомления покупателя с товаром и т.д. Все основания классификации договора обладают определенной спецификой, которая, по нашему мнению, заключается в публичном характере договора, а именно: в качестве оснований выделения отдельных видов договора розничной купли-продажи законодателем используются именно те его условия, при наличии которых определенные права и интересы покупателя наиболее уязвимы. Продавец в силу специфики своей деятельности обладает более сильными позициями в правоотношении, а покупатель является слабой стороной договора. Поэтому законодатель намеренно старается максимально четко разграничить права и обязанности сторон, момент перехода права собственности и связанных с ним рисков, и т.д.

Так, договор розничной купли-продажи может быть заключен сторонами с условием о принятии покупателем товара в определенный договором срок, в течение которого товар не может быть продан другому покупателю (ст. 449 ГК РК, ст. 496

ГК РФ). Здесь момент заключения договора (его оплата) и момент принятия товара покупателем не совпадают. Неявка покупателя или несовершение им других необходимых действий для принятия товара в определенный срок могут быть рассмотрены как отказ от исполнения и влекут ответственность по общим правилам гражданского кодекса в форме возмещения убытков. Дополнительные расходы продавца по обеспечению передачи товара покупателю в определенный договором срок включаются в цену товара, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором.

Договор розничной купли-продажи может быть заключен также на основании ознакомления покупателя с образцом товара (его описанием, каталогом товаров, демонстрационным экземпляром и т.п.), предложенным продавцом (ст. 450 ГК РК). Определение качества товара по описанию означает, что он должен соответствовать всем характеристикам, указанным в описании. Образец – это экземпляр товара, являющийся эталоном качества и иных характеристик. Для заключения такого договора используется предварительный осмотр товара, его каталога, образца, описания. Договор при этом считается исполненным с момента доставки товара в место, указанное в договоре (если иное не предусмотрено законодательными актами или договором), им может быть место жительства гражданина или место нахождения юридического лица. В данной норме мы находим подтверждение нашего мнения о том, что потребителями (покупателями) в договоре розничной купле-продаже могут быть и юридические лица.

Возмещение убытков покупателя и уплата предусмотренной законом или договором неустойки здесь также не освобождают продавца от исполнения обязанности в натуре (пункт 2 статьи 450 ГК РК). Покупатель до передачи товара вправе отказаться от исполнения договора при условии возмещения продавцу разумных расходов, связанных с совершением действий по исполнению договора.

Продажа товаров с использованием автоматов – это вид розничной купли-продажи, при которой продавец, являющийся владельцем автоматов, обязан довести до покупателей информацию о товаре (наименование, количество, цена за единицу товара и т.д.), о продавце, путем помещения на автомате или путем предоставления покупателю иным способом сведений о наименовании (фирменном наименовании) продавца, месте его нахождения, режиме работы, а также о действи-

ях, которые необходимо совершить покупателю для получения товара (ст. 451 ГК РК, ст. 498 ГК РФ). Это типичный пример публичной оферты. Моментом заключения договора является момент совершения покупателем действий, необходимых для получения товара, в том числе и его оплата (конклюдентные действия). Если товар покупателю не предоставлен, то продавец обязан обеспечить немедленное предоставление товара или возврат уплаченной суммы.

Пункт 4 ст. 498 ГК Российской Федерации дополнительно устанавливает, что в случаях, когда автомат используется для размена денег, приобретения знаков оплаты или обмена валюты, применяются правила о розничной купле-продаже, если иное не вытекает из существа обязательства.

Договор розничной купли-продажи может заключаться и путем согласования условия о доставке товара покупателю (ст. 452 ГК РК). Продавец обязуется своими силами погрузить товар в транспортное средство, доставить его и выгрузить в указанном покупателем месте. При этом договор считается исполненным продавцом с момента вручения товара покупателю, а при его отсутствии – любому лицу, предъявившему документ о заключении договора или об оформлении доставки товара, если иное не предусмотрено законодательными актами, договором или не вытекает из существа обязательства. В этом случае в обязанности покупателя входит оплата не только стоимости товара, но и стоимости доставки. Риск случайной гибели или порчи товара переходит на покупателя только в момент доставки товара в определенное договором место.

Кроме того, следует выделить и такой вид розничной продажи, как купля-продажа методом самообслуживания. Офертой в данном виде договора выступает выставление товаров на прилавках, стеллажах, полках с указанием наименования, сорта, количества и цены товара. Объект договора – общий для всех видов розничной купли-продажи. Моментом заключения договора признается момент оплаты товара. Покупатель совершает конклюдентные действия путем самостоятельного отбора товара и предъявляет их представителю продавца (продавцу). Риск случайной гибели или порчи товара переходит с продавца на покупателя по общему правилу в момент оплаты товара. Покупатели – это обычно граждане, приобретающие товар для домашних, бытовых потребностей.

Как отмечалось выше, к видам розничной тор-

говли в настоящее время отнесены также розничная торговля вне торговых мест путем сетевого маркетинга, через общественных распространителей, продажи по почте и другими способами, Правила о которых утверждены Постановлением Правительства РК №918 от 14 сентября 2005 года.

В частности, под сетевым маркетингом определена разновидность розничной торговли вне торговых мест, в которой действуют независимые продавцы, распространяющие товар самостоятельно или посредством привлечения других агентов. Доход независимых продавцов состоит из дохода от персональных продаж и комиссионных от продаж других агентов, вовлеченных ими в сеть. Примером можно привести деятельность агентов фирм Мэри Кей, Тяньши и т.д.

Ассортимент товаров, продаваемых посредством розничной торговли вне торговых мест путем сетевого маркетинга, общественных распространителей, продажи по почте и другими способами, определяется продавцом. Каждая единица товара должна быть упакована, расфасована, если иное не установлено законодательством Республики Казахстан или договором, либо не вытекает из природы самого товара. Продавец может по желанию покупателя оказывать дополнительные услуги по упаковке товара в специальную тару (корзины, коробки, полиэтиленовые сумки и прочее), комплектовать заказы в подарочном оформлении, оказывать услуги по доставке товаров. Упаковка товаров и средства доставки должны отвечать требованиям санитарных правил и норм и обеспечивать сохранность товаров.

Плата за комплектование заказа, расходы по доставке товаров покупателю, а также за оказание других дополнительных услуг включается в стоимость заказа.

Если законодательными актами Республики Казахстан установлено ограничение по возрасту потребителя при продаже каких-либо товаров, то продавец обязан отказать в продаже, если покупатель не предъявил документы, подтверждающие его возраст.

Покупатель, которому продан товар ненадлежащего качества, если его недостатки не были оговорены продавцом, может по своему выбору потребовать замены недоброкачественного товара товаром надлежащего качества, соразмерного уменьшения покупной цены товара, безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок, возмещения расходов по устранению недостатков товара или отказа от исполнения договора и воз-

врата уплаченной за товар денежной суммы.

Прием, выдача и доставка заказов производятся в согласованное с покупателем время. Оформление заказа производится на бланках в двух экземплярах, где указываются порядковый номер заказа, наименование или фамилия, имя, отчество продавца, наименование, цена, количество, общая стоимость товара, стоимость дополнительно предоставляемых услуг, дата и время приема и исполнения заказа, фамилия, имя, отчество, подпись и адрес покупателя, а также иные согласованные условия. Первый экземпляр бланка заказа передается покупателю, второй сохраняется у продавца. Если произведена предварительная оплата, в бланке заказа делается специальная отметка.

При комплектовании принятого заказа продавец не вносит изменения в ассортимент товаров без согласования с покупателем. Об отсутствии какого-либо из заказанных товаров продавец предупреждает покупателя и предлагает ему соответствующую замену. При передаче заказа покупателю выдается кассовый (товарный) чек либо иной платежный документ, подтверждающий оплату товара. Покупателю, оплатившему заказ предварительно, но не получившему его в установленный срок, возвращаются уплаченные им деньги, если иное не предусмотрено договором, а также возмещаются убытки, вызванные несвоевременной поставкой товара, в соответствии с Гражданским кодексом Республики Казахстан. В случае отказа от получения (покупки) товара, высланного по надлежаще исполненному заказу на условиях наложенного платежа или предварительной оплаты, покупатель возмещает расходы продавца на пересылку товара по почте.

Розничная торговля общественными распорядителями, осуществляется посредством предложения товаров на дому, в учреждениях, организациях, предприятиях, транспорте или на улице.

При осуществлении розничной торговли вне торговых мест другими способами оформляется заказ на покупку того или иного вида товара, определяется время и место доставки, а также способ оплаты приобретаемого товара. Прием, выдача и доставка заказов производятся в согласованное с покупателем время. При комплектовании принятого заказа продавец не вносит изменения в ассортимент товаров без согласования с покупателем. Об отсутствии какого-либо из заказанных товаров продавец предупреждает покупателя и предлагает ему соответствующую за-

мену. При передаче заказа покупателю выдается кассовый (товарный) чек либо иной платежный документ, подтверждающий оплату товара.

Пункт 3 статьи 453 ГК РК называет и такие виды договора розничной купли-продажи, как продажа в кредит и в рассрочку.

Ответственность сторон в договоре розничной купли-продажи предусмотрена Гражданским кодексом и иными законодательными актами, в том числе и законодательством о защите прав потребителей. Так, если продавец не предоставит покупателю информацию о товаре, он несет ответственность и за те недостатки товара, возникшие после его передачи покупателю, в отношении которых покупатель докажет, что они возникли в связи с отсутствием у него информации (пункт 3 ст. 448 ГК РК). Например, городское общество защиты прав потребителей (ОЗПП) обратилось в суд в интересах гражданина М., купившего импортный электробытовой прибор, который в течение 1 месяца вышел из строя. Продавец отказался добровольно удовлетворить требования покупателя о замене товара на другой, мотивируя тем, что покупатель не соблюдал инструкцию по использованию прибора, что явилось причиной порчи товара. Однако суд принял во внимание доводы ОЗПП о том, что Инструкция, приложенная к товару, была написана на английском и испанском языках, которыми покупатель не владел и поэтому он не мог получить необходимую информацию, а представитель продавца не разъяснил ему содержание инструкции и тем более не представил перевод ее текста.

В случае продажи покупателю товара ненадлежащего качества, если при этом недостатки не были оговорены сторонами, применяются правила, предусмотренные пунктом 1 статьи 428 ГК РК. Покупатель по требованию продавца и за его счет должен возвратить полученный товар ненадлежащего качества. При возврате покупателю уплаченной за товар денежной суммы продавец не вправе удерживать из нее сумму, на которую понизилась стоимость товара из-за полного или частичного использования товара, потери им товарного вида и т.п.

Возмещение убытков покупателя и уплата неустойки не освобождают продавца от исполнения обязательства в натуре (ст. 457 ГК РК).

При замене товара ненадлежащего качества на аналогичный, но иной по размеру, фасону, сорту и т.п. товар надлежащего качества возме-

¹ Архив Усть-Каменогорского судебного участка №2. – 2000 г.

нию подлежит разница между ценой заменяемого товара в момент замены и ценой товара, передаваемого взамен товара ненадлежащего качества. Если требование покупателя не удовлетворено продавцом, эти цены определяются на момент вынесения судом решения о замене товара (п. 2 ст. 455 ГК РК).

В случае предъявления требования о соразмерном уменьшении покупной цены на товар в расчет принимается цена товара на момент предъявления требования об уценке, а если требование покупателя добровольно не удовлетворено, - на момент вынесения судом решения о соразмерном уменьшении цены. При возврате товара ненадлежащего качества продавцу покупатель вправе потребовать возмещения разницы между ценой товара, установленной договором, и ценой соответствующего товара на момент добровольного удовлетворения требования покупателя, а если требование добровольно не удовлетворено, - на момент вынесения судом решения.

В соответствии со ст. 14 Закона «О защите прав потребителей», если в течение гарантийного срока или срока годности покупатель обнаружит ненадлежащее качество товара, он вправе по своему выбору требовать либо соразмерного уменьшения покупной цены, либо безвозмездного устранения недостатков товара или замены на товар надлежащего качества, либо расторжения договора с возвратом уплаченной суммы и возмещением своих убытков. Сроки – общий, гарантийный – исчисляются со дня розничной продажи, установленного датой на штампе в паспорте товара, на товарном или кассовом чеке. Различают также скрытые недостатки, претензии по которым могут быть предъявлены в течение 6 месяцев, а наличие таких недостатков должно быть подтверждено заключением учреждений Торгово-промышленной палаты Республики Казахстан или иными экспертными учреждениями, лабораториями. По сезонным товарам сроки исчисляются с момента наступления соответствующего сезона (пункт 2 ст.14 Закона «О защите прав потребителей»).

Товары с гарантийным сроком в основном могут быть обменены без предварительного ремонта, если покупатель обратится к продавцу в течение 30 дней с момента покупки товара и факт недостатков вещи удостоверен справкой гарантийной мастерской. А по истечении 30 дней покупатель может обменять товар только после пред-

варительного производства гарантийного ремонта, продолжительность которого не может превышать 7-14 дней. Законодательство о защите прав потребителей предусматривает обязанность гарантийной мастерской на время нахождения в ремонте технически сложной вещи выдать покупателю безвозмездно в пользование на срок ремонта такую же вещь с доставкой на место, а также доставку крупногабаритной вещи в магазин или мастерскую за счет последний. Покупатель имеет право требовать от продавца или мастерской уплаты неустойки за несвоевременное выполнение указанных обязанностей в размере 1 процента стоимости товара за каждый день просрочки.

Новое гражданское законодательство (параграф 3 главы 47 ГК РК) устанавливает ответственность продавца или изготовителя не только за передачу товара ненадлежащего качества, но и за причинение покупателю вреда товаром, опасным для его жизни или здоровья, или товаром ненадлежащего качества, а также возмещение морального вреда с учетом норм статей 951 и 952 ГК РК. (Аналогично - в Российской Федерации). Например, в результате возгорания телевизора в квартире гр-на К. произошел пожар, которым была уничтожена вся домашняя обстановка и квартира приведена в непригодное для проживания состояние, а сами хозяева квартиры остались в живых совершенно случайно. Пожарно-техническая и криминалистическая экспертизы дали заключение о том, что причиной пожара явилась техническая неисправность телевизора «Горизонт», который незадолго до этого случая ремонтировался в мастерской. Потерпевшие предъявили иск к магазину-продавцу, заводу-изготовителю и к гарантийной мастерской о возмещении материального ущерба и морального вреда, иск судом был полностью удовлетворен¹.

В случае неисполнения продавцом обязательства по договору розничной купли-продажи возмещение убытков и уплата неустойки не освобождают продавца от исполнения обязательства в натуре.

Помимо гражданско-правовой ответственности, продавец в договоре розничной купли-продажи может быть привлечен и к иным видам юридической ответственности. Так, ст. 159 Кодекса Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» (далее – КРКоАП) предусматривает административную ответственность про-

¹ Архив Ульбинского райсуда г. Усть-Каменогорска. 1997 г.

давца и его представителей за обман потребителей путем обмеривания, обвешивания, обсчета, введения в заблуждение относительно потребительских свойств или качества товара (услуг) или иной обман потребителей. Кстати, субъектами административной ответственности здесь названы не только организации (юридические лица), но и индивидуальные предприниматели.

Статья 161 КРКоАП предусматривает административную ответственность продавца за непредоставление по просьбе покупателя необходимой информации о товаре, его месте происхождения, изготовителях, потребительских свойствах, гарантийных обязательствах и порядке предъявления претензий; за нарушение порядка размещения контрольно-измерительных приборов, за нарушение администрацией рынка требований по обеспечению своевременной уборки и благоустройству территории рынка, проведению санитарного дня на рынке и сервисному обслуживанию объектов и мест торговли; за реализацию субъектами торговой деятельности товаров (в том числе ввезенных на территорию Республики Казахстан из-за ее пределов) без документов, удостоверяющих их качество и безопасность, потерявших качество за время продажи и перешедших в разряд недоброкачественных и (или) не отвечающих требованиям безопасности для жизни и здоровья потребителей, а равно неправомерное использование официального документа, удостоверяющего соответствие товаров требованиям безопасности.

Статья 161-1 КРКоАП предусматривает новый состав административного правонарушения, введенный с 21 октября 2005 г., а именно отказ в принятии платежей с использованием платежных карточек торговыми (обслуживающими) организациями, обязанными принимать их при осуществлении

торговых операций (оказании услуг).

Статья 162 КРКоАП влечет административную ответственность за незаконную торговлю товарами или иными предметами, свободная торговля которыми запрещена или ограничена законодательством, а статья 163 предусматривает ответственность за нарушение правил оборота этилового спирта или алкогольной продукции, не соответствующих установленным стандартам.

Как видим, законодатель как в Гражданском кодексе, так и в других нормативных правовых актах довольно детально регламентирует как общие правила о договоре розничной купли-продажи, так и правила об отдельных видах рассматриваемого договора. В этом проявляется вполне логичный отход законодателя от дозволительного регулирования договорных отношений, от принципа свободы договора, что характерно именно для категории публичных договоров в гражданском праве. Издание Правительством Республики Казахстан общеобязательных правил также призвано обеспечить защиту прав потребителей, так как отношения, регулируемые публичным договором, это чаще всего отношения коммерческих организаций с массовым потребителем. Тем самым особенностью законодательства о розничной купле-продаже является его гражданско-правовая основа, императивный характер большинства его норм и комплексный характер рассматриваемого законодательства, сочетание частных и публичных начал правового регулирования. Вместе с этим необходимо подчеркнуть, что стремление урегулировать гражданско-правовые отношения путем предписаний не характерно в целом для современного казахстанского гражданского права, а применяется только для категории публичных договоров, к которым относится договор розничной купли-продажи.

Осы мақалада автор бұқаралық келісім-шарт талаптары тұрғысынан бөлік сауда-саттық кезінде туындайтын шарттық құқық қатынастарын қарастырады.

In this article the author considers contractual relations arising at retail sale and purchase from the position of the requirements to the public contract.

Е.Б. ЖОЛАТ*аспирант КазГУ им. аль-Фараби,
кафедра конституционного права*

ОБЯЗАННОСТЬ УПЛАТЫ УСТАНОВЛЕННЫХ НАЛОГОВ, СБОРОВ И ДРУГИХ ОБЯЗАТЕЛЬНЫХ ПЛАТЕЖЕЙ

Данная обязанность имеет статус конституционной обязанности. Однако закономерно возникает вопрос: почему уплате налогов уделяется такое большое значение? Ответ кроется в истоках возникновения этой обязанности.

Ранее, при социалистическом строе, обязанность уплаты налогов и других обязательных сборов не закреплялась Конституцией. Впервые эта обязанность была закреплена Конституцией Республики Казахстан 1993 года. И это естественно, поскольку при социалистической экономике основной доход государства составляли не налоги, а доходы с государственных предприятий, организаций. Налоги же составляли лишь малую часть дохода государства. Сейчас, при смене экономического строя и переходе к рыночной экономике и частной собственности на средства производства, налоги играют значительную роль при составлении государственного бюджета. Кроме того, раньше, при централизованном управлении, все налоги просто вычитались из заработной платы работника, и необходимости закрепления указанной обязанности в Конституции не было. Следовательно, при социализме никакой инициативы от гражданина для уплаты налогов не требовалось. В настоящее время, в условиях свободы предпринимательства, когда существуют разнообразные источники доходов, уплата налогов уже связана с инициативой человека. В частности, согласно пункту 2 статьи 29 Налогового кодекса РК, во исполнение налогового обязательства налогоплательщик совершает следующие действия:

- 1) встает на регистрационный учет в налоговом органе;
- 2) ведет учет объектов налогообложения и объектов, связанных с налогообложением;
- 3) исчисляет суммы налогов и других обязательных платежей, подлежащих уплате в бюджет;
- 4) составляет налоговую отчетность и представляет ее органам налоговой службы в установленном порядке и сроки;

5) уплачивает исчисленные и начисленные суммы налогов и других обязательных платежей в бюджет в порядке и в сроки, установленные налоговым законодательством, а также пеню и штрафы в случае неисполнения налогового обязательства.

Именно по этой причине обязанность уплаты налогов и других обязательных платежей закреплена в Конституции Республики Казахстан как одна из важнейших обязанностей граждан. Чем большее число граждан осознает необходимость своевременной уплаты налогов, тем больше средств будет использовано на развитие государства и отдельных его институтов - таких, как пенсионное обеспечение, образование, здравоохранение, культура и многие другие.

Конституционная обязанность уплаты установленных налогов, сборов и других обязательных платежей в свете Налогового кодекса РК понимается как налоговое обязательство. В научной литературе по этому поводу существует дискуссия. Сторонники одной теории считают, что термин «обязательство» нельзя применять по отношению к обязанности уплаты налогов. Поскольку обязательство является категорией гражданского права и возникает в результате деятельности субъектов гражданского права как равноправных сторон, самостоятельно определяющих взаимные права и обязанности. Тогда как обязанность по уплате налогов является хотя и имущественной, но публично-правовой, а не частно-правовой. Налоговые отношения строятся на принципах власти и подчинения, регулируются путем властных предписаний со стороны государства, поэтому вряд ли обязательство может отражать природу комплекса обязанностей налогоплательщика. Другие авторы полагают, что понятие «налоговое обязательство» не подменяет понятия «гражданско-правовое обязательство», а позволяет наиболее точно выразить специфику и экономическое содержание налоговых отношений. Третьи, наоборот, выступают

против использования термина «обязанность налогоплательщика», поскольку, используя этот термин, государство избегает от какой бы то ни было ответственности перед налогоплательщиком. Тогда как использование понятие «налоговое обязательство» предполагает ответственность государства¹.

На наш взгляд, понятие «обязательство» в Налоговом кодексе РК используется как синоним понятия «обязанность» и отражает императивные отношения государства и гражданина.

Согласно статье 24 Налогового кодекса РК, налоговым обязательством признается обязательство налогоплательщика перед государством, возникающее в соответствии с налоговым законодательством, в силу которого налогоплательщик обязан встать на регистрационный учет в налоговом органе, определить объекты налогообложения и объекты, связанные с налогообложением, исчислять налоги и другие обязательные платежи в бюджет, составлять налоговую отчетность, представлять ее в установленные сроки и уплачивать налоги и другие обязательные платежи в бюджет.

Как видно, налоговое обязательство возлагается на налогоплательщика, т.е. на лицо, являющееся плательщиком налогов и других обязательных платежей в бюджет. Из чего следует, что законодатель при взимании налогов не различает гражданства лица. Другими словами, плательщиками налогов и других обязательных платежей в бюджет являются все лица вне зависимости от гражданства того или иного государства.

Налоговое обязательство возникает с момента появления у лица имущества либо с момента совершения им действий, подлежащих налогообложению, и считается исполненной с момента уплаты налога (сбора) налогоплательщиком. Кроме того, по основаниям, предусмотренным налоговым законодательством Республики Казахстан, обязанность по уплате налогов может быть прекращена. Согласно статье 57 Налогового кодекса РК, налоговое обязательство физического лица прекращается:

1) со смертью;

2) со вступлением в силу решения суда об объявлении его умершим.

В соответствии со статьей 58 Налогового кодекса РК налоговое обязательство юридического лица прекращается:

1) после полной ликвидации;

2) после полной реорганизации путем присоединения (в отношении присоединившегося юридического лица), слияния, разделения и преобразования.

Хотя последнее основание, на наш взгляд, не является основанием для прекращения налогового обязательства. Поскольку в силу статьи 46 Гражданского кодекса РК права и обязанности реорганизованного юридического лица переходят к его правопреемнику, в том числе и обязанность по уплате налогов. Об этом же гласит пункт 1 статьи 35 Налогового кодекса РК: «Исполнение налогового обязательства реорганизованного юридического лица возлагается на его правопреемника (правопреемников)».

Согласно главе 11 Налогового кодекса РК, в нашей стране действуют налоги и другие обязательные платежи. К обязательным платежам относятся:

1) сборы (например, лицензионный сбор, сборы за выдачу различных разрешений, сборы за государственную регистрацию);

2) платы (например, за пользование земельным участком, за загрязнение окружающей среды);

3) государственная пошлина (за подачу искового заявления, за регистрацию места жительства);

4) таможенные платежи (таможенная пошлина, сбор за хранение товаров, за сопровождение, за выдачу лицензий).

В соответствии с пунктом 1 статьи 29, исполнение налогового обязательства осуществляется налогоплательщиком самостоятельно, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом. Это означает, что налоговое обязательство не может быть исполнено никем иным, кроме как самим налогоплательщиком. Налогоплательщик обязан уплачивать налоги и другие обязательные платежи в бюджет за счет собственных средств и не может возложить данную обязанность на кого-либо другого. Ответственность за неисполнение налогового обязательства налогоплательщик будет нести лично.

Пункт 2 статьи 2 Налогового кодекса РК гласит: «Ни на кого не может быть возложена обязанность по уплате налогов и других обязательных платежей в бюджет, не предусмотренных настоящим Кодексом». Что означает: никто, ни какой-либо государственный орган, ни должностные лица, ни

¹ Латыпова Е.У. Обеспечение исполнения обязанности по уплате налогов и сборов / Под ред. д.ю.н., проф. Е.Ю. Грачевой. – М.: ИД «Юриспруденция», 2006. – С. 25–43 // Тенелов Д. Налоговое обязательство в Налоговом кодексе РК / Юрист, №11, ноябрь 2004 г. – С. 57–60.

общественные объединения, ни какие-либо иные физические или юридические лица не вправе самостоятельно устанавливать налоги и возлагать их на кого-либо. Только налоги, установленные Налоговым кодексом, подлежат обязательной уплате.

Налоговое законодательство Республики Казахстан основывается на принципах обязательности уплаты налогов и других обязательных платежей в бюджет, определенности, справедливости налогообложения, единства налоговой системы и гласности налогового законодательства. Положения налогового законодательства Республики Казахстан не могут противоречить принципам налогообложения, установленным Налоговым кодексом РК (статья 4 Налогового кодекса РК).

Еще один вопрос, который следует поднять при рассмотрении данной темы – это есть ли разница между долгом и обязанностью платить налоги, поскольку согласно статье 35 Конституции РК, уплата законно установленных налогов, сборов и иных обязательных платежей является долгом и обязанностью каждого. По мнению В.И. Новоселова, «поскольку долг граждан закрепляется в нормах права, есть основание говорить о наличии юридического долга как разновидности общественного долга». Вместе с тем автор полагает, что юридический долг является самостоятельным структурным элементом, входящим в правовой статус личности. «На наш взгляд, - пишет ученый, - юридический долг представляет собой модель ожидаемого поведения граждан, охватывающего две стадии. Во-первых, это, безусловно, обязательные в государственных и общественных интересах действия (иногда бездействие), охватываемые понятием «юридическая обязанность». Однако автор тут же противоречит сам себе: «Во-вторых, это желательные, целесообразные в государственных и общественных интересах действия. Граждане юридически не обязаны совершать такие действия, но имеют на это право: за их несовершение не могут быть привлечены к ответственности, а совершение их всемерно стимулируется государством и обществом»¹. Думаю, не следует соглашаться с этим утверждением В.И. Новоселова: сам факт закрепления юридического долга в нормах права уже говорит о том, что за неисполнение или нарушение данных норм может наступить юридическая ответственность.

Следовательно, можно предположить следующий вывод: законодательство не различает понятий юридического долга и юридической обязанности, рассматривая их как синонимы. Однако для чего тогда законодатель использует совместное употребление этих категорий в пределах одной статьи? На наш взгляд, категория долга и обязанности употребляются вместе для усиления данной нормы. В частности, в Конституции РК содержатся лишь две статьи, содержащие в себе словосочетание «долг и обязанность». Это статья 35, устанавливающая обязанность платить налоги, и статья 36, устанавливающая обязанность защищать Республику Казахстан. Уплата налогов и защита государства во взаимоотношении «человек – общество – государство», прежде всего, представляют собой интерес государства. Государство не сможет существовать как без соответствующей защиты от посягательств, так и без уплаты налогов. Неуплата налогов или неявка по призыву на воинскую службу напрямую не нарушают прав и свобод других граждан. Следовательно, индивиду легче нарушить такую обязанность. В большинстве случаев нарушение какого-либо права другого человека можно ощутить сразу: человек начинает отстаивать свои права, возмущаться, а при нарушении прав государства последствия наступают не сразу. Кроме того, эти последствия могут и не наступить, поскольку такие правонарушения труднее выявить. В отличие от этого нарушение прав человека всегда налицо. В связи с чем государством усиливаются те обязанности, которые установлены в его интересах.

Таким образом, категория долга является самостоятельной и не входит в понятие юридической обязанности. Долг – это моральная обязанность совершать определенные действия, но если долг закрепляется в нормах права, то он приобретает статус юридического долга и используется либо как синоним юридической обязанности, либо как элемент, усиливающий юридическую обязанность.

Следовательно, указывая на долг граждан платить налоги, государство взывает к социальной ответственности граждан. Поэтому нам, казахстанцам, следует с пониманием относиться к исполнению этой обязанности и должным образом исполнять ее. Государство

¹ Новоселов В.И. Юридический долг как элемент правового положения граждан СССР. – В кн.: Конституция СССР и правовое положение личности. – М.: Институт государства и права АН СССР, 1979. – С. 130–131.

взывает к нашей чести, призывая должным образом платить налоги и другие обязательные платежи, поскольку от исполнения этой обязанности зависит функционирование всех государственных органов, социальная политика государства, состояние обороны нашей страны и многое другое. В своем послании народу Казахстана «Казахстан-2030: Процветание, безопасность и улучшение благосостояния всех казахстанцев» Президент страны также вызывает к чести народа: «...можем ли мы считать себя сильным государством, если нам не удастся сполна получать налоги и пошлины, если мы своевременно не выплачиваем заработной платы и пенсий, если законы и указы зачастую не соблюдаются? Из-за этого постоянно терпят убытки сознательные налогоплательщики и честные владельцы предприятий, а также

наиболее уязвимые слои населения. Что же касается бессовестных руководителей предприятий и лиц, не платящих налоги, то они процветают». В этом же послании Президент страны говорил, что к 2030 году уплата налогов для казахстанцев станет обычным делом и превратится в патриотическую обязанность. Тем самым, глава государства хотел подчеркнуть важность и особую роль личных качеств человека при исполнении им каких-либо обязанностей. Для патриота своей страны ничего не стоит добросовестно исполнять ту или иную обязанность. Тем более если он осознает, в каких целях и в чьих интересах она установлена. Поэтому нам, казахстанцам, необходимо стремиться к тому, чтобы каждая из обязанностей была для нас патриотической.

Аталған мақалада автор қарастырған мәселелер шеңбері – салықтық міндет ретінде белгіленген салықтарды төлеу, мемлекет пен азаматтың қатынасы, борыш пен міндет санаты, азаматтардың әлеуметтік жауапкершілігі ретіндегі конституциялық міндет.

The constitutional duty of payment of the established taxes as the tax obligation, as the attitudes of the state and citizen, category of the debt and duty, social responsibility of the citizens – is the circle of questions considered by the author in the given article.

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Кулжабаева Ж.О.

Научный комментарий к Закону Республики Казахстан

«О международных договорах Республики Казахстан». – Астана: ТОО «Институт законодательства Республики Казахстан», 2006. – 96 с.

Данный научный комментарий содержит постатейный анализ Закона Республики Казахстан «О международных договорах» от 30 мая 2005 года.

При комментировании статей Закона РК «О международных договорах» автор изложил вопросы мировой практики договорного права, необходимость использования международного стандарта в процессе заключения договора в Республике Казахстан.

Научный комментарий предназначен для специалистов в области международного права и международных отношений, а также практикующих юристов.

М. Ч. КОГАМОВ*главный научный сотрудник
Института законодательства РК
доктор юридических наук, профессор*

ПРАВООХРАНИТЕЛЬНАЯ СИСТЕМА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: РЕЗЕРВЫ ПОВЫШЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ

«Реформами на ходу», так я бы охарактеризовал в целом системные преобразования, которые происходят в юридической системе общества и государства в последние годы, начало которых положено в 90-х годах прошлого столетия. В их основе, прежде всего, потребности обеспечения высокой степени защищенности прав и свобод человека и гражданина, в том числе в сфере борьбы с преступностью.

Концентрированно, за прошедшие годы мы реализуем второй концептуальный документ в части укрепления юридического суверенитета нашего государства. Следовательно, все, что делается в данном направлении, имеет под собой достаточно продуманные взгляды на развитие нашей правовой системы с учетом общепризнанных международных стандартов в области защиты прав человека и гражданина.

Так, правоохранительная система строит свою деятельность на основе пакета кодифицированных и отраслевых законов, которые, к тому же, периодически изменяются и дополняются. Кроме того, борьба с преступностью сегодня носит консолидированный характер.

Например, организационные и законодательные новеллы в сфере расследования преступлений, в том числе создание и последующая реорганизация Государственного следственного комитета, объективно привели к образованию его правопреемника в лице Агентства по борьбе с экономической и коррупционной преступностью.

Глубоким профилактическим содержанием стала отличаться деятельность МВД.

В этом ряду нельзя не отметить также деятельность органов национальной безопасности, которые существенно дополняют возможности АБЭКП и МВД в области выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений.

К достижениям прошедших лет необходимо, безусловно, отнести новую правовую природу деятельности органов прокуратуры, которая по праву может быть представлена в качестве главного арбитра досудебного уголовного процесса.

Качественным изменениям подверглась также адвокатская деятельность, которая стала неотъемлемым элементом правосудия в стране.

Вне всякого сомнения, наибольшее количество преобразований пришлось на судебную сферу, которые продолжают и поныне в направлении четкого определения компетенции звеньев судебной системы и специализации правосудия. От успехов в области совершенствования правосудия и смежных правовых секторов наша страна, несомненно, укрепит свой статус как правового государства.

В контексте изложенного, правоохранительная система и правосудие являются предметом пристального внимания гражданского общества и его институтов. Суд присяжных, Уполномоченный по правам человека Республики Казахстан, неправительственные правозащитные организации и объединения, политические партии и т.д. - таков неполный перечень всех субъектов, стремящихся обеспечить прозрачность и контроль законности правоохранительной деятельности в обществе и государстве.

На мой взгляд, вполне нормально, когда наши практики и ученые продолжают поиск наиболее оптимальных путей построения правоохранительной и судебной системы. Это объективно, так как правоохранительная и судебная практика не стоят на месте, также как и активно развиваются формы и методы противодействия преступных организаций усилиям государства по уменьшению их влияния на качество жизни общества.

В 2006 году в «Юридической газете» мною были опубликованы две взаимосвязанные Концепции относительно того, как необходимо нам развивать досудебный и судебный уголовный процесс. По-прежнему, глубоко убежден, что даже самые совершенные конструкции правоохранительной деятельности останутся без эффективной реализации, если мы не позаботимся о дознавателях, следователях, прокурорах, адвокатах и судьях. То есть людях, которые реализуют эти реформы. В этой связи, на мой взгляд, в данный

момент необходимо всесторонне проработать и сконцентрировать усилия также на следующих немаловажных вопросах.

Как известно, разработанная в недрах Секретариата Совета Безопасности в прошлом году и поддержанная Главой государства идея о необходимости унификации правоохранительной службы оформлена законопроектом, который проходит в данный момент согласование в государственных органах. Главная идея аналитической записки ССБ в адрес Главы государства заключалась в создании единой правовой базы формирования новой кадровой элиты правоохранительных органов, исключения деления правоохранительных органов на главные и второстепенные. В этой связи очень важно определить весь круг правоохранительных органов, подпадающих под действие данного закона, а также исключить принятие правоохранительными органами под разными предложениями собственных интерпретаций порядка прохождения правоохранительной службы. Логическим звеном этой темы становится целесообразность образования на базе одного из действующих вузов правоохранительных органов единой Академии правоохранительных органов. Кстати, такой единый образовательный центр для всех полицейских сил страны, независимо от их ведомственной подчиненности - Академия правоохранительных органов - давно функционирует в США.

Следующим шагом могло бы стать принятие закона «О статусе следователя», который логично в установленном порядке поставить на рассмотрение Парламента сразу после принятия закона «О правоохранительной службе». Моральная ценность данного закона для «ослабевшего» следственного корпуса очевидна. При этом статус следователя в досудебном уголовном процессе, включая социально-правовой, должен быть не ниже существующего судейского. Все правоохранители имеют «свои» законы. А следователь, главным потребителем работы которого являются прокуроры и судьи, этой привилегии лишен, а компенсация существующего порядка вещей ссылками на УПК просто некорректна. На данный момент законопроект, разработанный в недрах Академии финансовой полиции, находится в стадии практического и научного обсуждения, а также продолжает дорабатываться Следственным комитетом МВД.

Помимо двух перечисленных шагов на эффективности оперативного прохождения уголовных дел в стадии предварительного расследования, сказалось бы разрешение следующих важнейших

процессуальных вопросов. Это, прежде всего, упразднение так называемой доследственной проверки оснований к возбуждению уголовных дел. Сегодня весь уголовный процесс, в практическом смысле распадается на три большие части: доследственную проверку, где осуществляется установление признаков преступления, затем следует расследование, где устанавливается лицо, которое подлежит преданию суду и, наконец, главное судебное разбирательство, где данное лицо привлекается к уголовной ответственности и наказанию. В среднем на каждый из этих этапов движения уголовного дела УПК отводит в пределах двух месяцев, всего шесть месяцев. Из них производство по делу ведется, четыре месяца. Не много ли это? Не в этом ли также причины многочисленных незаконных отказов в возбуждении уголовных дел и их прекращения задолго до суда? По существу, должностные лица органов расследования превратились в судей, что недопустимо, тогда как известно, что функция осуществления правосудия является исключительной конституционной прерогативой суда. Самый серьезный изъян, наряду с прочими, заключается в том, что фактически существованием доследственной проверки мы узаконили коррупцию в сфере расследования уголовных дел. Упразднив доследственную проверку с переходом к полноценному расследованию сразу после приема и регистрации заявления или сообщения о преступлении, мы не только приблизим результаты расследования к суду, но и обеспечим высокую мотивированность всех решений, принимаемых по ходу расследования уголовного дела. При таком раскладе будет неминуемо упразднен институт отказа в возбуждении уголовных дел по любым основаниям, а право любого прекращения уголовного дела перейдет к его «законному владельцу» - в суд.

С данным шагом тесно связана и острейшая необходимость сокращения существующего порядка расследования уголовных дел. К сожалению, ни одна из существующих форм расследования уголовных дел, как в форме дознания, так и форме предварительного следствия, такого сокращенного уголовного процесса не предусматривает. При этом я остаюсь убежденным противником разного рода сокращений, в том числе маскируемых под судопроизводство по делам частного обвинения. В начале этого года по рекомендации участников круглого стола, проходившего под эгидой Министерства юстиции и Министерства внутренних дел, мною был разработан законопроект, регламентирующий процессуальную

форму расследований явных, очевидных преступлений.

В предлагаемом законопроекте регламентируется сокращенный порядок ведения предварительного расследования в форме дознания и предварительного следствия по делам о явных, очевидных преступлениях, то есть раскрытых в момент их совершения, который отвечает потребностям сокращенного порядка судебного разбирательства, установленного статьей 363 УПК.

Предлагаемый порядок сокращенного расследования предполагает обязательный прием, регистрацию, а также рассмотрение заявления или сообщения о преступлении в срок не более трех суток в режиме доследственной проверки. Доследственная проверка завершается составлением Протокола обвинения по правилам статьи 287 УПК и направлением материалов дела прокурору. С момента составления Протокола обвинения подозреваемый считается обвиняемым.

Дальнейший порядок производства по делу определяется общими правилами настоящего Кодекса и включает предание обвиняемого суду, назначение судебного заседания, а также проведение главного судебного разбирательства в сокращенном порядке по правилам статьи 363 УПК.

Следующий не менее важный вывод можно сделать, отталкиваясь от последних конституционных преобразований сферы уголовной юстиции. По существу, ими *открыты новые основания* для иного построения предварительного следствия в стране. Например, почему бы не создать единое следствие в органах прокуратуры, что позволит обеспечить конституционный механизм полного и непрерывного осуществления прокуратурой функции уголовного преследования во всех его формах в досудебных стадиях уголовного процес-

са (возбуждение уголовных дел, предъявление обвинения и т.д.). Среди вариантов решения данного вопроса, наряду с совершенствованием процессуального порядка расследования уголовных дел, необязательно административное объединение следователей разных ведомств под одной крышей.

В целом же, право производства предварительного следствия необходимо объективно вернуть в органы прокуратуры. Это расследование уголовных дел в отношении лиц, обладающих неприкосновенностью в уголовном процессе, всех должностных лиц органов уголовного преследования, а также тогда, когда перечисленные должностные лица являются потерпевшими от преступления.

За прокурорами также надо оставить право преимущественного расследования уголовных дел из числа уголовных дел, подследственных другим органам расследования. Безусловно, при наличии соответствующих оснований, которые надо разработать. Кстати, это право было у прокуроров по УПК 1959 года, входило в компетенцию органов ГСК в 1997 году. Право перераспределения уголовных дел вопреки установленной УПК подследственности имеется у прокуроров и в данный момент.

Безусловно, наша отечественная наука накопила богатейший материал по результатам реализации политико-юридических установок в области правоохранительной деятельности. Здесь затронута лишь некоторая их часть. Поэтому задача текущего момента заключается во взвешанном подходе к изучению и обсуждению актуальных вопросов, сложившихся в правоохранительном сообществе, в стремлении к их обстоятельному разрешению, как это делалось все эти годы.

Автор Қазақстан Республикасында құқық қорғау және сот жүйесін құрудың оңтайлы жолдарының мәселелерін көтеріп, құқық қорғау органдарының жаңа кадрлік элитасын қалыптастырудың бірыңғай құқықтық базасын құру және тергеушінің құқықтық мәртебесі туралы айтады.

The author lifts questions of optimal ways of construction of law-enforcement and judicial system in the Republic of Kazakhstan, creation of uniform legal base of formation of new personnel elite of law-enforcement bodies, about the legal status of the crime investigator.

И.Ш. БОРЧАШВИЛИ

главный научный сотрудник
Института законодательства РК,
академик АЕН РК, доктор юридических наук, профессор

ПОНЯТИЕ ДОЛЖНОСТНОГО ЛИЦА ПО УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

В действующем уголовном законодательстве содержание понятия должностного лица раскрыто в примечании к ст. 307 УК.

В соответствии с ч. 3 примечания к ст. 307 УК РК, под должностными лицами признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, а также в Вооруженных Силах Республики Казахстан, других войсках и воинских формированиях Республики Казахстан.

Аналогичное понятие должностного лица содержится в Нормативном постановлении Верховного Суда РК «О практике рассмотрения судами уголовных дел о преступлениях, связанных с коррупцией» от 13 декабря 2001 г.

Изучение закона, юридической литературы, а также судебно-следственной практики показывает, что нередко возникают неясности при решении вопросов отнесения тех или иных лиц к разряду представителей власти в конкретных случаях¹.

В теории уголовного права имеется немало определений рассматриваемой дефиниции. Так, Ю.И. Ляпунов считает, что «под представителями власти понимаются должностные лица, имеющие в силу предписаний закона, иных нормативных актов либо занимаемой должности властные полномочия, наделенные правом совершать действия, влекущие правовые последствия для значительного количества граждан, не находящихся в их подчинении. Функция властвования – определяющая характеристика представителя власти»².

Представители власти осуществляют полномочия, которые носят не ведомственный характер, а общий публичный характер и реализуются не в замкнутых рамках какой-либо организации, а государственно-административных территориальных границах³.

Из приведенного выше текста примечания 3 к ст. 307 УК РК следует, что представитель власти всегда признается должностным лицом, но не всякое должностное лицо – это представитель власти. Содержание понятия «представитель власти» применительно ко всем случаям использования этого понятия в Уголовном кодексе РК раскрыто в примечании к ст. 320, находящейся в главе «Преступления против порядка управления». Согласно п. 1 примечания к ст. 320 УК РК, представителем власти признается должностное лицо государственного органа, наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся от него в служебной зависимости.

Анализируя определение представителя власти, данное в примечании к ст. 320 УК, можно выделить следующие его особенности:

- оно помещено в главе «Преступления против порядка управления»;
- содержит оговорку, что указанная дефиниция распространяется не только на ст. 320, но и на другие статьи УК РК;
- представитель власти является должностным лицом;
- основными критериями определения понятия представителя власти названы распорядительные полномочия, выполняемые этим лицом.

Выделенные особенности позволяют сопоставить это определение с приведенной законодательной дефиницией должностного лица и выявить разногласия между ними, которые в основном сводятся к следующему.

Во-первых, если представитель власти является должностным лицом, то нецелесообразно «разрывать» дефиниции и помещать их в разные главы закона. Во-вторых, в преступлениях против порядка управления, помещенных в главу 14 УК РК, представитель власти выступает в качестве потерпевшего, а не субъекта преступления.

¹ На это указывают и другие авторы. См., например, Яни П.С. *Взяточничество и должностное злоупотребление: уголовная ответственность*. - М., 2002. - С. 17.

² Ляпунов Ю.И. *Должностные преступления*. - Киев, 1988. - С. 21.

³ Мельникова В.Е. *Должностные преступления (вопросы уголовно-правовой квалификации)*. - М., 1985. - С. 37.

Логическая ошибка в определении понятия представителя власти по отношению к законодательной дефиниции должностного лица состоит в том, что определение подменяется изменением словесной формы определяемого понятия. Иначе говоря, допускается повторение того же самого другими словами: представителем власти является должностное лицо, а должностное лицо — это лицо, осуществляющее функции представителя власти¹.

Правильно пишет Б.В. Волженкин о том, что понятие «представителя власти», данное в примечании к ст. 318 УК РФ (ст. 320 УК РК — И.Б.) нельзя признать удачным, поскольку при сопоставлении его с определением должностного лица обнаруживается явная тавтология ...².

Какой вывод можно сделать из анализа вышеизложенного? На мой взгляд, определение представителя власти целесообразнее изложить в рамках общего определения должностного лица.

Именно так этот вопрос решен в Кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях. Так, в примечании к ст. 34 этого Кодекса под должностными лицами признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти (т.е., наделенные в установленном законом порядке в отношении лиц, не находящихся от них в служебной зависимости, правом издавать от имени государства или его органов юридически значимые акты или распорядительными полномочиями), либо выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, а также в Вооруженных Силах Республики Казахстан, других войсках и воинских формированиях Республики Казахстан.

При этом считаю необходимым давать разъяснения требующих этого наиболее важных понятий, используемых в УК РК, в отдельной статье Общей части, так как это будет способствовать большей систематизации уголовного законодательства и уже апробировано в ст. 7 УПК РК «Разъяснение некоторых понятий, содержащихся в настоящем Кодексе».

Между понятиями представителя власти и

должностного лица существует соотношение частного и общего, т.е. каждый представитель власти является должностным лицом. Представитель власти может быть наделен как функциями государственной власти, так и полномочиями в сфере государственного управления: указания представителя власти, если они законны, обязательны для всех³.

В юридической литературе высказано мнение о нецелесообразности использования термина «представитель власти» в административном и уголовном праве и замене его на должностное лицо. Термин же «представитель власти» рекомендуется употреблять только в отношении депутатов высших и местных представительных органов, т.е. в государственно-правовом аспекте, придавая ему исключительно политико-юридический смысл⁴.

Вряд ли данное предложение получит поддержку законодателя, а тем более ученых и практических работников. Использование термина «представитель власти» в уголовном праве, во-первых, подчеркивает неоднородность должностных лиц аппарата публичной власти, во-вторых, конкретизирует ответственность тех работников, которые выступают от имени государства и его органов, поскольку они являются проводниками государственной политики.

Законодательную власть осуществляют депутаты Парламента Республики Казахстан. В территориальных образованиях законодательную власть осуществляют областные, городские и районные депутаты, обладающие правом принимать в пределах своей компетенции обязательные решения, действующие на территории данного образования.

К представителям власти следует относить лиц, осуществляющих законодательную, исполнительную или судебную власть, а также работников государственных надзорных или контролируемых органов, наделенных в установленном порядке распорядительными полномочиями либо правом принимать решения, обязательные для исполнения гражданами, а также организациями независимо от их ведомственной подчиненности. Такой подход к определению понятия представителя власти поддерживается многими российс-

¹ Басова Т. Уголовно-правовая дефиниция «представитель власти» / Уголовное право. - 2005. - №3. - С. 9.

² Волженкин Б.В. Служебные преступления. - М., 2000. - С. 100.

³ Ахраров Б.Д. Уголовно-правовые и криминологические проблемы борьбы со злоупотреблением властью или служебным положением. Автореф. дис... канд. юрид. наук. - Ташкент, 1989. - С. 9.

⁴ Усольцева А.Т. Должностное лицо в советском государственном управлении / Правоведение. - 1987ю - №2. С. 15.

кими учеными¹.

Удачным следует считать определение понятия представителя власти, данное И.А. Клепицким и В.И. Резановым. Они пишут, что представитель власти – «лицо, наделенное от имени государства или местного самоуправления распорядительными, нормотворческими или контрольными полномочиями в отношении лиц, которые не подчинены ему (по службе или в силу трудовых отношений). Именно такие лица и осуществляют законодательную или судебную власть, а также местное самоуправление (что является формой публичной власти)»².

Таким образом, деятельность представителя власти строится на взаимоотношениях с лицами, не находящимися в его служебном подчинении. Многие представители власти вообще не имеют подчиненных им по службе лиц, но обладают властными полномочиями по отношению к широкому, но не определенному заранее кругу граждан.

Следует согласиться с А.В. Бриллиантовым, который, обобщая критерии, присущие представителям власти, выделяет следующие признаки для этой категории должностных лиц: «1. представителям власти присущи распорядительные полномочия, а именно, они обладают возможностью требовать определенного поведения от граждан либо представители власти обладают правом принимать в отношении граждан или организаций решения, имеющие юридическое значение; 2. требования или решения представителей власти распространяются на неопределенно большой круг субъектов, т.е. на физических и юридических лиц, не находящихся в служебной зависимости или в ведомственной подчиненности у представителей власти; 3. требования или решения представителей власти являются обязательными для исполнения гражданами или организациями; 4. неисполнение требований или решений представителей власти могут влечь за собой негативные правовые последствия для нарушителей»³.

В.И. Динека различает понятия представителя власти и должностного лица: «представитель власти является участником (субъектом) государственно-властных отношений, а должностное

лицо и служащий – только участником (субъектом) государственно-служебных отношений»⁴. Согласиться с такой позицией нельзя. Представлять власть – одна из функций, принадлежащих должностному лицу, наделяемых государством.

Исполнительную власть в масштабе Республики осуществляет Правительство Республики Казахстан, которое возглавляет систему исполнительных органов и осуществляет руководство их деятельностью, полномочия которого определены Конституцией РК (раздел V), Конституционным законом «О Правительстве Республики Казахстан» от 18 декабря 1995 года.

В систему органов исполнительной власти входят, министерства, агентства, комитеты, акиматы.

Кроме государственных органов, имеются и другие специализированные органы для осуществления властных функций государства, но не входящие ни в одну из ветвей власти: Прокуратура РК, Счетная палата РК, Центральный банк РК, Центральная избирательная комиссия, Уполномоченный по правам человека РК и т.д.

Вывод о том, является ли тот или иной сотрудник государственного органа представителем власти, следует делать после анализа его полномочий, сопоставляя их с законами и положениями, ведомственными нормативными актами, регламентирующими права и обязанности сотрудников различных государственных органов, служб, комитетов, департаментов. Иногда указание о служащем как о представителе власти дается непосредственно в законе.

Так, при определении статуса сотрудников полиции следует обращаться к закону РК «Об органах внутренних дел» от 21 декабря 1995 г. В статье 20 этого закона указано: сотрудники органов внутренних дел являются представителями государственной власти и находятся под защитой государства. Аналогичное указание содержится в ст. 17 Указа Президента РК, имеющего силу закона, от 5 декабря 1995 г. «О Республиканской гвардии», ст. 18 Закона РК от 23 июня 1992 г. «О внутренних войсках Министерства внутренних дел РК», ст. 18 закона от 21 декабря 1995 г. «Об органах национальной безопасности РК», ст. 81 Зако-

¹ Курс уголовного права. Том 5: Особенная часть / Под ред. Г.Н. Борзенкова, А.С. Комисарова. - М., 2002. - С. 77-78; Российское уголовное право. Курс лекций. Том VI: Преступления против государственной власти / Под ред. А.И. Коробеева. - Владивосток, 2002. - С. 82-83; Курс российского уголовного права. Особенная часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева и А.В. Наумова. - М., 2002. - С. 844.

² Клепицкий И.А., Резанов В.И. Получение взятки в уголовном праве России. - М., 2001. - С. 37.

³ Бриллиантов А.В. К вопросу о понятии должностного лица / Российский следователь. - 2001. - №6. - С. 30.

⁴ Динека В.И. Ответственность за должностные преступления по уголовному праву России (уголовно-правовой и криминологический аспекты): Автореф. дис... докт. юрид. наук. - М., 2000. - С. 16.

на РК от 30 июня 1998 г. «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей». В других случаях законы и нормативные акты не конкретизируют статус служащих, определяя лишь должностное положение, обязанности и властные полномочия применительно к широкому кругу лиц, например, в ст. 3 Закона РК «О прокуратуре» от 21 декабря 1995 г., Законе РК «О пожарной безопасности» от 22 ноября 1996 г., Законе РК «О судебных приставах» от 7 июля 1997 г., Кодексе РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» от 12 июня 2001 г., других нормативных актах.

Представителями власти являются государственные инспекторы труда, государственные инспекторы по охране природы, государственные ветеринарные инспекторы, главные государственные санитарные врачи, их заместители, санитарные врачи и многие другие лица, выполняющие контрольные и надзорные функции в различных государственных службах и в связи с осуществлением этих функций.

Технические работники, осуществляющие вспомогательную деятельность в органах законодательной, исполнительной и судебной власти (бухгалтера, начальники хозяйственных и юридических отделов, секретари, консультанты, референты), не могут признаваться представителями власти, хотя некоторые из них могут быть признаны должностными лицами на основании наличия у них организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций.

Должностными лицами – представителями власти являются представители военных властей: начальник гарнизона, военный комендант, начальник патруля, начальник караула и т.д.

Представителями власти признаются также лица, выполняющие соответствующие функции временно или по специальному полномочию. В их числе можно назвать присяжных заседателей в судах, различных представителей общественности, в соответствии с законодательством привлекаемых к осуществлению властных полномочий по борьбе с преступностью.

К представителям власти следует относить работников уголовно-исполнительной системы, исполняющих уголовные наказания. Против признания их представителями власти выступает В.И. Динека, полагая, что в их полномочия входит «только право реализации организационно-

распорядительных или административно-хозяйственных функций в отношении осужденных»¹.

Выполнение функций представителя власти по специальному полномочию означает, что выполнение данных функций возложено на лицо законом, нормативным актом, приказом или распоряжением вышестоящего должностного лица либо правомочным на то органом или должностным лицом. Эти функции могут осуществляться в течение определенного времени или одноразово либо совмещаться с основной работой (стажер прокуратуры).

Специальные полномочия представителя власти представлены законом капитанам морских судов, находящихся в дальнем плавании, руководителям геологоразведочных партий, других государственных организаций и их подразделений, удаленных от органов дознания, руководителям дипломатических представительств, консульских учреждений и полномочных представительств, которые в соответствии со ст. 65 УПК РК выполняют некоторые функции органов дознания.

В юридической литературе высказано мнение о том, что в законодательной дефиниции должностного лица указание о возможности выполнения соответствующих функций по специальному полномочию является излишним. Так, А.К. Квициния пишет: «Специальное полномочие есть не что иное, как временное или разовое исполнение должностных функций»². Представляется, что с таким мнением можно согласиться, поскольку «специальное полномочие» полностью охватывается временным исполнением таких функций.

Под организационно-распорядительными функциями на основе п. 6 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 13 декабря 2001 г. «О практике рассмотрения судами уголовных дел о преступлениях, связанных с коррупцией» следует понимать полномочия должностных лиц по руководству коллективом, осуществлению подбора и расстановки кадров, организации труда подчиненных, поддержанию трудовой дисциплины, выполнению задач, поставленных перед коллективом.

К этой категории относятся руководители министерств, государственных комитетов, их заместители, начальники департаментов, управлений, отделов, секторов, служб и других структурных подразделений государственных органов, органов местного самоуправления, Вооруженных Сил РК.

Важным показателем принадлежности к этой

¹ Динека В.И. *Ответственность за должностные преступления по уголовному праву России (уголовно-правовой и криминологический аспекты): Автореф. дис... докт. юрид. наук.* - М. 2000. - С. 32.

² Квициния А.К. *Должностные преступления.* - 1992. - С. 39.

категории должностных лиц является наличие в подчинении других работников или самостоятельная ответственность за отдельный участок работы.

На мой взгляд, законодателю следовало понятие «организационно-распорядительные функции» закрепить в уголовном законодательстве по аналогии с определением представителя власти. Их особенность заключается в руководстве деятельностью подчиненных по службе лиц.

Под административно-хозяйственными функциями, как говорится в вышеприведенном нормативном постановлении от 13 декабря 2001 г., следует понимать функции должностных лиц, как правило, сопряженные с полномочиями по управлению или распоряжению государственным имуществом, его хранению, реализации, по обеспечению контроля за этими операциями в государственном органе, органе местного самоуправления, в соответствующих учреждениях и воинских формированиях.

К этой категории должностных лиц относятся, например, заместители руководителя государственного органа по хозяйственной части, ответственные за хранение материальных ценностей, бухгалтера.

Определение административно-хозяйственных функций также должно получить законодательное закрепление. В данном определении необходимо указать такую их характерную черту, как осуществление полномочий по управлению и распоряжению имуществом.

Для установления того, какие конкретные функции, выполняемые виновным, позволяют причислить его к должностным лицам, необходимо обратиться к различным нормативным актам (законы, инструкции, приказы и т.д.), которые свидетельствуют о характере выполняемых функций. Однако проведенные мною исследования показывают, что органы предварительного расследования и суды не всегда обращают внимание на данный момент, результатом чего является ошибочное определение правового статуса виновного.

Так, судебная коллегия Карагандинского областного суда отменила приговор Каркаралинского районного суда в отношении А., осужденного за превышение должностных полномочий. Отменяя приговор, коллегия пришла к выводу о том, что А., работавший лесником, не является субъектом преступления, поскольку он не наделен по закону ни организационно-распорядительными, ни административно-хозяйственными функциями. Признавая данное решение ошибочным, судеб-

ная коллегия по уголовным делам Карагандинского областного суда оставила без внимания имеющийся в материалах документ «Должностные обязанности лесника», согласно которому ему представлено право проверять документы на право порубки леса, принимать меры к предотвращению незаконной порубки леса, составлять протоколы (акты) о самовольных порубках леса и других лесонарушениях, задерживать лиц, виновных в возникновении лесных пожаров, и доставлять их соответствующим органам власти, т.е. выполнять функции представителя власти.

Допускаются ошибки при толковании понятия должностного лица и присущих ему функций.

А., оперативный уполномоченный криминальной полиции в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий применил насилие в отношении О., превысив при этом служебные полномочия. В приговоре суд указал, что А., являясь работником криминальной полиции, обладал организационно-распорядительными функциями. Здесь ошибка суда заключается в интерпретации прав, предоставленных оперативному работнику, как относящихся к организационно-распорядительным функциям. А. выполнял функции представителя власти, ибо был наделен распорядительными полномочиями в отношении граждан, не находящихся от него в служебной зависимости.

Аналогичная ошибка допущена при рассмотрении другого уголовного дела. Так, Судебная коллегия по уголовным делам Алматинского городского суда в своем постановлении по уголовному делу о получении взятки налоговым инспектором отметила: налоговый инспектор А. является должностным лицом, а не служащим государственной организации, по следующим основаниям. Налоговый инспектор А. имела право от имени государственного органа выдавать официальные документы, подтверждающие определенный факт (выдача РНН). Данные документы имели определенную силу. Выданный ею РНН был заполнен должным образом, на официальном бланке, то есть был действительным и мог быть использован им по всем финансовым и налоговым обязательствам на территории РК.

Таким образом, А., являясь налоговым инспектором, по своему служебному положению обладала правом совершать по службе юридически значимые действия, способные порождать, изменять, прекращать правовые отношения. Ее действия в связи с этим носили организационно-распорядительный характер, и она является

субъектом преступления, предусмотренного ст. 311 УК РК¹, хотя, очевидно, что А. является представителем власти.

Для признания служащего государственного органа или органа местного самоуправления, или военнослужащего должностным лицом необходимо наличие в его компетенции одновременно организационно-распорядительных и административно-хозяйственных функций, достаточно наличия одной из них или обладания полномочиями представителя власти.

Согласно закону, лицо может осуществлять организационно-распорядительные, административно-хозяйственные или функции представителя власти постоянно, временно или по специальному полномочию.

Занятие должности в государственном органе или органе местного самоуправления временно или по специальному полномочию и выполнение организационно-распорядительных и административно-хозяйственных функций возможно и без занятия должности. Полномочия при этом предоставляются на время или для выполнения конкретного задания. Указания на порядок предоставления временных полномочий (письменным приказом или устно) законодатель не приводит. Представляется, что лицо, временно исполняющее определенные обязанности или осуществляющее специальные полномочия, может быть признано субъектом преступления при условии, что указанные обязанности или полномочия возложены на данное лицо в установленном законом порядке (постановлением, приказом, письменным распоряжением уполномоченного должностного лица, доверенностью и тому подобным). Этой же позиции придерживаются многие ученые, посвятившие этой тематике свои труды². Наличие соответствующего решения о предоставлении полномочий должностного лица позволит более предметно подходить к решению вопроса о признании того или иного лица государственного органа должностным. Прежде всего, это относится к общественным инспекторам различных государственных инспекций — лесоохраны, рыбного надзора, в области охраны общественного порядка, стажерам органов внутренних дел и другим.

Существующее определение понятия «должностное лицо», приведенное в примечании к ст. 307 УК РК, ограничивает перечень лиц, подлежащих уголовной ответственности за преступле-

ния, предусмотренные в гл. 13 УК РК, так как ответственность предусмотрена только должностных лиц, относящихся к государственным органам, органам местного самоуправления и Вооруженным Силам, войскам и воинским формированиям Республики Казахстан.

Понятие «государственный орган» дано в Законе Республики Казахстан «Об административных процедурах» от 27 ноября 2000 года. Под государственными органами понимаются государственные учреждения, уполномоченные Конституцией, законами, иными нормативными правовыми актами на осуществление от имени государства функций по:

- 1) изданию актов, определяющих общеобязательные правила поведения;
- 2) управлению и регулированию социально значимых общественных отношений;
- 3) контролю за соблюдением установленных государством общеобязательных правил поведения.

Таким образом, основными критериями, отличающими государственный орган от других организаций, являются его организационная форма (государственное учреждение), компетенция (осуществление функций государственного управления и контроля) и способ финансирования (из государственного бюджета). Указанные сведения отражены в учредительных документах государственного органа (акте о его создании и положении о нем).

Под компетенцией государственного органа понимается совокупность установленных полномочий государственного органа, определяющих предмет его деятельности.

Под полномочиями государственного органа понимаются права и обязанности государственного органа, определенные законами.

Под правами государственного органа понимается установленная законами возможность совершать определенные действия, требовать определенного поведения (действий или воздержания от совершения действий) от другого лица (других лиц).

Под обязанностями государственного органа понимается установленный законами круг действий, выполнение которых обязательно государственным органом.

Под задачами государственного органа понимаются основные направления деятельности государственного органа.

¹ Архив Алмалинского районного суда г. Алматы за 2001 г.

² Уголовное право России. Особенная часть / Под ред. А.И. Рарога. - М., 1996. - С. 347; Волженкин Б.В. Служебные преступления. - М., 2000. - С. 115.

Под функциями государственного органа понимается осуществление государственным органом деятельности в пределах полномочий, установленных законами (ст. 1 Закона «Об административных процедурах»).

В то же время руководители других государственных учреждений, которые не обладают функциями управления и контроля, не могут являться должностными лицами.

Таким образом, круг должностных лиц, подлежащих уголовной ответственности, крайне ограничен, что влияет на состояние борьбы с коррупцией.

Изучение материалов следственно-судебной практики показало, что понятие «должностное лицо» настолько сужено, что не позволяет привлечь к уголовной ответственности руководителей крупнейших национальных компаний со 100% государственной собственностью (РГП «Темир-Жолы», «КазахОйл», «КазахТрансОйл», «Казспецэкспорт» и так далее), которые доминируют в экономике Казахстана, напрямую влияют на ее состояние, решают судьбы сотен тысяч людей. Но поскольку эти организации не относятся к государственным органам, руководители данных предприятий не могут быть признаны должностными лицами.

Справедливости ради следует отметить, что законодатель расширил круг субъектов коррупционных преступлений, включив наряду с «должностными лицами» лиц, уполномоченных на выполнение государственных функций и лиц, приравненных к ним. Однако в ранних публикациях и выступлениях мною отмечалось, что отнесение к лицам, уполномоченным на выполнение государственных функций, должностных лиц, а также депутатов Парламента и маслихатов, судьи, неверно, так как они являются должностными лицами, осуществляющими государственные функции (функции представителя власти). Признание государственных служащих субъектами коррупционных преступлений оправданно, поскольку это служит эффективной борьбе с коррупцией. Вместе с тем включение всех государственных служащих (административных и политических) субъектами основных составов преступлений, предусмотренных главой 13 УК РК, вызывает недоумение, так как согласно п. 4 примечания к ст. 307 УК, лица, занимающие, согласно законодательству Республики Казахстан о государственной службе, политические должности государственных служащих, относятся к лицам, занимающим ответственную государственную дол-

жность. Следовательно, совершенные ими деяния подпадают под особо квалифицированные виды коррупционных преступлений.

Расширение субъектов коррупционных преступлений за счет включения государственных служащих проблему окончательно не решило.

Руководители РГП на основании делегированных и выполняемых ими от имени государства полномочий, то есть входящие в государственный аппарат, наносят ущерб интересам государственной службы, а не интересам коммерческих и иных организаций.

Так, не могут быть привлечены к уголовной ответственности за незаконное участие в предпринимательской деятельности лица, выполняющие функции организационно-распорядительного и административно-хозяйственного характера в государственных учреждениях, не имеющих статус государственного органа. Суть еще одной проблемы, которая возникает на практике, заключается в следующем: как квалифицировать действия представителей государства в органах управления акционерных обществ (товариществ и иных предприятий смешанных форм собственности), акции (доли, паи) которых закреплены в республиканской собственности, которые в соответствии с действующим законодательством, назначены представителями государства в соответствующих организациях. Речь идет о возможности привлечения их к уголовной ответственности за противоправные деяния при осуществлении своей деятельности по представлению интересов Республики Казахстан в организациях, часть акций и долей которых находится в республиканской собственности.

В случае осуществления представителями государства своей деятельности на основании соответствующего договора с органом исполнительной власти РК за допущенные правонарушения они будут нести гражданско-правовую ответственность в соответствии с условиями договора. В случае совершения ими уголовно-наказуемого злоупотребления полномочиями или коммерческого подкупа их следует признать лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческой или иной организации по специальному полномочию (примечание к ст. 128 УК), коим является договор (согласно ст. ГК, это признается представительством) и привлекать к ответственности по ст. ст. 228 или 231 УК РК соответственно.

Однако проблемы возникают при привлечении к ответственности за допущенные злоупотре-

ния со стороны государственных служащих, назначенных представителями государства в соответствующих организациях.

Проблема заключается в том, является ли данная группа представителей государства субъектами преступлений, предусмотренных главой 8 или 13 УК РК.

На первый взгляд кажется, что в случае совершения представителями государства уголовно-наказуемых деяний при осуществлении деятельности в организациях, в которых часть акций, долей принадлежит РК, они являются лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческой или иной организации по специальному полномочию и, следовательно, могут быть субъектами преступлений, предусмотренных нормами главы 8 УК. Действительно, если представитель государства в такой организации в результате подкупа со стороны ее руководителей, которая не выплачивает налоги в бюджет, несвоевременно или неполно информирует уполномочившие его на представительство государственные органы о причинах нарушения налогового законодательства, не принимает мер к досрочному прекращению полномочий исполнительных органов коммерческой организации, разглашает решение по голосованию какого-либо вопроса, принятое уполномочившим его государственным органом, до голосования или каким-либо иным способом ущемляет интересы организации, то своими действиями он, как лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой организации, причиняет вред такому охраняемому уголовным законом объекту, как нормальный порядок работы коммерческих и иных организаций¹.

Однако следует иметь в виду тот факт, что при осуществлении функции представителя государства в коммерческой организации такой служащий сохраняет за собой должность по месту работы в государственном учреждении, все предусмотренные льготы государственной службы, а также получает заработную плату за свою работу в том государственном органе, который направило его для представительства в коммерческую организацию. Следовательно, представители государства, назначенные в акционерных обществах, по своему статусу являются государственными служащими, выполнение управленческих функций которым в коммерческой организации является одной из его должностных обязан-

ностей как государственного служащего. Из вышеизложенного вытекают два вывода: во-первых, если квалифицировать действия представителя государства в акционерных обществах в соответствии со статьями главы 8 УК, то это приведет к принижению общественной опасности совершенного преступления и, кроме того, к искажению его юридической природы; во-вторых, привлечь к уголовной ответственности представителя государства как должностного лица не представляется возможным, так как представитель государства осуществляет предписанные ему функции по управлению в коммерческой организации, а должностными лицами в соответствии с нынешней редакцией примечания к ст. 307 УК РК «признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, а также в Вооруженных Силах Республики Казахстан, других войсках и воинских формированиях Республики Казахстан».

Таким образом, вне поля зрения законодателя осталась данная проблема. Налицо пробел в уголовном законодательстве, регламентирующем понятие и признаки должностного лица (примечание к ст. 307 УК РК). В этой связи следует в действующее уголовное законодательство включить в перечень должностных лиц такую их группу, как представители государства в коммерческих организациях.

Из всего вышеизложенного необходимо сделать следующие выводы:

1. В Общей части УК Республики Казахстан целесообразно предусмотреть норму, которая по аналогии ст. 7 УПК РК может называться «Разъяснение некоторых понятий, содержащихся в настоящем Кодексе».

2. Должностными лицами признаются лица, постоянно или временно осуществляющие государственные функции (функции представителя власти) или государственные служащие, представляющие интересы государства в коммерческих организациях либо выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных учреждениях, государственных корпо-

¹ Яцеленко Б., Полосин Н. О некоторых пробелах уголовного законодательства об ответственности должностных лиц / Уголовное право. - 2001. - №2. - С. 51.

рациях, а также в Вооруженных Силах Республики Казахстан, других войсках и воинских формированиях Республики Казахстан.

3. Должностные лица могут осуществлять возложенные на них функции:

1) от имени конкретного должностного лица государства в порядке единоличного распорядительства;

2) от имени конкретного государственного органа и его структурных подразделений в порядке единоличного распорядительства либо в коллегиальном порядке в зависимости от предусмотренного законодательством порядка принятия решений в конкретном государственном органе.

Автор өкімет өкілі және лауазымды тұлға түсініктердің ара-қатынасы туралы, лауазымды адамның міндеттері туралы, лауазымды адам түсінігі және белгілерін реттейтін қылмыстық заңнамадағы кемшіліктер туралы баяндайды.

The author speaks about a parity of concepts of the representative of authority and official, about functions of the official, about blanks in the criminal legislation regulating concept and attributes of the official

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Проблемы совершенствования нормотворческой деятельности в области технического регулирования:

Сборник материалов международной научно-практической конференции 17 января 2006 г. – Астана: ЗАО «Институт законодательства Республики Казахстан», 2006. – 128 с.

В сборнике приведены доклады, выступления и тезисы участников данной конференции, проходившей 17 января 2006 года и организованной Институтом законодательства РК, Министерством юстиции РК, Министерством индустрии и торговли РК.

Участники конференции обсудили вопросы совершенствования нормотворческой деятельности, выразили различные точки зрения на проблемы качественного повышения уровня законодательства в сфере технического регулирования, обозначили проблемы национальной правовой системы, препятствующие вступлению Казахстана во Всемирную торговую организацию, высказали свои подходы и пути дальнейшего развития технического регулирования в Республике Казахстан.

Материалы конференции предназначены для практикующих юристов, преподавателей, студентов, магистрантов, аспирантов юридических факультетов учебных заведений, а также работников юридических служб государственных органов.

З.Г. КАЗИЕВ

*первый заместитель начальника Академии КНБ
Республики Казахстан,
кандидат юридических наук, профессор*

ФОРМЫ И СОДЕРЖАНИЕ СОДЕЙСТВИЯ СПЕЦИАЛИСТОВ В ПРОВЕДЕНИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

Привлечение специалистов для оказания помощи в оперативно-розыскных мероприятиях, перечисленных в ст. 11 Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности», необходимо, когда оперативный работник не может самостоятельно качественно и результативно решить стоящую перед ним задачу, требующую использования специальных знаний, ввиду сложности средств и методов проведения исследований. В практике оперативно-розыскной деятельности сложились, на наш взгляд, следующие формы участия сведущих лиц:

- оказание оперативному работнику консультационной помощи по специальным научно-техническим вопросам;

- применение под руководством оперативного работника на месте проведения оперативно-розыскного мероприятия научно-технических и технико-криминалистических средств;

- выполнение специалистом самостоятельных предварительных научно-технических исследований диагностического характера по объектам, представленным оперативным работником;

- проведение научно-технических исследований в оперативно-технических и экспертно-криминалистических подразделениях органов дознания для ответа на вопросы, поставленные оперативным работником;

- производство экспертизы до возбуждения уголовного дела, когда решение о возбуждении дела невозможно принять без экспертного исследования объекта.

В специальной юридической литературе рядом ученых из системы бывших МВД и КГБ СССР, в частности, А. Вердиевым, А. Герасимцом, Е.Ф.

Толмачевым, Д.В. Гребельским, З.И. Кирсановым, Ю.П. Лавровым, Э.И. Родиным и другими, разрабатывавшими теоретические основы применения научно-технических методов и средств в оперативной практике и использования в ней негласной оперативной техники, сформулирован вывод о том, что в оперативно-розыскной деятельности специальные знания используются наиболее успешно, если к участию в проводимых мероприятиях привлекаются сотрудники экспертно-криминалистических подразделений, усвоившие основы оперативно-розыскной работы. Они консультируют оперативных работников по соответствующим вопросам, оказывают техническую помощь в подборе и изъятии объектов и образцов для сравнительного исследования, составлении информации о розыске лиц и предметов по их следам, участвуют в розыске подозреваемых по признакам внешности, почерку, различным следам, проводят в процессе оперативно-розыскных мероприятий предварительные исследования различных объектов, производят лабораторные исследования, фиксируют преступную деятельность отдельных лиц с помощью научно-технических средств, участвуют в разработке предложений профилактического характера.

Консультации специалиста при подготовке и проведении оперативно-розыскного мероприятия могут касаться различных вопросов, в частности: содержит ли в себе тот или иной материальный объект криминалистически значимую информацию, как ее можно получить и использовать; что собой представляет обнаруженное изделие (материал или вещество),

каково его назначение, какие организации и учреждения располагают сведениями о такого рода объектах, какие вопросы они могут разрешить и т.п.

Кроме того, в процессе оперативно-розыскных мероприятий специалистами могут быть даны методические рекомендации о способах, приемах, методах и средствах изъятия и фиксации, упаковки и сохранения предметов-носителей следов, доставляемых для последующего возможного экспертного исследования.

Выполнение специалистом работ на месте проведения оперативно-розыскного мероприятия часто связано с дактилоскопированием проверяемых лиц, обработкой различных объектов специальными метящими веществами и т.п. Такая форма помощи специалистов характерна при расследовании чрезвычайных происшествий следственно-оперативными группами, в составе которых они выполняют большой объем работы по обнаружению, фиксации и изъятию криминалистически значимых следов и материальных объектов.

Необходимость самостоятельной работы специалиста по предварительному исследованию представленных оперативным работником объектов обусловлена тем, что на определенном этапе оперативно-розыскной работы оперработнику бывает недостаточно ясно, какого рода информацию можно извлечь при исследовании конкретного объекта, каков характер предполагаемого исследования. В такой форме участия свои выводы и рекомендации специалист-криминалист излагает в специальном документе – научно-технической ориентировке, в которой фиксируются выявленные свойства (признаки) объектов и возможности использования этих объектов для получения как розыскной, так и доказательственной информации. Самостоятельные исследовательские работы специалистов по конкретным вопросам оперативно-розыскной деятельности являются одной из активных форм их участия в выявлении, раскрытии и предупреждении преступлений. При этом специалисты используют методы и средства криминалистического и научно-технического исследования в целях получения розыскной информации, тщательно сохраняют обнаруженные

объекты для последующего экспертного исследования и получения судебных доказательств. А.Я. Гинзбургом сформулированы требования, обеспечивающие возможность дальнейшего использования объектов в названных целях. Они выражаются в том, что для исследования должны применяться современные методики и научно-технические средства, и, прежде всего те, при которых можно избежать полного или существенного израсходования исследуемого объекта или видоизменения его признаков и свойств. Если избежать этого невозможно, специалист-криминалист до применения таких методик обязан поставить в известность инициатора исследования и приступить к работе с объектом только с его разрешения [1].

С учетом дальнейшего внедрения научных методов изучения материальных объектов в оперативно-розыскной деятельности применяется и такая непроцессуальная форма использования специальных знаний, как научно-техническое исследование в оперативно-технических и экспертно-криминалистических подразделениях органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Данная форма привлечения специалистов является эффективным способом научного изучения вещественных доказательств в целях получения информации, необходимой для предупреждения и раскрытия преступлений.

Основной целью научно-технического исследования является выявление возможной доказательственной ценности оперативно-розыскных материалов либо определение направления розыска в дальнейшей работе. При этом ориентирующим значением обладают не только категорические, но и вероятные выводы специалиста. В то время как по уголовному делу общепринято, что в качестве доказательства используются только категорические выводы, вероятный характер результатов исследования не препятствует использованию их в дальнейшей оперативно-розыскной работе. По нашему мнению, если в результате научно-технического исследования, проведенного специалистом, получены фактические данные, которые могут иметь значение для дела, для установления истины в расследуемом преступлении, то для признания

этих данных судебными доказательствами их необходимо закрепить процессуальными средствами. Иными словами, фактические данные, полученные в ходе оперативно-розыскной деятельности, в том числе и с использованием специальных знаний, могут приобрести статус юридического, процессуального доказательства только при условии соблюдения правила допустимости, для чего в ходе подготовки, непосредственного поручения оперативно-розыскной информации либо после этого должны быть созданы предпосылки для преобразования ее в один из видов доказательств - иные документы и вещественные доказательства. Вместе с тем не исключен вариант легализации в различные виды показаний либо использования полученных данных в соответствии с правилами статьи 130 УПК РК.

Научно-технические исследования проводятся на основе задания, служебной записки или письма оперативного отдела и оформляются в виде заключения (либо справки) специалиста. В правовом и методическом отношении правильной представляется рекомендация, изложенная в работах А.Я. Гинзбурга и Г.И. Грамовича, которые подчеркивают, что перед началом исследования сотрудник экспертного подразделения имеет право и должен выяснять у инициатора исследования обстоятельства изъятия объекта, с разрешения оперативного подразделения знакомиться с материалами, относящимся к предмету исследования, запрашивать дополнительные материалы, необходимые для проведения объективного исследования[1; 2]. В процессе исследования сотрудникам указанных подразделений разрешено консультироваться у специалистов других министерств, ведомств, не разглашая при этом цели выполняемой работы. Для проведения иных исследований (технологических, товароведческих, технических, некоторых физических, химических и других) могут привлекаться соответствующие специалисты других организаций, учреждений и предприятий, которые в соответствии с требованиями соблюдения конспирации предупреждаются о необходимости сохранения в тайне факта проведения исследования и его результатов.

Для случаев же, когда решение о возбуждении

уголовного дела возможно только лишь после получения результатов проведения предварительного специализированного исследования, целесообразно назначение экспертизы с целью быстрого получения процессуального доказательства.

В оперативно-розыскной деятельности активно применяется криминалистическая и специальная оперативная техника. В связи с необходимостью определения доказательственного значения добытых с их помощью материалов, в теории и практике нередко возникает вопрос, относятся ли те или иные научно-технические методы и средства к криминалистической или к оперативной технике. В специальной литературе некоторыми авторами, в частности, Д.В. Гребельским и Е.Ф. Толмачевым высказано мнение, что понятие «оперативная техника» носит условный характер, что оно охватывает совокупность криминалистических и иных технических средств и приемов, используемых при осуществлении оперативно-розыскных мер.

Представляется, что с такой позицией согласиться нельзя ввиду разноцелевого назначения этих средств. Кроме того, оперативная техника используется только в негласных формах и легализация результатов ее использования более сложна, информация, полученная с ее помощью, требует более надежных процессуальных гарантий допустимости, чем криминалистическая техника. Поэтому разграничение понятий этих средств имеет не только важное теоретическое, но и практическое значение. В связи с этим полагаем, что данный вопрос правильно решен З.И. Кирсановым и Э.И. Родиным, которые в качестве критериев разграничения криминалистических методов и средств от оперативных и других научно-технических методов и средств положили их целевое назначение и теоретические принципы, на основе которых они разработаны и используются. Следует согласиться, что технико-криминалистические методы, приемы и средства базируются на общих теоретических положениях криминалистики. Отличительной особенностью криминалистических средств является то, что они специально разработаны и приспособлены для обнаружения, фиксации и исследования предметов, следов, документов и других материальных объектов, позволяющих установить обстоятельства совершенного или готовящегося преступления и

причастных к нему лиц, а также выявить предметы, имеющие отношение к преступлению. Эти методы и средства должны обеспечивать получение и использование судебных доказательств и поэтому применяются преимущественно гласно. В необходимых случаях секретный режим их применения обуславливается конспиративным характером того или иного оперативно-розыскного мероприятия. Руководствуясь критериями, предложенными З.И. Кирсановым Э.И. Родиным, можно сделать вывод, что в отличие от криминалистических, оперативно-технические методы, приемы и средства разрабатываются и используются на основе теории оперативно-розыскной деятельности. Задачей применения оперативной техники является получение оперативной информации, которая непосредственно не может быть использована в уголовном процессе, сами примененные методы и средства являются секретными. Указанная разница между технико-криминалистическими и оперативно-техническими методами, приемами и средствами влияет на процессуальный режим приобщения полученных с их помощью результатов.

Обобщая изложенное, можно констатировать, что применение собственных специальных знаний

оперативным работником, а также использование им профессиональных знаний сведущих лиц в перечисленных формах направлены на получение достоверной информации, используемой в последующем при планировании, организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий по уголовному делу. Исследования, проводимые названными субъектами специальных знаний, позволяют установить: наличие (отсутствие) признаков преступления, то есть основания к возбуждению уголовного дела; лиц, непосредственно причастных к исполнению преступного акта и их ориентировочные антропометрические, этносоциальные и другие идентифицирующие признаки; способ и орудия совершения преступления; пути и методы проникновения на место происшествия и удаления с него; ухищрения по сокрытию факта и способов совершения преступления; продолжительность пребывания преступника с предметами обстановки места происшествия; объекты, подлежащие направлению для сравнительного исследования и на экспертизу, и сформулировать вопросы, которые она должна разрешить; выяснить и другие обстоятельства, имеющие значение для дела.

Использованная литература

1. Гинзбург А.Я. Проведение экспертизы при расследовании преступлений органами внутренних дел Казахской ССР. Учебное пособие. – Караганда: Карагандинская ВШ МВД СССР, 1987. - 105 с.
2. Грамович Г.И. Тактика использования специальных знаний в раскрытии и расследовании преступлений. Учебное пособие. – Минск: Минская ВШ МВД СССР, 1987. – 66 с.

Автор өзінің мақаласында жедел-іздістіру қызметінде арнайы білімді қолданудың ғылыми және құқықтық аспектілерін, сондай-ақ ұйымдастырушылық-әдістемелік мәселелерін ашып көрсеткен.

The author touches upon scientific, legal and organizational-methodical aspects of special knowledge application in the operative-searching activities.

Р.Н. ЮРЧЕНКО*судья Верховного Суда РК в отставке,
кандидат юридических наук*

О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ СУДОПРОИЗВОДСТВА С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

С первого января 2007 года в Республике Казахстан действуют нормы Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – УПК), регулирующие производство по уголовным делам с участием присяжных заседателей.

Судебная практика рассмотрения дел с участием присяжных заседателей показала, что необходимо внесение соответствующих изменений и дополнений в действующее законодательство, чтобы разрешить возникшие проблемные вопросы, касающиеся прав подсудимых, порядка судопроизводства, пересмотра судебных актов, постановленных судом по результатам судебного разбирательства дела с участием присяжных заседателей.

В этих целях в проекте Закона РК, разработанном Верховным Судом Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы, предусмотрен ряд новелл, касающихся некоторых практически значимых вопросов.

Как известно, судопроизводство с участием присяжных заседателей, в соответствии со ст. 543 УПК, распространяется на дела о преступлениях, перечисленных в части 2 ст. 291 УПК. Это дела о преступлениях, за совершение которых Уголовным кодексом Республики Казахстан (далее – УК) предусмотрена смертная казнь. При обвинении лица в совершении нескольких преступлений для применения судопроизводства данной формы достаточно, чтобы хотя бы одно из преступлений было квалифицировано по одной из указанных статей УК.

Дела об этих преступлениях в соответствии с ч. 2 ст. 291 УПК подсудны областным и приравненным к ним судам, из чего следует, что судопроизводство с участием присяжных заседателей осуществляется только этими и приравненными к ним судами при рассмотрении дел по первой инстанции.

Возможность осуществления судопроизводства с участием присяжных заседателей обусловлена одним обстоятельством - за совершение перечисленных в части 2 ст. 291 УПК преступлений Уголовным кодексом Республики Казахстан предусмотрена смертная казнь.

В связи с изменениями, внесенными в ст. 15 Конституции Республики Казахстан, направленными на ограничение применения смертной казни, можно ожидать, что в перспективе Казахстан вовсе откажется от такой меры уголовного наказания как смертная казнь и исключит ее из Уголовного кодекса. Что тогда будет с судопроизводством с участием присяжных заседателей? Думается, что в связи с этим назрела необходимость пересмотреть основания, указанные в ст. 543 УПК, позволяющие осуществлять судопроизводство с участием присяжных заседателей, в сторону расширения сферы его действия, не связывая это с наказанием, предусмотренным за совершение преступлений, а исходить из тяжести и общественной опасности совершенных преступлений.

В этой связи в названном проекте Закона предлагается внести изменения в статью 543 УПК, согласно которым судопроизводство с участием присяжных заседателей будет определяться по категории преступлений, в совершении которых обвиняются подсудимые – по всем делам об особо тяжких преступлениях.

Статья 546 УПК предусматривает единственный повод для рассмотрения дела с участием присяжных заседателей - ходатайство одного из обвиняемых, заявленное им по окончании предварительного следствия после ознакомления с делом.

Следователь по окончании предварительного следствия обязан подробно разъяснить обвиняемому его право ходатайствовать о рассмотрении дела с участием присяжных, разъяснить, что при

отказе заявить такое ходатайство в этой стадии уголовного процесса он лишается права заявить такое ходатайство в дальнейшем, например, на стадии предания суду, принятия судом дела к своему производству, проведения предварительного слушания дела, в главном судебном разбирательстве.

О заявленном ходатайстве или об отказе от заявления ходатайства о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей следователь составляет протокол, который должен быть подписан им самим, обвиняемым и его защитником.

На других стадиях уголовного процесса заявление подобного ходатайства обвиняемым законом не предусмотрено. В связи с этим сложилась судебная практика, согласно которой подобные ходатайства, заявленные обвиняемыми после направления дела прокурору или в суд, судами не удовлетворялись.

Между тем статья 546 УПК, устанавливающая стадию уголовного процесса, в которой обвиняемым может быть заявлено ходатайство о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей, противоречит ст. 102 УПК, согласно которой ходатайства могут быть заявлены в любой стадии процесса. О необходимости создания условий для полной реализации прав обвиняемого на заявление ходатайств отмечено и Конституционным Советом РК в нормативном постановлении¹, в котором рекомендовано Правительству Республики Казахстан внести соответствующие изменения и дополнения в законодательные акты РК по вопросам судопроизводства с участием присяжных заседателей.

Но, как известно, общие нормы имеют приоритет и носят обязательный характер при применении норм Особенной части УПК, что дает основание утверждать, что и до внесения изменений в закон на основании ст. 102 УПК следует признавать за обвиняемым право заявлять ходатайство о судопроизводстве с участием присяжных заседателей в любой стадии процесса до вынесения судом постановления о назначении главного судебного разбирательства, а при поступлении таких ходатайств их рассматривать по существу. Не следует отрицать, что для исключения сомнений и неясностей в применении закона необходи-

мо положения ст. 546 УПК привести в соответствие со ст. 102 УПК.

Проект Закона эту проблему решает путем внесения соответствующих изменений в статью 546 УПК, согласно которым за обвиняемым сохраняется право заявлять ходатайство о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей по окончании предварительного следствия, а также допускается возможность заявления такого ходатайства и в последующем, но до назначения судом главного судебного разбирательства дела.

При отсутствии препятствий для назначения главного судебного разбирательства дела судья в постановлении должен указать, какое количество кандидатов в присяжные заседатели должно быть вызвано в суд (их число в соответствии с ч. 2 ст. 549 УПК не должно быть менее 25 человек) и к какому сроку, а также дату начала главного судебного разбирательства дела. Данное постановление и дополнительно к нему распоряжение председательствующего судьи служит основанием для секретаря судебного заседания, который должен методом предварительной случайной выборки из единого и дополнительного списков кандидатов в присяжные заседатели осуществить отбор необходимого количества кандидатов и составить их предварительный список, в котором необходимо отразить фамилии, имена и отчества, домашние адреса кандидатов в присяжные заседатели. Предварительный список удостоверяется подписью секретаря судебного заседания. Включенным в предварительный список кандидатам не позднее чем за 7 суток до начала главного судебного разбирательства вручаются извещения о вызове в суд ко времени начала главного судебного разбирательства дела.

Как соблюдается данная процедура отбора кандидатов в присяжные заседатели, участникам процесса, да и председательствующему по делу судье неизвестно. Решение этого вопроса всецело отдано на рассмотрение секретаря судебного заседания. Всегда ли секретарь выполняет указанные действия верно, не проявляет ли при этом тенденциозности и необъективности, основанной на просьбах сторон? Чтобы сомнений на этот

¹ Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан №4 от 18 апреля 2008 года «Об официальном толковании пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункта 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан»

счет не было, представляется, что процедура случайного отбора кандидатов в присяжные заседатели могла бы происходить в присутствии сторон в ходе предварительного слушания дела во второй части судебного заседания, после рассмотрения ходатайства обвиняемого о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей и принятия соответствующего решения.

Такие изменения в будущем могут быть воплощены в действующее законодательство.

В проекте Закона, подготовленном Верховным Судом РК, предусматривается внесение изменений в статью 552 УПК, направленных на предоставление возможности председательствующему освобождать от участия в рассмотрении дела кандидатов в присяжные заседатели по состоянию здоровья (слепые, глухие, немые), когда они не могут полно и всесторонне воспринимать происходящее в судебном заседании.

В ст. 555 УПК вносится также предложение об изменении числа кандидатов в присяжные заседатели с 16 до 17, а также их число с 11 до 12 после заявления немотивированных отводов.

В статью 556 УПК также вносятся изменения, согласно которым коллегии присяжных заседателей будет состоять из 10 (вместо 9) присяжных основного состава и двух запасных присяжных заседателей.

Всю подготовительную работу к проведению судебного разбирательства дела проводит судья, которому поручено председательствовать в судебном заседании. Он же играет и главенствующую роль в судебном заседании. Роль второго судьи, участвующего в рассмотрении дела, весьма пассивна. Согласно закону и сложившейся судебной практике участие второго судьи сводится к совместному с председательствующим формулированию предварительного перечня вопросов, подлежащих обсуждению и разрешению в совещательной комнате. После того, как предварительный перечень вопросов представлен сторонам и они внесли в него свои коррективы, окончательная формулировка вопросов и их перечень является обязанностью председательствующего, который ее выполняет без участия второго судьи. В совещательной комнате компетенция второго судьи заключается в разрешении совместно

с председательствующим вопросов о виновности подсудимого, о том, является ли совершенное подсудимым деяние преступлением, о квалификации деяния, в совершении которого присяжные заседатели признали подсудимого виновным.

В этой связи возникает вопрос о том, как быть, если мнения двух судей по указанным вопросам будут разниться, и они не придут к консенсусу? На этот вопрос ни закон, ни практика ответа не дают.

Обращает на себя внимание и то, что второй судья, роль которого при рассмотрении дела в судебном заседании в основном «присутственная», ни за что не отвечает, т.к. не имеет полномочий даже на подписание приговора, хотя в него включается и его решение о виновности подсудимого, о квалификации преступления и мере наказания, т.е. принятое с его участием. Назрела необходимость изменить данную ситуацию, чтобы при рассмотрении дела с участием присяжных заседателей в состав суда входил только один профессиональный судья (при необходимости – запасной судья).

Это нашло реализацию в проекте Закона, согласно которому предлагается в статью 544 УПК внести изменения о составе суда с участием присяжных заседателей в следующей редакции: «суд с участием присяжных заседателей действует в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей».

Председательствующий руководит процессом в судебном заседании и согласно статье 562 УПК, присяжные заседатели вправе задавать вопросы допрашиваемым в суде лицам не напрямую, а передавая свои вопросы в письменном виде председательствующему, который вправе их отклонить, если сочтет их не относящимися к делу либо носящими наводящий или оскорбительный характер. Чтобы это решение председательствующего было более прозрачным и понятным для участников процесса, которым содержание и формулировка вопроса присяжного заседателя не доводится, **в проекте Закона предусмотрено внесение дополнений в статью 562 УПК, согласно которым председательствующий, отклоняя вопросы присяжных заседателей, должен объявить мотивы своего решения.**

В статье 568 УПК указано, что судьи и основной состав присяжных заседателей удаляются в

совещательную комнату после окончания судебных прений и заслушивания последнего слова подсудимых,

В целях усиления гарантий прав сторон на приведение своих аргументаций по ключевым вопросам, которые суду и присяжным заседателям предстоит решать в совещательной комнате, в проекте Закона предусмотрено внесение дополнения в ст. 564 УПК, согласно которому стороны будут иметь возможность выступать с репликами после проведения каждой части судебных прений.

Проект закона также путем внесения дополнений в статью 569 УПК детализирует, какие вопросы в совещательной комнате должны решать присяжные заседатели, а какие – самостоятельно профессиональный судья.

Необходимо также устранить технические погрешности в текстах соответствующих норм главы, регулирующей судопроизводство с участием присяжных заседателей, создающих затруднения при их применении.

Например, пункта 5) в части второй ст. 299 УПК нет, поэтому ссылка на него в части 2 ст.

574 УПК необоснованна. В ст. 574 УПК указано, что кроме приговоров могут быть обжалованы в апелляционном порядке постановления председательствующего, указанные в пунктах 2) и 5) ст. 299 УПК. Однако в ч. 2 ст. 574 УПК ошибочно сделана ссылка на эти пункты, так как Законом Республики Казахстан от 30 декабря 2005 года редакция части второй статьи 299 УПК была изменена и теперь она состоит всего из двух пунктов.

В соответствии с этим, в проекте Закона предполагается внесение соответствующих изменений в ст. 574 УПК.

Краткий анализ уголовно-процессуального законодательства, регулирующего производство по делам с участием присяжных заседателей, и возникающих при его применении вопросов, а также предложений по его совершенствованию указывает на необходимость внесения в УПК таких изменений и дополнений.

Расширение сферы судопроизводства с участием присяжных заседателей, детализация правовой процедуры позволят обеспечить восстановление социальной справедливости, законному и справедливому разрешению дела.

Алқабилердің қатысуымен қылмыстық істер бойынша сот өндірісі қазақстандық қылмыстық процесс үшін сот өндірісінің жаңа нысаны болып табылады, сол себепті жаңа заңнаманы қолдану аса өзекті. Осы мақалада автор алқабилердің қатысуымен сот өндірісін реттейтін құқықтық нормалар мазмұнын өзіндік қабылдауға негізделген пайымдарын және Қазақстан Республикасы Жоғарғы Соты дайындаған Қазақстан Республикасы заңының жобасы негізінде оларды жетілдіруі туралы пікірі баяндалған.

The legal proceedings on criminal cases with participation of the jurymen is the new form of legal proceedings for the Kazakhstan criminal process, therefore questions of application of the new legislation are rather urgent. In this article the author speaks about judgements based on his own recognition of the contents of the rules of law regulating legal proceedings with participation of the jurymen and his opinion about their perfection on the basis of the draft of the Law of the RK prepared by the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan.

Б.К. ОМАРОВА

*начальник отдела уголовного, уголовно-процессуального,
уголовно-исполнительного законодательства
Института законодательства РК,
кандидат юридических наук*

М.К. БАЙГЕЛОВ

*старший научный сотрудник
отдела уголовного, уголовно-процессуального,
уголовно-исполнительного законодательства
Института законодательства РК, магистр права*

КАЗАХСТАН КАК «ТРАНЗИТНЫЙ КОРИДОР» ПРИ ТРАНСПОРТИРОВКЕ НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ МЕЖДУ ЕВРОПОЙ И АЗИЕЙ

На сегодняшний день одной из негативных и неразрешенных проблем всего человечества являются наркомания и наркопреступность. Следствием данных проблем глобального характера являются развитие терроризма и экстремизма, коррупция, отмывание нелегальных денег, распространение СПИДа.

Аналитические исследования международных организаций и различных специализированных центров говорят о том, что в последнее время транснациональные преступные сообщества и группировки активно развиваются, «завоеывая» новые территории для культивирования и производства наркотиков, совершенствуются маршруты и способы наркотрафика. На сегодня в этот преступный бизнес вовлечены не только различные слои населения, но и целые этнические группы. Проблема незаконного оборота наркотиков не признает расовых, половых, религиозных, национальных границ, и все чаще из-за применения наркотиков под угрозу ставится одна из самых главных ценностей - человеческая жизнь.

Только по приблизительным подсчетам, в мире свыше двухсот миллионов человек употребляют наркотики различного вида, причем это количество постоянно увеличивается. Самое страшное, что наиболее уязвимой частью населения становится молодежь.

По оценкам специалистов, годовой оборот мировой торговли наркотиками в отдельные годы превышает оборот вместе взятых мировых рынков

автомобилей и черных металлов.

Наркоиндустрия неуклонно совершенствуется, повышая технический, финансовый потенциал, адаптируя новейшие достижения научно-технического прогресса к своим потребностям. Транснациональные преступные группировки для обеспечения своей криминальной деятельности закупают самые современные средства вооружения и боеприпасы, системы электронного оснащения, постоянно совершенствуют методы обеспечения собственной безопасности и внедряют новейшие наработки в этой области.

Растительные наркотики, производство которых в основном приходится на беднейшие страны, делают их еще беднее. Культивирование наркотикосодержащих растений отрицательно сказывается на экономическом росте. Наркоиндустрия зачастую является причиной дестабилизации государства и ослабления политической системы вследствие коррупции. Подавляющая часть доходов от незаконного оборота наркотиков приходится не на страны, их производящие, а на те страны, где готовая наркопродукция находит незаконный сбыт и становится предметом потребления.

Ярчайшим примером дестабилизации страны вследствие незаконной торговли наркотиками является Афганистан. Повсеместное расширение производства опиума в начале 90-х годов способствовало

разжиганию гражданской войны, привело к замедлению экономического роста и падению уровня жизни. В двух соседних с Афганистаном странах, Пакистане и Иране, которые значительно сократили или искоренили культивирование опийного мака, положительный экономический рост наблюдался как в 80-е, так и в 90-е годы.

Распад бывшего Советского Союза предоставил продавцам наркотиков альтернативу их традиционным и тщательно управляемым маршрутам перевозки через Пакистан и Иран. Менее жесткий пограничный контроль, политическая и экономическая нестабильность, коррупция и развивающиеся наркотические рынки в этом регионе сделали Центральную Азию все более важной транзитной зоной для перевозки героина из Афганистана.

Не будет преувеличением назвать Афганистан одним из мировых монополистов наркотического рынка. Десятки лет войны разорили Афганистан. Развал экономики, неопределенность в политике, отсутствие возможностей для заработка возвели опийный мак в ранг идеальных культур для многих афганских крестьян, живущих за счет натурального хозяйства. В 1993 году в Афганистане было произведено 685 метрических тонн наркотиков, в 1994 - уже 950, в 1995 - 1250, в 1996 был совершен качественный рывок и Афганистан выдал почти 2 100 тонн опиума, в 2000 году - уже 3 667 тонн. Кроме опиумного мака, афганские земледельцы активно занимаются выращиванием конопли (марихуаны), в Афганистане также производится гашиш.

В соседних с Афганистаном странах резко возросло число наркоманов. К примеру, по данным ООН, в Пакистане их число увеличилось на 30 процентов и достигло 2 млн. человек, а в Иране - 1,25 миллионов. За десятилетие число наркоманов в республиках бывшей советской Средней Азии, по разным оценкам, возросло в 3-7 раз.

О масштабах афганского наркотрафика свидетельствуют экспертные оценки аналитиков управления ООН по преступности и наркотикам, согласно которым, свыше 70 процентов опиума и почти 100 процентов героина, нелегально поставляемых в страны Евросоюза, имеют афганское происхождение.

Большая часть опиума и героина, проходящая по Центральной Азии, попадает из Афганистана прямо в Туркменистан или Таджикистан. Продавцы пользуются своими связями с местным населением, чтобы облегчить свои операции.

Наркотики обычно перевозятся через пункты таможенного досмотра, спрятанные в грузовиках, или перевозятся через отдаленные участки пешком или на плотах. Некоторая часть героина также перевозится воздухом из Афганистана в страны Центральной Азии на частных самолетах или коммерческими авиалиниями, чьими владельцами являются враждующие фракции.

Попав в Центральную Азию, наркотики отправляются на запад по суше на транспорте под охраной или на поездах через Центральную Азию. Оттуда их переправляют через Каспийское море, через Кавказские горы, и затем в Турцию. Каждый год этим маршрутом проходит примерно 1,5 миллиона грузовиков, 250 000 пассажирских поездов и 4 миллиона частных автомобилей. Наиболее простой путь для транспортировки героина - это сравнительно небольшими партиями по 20-50 килограммов, спрятанных в грузовиках. Беря во внимание объем наземных перевозок по этому маршруту и тот факт, что для обследования грузовика требуется от нескольких часов до целого дня, практически невозможно реально противодействовать контрабанде по этому маршруту. Подсчитано, что 75% героина, ввозимого в Европу, перевозится этим путем.

Из Турции героин следует по южно-балканскому маршруту (Турция - Югославия - Албания - Западная и Северная Европа), спрятанный в запечатанных коммерческих грузовиках. Героин также перевозится по северо-балканскому пути через Черное море в порты Украины, затем перекладывается в автомобили или грузовики и отправляется в Польшу.

Проблема наркотрафика из Афганистана для евразийского региона и, прежде всего, для Казахстана, крайне актуальна. Это связано с тем, что в силу своего геополитического положения Республика Казахстан является своеобразным «транзитным коридором» между Европой и Азией.

Казахстан одним из первых встречается с наркоугрозой, исходящей с территории Афганистана, и входит в так называемый «северный маршрут», проходящий через Таджикистан, Туркменистан, Киргизию, Узбекистан, Казахстан и Россию.

Следует сказать, что данный маршрут все чаще используется наркодилерами для поставок героина и опия в европейские страны. Также российскими специалистами было высказано мнение, согласно которому не исключено появление еще одного маршрута транспортировки

афганских наркотиков через стык границ Таджикистана, Китая и Афганистана и далее по территориям Китая, Казахстана и России в страны западной и восточной Европы.

Активность незаконного оборота наркотиков в Казахстане и через его территорию в последние годы значительно выросла, о чем свидетельствуют увеличение попыток контрабандного перевоза наркотических средств через государственную границу Казахстана для дальнейшей транспортировки в Россию и Европу, а также переориентация преступных группировок на распространение наркотиков на территории Казахстана.

Для транзита наркотиков через российско-казахстанскую границу активно используются воздушные, железнодорожные и автомобильные маршруты из Таджикистана, Узбекистана и Казахстана. В основном наркокурьеры пытаются провозить наркотические средства в пригородных поездах и автобусах местного назначения, мелкими партиями с сокрытием в одежде, личных вещах, в конструктивных элементах транспортных средств или внутритроллейбусным способом.

На границе Казахстана за 2006-2007 годы Комитетом таможенного контроля было задержано и изъято около 600 килограммов наркотиков. Естественно, это лишь небольшая часть наркотиков, провозимых через границу, и этому есть свои объективные причины. С одной стороны, ежегодно возрастают объемы грузопассажирских перевозок через казахстанскую границу. С другой - пограничная служба государства не располагает на этом направлении необходимой инфраструктурой и оборудованием для организации соответствующего противодействия контрабанде наркотиков. Кроме того, до настоящего времени ни один пункт пропуска через государственную границу по своему техническому оснащению не соответствует предъявляемым требованиям.

По оценкам экспертов, в настоящее время Казахстан является не только территорией для транзита наркотиков, но и их производителем. Значительная сырьевая база для производства наркотиков имеется в Чуйской долине, где произрастает в диком виде индийская конопля, из которой можно производить ежегодно до 5-6 тысяч тонн марихуаны. В приграничных с Узбекистаном районах Южно-Казахстанской области отмечаются отдельные факты возделывания опийного мака.

Но, несмотря на принимаемые меры, уровень противоправной деятельности трансграничных преступных группировок через границу остается высоким. Контрабанда опиатов из Афганистана в страны Центральной Азии, Россию и далее в Западную Европу, США и Канаду приобретает все более широкий и организованный характер, принося международным террористическим группировкам высокую прибыль, а также создает угрозу мировой экономической и социальной стабильности.

Наркотики можно без преувеличения отнести к оружию террора и духовного порабощения. Нетрудно себе представить те последствия, с которыми бы столкнулись государства Евросоюза, если, к примеру, весь этот наркопоток хлынул бы в страны Европы.

С учетом последних тенденций развития ситуации в регионе Центральной Азии приняты дополнительные меры по усилению охраны таджикско-афганской и российско-казахстанской границ.

Следует сказать, что ни одному государству не под силу в одиночку справиться с проблемой наркотрафика, так как он стал частью международного, транснационального нелегального бизнеса.

В этой связи необходимо отметить высокий уровень взаимодействия, налаженный между правоохранительными органами Средней Азии, Российской Федерации и Управлением ООН по контролю за наркотиками и предупреждению преступности.

Помощь Управления ООН по контролю за наркотиками и предупреждению преступности в технической оснащенности позволила прицельно и оперативно работать по конкретным наркогруппировкам, своевременно и надежно перекрывать маршруты переправы наркотиков через границы.

Результаты служебно-боевой деятельности Пограничной группы ФПС России в Республике Таджикистан - яркое тому подтверждение. По нашему глубокому убеждению, реализация проекта взаимодействия ООН со странами бывшего Советского Союза не должна предусматриваться как одноразовая акция. Чтобы успешно продолжать борьбу с небывалым по своим масштабам наркобизнесом в Центрально-Азиатском регионе, в том числе с наркоконтрабандой, необходимо постоянно наращивать антинаркотический

потенциал сил, противостоящих этому злу. Однако только этими усилиями здесь не обойтись. Необходимо коренным образом изменить отношение мирового сообщества к проблеме контрабанды афганских наркотиков через таджикско-афганскую, российско-казахстанскую границу в Россию и далее европейские государства.

Признавая огромные масштабы незаконного оборота наркотиков, ряд стран-доноров считает, что контрабанда этих через территорию нашей страны не представляет угрозы их государствам и мировому сообществу. Однако действительность такова, что трансграничные преступные группировки уже давно установили необходимые им транснациональные связи и активно их развивают. Поэтому нереально ожидать, что любое государство в состоянии в одиночку противостоять наркоугрозе. С учетом той роли, которую выполняет пограничная служба России в предотвращении наркоконтрабанды, напрямую угрожающей безопасности европейских государств, укрепление оперативных и технических возможностей ее антинаркотических подразделений является приоритетной задачей, на решение которой европейскому сообществу необходимо обратить особое внимание.

С учетом этого, важной составляющей комплексного подхода к борьбе с наркоугрозой, исходящей с афганской территории, является работа по реализации решения международного сообщества о создании дублирующего «пояса безопасности» вокруг Афганистана (март 2002 г., резолюция 45-й сессии Комиссии по наркотическим средствам 1.16 о необходимости укрепления «поясов безопасности» вокруг Афганистана). Среди первоочередных задач на этом направлении должно стать создание надежного барьера афганскому наркотрафику на рубеже российско-казахстанской границы и дальнейшее укрепление антинаркотического потенциала пограничных групп Таджикистана.

Пока же практических шагов со стороны международного сообщества по созданию антинаркотических поясов вокруг Афганистана, к сожалению, явно недостаточно.

Между тем собранная Управлением ООН по контролю за наркотиками и предупреждению преступности информация свидетельствует, что из общего объема опиатов афганского происхождения, конфискованных в 2002 году во всем мире, порядка 70% было изъято в странах, граничащих с

Афганистаном и расположенных на путях транзита наркотиков (Иран, Пакистан, Турция, Таджикистан, Азербайджан, Туркмения, Узбекистан, Киргизия, Казахстан и Россия). Для сравнения: в Европе было изъято около 12%, а на американском континенте - 3%. Эти данные об изъятиях красноречиво свидетельствуют о том, что основные объемы конфискаций осуществляются в непосредственной близости от Афганистана, т.е. при первичной транспортировке крупных партий наркотиков к рынкам сбыта. Как только эти партии достигают рынков сбыта, они дробятся на множество более мелких партий, которые значительно труднее выявлять и задерживать. Очевидно, что чем дальше наркотик продвигается от страны-производителя, тем труднее бороться с его незаконным распространением.

Изымая из незаконного оборота значительные партии наркотиков, именно страны транзита несут огромные финансовые издержки по созданию специальных антинаркотических подразделений, их комплектованию, материально-техническому и информационному обеспечению, подготовке кадров. Но самую высокую плату за свои успехи в борьбе с наркосиндикатами эти страны вносят жизнями сотрудников правоохранительных органов, спецслужб, пограничников.

Изложенная информация и анализ противодействия распространению наркотических средств, поступающих из Афганистана, приводит к однозначному выводу о том, что мер, предпринимаемых каждым государством на национальном уровне внутри своей страны, явно недостаточно. Нужна совместная практическая и эффективная программа мирового сообщества, осуществление которой поставило бы реальный заслон на пути афганского наркотрафика.

В настоящее время прорабатывается проект «Укрепление таджикско-афганской границы», предусматривающий существенное наращивание антинаркотического потенциала подразделений российской пограничной службы, дислоцированных на границе с Афганистаном и таджикских правоохранительных органов.

Ведется активная работа по усилению второго, наиболее важного «пояса безопасности» - на российско-казахстанской границе, где, по нашему убеждению, нужно сосредоточить основные усилия.

Ориентировочная стоимость реализации этих проектов составляет несколько десятков миллионов

долларов США, и здесь требуется неотложная и реальная помощь со стороны мирового сообщества. В этом случае программа создания и укрепления «пояса безопасности» начнет осуществляться в короткие сроки. За счет относительно невысоких финансовых издержек для каждой из заинтересованных стран Сообщества - путем оказания прямой финансовой помощи, предоставления информации и оборудования, обучения кадров - объемы и процент конфискации наркотических средств уже в ближайшее время могли бы быть значительно повышены.

Таким образом, эффективность борьбы с распространяющейся наркоугрозой сегодня в определяющей степени зависит от интегрированности и согласованности усилий мирового сообщества. Только объединив наши действия, мы сможем значительно продвинуться в решении общей для нас проблемы - борьбы с незаконным оборотом

наркотиков.

Эта проблема совершенствования законодательной базы, цель которой - создание условий для более тесных и плодотворных связей компетентных органов для осуществления более эффективной уголовно-правовой борьбы с преступностью.

Странам Центральной Азии для адекватной борьбы с наркотрафиком следует активнее и эффективнее использовать региональные международные институты, прежде всего Организацию Договора о коллективной безопасности (ОДКБ), Шанхайскую организацию сотрудничества (ШОС). Необходимо ужесточение наказания, увеличение санкции статей 259, 261-264 Уголовного кодекса РК, создание антинаркотических центров, аналогичных антитеррористическим структурам, работающим в рамках данных организаций, усиление взаимодействия между странами Центральной Азии.

Использованная литература

1. Конвенция ООН «О борьбе с незаконным оборотом наркотических средств» 1961 г.
2. Единая конвенция ООН «О борьбе с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ» 1988 г.
3. Кадыров М.М. Проблемы уголовно-правовой борьбы с незаконным оборотом наркотических веществ, Т., Узбекистан, 1993 г.
4. <http://www.interpol.org> - официальный WWW сервер Интерпола
5. Crime.vl.ru
6. Источник: voitenko.ru
7. Александр Зеличенко. История афганской наркоэкспансии 1990-х WWW: http://zhurnal.lib.ru/z/zelichenko_a_1/

Мақалада есірткі қауіпіне тиімді күрес белгілі деңгейде әлемдік қауымдастықтың күшін біріктіруге байланысты, мақсаты – қылмыспен күресті жүзеге асыру үшін құзыретті органдардың неғұрлым тығыз және өнімді байланысына жағдай жасау болатын заңнамалық базаны жетілдіру қажеттігі туралы айтылады.

In the article it is spoken that today the efficiency of struggle with drug treat in a determining degree depends on a coordination of efforts of world community, about necessity of perfection of the legislative base, which purpose is - creation of conditions for closer and productive relations of competent bodies for realization of struggle with crime.

С.Т. АЛИБЕКОВ

главный научный сотрудник
Института законодательства РК,
доктор юридических наук, профессор

ПРОБЛЕМЫ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТАМОЖЕННЫХ ДОГОВОРОВ (ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ)

В последние годы все более актуализируются вопросы исполнения норм и положений международных таможенных договоров и соглашений. Данные проблемы связываются с вопросами вступления Казахстана во Всемирную торговую организацию (ВТО), с исполнением обязательств, возникающих с членством во Всемирной таможенной организации (ВТамО), региональными интересами в Евразийском Экономическом Сообществе (ЕврАзЭС) и др.

Практика включения в международные акты специальных положений, определяющих порядок их имплементации, постоянно расширяется. В этой связи необходимо подчеркнуть необходимость рассмотрения понятия «имплементация» в широком и узком смыслах. В первом случае речь может идти о способах реализации международных норм любыми правовыми инструментами и деятельностью органов государства и общества, во втором, - о придании международной норме статуса национальной.

Законодательством Республики Казахстан о международных договорах определяется круг вопросов, по которым ратифицируются международные договоры и которые можно также классифицировать по указанным в Законе основаниям:

1) предметом которых являются права и свободы человека и гражданина;

2) выполнение которых требует изменения действующих или принятия новых законов, а также устанавливающие иные правила, чем предусмотрено законами Республики Казахстан;

3) о территориальном разграничении Республики Казахстан с другими государствами, включая международные договоры о прохождении государственной границы Республики Казахстан, а также о разграничении исключительной экономической зоны и континентального шельфа Республики Казахстан;

4) об основах межгосударственных отношений по вопросам разоружения или международного контроля над вооружениями, обеспечения международного мира и безопасности, а также мирные международные договоры и международные договоры о коллективной безопасности;

5) об участии Республики Казахстан в межгосударственных объединениях и международных организациях, если такие международные договоры предусматривают передачу им осуществления части суверенных прав Республики Казахстан или устанавливают юридическую обязательность решений их органов для Республики Казахстан;

6) о государственных займах;

7) об оказании Республикой Казахстан экономической и иной помощи, кроме гуманитарной;

8) при подписании которых участвовавшие в переговорах стороны условились об их последующей ратификации;

9) если международные договоры предусматривают, что такое согласие выражается ратификацией.

Казахстаном ратифицированы 28 многосторонних универсальных международных договоров, участницей которых является Республика Казахстан и касающихся прямо или косвенно таможенных вопросов, а также 1 международный договор Республики Казахстан, заключенный со странами Америки (США), 6 международных договоров Республики Казахстан, заключенных со странами Европы, 18 международных договоров Республики Казахстан, заключенных со странами Центральной Азии, 8 международных договоров Республики Казахстан, заключенных в Содружестве Независимых Государств, 25 международных договоров Республики Казахстан, заключенных в Евразийском Экономическом Сооб-

честве, 18 международных договоров Республики Казахстан, заключенных с Российской Федерацией, 163 смежных международных договоров, затрагивающих таможенное регулирование [1]. Общее число их достаточно велико - 239, если учесть международные таможенные договоры и договоры, регулирующие различные сферы интересов и содержащие предписания для государств и его органов, связанные с необходимостью того или иного таможенного регулирования.

Законодательная база, касающаяся таможенного регулирования, достаточно обширна. Можно выделить четыре своеобразных уровня таможенного законодательства: международный в целом; европейский (региональный) и евразийский (постсоветский) и национальный (казахстанский). Первые три уровня законодательства оказывают, безусловно, влияние на национальные законодательства, и, в свою очередь, национальные нормы все в большей мере становятся источниками международного права.

Известный российский ученый Ю.А. Тихомиров отмечает своеобразность норм международных договоров, содержащих взаимные обязательства сторон. Он пишет: «Их типологические особенности определены в Венской Конвенции о праве международных договоров. Речь идет, прежде всего, о правоспособности государств заключать договоры о полномочиях их представителей, о разных способах подписания, одобрение договора, об оговорках государств. Особенно важны положения статьи 26 – каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться, статья 27 – участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора. Примечательна и статья 64 – если возникает новая императивная норма общего международного права, то любой противоречащий ей договор становится недействительным и прекращается» [2, С. 241].

Становлению международного таможенного права способствуют расширяющаяся база действующих международных договоров и соглашений, заключаемых в рамках интересов группы государств, растет число государств, ратифицирующих либо присоединяющихся к международным документам, в т.ч. и Республика Казахстан.

Международное таможенное право расширяет и в то же время сближает экономические интересы и связи.

Международные договоры Республики Казахстан заключаются с иностранными государствами и (или) международными организациями от имени Республики Казахстан, Правительства Республики Казахстан и государственных органов Республики Казахстан, непосредственно подчиненных и подотчетных Президенту Республики Казахстан, а также центральных исполнительных органов Республики Казахстан. Конституция РК 1995 г. гласит, что «международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона» (ст. 4 п. 3) - [3].

Универсальные международные договоры, региональные международные договоры, двусторонние международные договоры составляют основу международно-договорной базы обязательств Республики Казахстан. Все три группы международных договоров включают перечень международных таможенных договоров.

Известный казахстанский юрист, ученый-международник М.А. Сарсембаев также выделяет три группы международных таможенных конвенций и соглашений [4]. В принципе они отвечают видам международных договоров, изложенных в Законе Республики Казахстан о международных договорах, который определяет порядок их заключения, выполнения, изменения и прекращения.

Международные договоры Республики Казахстан заключаются, выполняются, изменяются и прекращаются в соответствии с Конституцией Республики Казахстан, общепризнанными принципами и нормами международного права, положениями самого международного договора, Венской конвенцией о праве международных договоров, указанным Законом и иными законодательными актами Республики Казахстан.

Приведем перечень универсальных международных договоров, обязательных для Казахстана, в силу ратификации или присоединения к ним (см. таблицу).

В Конституции Республики Казахстан 1995 года впервые введено в законодательный оборот понятие «действующее право Республики Казах-

№	Название конвенции	Дата вступления в силу для РК
1	Конвенция о создании Совета таможенной кооперации. Брюссель, 15 декабря 1950 г.	30.06.92
2	Конвенция о международной гражданской авиации. Чикаго, 4 апреля 1944 г.	20.09.92
3	Венская конвенция о дипломатических сношениях. Вена, 18 апреля 1961 г.	04.02.94
4	Венская конвенция о консульских сношениях. Вена, 24 апреля 1963 г.	04.02.94
5	Венская конвенция о праве международных договоров. Вена, 23 мая 1969 г.	04.02.94
6	Договор о нераспространении ядерного оружия. Вашингтон, Лондон, Москва, 1 июля 1968 г.	14.02.94
7	Конвенция о международных правилах предупреждения столкновения судов на море, 1972 г. Лондон, 20 октября 1972 г.(COLREG 1972).	07.03.94
8	Международная конвенция по безопасным контейнерам (КБК). Женева, 2 декабря 1972 г. (CSC 1972).	07.03.95
9	Конвенция о Договоре международной перевозки грузов (КДПГ). Женева, 19 мая 1956 г. Протокол к Конвенции от 5 июля 1978 г.	15.10.95
10	Европейское соглашение, касающееся работы экипажей транспортных средств, производящих международные автомобильные перевозки (ЕСТР). Женева, 01.07. 1970 г.	13.01.96
11	Соглашение о международных перевозках скоропортящихся пищевых продуктов и о специальных транспортных средствах, предназначенных для этих перевозок (СПС). Женева, 1 сентября 1970 г.	17.07.96
12	Европейское соглашение о международных автомагистралях (СМА). Женева, 15 ноября 1975 г.	15.10.95
13	Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП). Женева, 14 ноября 1975 г.	17.01.96
14	Соглашение о ввозе материалов, относящихся к образованию, науке и культуре. Флоренция, 22 ноября 1950 г.	21.12.98
15	Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ. Вена, 20 декабря 1988 г.	28.07.97
16	Конвенция о психотропных веществах. Вена, 21 февраля 1971 г.	28.07.97
17	Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года, с поправками, внесенными в нее в соответствии с Протоколом 1972 года о поправках. Нью-Йорк	29.05.97
18	Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения (СИТЕС). Вашингтон, 3 марта 1973 г.	19.04.00
19	Протокол, касающийся изменения Конвенции о международной гражданской авиации. Монреаль, 30 сентября 1977 г.	10.09.02
20	Протокол, касающийся изменения Конвенции о международной гражданской авиации. Монреаль, 6 октября 1980 г.	10.09.02
21	Протокол, касающийся изменения Конвенции о международной гражданской авиации. Монреаль, 10 мая 1984 г.	10.09.02
22	Европейское Соглашение о международной перевозке опасных грузов (ДОПОГ). Женева, 30 сентября 1957 г.	26.08.01
23	Протокол об изменении Варшавской Конвенции об унификации правил, касающихся международных воздушных перевозок, осуществляемых лицом, не являющимся перевозчиком по договору от 12 сентября 1929 года. Гаага, 28 сентября 1955 г.	28.11.02
24	Международная конвенция о согласовании условий проведения контроля грузов на границах. Женева, 21 октября 1982 г.	25.04.05
25	Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением. Базель, 20-22 марта 1989 г.	01.09.03
26	Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства. Рим. 10 марта 1988 г.	22.02.04
27	Протокол о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе. Рим, 10 марта 1988 г.	22.02.04
28	Международная конвенция по гармонизированной системе описания и кодирования товаров. Брюссель, 14 июня 1983 г. + Протокол о внесении поправки к ней. Брюссель, 24 июня 1986 г.	01.01.06

В рамках ЕврАзЭС Казахстаном ратифицированы 25 документов, от реализации которых в каждом государстве зависят национальные и региональные интересы, а также жизнеспособность самой международной организации (приведем их в таблице).

№	Название договоров	Дата вступления в силу для РК
1	Соглашение о единых мерах нетарифного регулирования при формировании Таможенного союза. Москва, 22 октября 1997 г.	15.07.99
2	Соглашение о единых условиях транзита через территорию государств-участников Таможенного союза. Москва, 22 января 1998 г.	04.01.99
3	Протокол об упрощенном порядке таможенного оформления товаров, не предназначенных для производственной и иной коммерческой деятельности, и валюты, перемещаемых физическими лицами через таможенные границы государств-участников Таможенного союза. Москва, 22 января 1998 г.	21.02.98
4	Соглашение об обеспечении свободного и равного права пересечения физическими лицами границ государств-участников Таможенного союза и беспрепятственного перемещения ими товаров и валюты. Москва, 24 ноября 1998 г.	24.01.00
5	Протокол о едином порядке применения технических, медицинских, фармацевтических, санитарных, ветеринарных, фитосанитарных и экологических стандартов, норм, правил и требований в отношении товаров, ввозимых в государства-участники соглашений о Таможенном союзе. Москва, 28 января 1999 г.	11.02.00
6	Договор о присоединении Республики Таджикистан к соглашениям о Таможенном союзе. Москва, 26 февраля 1999 г.	27.06.02
7	Договор о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве и мерах по его реализации. Москва, 26 февраля 1999 г.	23.12.99
8	Соглашение об упрощенном порядке оформления товаров, перемещаемых между государствами-участниками Таможенного союза. Астана, 24 сентября 1999 г.	18.07.01
9	Протокол о дополнениях к Соглашению о единых условиях транзита через территории государств-участников Таможенного союза от 22 января 1998 года. Москва, 26 октября 1999 г.	09.11.00
10	Соглашение о правовом обеспечении формирования Таможенного союза и Единого экономического пространства. Москва, 26 октября 1999 г.	06.08.03
11	Протокол о механизме применения специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер в торговле государств-участников Таможенного союза. Москва, 17 февраля 2000 г.	12.12.00
12	Соглашение об Общем таможенном тарифе государств-участников Таможенного союза. Москва, 17 февраля 2000 г.	28.02.01
13	Протокол о таможенном контроле за товарами и транспортными средствами, перемещаемыми между таможенными органами государств-участников Таможенного союза. Москва, 17 февраля 2000 г.	28.11.00
14	Соглашение между правительствами государств-участников Договора о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве от 26 февраля 1999 года о совместном освоении космического пространства в мирных целях. Москва, 17 февраля 2000 г.	05.07.01
15	Соглашение о мерах по регулированию доступа на рынки государств-участников Таможенного союза товаров и услуг из третьих стран. Астана, 6 октября 2000 г.	22.05.01
16	Договор об учреждении Евразийского экономического сообщества. Астана, 10 октября 2000 г.	30.05.01
17	Протокол о таможенном контроле за реэкспортом товаров, происходящих с территории государств-участников Договора о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве от 26 февраля 1999 года и вывозимых в третьи страны. Москва, 22 мая 2001 г.	30.05.03
18	Протокол о порядке введения и применения вывозных таможенных пошлин государствами-участниками Таможенного союза. Москва, 22 мая 2001 г.	С даты подписания
19	Соглашение об обмене информацией между налоговыми и таможенными органами государств-членов Евразийского экономического сообщества. Алматы, 25 января 2002 г.	27.01.03
20	Соглашение о таможенном и налоговом контроле за производством и оборотом этилового спирта, алкогольной, спиртосодержащей и табачной продукции на территориях государств-членов ЕврАзЭС. Алматы, 30 марта 2002 г.	26.02.03
21	Протокол о таможенных перевозчиках государств-участников Таможенного союза. Москва, 13 мая 2002 г.	15.11.99
22	Соглашение об общей Товарной номенклатуре внешнеэкономической деятельности ЕврАзЭС. Астана, 20 сентября 2002 г.	08.07.03
23	О ратификации Соглашения между Правительством Республики Казахстан и Евразийским экономическим сообществом об условиях пребывания Интеграционного комитета Евразийского экономического сообщества на территории Республики Казахстан. Алматы, 25 января 2002 г.	27.11.07
24	О ратификации Протокола об интеграции Организации «Центрально-Азиатское сотрудничество» в Евразийское экономическое сообщество. Минск, 23 июня 2006 г.	21.07.07
25	О ратификации Протокола о единых правилах лицензирования импорта и экспорта товаров, а также связанных с этим отдельных видов деятельности государств-членов Евразийского экономического сообщества. Москва, 25 октября 2004 г.	11.12.06

стан» (п. 1 ст. 4), к которому отнесены 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.

Выделив международные договорные и иные обязательства Республики Казахстан в качестве неотъемлемого элемента действующего права, государство сделало большой шаг к дальнейшему его совершенствованию посредством приближения к международным стандартам и правилам, по которым функционируют самые развитые государства. Президент Казахстана Н. Назарбаев в ежегодном Послании «Новый Казахстан в новом мире» констатирует, что «глобальная система мирового хозяйства – это отстроенный и отлаженный механизм, работающий по своим правилам. По этим правилам надо работать и нам» и «... для учета национальных интересов Казахстана до конца года необходимо привести законодательство Казахстана в соответствие с нормами обязательных соглашений ВТО» [5, С. 17, 27].

Важным элементом в применении норм права является толкование положений Конституции Казахстана (1995). В отношении международных договоров и их приоритетности перед законами, Конституционный Совет Республики Казахстан 11 октября 2000 г. принял Постановление «Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан» от №18/2. В сентябре 2000 года Премьер-Министр Казахстана обратился в Конституционный Совет с вопросом, касающимся официального толкования пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан: имеют ли приоритет перед законами РК не ратифицированные международные договоры, заключенные Республикой Казахстан до принятия Конституции РК от 30 августа 1995 года и не предусматривающие ратификации как условия вступления их в силу? По заключению Конституционного Совета вытекает, что Республика Казахстан выражает свое согласие на преимущественную юридическую силу тех заключенных ею международных договоров перед национальным законодательством, которые ратифицированы Парламентом республики путем принятия соответствующего закона [6].

Из смысла приведенной нормы Конституции вытекает, что приоритет перед законами республики могут иметь только ратифицированные Казахстаном международные договоры. Непосредственное применение таких международных договоров, имеющих приоритет перед законами республики, не означает отмену ими норм действующих законов. Приоритет перед законами и непосредственное применение ратифицированных международных договоров на территории республики предполагают ситуативное пре-

восходство норм таких договоров в случаях коллизий с нормами законов. Иначе говоря, такое преимущество возможно, когда возникают условия, подпадающие под действие ратифицированных международных договоров, если из самих договоров не следует требования издать законы для их применения. В то же время академик М.Т. Баймаханов отмечает, что «...приоритетность норм международного права, прошедших процедуру ратификации в данном государстве, перед актами национального права не обуславливается особыми свойствами или повышенной юридической силой этих норм, а устанавливается самой Конституцией» [7, С. 554].

Не ратифицированные международные договоры таким приоритетом перед законами республики не обладают. В то же время все международные договоры, заключенные Казахстаном после принятия Конституции 1995 года, не подлежащие ратификации, должны исполняться в той мере, пока они не входят в противоречие с законами республики. В случае коллизии между ними стороны договоров имели возможность в соответствии с действовавшим Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу закона, «О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров Республики Казахстан», а также нормами международного права, разрешать их путем согласительных процедур.

Некоторые международные договоры, заключенные Республикой Казахстан до принятия Конституции 1995 года, обрели приоритет перед законами в силу того, что относились к числу категорий соглашений, приоритет которых предусматривался Конституцией 1993 года. Так, статья 3 Конституции Республики 1993 года позволяла иметь приоритет перед ее законами международно-правовым актам о правах и свободах человека и гражданина, признанных Республикой Казахстан. Эти акты, поскольку они уже признаны Казахстаном, обладают равной юридической силой с международными договорами республики, которые были ратифицированы после принятия Конституции 1995 года.

Кроме того, в отдельных законах республики предусматривается приоритет международных договоров перед нормами этих законов. В частности, в пункте 8 статьи 3 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общей части), принятого Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года, закреплено: «Если международным договором, участником которого является Республика Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в гражданском законодательстве Республики Казахстан, применяются правила указанного договора...».

Аналогичные нормы нашли закрепление в зако-

нах Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (п. 3 ст. 1), «О таможенном деле Республики Казахстан» (статья 6), принятых до вступления в действие Конституции 1995 года. Эти нормы не противоречили Конституции 1993 года. Остались они в силе и после принятия Конституции 1995 года, так как указанные законодательные акты не подвергались отмене Парламентом Республики Казахстан и продолжали действовать после вступления в силу Конституции 1995 года. Вновь принятые кодексы – Налоговый и Таможенный, сохранили преемственность в отношении норм международных договоров.

31 марта 1993 года Республика Казахстан присоединилась к Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, которая, как гласит ее статья 4, «не имеет обратной силы», то есть Конвенция может применяться «только к договорам, заключенным государствами после ее вступления в силу в отношении этих государств». Закрепляя принцип «*pacta sunt servanda*» – каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться» (статья 26), Конвенция не определяет порядка исполнения договоров. Это относится к конституционным и законодательным прерогативам государств и вытекает из общепризнанного принципа международного права – суверенного равенства государств.

Пункт 2 статьи 4 Конституции устанавливает, что Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории республики. Согласно пункту 1 этой статьи, действующим правом в Республике Казахстан признаются соответствующие нормам Конституции международные договоры и иные обязательства республики. Международные договоры, не предусматривающие ратификации как условия вступления в силу, заключенные Республикой Казахстан до принятия Конституции 1995 года, о приоритетности которых говорится в вышеприведенных законодательных актах, являются действующими и должны надлежащим образом выполняться. Следовательно, эти договоры и обязательства Казахстана, существующие в новом конституционно-правовом поле, в одно время с нормами Конституции 1995 года, входят в систему действующего в стране права.

Конституционный Совет Республики Казахстан принимал решение в связи с соответствующим обращением об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан. Согласно подпункту 4) пункта 1 статьи 72 Конституции Республики Казахстан и подпункту 1) пункта 3 статьи 17, статьям 31, 32 и 37 Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Конституционного закона, «О Консти-

туционном Совете Республики Казахстан», преимущественную юридическую силу перед законодательством Республики имеют международные договоры, заключенные ею в соответствии с Конституцией Республики, в установленном законодательством порядке и ратифицированные Парламентом Республики путем принятия соответствующего закона. Международные договоры, не предусматривающие ратификации как условия вступления в силу, заключенные до принятия Конституции 1995 года, являются действующими и сохраняют приоритет перед законодательством республики, если такой приоритет для этих международных договоров прямо предусмотрен законами республики, регулирующими соответствующие сферы правоотношений.

Еще одно Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 18 мая 2006 г. №2 касалось правового аспекта равнозначности, по сути, категорий «ратификация» и «присоединение». Официальное толкование подпункта 7 статьи 54 Основного Закона в контексте законодательного регулирования порядка заключения, выполнения, изменения и прекращения международных договоров республики определило соотношение между законом о ратификации международного договора и законом о присоединении к подлежащему ратификации международному договору. Конституционный Совет указал, что международные договоры, прошедшие процедуры как ратификации, так и присоединения путем принятия Парламентом соответствующего закона, являются равнозначными по своей юридической силе и правовым последствиям.

В науке международного права в вопросе соотношения международного и внутригосударственного права продолжают существовать монистическое и дуалистическое направления точек зрения. В свою очередь, монистическое течение распадается на теории примата международного права и примата внутригосударственного права. Концепции дуалистической теории основывались на разграничении международного и национального права и их неподчиненности одного другому.

Зарубежная доктрина международного права исходит из следующей позиции и, в частности, американские международники утверждают, что мы должны принять дуалистическую точку зрения. Международные суды применяют международное право, национальные суды – национальное право. При этом поддерживаются идеи взаимодействия систем международного и внутригосударственного права.

Реализации международных таможенных договоров могут оказать содействие подготовка, разработка и принятие единых (модельных) законо-

дательных актов, поскольку охватываются интересы и соседних государств в рамках интеграционных объединений. В Европейском союзе (ЕС) уровень интеграции позволил реализовать принятие Конституции ЕС, Таможенного кодекса ЕС при сохранении конституционных и таможенных законодательных актов в отдельно взятой стране.

При разработке модельного Закона в рамках ЕврАзЭС можно использовать:

- нормы и положения международного права в области таможенного регулирования;
- гармонизацию, унификацию таможенных правил, повышение эффективности таможенных процедур;
- транспарентность, предсказуемость и последовательность таможенных правил и процедур, их упрощение в интересах участников внешнеэкономической деятельности;
- применение современных методов работы таможенных служб, включая таможенный контроль, на основе управления таможенными рисками, посттаможенный контроль, максимальное практическое внедрение передовых информационных технологий;
- совершенствование взаимодействия между таможенными службами государств-участников Сообщества.

Основой проекта модельного Закона могут быть положения Международной Конвенции об упрощении и гармонизации таможенных процедур, принятой в 1973 году в Киото, в редакции Брюссельского Протокола 1999 года, а также национальные таможенные законодательства государств Сообщества.

Международно-правовой механизм имплементации представляет собой совокупность международных средств, обеспечивающих осуществление норм международного права. Его образуют система международных конференций, организаций и органов, а

также иных структур, на которые возложено осуществление международных норм либо совокупность норм международного права, содействующих осуществлению других международных соглашений.

Национально-правовой механизм имплементации составляет совокупность внутригосударственных средств, обеспечивающих реализацию норм международного права, включающих систему органов государства и совокупность норм национального права, обеспечивающих осуществление внутри страны международно-правовых норм.

Государство может использовать такие способы, как издание новых, изменение или отмена существующих норм национального права с целью выполнения международных обязательств либо отсылку национального права к международному, в силу которой положения норм международного права могут иметь прямое действие внутри страны в сфере национального права.

Для различных видов международных договоров предусмотрены различные виды внутригосударственных процедур, такие как подписание, утверждение, принятие, ратификация и присоединение. Такие процедуры подразумевают нормотворческую деятельность государства для обеспечения нормами национального права реализацию международных договоров.

Национальное право может включать также отсылочные нормы, по которым нормы международного права действуют внутри государства. Так, при разработке законодательных актов в них обязательно включается положение о том, что в случаях, если международными договорами Республики Казахстан установлены иные правила, чем предусмотрены в нормативном акте, то применяются нормы международных договоров.

Использованная литература

1. База данных МИД РК (2007).
2. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М., 1996. – 432 с.
3. Конституция РК. – Алматы, 2008.
4. Сарсембаев М.А. Международное право. – Алматы, 1996. – 448 с.
5. Послание Президента РК народу Казахстана. – Астана, 2007. – 30 с.
6. Сборник нормативных актов РК // Приложение к журналу «Зангер», декабрь 2001 года.
7. Баймаханов М.Т. Избранные труды по теории государства и права. – Алматы, 2003. – 710 с.

Мақалада Қазақстан Республикасы заңнамасының халықаралық кеден келісімдерге еңгізудегі құқықтық аспектілер мен проблемалары және олардың құқықтық іске асыру тәжірибесі жөніндегі мәселелері көрсетілген.

In the article were highlighted the legal aspects and problems of implementing international customs treatments into the national legislature of the republic of Kazakhstan and issues of putting them into practice.

Н.К. ДЖАКУПОВ
старший научный сотрудник
Института законодательства РК

ПРОБЕЛЫ В УГОЛОВНОМ КОДЕКСЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН НА ОСНОВЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ОПЫТА

Республика Казахстан, как демократическое, правовое государство, прошла сложный период своего становления. Наша страна пережила период бурного экономического, политического роста и развития иных сфер общественной жизни.

На сегодняшний день в республике определенными темпами идет развитие правовых институтов, но это связано не только с изменившимися экономическими условиями, но самими критериями становления правового государства в целом. Не секрет, что любое изменение прежней структуры, государственного строя предполагает прекращение «последних» и развитие «новых». Конечно же, на момент становления молодого государства имели место различного рода преступления, что самое страшное - они имели тенденцию к количественному росту.

В рамках одной статьи невозможно отобразить все пробелы, которые имеют место в Уголовном кодексе Республики Казахстан, рассмотрим основные вопросы, которые, на наш взгляд, необходимо урегулировать.

Принятый Уголовный кодекс Республики Казахстан 16 июля 1997 года N167 отвечает необходимым тенденциям развития преступности в стране до сегодняшнего дня. Однако в настоящее время появились новые виды преступлений. Остановимся на самых главных, на наш взгляд, их видах.

В настоящее время наиболее острым вопросом является отсутствие в уголовном законодательстве страны регулирования отношений в сфере предпринимательства. Недавние захваты различных предприятий, крах банков свидетельствуют о том, что в Казахстане существует такое явление как «рейдерство».

В соответствии с теоретическими аспектами, под термином «рейдерство» понимается захват недвижимого имущества, которое подразделяется на «белое», «черное» и «серое».

Как правило, «белое» рейдерство относится к нормальной законной деятельности, направленной

на улучшение деятельности предприятий и улучшение их экономических показателей.

В отличие от «белого», «черное» и «серое» рейдерство для экономической жизни страны осуществляется вопреки установленным законодательством мерам добросовестной конкуренции. Данное мероприятие включает в себя продуманный цикл незаконных действий в отношении владельца имущества, таких как: разведка бизнеса субъекта посягательства, оценка способности защиты клиента, разработка схемы захвата недвижимости и т.д., а также комплекс криминальных явлений, борьба с которыми является предметом ряда действующих законодательных актов:

1. Уголовный Кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года N167;

2. Закон Республики Казахстан «О борьбе с коррупцией» от 2 июля 1998 г. N267;

3. Указы Президента Республики Казахстан «О государственной программе борьбы с коррупцией на 2001-2005 от 5 января 2001 года N534 и 2006-2010 годы» от 23 декабря 2005 года N1686;

4. Указ Президента Республики Казахстан «О мерах по укреплению национальной безопасности, дальнейшему усилению борьбы с организованной преступностью и коррупцией» от 5 ноября 1997 г. N3731;

5. Указ Президента Республики Казахстан «О мерах по совершенствованию системы борьбы с преступностью и коррупцией» от 20 апреля 2000 года N377.

На сегодняшний день первоочередной причиной широкомасштабного распространения такого явления как рейдерство является коррумпированность государственных чиновников.

В целях пресечения распространения «черного» и «серого» рейдерства на экономическом рынке Республики Казахстан полагаем необходимым устранить причины, способствующие его развитию, т.е. усилить борьбу с коррупцией при осуществлении разрешительных и контрольных функций должностными лицами государственных органов.

На сегодняшний день ни в одном законодательстве зарубежных стран нет четкого определения понятия рейдерства, в различных источниках дается только само понятие «черного» и «белого» рейдерства, которое носит описательный характер. Поскольку на практике возникают реальные проблемы определения данного преступления, то оно очень тесно переплетается с такими видами преступлений как, например, мошенничество, и в конечном результате такой вид преступления очень сложно будет квалифицировать как рейдерство.

Считаем необходимым усиление уголовной ответственности за данный вид правонарушения, поскольку такой вид преступления наносит колоссальный ущерб экономике государства.

Еще одним камнем преткновения в казахстанском уголовном законодательстве является вопрос о компьютерных преступлениях. Данный вид преступления является наиболее серьезным вопросом, поскольку речь идет не только о хищении денежных средств, но и о угрозе национальной безопасности страны.

Вплоть до сегодняшних дней вопрос о компьютерных преступлениях рассматривался в казахстанской науке уголовного права лишь на уровне частных вопросов, тогда как комплексное осмысление данного вида правонарушения на Западе исследуется на очень высоком уровне.

Для сравнения: в Соединенных Штатах Америки рассматриваемый вопрос является одним из серьезных правонарушений и карается очень строго. Если обратиться к Уголовному кодексу Республики Казахстан, то ясно просматривается такая картина: из всех статей УК РК только 172, 200, 227-я предусматривают уголовную ответственность за данный вид правонарушения. Считаем, что к данному вопросу необходимо подойти очень серьезно и выдвинуть концептуальные предложения по решению проблемы.

На сегодняшний день, конечно, нельзя привести такие примеры, где «компьютерными гениями» был бы нанесен серьезный ущерб государству. Однако можно обратиться к примеру по делу казахстанских хакеров.

В 2000 году хакеры взломали сервер американской службы финансовых новостей Bloomberg. Там ими была найдена информация личного характера об основателе компании Майкле Блумберге. О. Зезов и И. Яримак угрожали обнародовать конфи-

денциальную информацию о М. Блумберге, если тот не выполнит их требования - выплата \$200 тыс. При передаче денег в отеле Хилтон в Лондоне хакеры были арестованы. Пока длился этот процесс, Майкл Блумберг увеличил свое состояние до четырех миллиардов долларов и в 2001 году победил на выборах мэра Нью-Йорка.

Суд присяжных Нью-Йоркского суда признал виновным гражданина Казахстана Олега Зезова в вымогательстве \$200 тыс. у Майкла Блумберга и приговорил к 4 годам вместо 20 годов лишения свободы¹.

Это только лишний раз подтверждает, что данный вопрос является серьезным правонарушением.

Вместе с тем данный вид правонарушения носит «латентный» характер, что само по себе является проблемой для правоохранительных органов. Найти и обезвредить таких лиц, является, пожалуй, одним из сложных и трудоемких процессов, поскольку таких специалистов выследить практически невозможно.

Обратимся к зарубежному опыту: в Уголовных кодексах многих государств, а также в Конвенции Совета Европы о киберпреступности преступлением признается незаконный доступ к компьютерным системам или их части.

Введение данной нормы позволяет избежать бланкетных норм, противоречий в толковании и Уголовного кодекса, и законов, к которым он отсылает. При этом с учетом того, что владелец информации обязан обеспечить ее охрану, наилучшим решением представляется криминализация доступа к компьютерной системе или ее части, если он совершен с преодолением систем защиты.

Согласно статье 227 Уголовного кодекса Республики Казахстан, неправомерный доступ к компьютерной информации, создание, использование и распространение вредоносных программ для ЭВМ влечет уголовную ответственность. Однако здесь следует отметить важный момент, что само понятие неправомерного доступа является оценочным, что свидетельствует о юридико-технических недостатках законодателя.

Неправомерность может означать как несоответствие нормам права, так и совершение действия при отсутствии на то прав. На наш взгляд, буквальное толкование статьи должно подразумевать, что доступ осуществляется с нарушением норм права. Тем не менее, комментируя ст. 272, специалисты говорят о том, что «неправомерность» означает завладение информацией по-

¹ www.gazeta.kz

мимо воли собственника или законного владельца, т.е. самовольно, без разрешения. Эта проблема может быть решена путем замены понятия «неправомерный доступ» термином «несанкционированный доступ».

Считаем, что в статью 227 УК РК необходимо ввести изменения и дополнения путем замены слов «неправомерный доступ» на «несанкционированный доступ».

Если обратиться к нашему Уголовному кодексу, то видно, что законодатель посвятил **минимальное количество статей** в сфере компьютерной преступности.

Вместе с тем хотим заметить, что по своему характеру данный вид преступления является особо опасным общественным деянием. Это в первую очередь связано с тем, что согласно статье 18 Основного закона «каждый имеет право на **неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну**, защиту своей чести и достоинства», т.е. государство гарантирует нам безопасность. Но опасность того, что такая информация может быть доступна чужим лицам, существует.

На основании изложенного считаем, что в Уголовный кодекс Республики Казахстан необходимо ввести новые правовые нормы, регулирующие ответственность в сфере компьютерной преступности, таких как: «**несанкционированный доступ**», «**повреждение компьютерных данных или компьютерных программ**», «**компьютерный саботаж**», «**неуполномоченное использование защищенной компьютерной программы**», «**хакер**» и т.д.

Отдельно хотим раскрыть понятие «хакер», поскольку именно он есть главное действующее лицо в такой категории преступления.

«Хакер» - лицо, являющееся специалистом в области компьютерных технологий, программирования, целью которого является умышленное (неумышленное) причинения вреда, хищение денежных средств в малых, крупных, особо крупных размерах путем взлома компьютерных программ, сетей, сайтов, а также нанесение ущерба и убытков различным компаниям и государственным органам, незаконное копирование и распространение секретной информации с целью извлечения выгоды, а также угрозы подрыва национальной безопасности государства.

Пожалуй, одним из острых вопросов в УК РК является проблема допустимости убийства по просьбе потерпевшего.

Данный вопрос мало изучен в казахстанской правовой науке. Отсюда одна из причин того, что по сей день уголовное законодательство страны не содержит специальной нормы, которая регулировала бы ответственность за данное деяние, в силу чего любая форма эвтаназии квалифицируется по статье 96 УК РК.

Надо отметить, что в настоящее время пассивная эвтаназия законодательно разрешена более чем в 40 государствах мира. Единственной страной, где (при строгом соблюдении определенных условий) декриминализована активная эвтаназия, является Голландия, Верхняя палата парламента которой 10 апреля 2001 года утвердила закон, освобождающий от уголовной ответственности врачей, помогающих безнадежно, тяжело страдающим больным уходить из жизни¹.

Интересным фактом является то, что в некоторых странах СНГ ответственность за эвтаназию выделена в самостоятельные составы преступлений.

Так, согласно ст. 135 УК Азербайджанской Республики 1999 г. «Эвтаназия, то есть удовлетворение просьбы больного об ускорении его смерти какими-либо средствами или действиями либо прекращение искусственных мер по поддержанию жизни - наказывается исправительными работами на срок до двух лет либо лишением свободы на срок до трех лет с лишением права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового»².

По УК Грузии 1999 г. (ст. 110) за убийство «по настоятельной просьбе жертвы и в соответствии с ее подлинной волей, совершенное с целью освобождения умирающего от сильных физических болей», предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет³.

Так, УК Германии, помня о собственном трагическом опыте введения программы эвтаназии в годы Великой Отечественной войны, даже за назначение из самых гуманных побуждений смертельного медикамента предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет (параграф 216)⁴.

Анализ современного уголовного законодательства ФРГ, Италии, Испании, Франции, Швейцарии, Польши, Португалии, Перу, Кореи показы-

¹ Ивченко О.С. Ответственность за эвтаназию по уголовному законодательству зарубежных стран.

² Уголовный кодекс Азербайджанской Республики 1999 г.

³ Уголовный кодекс Грузии 1999 г.

⁴ Уголовный кодекс Германии.

вает, что в некоторых из них ответственность за эвтаназию определяется общими нормами об убийстве, в других эвтаназия рассматривается, как самостоятельный состав преступления либо квалифицируется по иным статьям УК (к примеру, как неоказание помощи больному, оставление в опасности и т.д.). При этом в первом случае норма именуется «Убийство по просьбе потерпевшего» (УК Германии, Швейцарии, Португалии и др.), во втором – «Подстрекательство или помощь в самоубийстве» (УК Италии, Португалии, Перу, Бразилии и др.).

Помимо этого, в некоторых уголовных кодексах могут присутствовать как оба состава (например, УК Испании, Швейцарии, Португалии, Перу, Республики Корея), так и один из них. К примеру, в УК Германии, Грузии предусмотрена ответственность только за убийство по просьбе потерпевшего. В УК Италии, Канады, Бразилии, Чили и Калифорнии (США), наоборот, предусмотрена ответственность только за подстрекательство или помощь в самоубийстве. Эвтаназия же в последнем случае квалифицируется как умышленное убийство¹.

Другой особенностью законодательного описания состава эвтаназии в уголовных кодексах зарубежных стран, является то, что в некоторых из них установлена дифференцированная ответственность за эвтаназию в зависимости от формы ее осуществления. Так, в уголовном законодательстве Франции выделяется как активная эвтаназия, которая приравнивается к умышленному убийству; так и пассивная, которая квалифицируется как неоказание помощи больному.

Учитывая вышеизложенное, считаем, что в республике назревает необходимость урегулирования данного вопроса путем дополнения в УК РК специальной нормы, в которой была бы предусмотрена ответственность за эвтаназию в зависимости от формы ее осуществления. Но как было уже отмечено, прежде чем вносить изменения, необходимо предварительно четко разграничить обозначенный вид состава преступления, т.е. дать четкое определение понятия «эвтаназия», а также рассмотреть объект и субъект данного деяния, его мотивы.

Очень интересным зарубежным опытом, на наш взгляд, считается **Проект по разработке**

кодексов: модельные кодексы для систем уголовного судопроизводства в постконфликтных обществах, разработанный Институтом мира США и Ирландским центром по правам человека совместно с Управлением Верховного комиссара ООН по правам человека и Управлением ООН по наркотикам и преступности. Этот инструментарий представляет собой комплект кодексов, относящихся к законодательству в области уголовного права. Их назначение - способствовать повышению эффективности в осуществлении уголовного судопроизводства. Кодексы разработаны группой экспертов из различных стран мира и включают уголовный, процессуальный и тюремный кодексы, а также закон о полиции².

Модельный уголовный кодекс (МУК) содержит общие положения о материальном праве, которые обычно входят в уголовные кодексы стран, такие как уголовная ответственность, основания для защиты, юрисдикция и меры взыскания. Кроме того, в «Особенной части» МУК содержится перечень правонарушений. Определения, включенные в МУК, относятся к таким преступлениям, которые чаще всего совершаются в конфликтных и постконфликтных условиях и нередко отсутствуют в национальном законодательстве.

Модельный уголовно-процессуальный кодекс (МУПК) включает положения, касающиеся всех аспектов уголовного судопроизводства - от следствия до обжалования. В нем содержатся положения по таким вопросам, как ювенальная юстиция, экстрадиция и международное сотрудничество, защита свидетелей и возмещение ущерба пострадавшим.

Модельный закон о содержании под стражей охватывает вопросы, связанные с содержанием под стражей, как в порядке предварительного заключения, так и заключения по осуждению. В нем сочетаются общие принципы и стандартные рабочие процедуры, применимые к соответствующему органу, ведающему задержаниями, в том числе к полиции.

Модельный закон о полиции относится к полномочиям полиции и процедурам за пределами уголовного судопроизводства. В него входят положения по таким вопросам как применение силы и огнестрельного оружия и контроль беспорядков.

¹ Ивченко О.С. Ответственность за эвтаназию по уголовному законодательству зарубежных стран.

² Understanding Policing. A resource for human rights activists, Anneke Osse

По завершении работы модельные кодексы будут опубликованы в трех томах. В первый том планируется поместить Модельный уголовный кодекс, во второй - Модельный уголовно-процессуальный кодекс, а в третий - Модельный закон о содержании под стражей и Модельный закон о полиции (во все тома будут включены руководства по использованию кодексов)¹.

Еще одним интересным международным опытом является Модельный уголовный кодекс Содружества Независимых Государств (СНГ).

Данный Кодекс по своей сути является научно аргументированным предложением, адресованным законодательным органам государств-участников СНГ. Не имея обязательной силы, Модельный УК может и должен послужить образцом для создания национальных уголовных кодексов, основой для формирования уголовного законодательства, относительно единого для всех стран Содружества.

В настоящее время практически все государства-участники СНГ проводят реформу своего уголовного законодательства, находясь на разных стадиях ее осуществления. При всех отличиях в уровне экономического развития, особенностях государственно-политической системы и т.д. каждая страна-участница СНГ, создавая национальное уголовное законодательство, должна при этом обеспечить решение задач, общих для всех стран, как-то:

1) привести уголовное законодательство в соответствие с современной иерархией социальных ценностей, принятых в демократическом государстве; обеспечить защиту прав человека и гражданина;

2) привести уголовное законодательство в соответствие с коренными социально-экономическими преобразованиями, происходящими в этих странах;

3) учесть новые характеристики преступности, ее профессионализацию, организованность, транснациональный характер, новые виды общественно опасного поведения, в частности, в сфере экономики;

4) обеспечить строгую дифференциацию уголовной ответственности путем:

а) усиления ответственности лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления и за рецидив;

б) смягчения ответственности за менее опасные преступления и для лиц, проявивших раскаяние после совершения преступления, устранивших причиненный вред, оказавших помощь в разоблачении других участников преступления;

5) использовать мировой опыт борьбы с преступностью, лучшие правовые решения, выработанные опытом законодательства и практики других государств. Эти задачи имелись в виду при разработке Модельного УК².

Проведенный нами анализ уголовного законодательства зарубежных стран показывает, что нам необходимо комплексно изучить международный опыт уголовного законодательства зарубежных стран.

Поскольку современная криминальная ситуация в мире, а также рост новых видов преступности обуславливают необходимость внесения определенных изменений и дополнений в действующий Уголовный кодекс Республики.

Қолданыстағы заңнамада реттеу қажет кейбір қылмыстардың ең өзекті түрлерін ашады. Атап айтқанда компьютерлік қылмыстар саласындағы проблемаларды көрсетеді. Халықаралық тәжірибе талдауы негізінде ҚР Қылмыстық кодексіне түзетулер енгізуді ұсынады.

The author opens some the most urgent kinds of crime which are necessary to regulate in the current legislation. He shows the problems in the field of computer crimes. On the basis of the analysis of the international experience it is offered to make amendments to the criminal Code of the RK.

¹ Understanding Policing. A resource for human rights activists, Anneke Osse.

² Волженкин Б.В. Пояснительная записка к Модельному уголовному кодексу для государств-участников Содружества Независимых Государств // Правоведение. - 1996. - №1. - С. 88-150.

Э.А. НУГМАНОВА

директор Института законодательства РК,
кандидат юридических наук

А.С. МАХМЕТОВА

старший научный сотрудник отдела правового мониторинга
и анализа на предмет коррупции Института законодательства РК

АНАЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВКА

по Конституционному закону Республики Казахстан от 24 января 1996 года №2797 «О государственных символах»

1. Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года).

2. Конституционный закон Республики Казахстан от 29 декабря 1995 года №2737 «О Конституционном Совете Республики Казахстан».

3. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года №167.

4. Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 года №214 «О лицензировании».

5. Закон Республики Казахстан от 9 ноября 2004 года №603 «О техническом регулировании».

6. Закон Республики Казахстан от 20 декабря 1995 года №2697 «Об использовании воздушного пространства и деятельности авиации Республики Казахстан».

7. Распоряжение Президента Республики Казахстан от 2 июля 1997 года №3578 «О Республиканской комиссии по государственным символам».

8. Постановление Правительства Республики Казахстан от 2 октября 2007 года №873 «Об утверждении Правил размещения Государственного флага, Государственного герба Республики Казахстан и их изображений, а также текста Государственного гимна Республики Казахстан».

9. Постановление Правительства Республики Казахстан от 1 октября 2007 года №862 «Об утверждении Правил замены и уничтожения Государственного флага, Государственного герба Республики Казахстан, не соответствующих государственным стандартам».

10. Распоряжение Премьер-Министра Республики Казахстан от 9 июля 2007 года №183-р «О мерах по реализации Конституционного закона Республики Казахстан «О государственных символах Республики Казахстан».

История государственности любой страны

свидетельствует, что во все времена государственные символы олицетворяли священный объединяющий образ, служили важным средством формирования национальной гордости, патриотизма, являясь частью политической культуры общества.

В них гармонично отражаются представления о высших человеческих ценностях, лучших традициях и обычаях нашего народа.

Формирование бережного отношения к своим официальным государственным символам остается приоритетом государственной политики. Это воспитание патриотизма через пропаганду государственных символов в утвержденной Главой государства Государственной программе патриотического воспитания граждан Республики Казахстан на 2006-2008 годы, Концепции перехода Республики Казахстан к устойчивому развитию на 2007-2024 год и других государственных программно-стратегических документах.

На сегодняшний день законодательные акты, регулирующие сферу пропаганды и применения государственных символов, недостаточно раскрывают механизм и правоприменительность использования государственных символов.

Участившиеся нарушения государственных стандартов Республики Казахстан при изготовлении Государственного флага и герба Республики Казахстан предприятиями, имеющими государственную лицензию на данный вид деятельности, отсутствие четкого разграничения функций и полномочий исполнительных и контролирующих органов в сфере применения, использования и пропаганды государственных символов стали основной причиной концептуального пересмотра действовавшего законодательства «О государственных символах Республики Казахстан».

Рассматриваемый Конституционный закон Рес-

публики Казахстан от 24 января 1996 года №2797 «О государственных символах» (далее - Закон) устанавливает государственные символы Республики Казахстан - Государственный флаг, Государственный герб и Государственный гимн, их описание и порядок официального использования.

Данный Закон регламентирует порядок размещения Государственного флага и Государственного герба и их изображений в зданиях организаций и учреждений образования, воинских частей и формирований и неправительственных организаций, процедуру замены и уничтожения государственных символов - Государственного флага и Государственного герба в случае их несоответствия эталонам.

Государственный флаг и Государственный герб не могут использоваться в качестве геральдической основы общественных объединений и других организаций, а Государственный гимн - в качестве основы для других музыкальных произведений и иных произведений искусства.

Конституционным законом предусмотрено исполнение Государственного гимна только на государственном языке.

Кроме того, в статье 11 данного Закона предусмотрена компетенция уполномоченных исполнительных органов, в том числе и местных. Четкое разграничение функций и полномочий центральных и местных исполнительных и контролирующих органов в области применения, использования и пропаганды государственных символов регулируется подзаконными актами.

Закон предполагает обязательное исполнение Гимна при выходе в эфир теле- и радиопрограмм в начале утреннего эфира и по окончании их вещания, телеканалами и радиостанциями, зарегистрированными на территории Республики Казахстан. В данном направлении уже ведется работа. Что касается оплаты эфира, то представители средств массовой информации сошлись на мнении, что из патриотических побуждений необходимо осуществлять трансляцию Гимна безвозмездно.

В целях повышения статуса государственного языка, согласно пункту 3 статьи 8 Закона, исполнение Гимна предусмотрено исключительно на государственном языке в точном соответствии с утвержденным текстом и музыкальной редакцией.

Важной отличительной особенностью является то, что согласно новым изменениям в Законе, государственные символы могут использовать не только юридические, но и физические лица, это все согласно мировой практике.

Вместе с тем, анализируя положительные стороны Закона, следует отметить несовершенство некоторых норм.

Абзац 11 статьи 5, абзац 9 статьи 8, абзац 9 статьи 9 Закона предусматривают случаи обязательного поднятия или установления Государственного флага РК, обязательного воспроизведения изображения Государственного герба РК, обязательного исполнения Государственного гимна РК, регулируемые нормативными правовыми актами.

Согласно статье 9 Конституции РК, описание и порядок официального использования государственных символов устанавливается Конституционным законом. В связи с этим данные нормы Конституционного закона могут открыть чрезмерную свободу для локального и ведомственного нормотворчества.

Следует также учесть, что содержание Закона в формулировке «надругательство над государственными символами Республики Казахстан» не раскрыто ни в рассматриваемом Законе, ни в каком-либо действующем законодательном акте, что создает неопределенность и может повлечь затруднения в правоприменительной практике.

Вместе с тем в связи с изменениями от 21 мая 2007 года, внесенными в Конституцию Республики Казахстан, необходимо предусмотреть приведение норм действующего анализируемого Закона с Конституцией РК.

Так, требуется внести изменения, то есть заменить термин «нышандары» на «рәміздері» в следующих законодательных актах:

- 1) Конституционном законе РК «О государственных символах»;
- 2) статье 44 Конституционного закона РК «О Конституционном Совете РК» от 29 декабря 1995 года №2737;
- 3) статье 2 Конституционного закона РК «О судебной системе и статусе судей РК» от 25 декабря 2000 года №132;
- 4) статьях 11 и 34 Закона РК «О лицензировании» от 11 января 2007 года №214;
- 5) статье 354-1 Кодекса РК об административных правонарушениях от 30 января 2001 года №155.

Согласно практике применения Закона, Генеральной прокуратурой РК в ходе прокурорской проверки было установлено множество фактов безлицензионной деятельности либо необоснованной выдачи лицензий на изготовление государственных символов и материальных объектов с их изображением.

Выявлены также нарушения сроков выдачи лицензий.

Имели место случаи изготовления Государствен-

ного флага и Государственного герба, которые не соответствовали утвержденным стандартам.

Уполномоченным государственным органом по выдаче лицензий на изготовление государственных символов является Комитет по техническому регулированию и метрологии Министерства индустрии и торговли.

Всего данным Комитетом было выдано 236 таких лицензий.

Выборочной проверкой были охвачены около ста лицензионных дел, и в каждом из них выявились нарушения.

В частности, по семи лицензионным делам нарушены сроки рассмотрения заявлений на выдачу лицензий.

По двадцати делам установлены нарушения бюджетного законодательства в части взыскиваемого размера лицензионного сбора. С предпринимателей, в частности, взыскивались суммы, превышающие установленную постановлением Правительства ставку в 10 месячных расчетных показателей.

В сорока девяти случаях лицензии были выданы, несмотря на наличие достаточных оснований для отказа.

Одним из оснований для отказа в выдаче лицензии является, например, непредставление заявителем предусмотренных законодательством документов, в том числе сертификатов о поверке или метрологической аттестации используемых средств измерения и испытательного оборудования.

Проверка показала, что таких сертификатов не имеется в сорока пяти лицензионных материалах.

Почти пятьдесят лицензий получены заявителями, которые не соответствовали квалификационным требованиям.

На местах также выявлены факты изготовления государственных символов и материальных объектов с их изображением без получения лицензий.

Такие факты установлены прокурорами Алматы, Астаны, Актюбинской, Атырауской, Западно-Казахстанской, Карагандинской, Костанайской, Северо-Казахстанской областей и Западной региональной транспортной прокуратурой.

К примеру, столичное ТОО «Евродизайн-НТ» изготовило в 2006 году для «Управления по мобилизационной подготовке города Астана» 10 000 штук удостоверений о приписке к призывному участку с изображением на них Государственного герба. В текущем году было изготовлено еще 15 000 штук. При этом ТОО «Евродизайн-НТ» лицензию на право изготовления материальных носителей с изображением государственных символов не получало.

Костанайское ТОО «Планета» без наличия лицензии изготавливало стенды и вывески для местных государственных учреждений с изображением Государственного герба Республики.

Аналогичные факты выявлены органами прокуратуры Карагандинской, Западно-Казахстанской и Северо-Казахстанской областей, а также Уральской транспортной прокуратурой.

В Северо-Казахстанской области безлицензионной деятельностью занимались местные исполнительные органы. Они изготавливали официальные бланки посредством печатания на струйном принтере.

В числе таких исполнительных органов: Управление Комитета по миграции, Департамент координации занятости и социальных программ и подведомственные ему организации, Управление энергетики и коммунального хозяйства, отделы земельных отношений, финансов, физической культуры и спорта Петропавловска, Департаменты финансов и юстиции, Управление статистики области, исполнительные органы ряда районов.

По этим фактам внесены представления в адрес соответствующих акимов.

В целом, по всем фактам безлицензионной деятельности прокурорами возбуждены административные производства либо внесены представления в адрес уполномоченных органов для принятия соответствующих мер.

В нескольких регионах мы выявили фирмы, занимавшиеся выпуском продукции с изображением государственных символов, не соответствующих государственным стандартам: это и искажение рисунка герба, и несоблюдение цветовой гаммы.

Такие нарушения выявлены, в частности, в деятельности предприятий и индивидуальных предпринимателей Атырауской, Восточно-Казахстанской, Западно-Казахстанской Северо-Казахстанской и Павлодарской областей.

За отклонение от стандартов предусмотрена ответственность в порядке, установленном статьей 317 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях. Незаконное использование Государственного герба на бланках, печатях и других реквизитах получило практически повсеместное распространение в негосударственных организациях.

По актам прокурорского реагирования к таким организациям применены меры административного воздействия. К примеру, в Петропавловске к административной ответственности привлечено ТОО «Транс-Омега», которое в своих служебных удостоверениях использовало изображение государственного герба, в Атырау аналогичное нарушение

допущено местным филиалом акционерного общества «Медслужба на транспорте». Материалы проверки этого филиала направлены в органы внутренних дел для решения вопроса о наказании.

Международный опыт

В качестве примера современного цивилизованного правового отношения к статусу государственных символов (гимна, флага, герба, а также личного статуса тоже символизирующего государство его главы, то есть короля или президента) сошлемся на некоторые примеры.

В США вопрос об отношении к государственным символам, а особенно к государственному флагу, долго был юридически спорным. Законы большинства (но не всех) штатов, а с 1990 г. и федеральный закон признавали преступлением сознательное повреждение, обезображивание, физическое осквернение, сожжение, содержание на полу или на земле или топтание флага США. Предмет спора состоял в том, является ли такое обращение с флагом формой самовыражения и политической демонстрацией, защищаемыми Конституцией, или нет.

Одновременно нарастала и победила тенденция признания конституционности различных форм поведения, выражающего критическое отношение к властям, их внешней или внутренней политике (ношение черных повязок на плече в знак протеста против военных действий США во Вьетнаме; оккупация афроамериканцами школ «только для белых», как протест против расовой дискриминации, и т.п.) и к государственным символам. Когда в 1984 г. некий Джонсон в ходе политической демонстрации сжег флаг США и суд в Техасе приговорил его к штрафу (2000 долларов), Верховный Суд США отменил приговор как противоречащий Первой поправке к Конституции США, которая запрещает Конгрессу издавать законы, в частности, ограничивающие свободу слова или печати. Толкуя это положение, Верховный Суд США отметил:

- что поведение человека может быть наказуемым, если власти при этом не стремятся подавить его право на самовыражение,
- что целью конституционной свободы слова является поощрение, а не ограничение дискуссии,
- что неодобрение окружающих (даже большинства) не может служить основанием для подавления свободы самовыражения, так как надо защищать права и интересы меньшинства граждан,
- что защита флага, как и любого символа национального единства, является конституционно недопустимой целью, ибо такая защита именно тогда лучшим способом осуществляет свою бла-

городную цель, когда вызывает беспокойство, создает неудовлетворенность или даже возбуждает гнев и т.д.

Отвергнув позицию меньшинства своих членов, Верховный Суд США вслед за фактической отменой упомянутых законов штатов в 1990 г. признал противоречащим Конституции США и федеральный закон, криминализировавший акт публичного сожжения или осквернения флага США, признав, что наказуемость такого деяния «уменьшает богатство содержания той свободы, которая обеспечивает этому символу такое уважение».

Подобное отношение к государственным символам (гимнам, гербам, знаменам, а также к главам государств) характерно для большинства цивилизованных и демократических правовых государств. Или это политически нейтральные символы (канадский кленовый лист, ливанский кедр, мелодии и тексты национальных гимнов многих народов и государств и т.п.) или традиционный символ когда-то давно обозначавший грозную власть над «своим» народом, угрозу другим народам и т.п., но давно утративший такое значение и свой первоначальный смысл, ставший нейтральным и всеобщим уважаемым, как например, гербы, изображающие хищных зверей, птиц и т.п.

То же относится и к государственным гимнам, в которые нередко включаются слова о свободе человека, борьбе против тирании и т.п.. Таков у британской монархии ее гимн «Боже, храни королеву (короля)», с его словами «никогда, никогда, никогда англичанин не будет рабом» или «Марсельеза» во Франции, которая была и остается гимном свободе и напоминанием о том, что «против нас поднято кровавое знамя тирании» (о красном знамени, которым при Бурбонах власть выражала свою готовность проливать кровь недовольных и бунтующих людей) при всех республиках и монархиях, сменяющих друг друга с конца XVIII в.

Все такие символы ныне не противостоят единству нации в основном, наличию законной оппозиции правительству, защищают демократические права и свободы. Почтение к британской монархии, как символу страны и народа, не исключает существования Республиканской партии или шотландского мирного сепаратизма в их законных демократических формах и т.д.

В наше время создание новых государственных символов, вопреки Конституции и международному праву, выражающих не те важнейшие идеи, которые объединяют все общества, а обозначающих победу одной части общества над другой, вносят раскол в общество и его жизнь по вопросам, сохраняющим свою актуальность и

остроту - это архаизм, нецелесообразный и явно противоправный. Он встречается чаще всего в некоторых странах «третьего мира», с их абсолютными монархиями, тоталитарными режимами, клерикализмом и подобными особенностями, чуждыми цивилизации и культуре.

Отсылочные нормы

1) Статья 2. Законодательство, регулирующее использование государственных символов Республики Казахстан.

Порядок размещения и использования государственных символов Республики Казахстан определяется Конституцией Республики Казахстан, настоящим Конституционным законом и **иными нормативными правовыми актами** Республики Казахстан.

См.: Распоряжение Премьер-Министра Республики Казахстан от 9 июля 2007 года №183-р «О мерах по реализации Конституционного закона Республики Казахстан «О государственных символах Республики Казахстан».

2) Статья 4

Пункт 3

3. Государственный флаг независимо от его размеров должен соответствовать государственному стандарту.

В случае несоответствия Государственного флага государственному стандарту он подлежит замене и уничтожению в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан.

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 1 октября 2007 года №862 «Об утверждении Правил замены и уничтожения Государственного Флага, Государственного герба Республики Казахстан, не соответствующих государственным стандартам».

3) Статья 6

Пункт 3

3. Государственный герб независимо от его размеров должен соответствовать государственному стандарту.

В случае несоответствия Государственного герба государственному стандарту он подлежит замене и уничтожению в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан.

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 1 октября 2007 года №862 «Об утверждении Правил замены и уничтожения Государственного флага, Государственного герба Республики Казахстан, не соответствующих государственным стандартам».

4) Статья 10. Компетенция Правительства Республики Казахстан.

К компетенции Правительства относятся:

1) организация работы по изготовлению эта-

лонов Государственного флага и Государственного герба Республики Казахстан, соответствующих государственным стандартам и их изображениям, утвержденным настоящим Конституционным законом;

2) утверждение правил замены и уничтожения Государственного флага, Государственного герба Республики Казахстан, не соответствующих государственным стандартам;

3) утверждение правил размещения Государственного флага, Государственного герба Республики Казахстан и их изображений, а также текста Государственного гимна Республики Казахстан;

4) определение уполномоченного органа в области государственных символов Республики Казахстан.

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 1 октября 2007 года №862 «Об утверждении Правил замены и уничтожения Государственного флага, Государственного герба Республики Казахстан, не соответствующих государственным стандартам».

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 2 октября 2007 года №873 «Об утверждении Правил размещения Государственного флага, Государственного герба Республики Казахстан и их изображений, а также текста Государственного гимна Республики Казахстан».

5) Статья 14

Изготовление Государственного флага, Государственного герба Республики Казахстан осуществляется при наличии соответствующей лицензии, выдаваемой в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

См.: Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 года №214-III «О лицензировании».

6) Статья 15.

Использование Государственного флага, Государственного герба Республики Казахстан и их изображений, а также исполнение Государственного гимна Республики Казахстан и использование его текста с нарушением требований настоящего Конституционного закона либо надругательство над государственными символами Республики Казахстан влекут ответственность в порядке, установленном законами Республики Казахстан.

См.: Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года №167.

Анализ положений Конституционного закона РК «О государственных символах» выполнен по заказу ТОО «Институт законодательства Республики Казахстан»

А.С. СМАН
ведущий научный сотрудник
Института законодательства РК,
кандидат юридических наук, доцент

АНАЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВКА
по Закону Республики Казахстан от 10 июля 1998 года
«О наркотических средствах, психотропных веществах, прекурсорах и мерах
противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими»

Основными нормативными правовыми актами Республики Казахстан в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров являются:

1. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 года;

2. Конвенция ООН от 20 декабря 1988 года «О борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ»;

3. Конвенция о психотропных веществах (Вена, 21 февраля 1971 г.);

4. Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (с поправками, внесенными в нее в соответствии с Протоколом 1972 года о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года);

5. Таможенный кодекс Республики Казахстан от 5 апреля 2003 года;

6. Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 30 января 2001 года;

7. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года;

8. Закон Республики Казахстан от 23 июля 1999 года №451-І «О средствах массовой информации»;

9. Закон Республики Казахстан от 13 января 2004 года «О лекарственных средствах»;

10. Закон Республики Казахстан от 27 мая 2002 года №325-ІІ «О медико-социальной реабилитации лиц, больных наркоманией»;

11. Закон Республики Казахстан от 7 апреля 1995 года №2184 «О принудительном лечении больных алкоголизмом, наркоманией и токсикоманией»;

12. Закон Республики Казахстан от 15 сентября 1994 года №154-ХІІІ «Об оперативно-розыскной деятельности»;

13. Постановление Пленума Верховного Суда Республики Казахстан №3 от 14 мая 1998 года «О применении законодательства по делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ»;

14. Постановление Правительства Республики Казахстан от 22 февраля 2008 года №184 «Об утверждении государственной квоты на наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры на 2008 год»;

15. Постановление Правительства Республики Казахстан от 17 октября 2007 года №960 «О нормах потребности Республики Казахстан в наркотических средствах, психотропных веществах и прекурсорах на 2008 год»;

16. Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 августа 2007 года №735 «Об утверждении Правил лицензирования и квалификационных требований к деятельности, связанной с оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров»;

17. Постановление Правительства Республики Казахстан от 23 мая 2007 года №413 «Об утверждении Правил исключения из-под контроля лекарственных препаратов, содержащих малое количество наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, из которых указанные средства и вещества не могут быть извлечены легкодоступными способами, и списка указанных препаратов»;

18. Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан»;

19. Постановление Кабинета Министров Республики Казахстан от 19 апреля 1995 г. №514 «Вопросы принудительного лечения лиц, страдающих алкоголизмом, наркоманией или токсикоманией, уклоняющихся от добровольного лечения, и их медико-социальной реабилитации»;

20. Положение «О Комитете по борьбе с наркобизнесом и контролю за оборотом наркотиков Министерства внутренних дел Республики Казахстан», утвержденное Постановлением Правительства Республики Казахстан от 22 июня 2005 года №607;

21. Приказ Вице-министра внутренних дел Республики Казахстан - Председателя Комитета по борьбе с наркобизнесом и контролю за оборотом наркотиков Министерства внутренних дел Республики Казахстан от 28 июня 2006 года №116 «Об утверждении Правил использования наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в ветеринарии»;

22. Приказ Министра здравоохранения Республики Казахстан от 7 апреля 2005 года №173 «Об утверждении Правил использования в медицинских целях наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в Республике Казахстан»;

23. Приказ Министра здравоохранения Республики Казахстан от 11 июня 2003 года N446 «Об утверждении Инструкции по проведению медицинского освидетельствования для установления факта употребления психоактивного вещества и состояния опьянения»;

24. Приказ Председателя Комитета по борьбе с наркоманией и наркобизнесом Министерства юстиции Республики Казахстан от 22 ноября 2002 года N126 «Об утверждении Инструкции по утверждению нормативов потребления и обеспечения прекурсорами»;

25. Приказ Министра внутренних дел Республики Казахстан от 16 февраля 2001 года №141 «Об утверждении Инструкции «О порядке выдачи разрешения на использование объектов и помещений в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров»;

26. Приказ Комитета здравоохранения Министерства образования, культуры и здравоохранения Республики Казахстан от 11 июня 1998г. N259 «О порядке приобретения, хранения, использования, реализации, учета уничтожения наркотических средств, психотропных и ядовитых веществ и прекурсоров, использующихся в медицинских целях».

Наркомания - заболевание, обусловленное зависимостью от наркотического средства или психотропного вещества либо их аналогов, приводящее к тяжелым нарушениям физических и психических функций организма.

Ученые всего мира постоянно разрабатывают новые, самые эффективные, отвечающие современному уровню науки способы оказания помощи больным наркоманией. Отрабатываются новейшие методики лечения, проверяется действие лекарственных препаратов, включая даже производство операций с целью избавления человека от наркотической зависимости. Обобщается опыт мировой практики предупреждения наркомании с помощью объединения накопленных знаний в области медицины, психиатрии, психологии, социологии, юриспруденции и т.д. Но не-

смотря на все усилия ученых и практиков, проблема наркомании продолжает оставаться одной из самых злободневных, общественно опасных, остро стоящих перед человечеством, трудно разрешимых в обозримом будущем.

Международная система контроля над наркотиками основывается на принципе национального контроля в рамках юрисдикции отдельных государств и в соответствии с положениями международных договоров. Каждое государство-участник конкретного договора обязано принять соответствующее законодательство, осуществлять необходимые административные и правоохранные меры и сотрудничать не только с другими государствами, но также с международными органами по контролю над наркотиками, созданными в соответствии с этими договорами. Всем другим государствам, не являющимся участниками соответствующего договора, предлагается принимать эти меры на временной основе до вступления его в силу для каждого из них.

Основными действующими международными договорами о контроле над наркотиками является **Единая Конвенция о наркотических средствах 1961 года** с поправками, внесенными Протоколом 1972 года, **Конвенция о психотропных веществах 1971 года** и **Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ**, которая была принята в 1988 году.

Эти конвенции являются самыми последними среди множества многосторонних договоров. Они отражают усилия международного сообщества наций, направленные на развитие сотрудничества в борьбе против злоупотребления наркотиками, и включает также основную задачу всех предыдущих международных конвенций в этой области, а именно ограничить использование наркотиков чисто медицинскими и научными целями.

Цель этих конвенций заключается в обеспечении доступа к наркотическим средствам и психотропным веществам в медицинских и научных целях, ограничении их использования этими целями и борьбе с их незаконным оборотом, спросом и потреблением. Они представляют собой общие принципы, которые должны служить основой для других двусторонних и многосторонних официальных договоренностей и соглашений, в которых определялись бы конкретные формы и условия для оказания помощи и проведения совместных действий в области контроля над наркотиками.

Главная цель Единой Конвенции 1961 года,

вступившей в силу в 1964 году, заключалась в том, чтобы подтвердить, кодифицировать, упростить, обновить и дополнить ранее заключенные договоры. Она ограничивает производство, изготовление, торговлю, импорт, экспорт, распределение и использование наркотических средств исключительно медицинскими и научными целями и направлена на борьбу с наркоманией, в связи с чем правительства обязаны предоставлять всевозможные средства для лечения, ухода и социальной реабилитации наркоманов. В ней наркотические средства подразделяются на 4 категории в соответствии с рисками неконтролируемого использования и вероятности злоупотребления. Для каждой категории предусмотрены меры контроля различной строгости.

В Протоколе 1972 года о поправках к Единой Конвенции 1961 года более четко определены и расширены функции контроля и проверки Международного комитета по контролю над наркотиками, дополнительно усилены меры по контролю, предусмотренные в 1961 году, включено обязательство для сторон представлять доклады о деятельности по незаконному обороту наркотиков в рамках их границ (включая производство, изготовление, переработку, использование и оборот) и уделено больше внимания лечению, образованию, восстановлению, реабилитации и социальной интеграции наркоманов.

Конвенция 1971 года возлагает на государства-участники обязательства осуществлять национальный и международный контроль над психотропными веществами, которые являются предметом злоупотребления или могут стать предметом злоупотребления в будущем в ущерб общественному здоровью. К ним относятся депрессанты центральной нервной системы, стимуляторы и галлюциногены.

Конвенция 1988 года призвана содействовать развитию сотрудничества между государствами-участниками, с тем, чтобы они могли более эффективно решать различные проблемы незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ, имеющие международный характер.

Основным документом, регламентирующим все основные вопросы, связанные с наркотиками в Республике Казахстан, является Закон «О наркотических средствах, психотропных веществах, прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими» был принят 10 июля 1998 года. Данный Закон с учетом международных обязательств Республики Казахстан регулирует общественные отношения в сфере

оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, устанавливает ответственность и систему мер, направленных против их незаконного оборота и злоупотребления ими. А **статьями 259-276 УК РК** предусматриваются уже более конкретные, общественно опасные и наказуемые общественные отношения в сфере незаконного оборота наркотических средств на территории Республики Казахстан, а также уголовная ответственность за их нарушение.

Уполномоченным органом, осуществляющим государственный контроль над оборотом наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров и меры противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими, является Комитет по борьбе с наркобизнесом и контролю над оборотом наркотиков Министерства внутренних дел Республики Казахстан.

При анализе текста данного закона необходимо обратить внимание, что закон изобилует нормами отсылочного характера, и тем самым он не в полной мере регулирует данные общественные отношения. Также особенностью данного закона является тот факт, что он не регулирует основные вопросы, так как регулирование тех или иных конкретных общественных отношений предусматривается нормами иного законодательства страны. Это обстоятельство влияет на повышение коррупционности правовых норм.

Отмечая это, необходимо указать, что закон состоит из правовых норм, которые не обладают реальной юридической силой, так как их реализация осуществляется не нормами данного закона, а иными нормативными правовыми актами. Это в свою очередь порождает вопрос о необходимости действия такого закона.

В пункте 14 статьи 1 Закона дано понятие перевозки и пересылки наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, под которыми следует понимать любые действия по перемещению в пределах Республики Казахстан наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров независимо от способа транспортировки и места их хранения.

Согласно постановлению №2 Пленума Верховного Суда РК от 30 апреля 1999 года «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Республики Казахстан «О применении законодательства по делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ», незаконной перевозкой наркотических средств, психотропных веществ, а также прекурсоров в соответ-

ствии с пунктом 12 статьи 1 Закона являются любые умышленные действия по их физическому перемещению независимо от способа транспортировки в нарушении установленного порядка.

В связи с изменениями и дополнениями, внесенными 2 марта 2006 года в Закон «О наркотических средствах, психотропных веществах, прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и употреблению ими», некоторые пункты постановления Пленума Верховного Суда РК «О применении законодательства по делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ» от 14 мая 1998 года идут в противоречие с положениями, содержащимися в Законе. Поэтому необходимо некоторые пункты постановления привести в соответствие с Законом.

Перевозка может осуществляться как лицом, в незаконном ведении которого находятся наркотические средства, психотропные вещества, прекурсоры, так и другими лицами по его поручению. Лицо, поручившее другим осуществить перевозку указанных средств и веществ, несет ответственность за организацию перевозки, а в случае осуществления перевозки через лиц, которые в соответствии с уголовным законом не подлежат уголовной ответственности (невменяемые, не достигшие возраста, с которого наступает уголовная ответственность, либо неосведомленные о характере груза), - как непосредственный исполнитель.

В судебной практике не сложился единообразный подход в оценке перевозки наркотиков по части 1 статьи 259 УК РК. Перевозку также следует отличать от переноски как частного случая хранения наркотических средств или психотропных веществ. Нельзя ее смешивать с пересылкой, так как в этом случае непосредственное перемещение наркотиков осуществляется средствами связи.

Некоторые ученые считают, что под переработкой наркотиков следует понимать превращение наркотикосодержащего сырья (растений, полуфабрикатов и т.п.) в готовые наркотические средства. Такое утверждение представляется не совсем точным, так как в случаях, когда наркотикосодержащее сырье не является наркотиками, этот процесс будет означать изготовление (например, из травы эфедры хвощевой, которая является прекурсором, получены кустарно приготовленные препараты, содержащие эфедрон).

Подпункт 9 статьи 1 Закона определяет:

«изготовление наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров - все процессы, за исключением производства, при помощи которых

могут быть получены наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры, а также превращение наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в другие наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры;».

Согласно пункту 12 статьи 1 Закона, переработка наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров представляет собой действия, в результате которых происходят рафинирование (очистка от посторонних примесей), повышение в препарате концентрации наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, а также получение на их основе веществ, не являющихся наркотическими средствами, психотропными веществами и прекурсорами.

В соответствии с пунктом 6 постановления Пленума Верховного Суда РК «О применении законодательства по делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ» от 14 мая 1998 года, незаконная переработка означает переделку или рафинирование (очистку от посторонних примесей) без соответствующего на то разрешения одного и того же вида наркотического средства или психотропного вещества в целях повышения его концентрации. Высушивание, измельчение, отделение некоторых частей и иное видоизменение одного и того же вида наркотикосодержащего растения незаконной переработкой не является (кроме случаев получения из него другого наркотического средства).

Исходя из определений и понятий «изготовление» и «переработка», содержащиеся в Законе, следует признать, что под незаконным изготовлением наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров следует понимать совершенные в нарушение законодательства Республики Казахстан умышленные действия, направленные на получение из наркосодержащих растений, лекарственных, химических и иных веществ одного или нескольких готовых к использованию и потреблению наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров из числа включенных в Перечень наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров. При этом по смыслу закона как изготовление надлежит квалифицировать и производство наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, то есть действия, направленные на их серийное получение.

Под незаконной переработкой наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров следует понимать совершенные в нарушение законодательства Республики Казахстан умышлен-

ные действия, направленные на рафинирование (очистку от посторонних примесей) твердой и жидкой смеси, содержащей одно или несколько наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров либо на повышение в такой смеси (препарате) концентрации наркотического средства, психотропного вещества или прекурсора.

При этом следует учитывать, что не каждое превращение (переделка или рафинирование) преследует цель извлечение наркотика с повышенной концентрацией. Поэтому цель является обязательным признаком переработки. Если переработка осуществлялась с иной целью, например, лицо переработало наркотики не в целях повышения концентрации, а в целях беспрепятственного пересечения таможенной границы, то есть наркотики уменьшили в объеме, чтобы облегчить их сокрытие, то данные действия не будут квалифицироваться как переработка наркотиков.

Таким образом, для отграничения изготовления от переработки следует устанавливать:

а) включено ли изготовленное средство или вещество в Перечень наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров;

б) является ли оно таковым к использованию и потреблению;

в) какие наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры и в какой концентрации содержатся в препарате после его очистки от посторонних примесей либо после совершения действий, направленных на повышение в нем концентрации наркотического средства, психотропного вещества или прекурсора.

Согласно подпункту 14 статьи 1 Закона, под перевозкой и пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров следует понимать любые действия по перемещению в пределах Республики Казахстан наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров независимо от способа транспортировки и места хранения.

Одним из спорных вопросов является проблема отграничения незаконной перевозки наркотиков от незаконной пересылки. Незаконная перевозка наркотиков заключается в их перемещении из одного места в другое любым видом транспорта – наземным, подземным, водным, воздушным, независимо от способа транспортировки и места хранения незаконно перемещаемых средств или веществ. Перевозка может осуществляться, как правило, специально для этого подобранными или привлеченными лицами, в том числе и так называемыми наркокурьерами, и преследует цель распространения наркотиков и расширения рынка их сбыта.

Под незаконной перевозкой наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров следует понимать любые действия по перемещению в пределах Республики Казахстан наркотических средств, психотропных веществ или прекурсоров независимо от способа транспортировки и места хранения, но не непосредственно при обвиняемом.

Пересылка – это незаконное перемещение наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в виде почтовых, багажных отправок, либо иным способом, когда транспортировка этих средств и веществ осуществляется без участия отправителя. Незаконная пересылка наркотиков заключается в их отправке из одного места в другое по почте или с багажом, с нарочным, а также путем использования животных, например собак или птиц (голубей). Перевозка или пересылка в пределах одного населенного пункта должна квалифицироваться как разновидность описанных выше деяний. Преступления эти могут совершать как сами изготовители, так и другие лица, действующие по просьбе приобретателей или изготовителей и знающие, что пересылают наркотики.

Статья 6 Закона предусматривает государственный контроль над оборотом наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров и меры противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими. В ней отмечена деятельность уполномоченных органов в этой сфере. В подпунктах 2), 6), 7) статьи 6 Закона предусмотрены отсылочные нормы, которые предусматриваются в законодательстве Республики Казахстан. По нашему мнению, в законодательстве отсутствует процедура принятия решений. Она должна содержаться в тексте закона.

Статья 8 Закона определяет государственные квоты. Изучение данной статьи показало, что нормами данного закона не регулируется административный порядок в области государственной квоты. Так, присутствует пробел в регулировании (пункты 2-4). Текст статьи недостаточно регулирует данный вопрос. Не ясно, как устанавливаются данные квоты, как оформляется заявка, список, норматив потребления, норматив обеспечения. Предполагается, что данные вопросы регулируются подзаконными нормативными правовыми актами характера. Также в тексте статьи имеются нормы отсылочного характера. Все это вместе взятое, а именно отсутствие прозрачных административных, конкурсных (аукционных) процедур может оказать определенное влияние на возможность совершения коррупционных действий или решений.

Пункт 3 статьи 9 Закона предусматривает, что *регистрация наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров, используемых в медицинских и научных целях, осуществляется в соответствии с положениями, применяемыми ко всем лекарственным препаратам и установленными нормативными правовыми актами.*

В данном пункте неясен механизм регистрации. Также отмечено, что она осуществляется в соответствии с положениями. Отсутствие механизма и уточняющего вида нормативного правового акта ведет к наличию пробела в регулировании.

Статья 10 Закона предусматривает производство, изготовление, переработку наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров. Однако данная статья является по смыслу и содержанию отсылочной.

Статья 11 Закона устанавливает порядок упаковки изготовленных наркотических средств и психотропных веществ. Однако пункт 4 данной статьи указывает, что *в случае нарушений условий, которым должны соответствовать упаковка и надписи наркотических и психотропных лекарственных средств, наркотические средства и психотропные вещества в соответствии с законодательством Республики Казахстан изымаются.*

Порядок изъятия должен быть предусмотрен в тексте Закона.

Пункты 2, 7, 8 статьи 12 Закона устанавливают законодательный порядок *ввоза на территорию Республики Казахстан, вывоза с территории Республики Казахстан и транзита через территорию Республики Казахстан наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров.* Нормами данной статьи не регулируются эти общественные отношения. Все вместе взятое оказывает влияние на наличие пробела в ходе исполнительно-распорядительной деятельности.

Предусмотренный в пункте 1 статьи 13 Закона порядок перевозки регулируется нормативными правовыми актами Республики Казахстан. Необходимо отметить, что, согласно Закону РК «О нормативных правовых актах», количество и видов нормативных правовых актов значительно. В связи с этим необходимо законодательно уточнить нормы данного пункта.

Пункт 5 Закона отмечает *запрет на пересылку наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в почтовых отправлениях, в том числе международных.* Однако законодатель не установил основания ответственности, что ведет к наличию пробела в регулировании.

Статья 14 Закона, устанавливающая *порядок хранения наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, определяет, что данная деятельность устанавливается на основании лицензии.* Отсутствие порядка и наличие ограничений, установленных в пункте 2 данной статьи, приводит к двойственному пониманию полномочий должностных лиц.

Вопросы реализации и распределения наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, предусмотренных в пунктах 1, 2 статьи 15, в связи с отсутствием их прозрачности, административных, конкурсных процедур могут привести к свободе ведомственного нормотворчества и к широте исполнительно-распорядительной деятельности должностных лиц.

Пункты 1-6 статьи 16 Закона об *использовании наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в медицинских целях имеет отсылочные нормы и не предусматривает порядок их использования.*

Статья 17 Закона об использовании наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в ветеринарии, состоящая из 2 пунктов, также устанавливает перечень, условия и порядок на основании иного законодательства Республики Казахстан, что осложняет применение на практике норм Закона.

Статья 20 Закона предусматривает, что органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, разрешается использование наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров при проведении оперативно-розыскных мероприятий в соответствии с законодательством Республики Казахстан и подзаконными нормативными правовыми актами, которые предусматривают порядок приобретения и расхода, а также для специальной подготовки сотрудников и личного состава, осуществляющих борьбу с их незаконным оборотом и дрессировки служебных собак. Однако ссылка на законодательство РК, подзаконные нормативные правовые акты и отсутствие механизма реализации данной статьи порождает негативные процессы, что, как следствие, приводит к ущемлению прав и свобод человека.

В статье 21 Закона об уничтожении наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров пункты 1, 2, 4 имеют нормы отсылочного характера. Это обстоятельство свидетельствует о том, что в тексте закона механизм уничтожения наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров не присутствует и зависит от исполнительно-распорядительной деятельности должностных лиц.

Статья 23 Закона не предусматривает порядок оборота прекурсоров, так как не установлен механизм, случаи, условия, ответственность и т.д. и, таким образом, носит декларативный характер.

В статьях 28, 29 Закона порядок контролируемой поставки, контрольной закупки определяется законодательством Республики Казахстан и международными договорами и нормативными правовыми актами Республики Казахстан. Данная отсылочная норма указывает на отсутствие порядка и механизма их реализации.

Статьи 33, 37 Закона содержат отсылочные нормы. Их реализация осуществляется не на основании норм закона, а на основании иного законодательства РК.

Таким образом, анализ Закона Республики Казахстан «О наркотических средствах, психотропных веществах, прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими» показывает, что текст закона изобилует нормами отсылочного характера. В связи с этим необходимость в доработке текста закона очевидна.

Анализ развития наркоситуации в Республике Казахстан за последнее десятилетие показывает явно негативную окраску в сторону ее обострения. Так, по данным официальной статистики только в 2006 году прирост лиц, состоящих на учете за потребление наркотических средств, по сравнению с 2005 годом составил 1903 человека, или 12,7% на 100 тыс. населения. Всего же на учете состояло 53 577 лиц, в том числе 4940 женщин и 4843 несовершеннолетних. Из этого количества в отношении 7210 человек возбуждены уголовные дела за совершение преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков и 7140 человек осуждены по соответствующим статьям обвинения. Не изменилась обстановка и в 2007 году. На 1 января этого года на официальном учете органов здравоохранения состоит 54 411 потребителей наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров.

Такое положение послужило основанием для того, чтобы борьба с наркоманией и наркобизнесом была признана в качестве одной из приоритетных задач государства. Учитывая значимость данного направления, перед органами судопроизводства возникает настоятельная необходимость выработки новых эффективных методов и средств, адекватных состоянию наркопреступности, в том числе и путем их выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия посредством сочетания оперативно-розыскной и уголовно-про-

цессуальной деятельности. Такой подход предполагает не только четкое знание самого закона и его неукоснительное исполнение на практике, но и глубокое понимание существа оперативно-розыскной деятельности, процесса, лежащего в его основе, знание закономерностей, по которым оно развивается. Поскольку содержание оперативно-розыскной деятельности составляют оперативно-розыскные мероприятия, от результативности которых зависят и результаты всей оперативно-розыскной деятельности в целом, их перечень строго регламентирован в ст. 11 Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности». Учитывая, что преступления рассматриваемой категории в основном выявляются непроцессуальными способами, наиболее распространенными из них являются такие ОРМ, как опрос граждан, контрольная закупка и осуществление оперативного контроля поставок, проводимые в сочетании с внедрением модели поведения, имитирующей преступную деятельность, отбором проб и образцов для исследования и применением специальных технических средств. Однако несмотря на разнообразие предусмотренных законом ОРМ, практика показывает, что большинству уголовных дел, рассмотренных Судами Республики Казахстан, наибольший процент составляют связанные с контрольной закупкой. Изучение архивных уголовных дел в различных регионах Казахстана свидетельствует о том, что в республике сложилось два основных способа выявления преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств.

1. Оперативное наблюдение за интересующим объектом, преследующее целью задержание покупателя наркотических средств и их изъятие, с последующим обыском мест возможного хранения и задержания лица, осуществляющего сбыт.

2. Использование лиц, изъявивших желание оказать содействие органу, осуществляющему ОРД помощь в выявлении сбытчиков наркотических средств, с последующей их контрольной закупкой. Осуществление оперативного контроля поставок наркотических средств.

Анализ указанных способов показывает, что наибольшей уязвимостью с точки зрения допустимости полученных доказательств, возможных злоупотреблений со стороны органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и с позиций соблюдения государственных секретов (к каковым относятся и рассматриваемые действия) страдают два первых способа выявления сбытчиков наркотических средств.

Так, до 2001 года основным способом выявления сбытчиков наркотических средств являлись ОРМ, относящиеся к первой группе предложенной нами квалификации. При этом если покупатель соглашался оказать содействие органам, осуществляющим ОРД, то это расценивалось как смягчающее вину обстоятельство, но не освобождало его от наступления уголовной ответственности за фактически совершенное преступление. Если же в качестве покупателя выступал конфиденгент, то исключение последнего из процесса доказывания достигалось путем формального объявления его в розыск. Безусловно, такой подход являлся недопустимым, поскольку нарушался принцип неотвратимости наказания за совершение преступления.

С другой стороны, если бы конфиденгент был привлечен к уголовной ответственности, то в этом случае было бы налицо нарушение статьи 15 Закона «Об ОРД», запрещающей склонять и провоцировать граждан к совершению правонарушений, и это повлекло бы и одновременную ответственность должностного лица. В противном случае объяснить, например, наличие помеченных купюр в месте сбыта наркотических средств было бы невозможно.

Несостоятельность подобных методов заставила законодателя урегулировать сложившуюся ситуацию путем введения 16 марта 2001 года статьи 34-1 УК РК, исключающей преступность деяния сотрудников и конфиденгентов за правонарушения, если они совершаются в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий с целью предотвращения, выявления, раскрытия и расследования преступлений, совершенных группой лиц по предварительному сговору, организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией), а также если причиненный вред правоохраняемым интересам менее значителен, чем вред, причиненный указанными преступлениями, и если их предотвращение, раскрытие или расследование, а равно изобличение виновных в совершении преступления лиц не могло быть осуществлено иным способом. Основанием для такого решения послужило то, что лица, оказывающие содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, своими действиями не причиняют вреда охраняемым уголовным законом общественным отношениям и не создают угрозы причинения такого вреда. А поскольку эти действия направлены на защиту общественных интересов, а не во вред им, они могут расцениваться как допустимые с точки зре-

ния получения доказательственной информации. Следовательно, эти лица должны обладать иммунитетом от уголовного преследования. Такой подход соответствует и нормам международного права. В частности, ст. 26 Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности (12-15 декабря 2000 года, г. Палермо, Италия) закрепляет рекомендации предоставления иммунитета от уголовного преследования лицу; который сотрудничает в расследовании или уголовном преследовании за преступления, в соответствии с основополагающими принципами национального законодательства.

Указанная законодательная новелла вызвала к жизни другую оперативно-следственную ситуацию, основанную на положениях п. 2 ст. 13 Закона «Об ОРД», разрешающих с согласия граждан их использование в подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий (в том числе и по контракту) с сохранением по их желанию конфиденциальности такого сотрудничества. В этой связи в уголовных делах появились заявления от граждан, которые якобы желают оказать содействие органам, осуществляющим ОРД в выявлении и пресечении преступной деятельности лиц, занимающихся незаконным сбытом наркотических средств. Далее составляется протокол добровольной доставки денежных средств лицом, приобретающим наркотическое средство и протокол химической обработки и переписи номеров денежных средств и их вручения (в последнее время практикуется и вручение специальных технических средств дополнительной фиксации получаемой информации). После этого все разыгрывается по отработанному сценарию: приобретение наркотических средств, их изъятие, экспресс-анализ и обыск по месту сбыта.

Однако подобная практика не смогла снять проблему о допустимости проводимых мероприятий без фактического рассекречивания таких лиц, поскольку эти меры не освобождали их от участия в главном судебном разбирательстве. Неопределенность в этом вопросе, на что ранее, в 2004 году, указывал Ю. Гармаев, послужила причиной тому, что подобные действия нередко стали расцениваться судами как провокация, совершение которой вместо усиления доказательственного значения контрольной закупки лишь дискредитирует последнюю.

Статистические данные за 2007 год свидетельствуют о том, что преступность в западном регионе по сравнению с 2006 годом возросла на 3,5%. Если в 2006 году было зарегистрировано 914 пре-

ступлений, то в 2007 году – 946 преступлений.

Удельный вес зарегистрированных преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, от общего количества зарегистрированных преступлений составил 19,3%, то есть каждое 5 зарегистрированное преступление. За 2007 год по западному региону было зарегистрировано 182 преступления, связанных с незаконным оборотом наркотических средств (в 2006 году - 182 преступления), тем самым наблюдается стабилизация наркопреступлений. Из указанного количества зарегистрированных преступлений 163 выявлены органами внутренних дел на транспорте (89%), органами таможенного контроля – 18 (10%) и органами национальной безопасности - 1 (1%).

Наибольшее количество зарегистрированных преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ приходится на Актюбинский транспортный регион (68 преступлений, или 37,3%), Кызылординский транспортный регион (42 преступления, или 23%) и Атырауский транспортный регион (26 преступлений, или 14,3%).

В структуре наркопреступности преобладают преступления, предусмотренные статьей 259 УК РК (незаконное изготовление, приобретение, хранение, перевозка, пересылка либо сбыт наркотических средств или психотропных веществ). По указанной статье Уголовного кодекса РК зарегистрировано 157 преступлений, а их удельный вес от общего количества зарегистрированных преступлений данной категории составил - 86,2%, остальные - 13,8% от числа зарегистрированных по данному виду преступлений приходится на ст.ст. 250, 260-265 УК РК.

Наблюдается увеличение количества преступлений, связанных со сбытом наркотиков. Если в 2006 году по частям 2, 3 и 4 статьи 259 УК РК было зарегистрировано 55 преступлений, то в 2007 году – 73 преступлений.

Снизилось количество зарегистрированных преступлений, связанных с незаконным приобретением, перевозкой или хранением наркотиков без цели сбыта (ч.1 статьи 259 УК РК), с 108 преступлений в 2006 году до 84 преступлений в 2007 году.

Также в 2007 году по фактам сбыта наркотиков возбуждено 58 уголовных дел, связанных с незаконным приобретением, хранением, перевозкой и пересылкой наркотических средств, с целью сбыта (в 2006 году - 29 преступлений). Например, 3 марта 2007 года во время проведения оперативно-розыскных мероприятий в г. Актобе сотрудниками Западного ДВД на транспорте была

задержана группа лиц при сбыте наркотических средств. У них было изъято наркотическое средство героин, общим весом 29 360 граммов.

8 января 2007 года при стоянке пассажирского поезда №319 «Душанбе - Москва» на станции Ганюшкина в рабочем тамбуре вагона №17 было обнаружено наркотическое вещество героин общим весом 74,22 грамма. По данным фактам возбуждены уголовные дела по п. «б» ч. 4 ст. 259 УК РК. Все лица осуждены.

Следует отметить, что уровень наркопреступности (рост или снижение) напрямую зависит от эффективности деятельности органов внутренних дел, поскольку ими выявляется более 89% наркопреступлений.

Из складывающейся оперативной обстановки можно сделать вывод о том, что несмотря на принимаемые правоохранительными органами меры перевозка через территорию Западного транспортного региона крупных партий наркотических средств из южных регионов республики продолжается. За рассматриваемый период органами уголовного преследования на транспорте выявлено 19 преступлений по контрабандному провозу наркотиков через границу, что на 5,2% больше показателя 2006 года (18 преступлений). Соответственно, увеличился объем изымаемых из незаконного оборота наркотиков, поступивших контрабандным путем.

Наиболее распространенным способом транспортировки наркотических средств является перемещение их в ручной клади, в одежде, в тайниках транспорта, а также путем сокрытия внутри товаров, перевозимых в грузовых железнодорожных вагонах. Так, 2 ноября 2007 года на таможенном посту «Темиржол» в ходе таможенного досмотра пассажирского поезда №5 сообщением «Ташкент - Москва» при внутреннем досмотре вагона №10 под рундуком обнаружено наркотическое средство героин весом 976 граммов. По данному факту возбуждено уголовное дело по ч. 2 ст. 259, ч. 1 ст. 250 УК РК.

Несмотря на рост зарегистрированных фактов контрабанды, остается на прежнем уровне эффективность их выявляемости в приграничных регионах, территории которых зачастую используется для наркотрафика.

Допускаются факты пропуска грузов с наркотиками через государственную границу, что отрицательно сказывается на имидже нашего государства. Так, от правоохранительных органов Российской Федерации продолжает поступать информация о бездействии наших сотрудников

таможни. На территорию соседнего государства ввозятся наркотики, благополучно прошедшие таможенный контроль Казахстана. К примеру, 31 мая 2007 года сотрудниками таможни по Атырауской области было возбуждено уголовное дело по ч. 1 ст. 316 УК РК в отношении сотрудников ДТК по Атырауской области по факту халатного осуществления таможенного контроля международного пассажирского поезда №329 сообщением «Куляб - Москва». На таможенном посту ЖДПП «Аксаарайский» Астраханской таможни Российской Федерации сотрудниками таможни при осуществлении таможенного контроля международного пассажирского поезда №329 сообщением «Куляб - Москва», был задержан гражданин Таджикистана Рахимов А.М., у которого в ручной клади было обнаружено и изъято наркотическое средство – героин.

Всего по региону за 2007 год по уголовным делам изъято 40 кг 666, 7528 г наркотических средств и психотропных веществ. В 2007 году отмечается снижение количества изъятых наркотических средств на 86,9% в сравнении с 2006 годом, когда было изъято 310 кг 476,2886 г наркотических средств и психотропных веществ.

В структуре изымаемых наркотиков в рассматриваемый период наибольший процент приходится на марихуану (65,3%, или 26 кг 562,3747 г). Из общего числа изъятых наркотиков на героин приходится 13 кг 185 г, гашиш – 1 кг 269 г и опий – 74,37 г.

Согласно данным, по заявлениям и сообщениям о преступлениях, предусмотренных ст.ст. 259, 260, 264 УК РК, отказано в возбуждении уголовных дел по 67 фактам против 61 за 2006 год. В основном наркопреступления совершаются на объектах железнодорожного транспорта (вокзалы, перроны) и непосредственно в пассажирских поездах. Так, в совершении преступлений, связанных с незаконным приобретением, хранением, перевозкой и пересылкой наркотических средств с целью сбыта, изобличено 134 лиц, из которых граждан Республики Казахстан – 18, граждан Узбекистана – 11, граждан РФ – 4 и граждан Таджикистана – 3.

Состояние незаконного оборота наркотиков в регионе, как и прежде, носит негативный характер, так как в нее оказываются втянутыми практически все слои населения, в том числе женщины. К примеру, в 2006 году выявлено 14 женщин, а в 2007 году – 4 женщины. Возрастной состав лиц, совершающих наркопреступления, колеблется от 18 до 59 лет, в большинстве это безработные.

За анализируемый период в суды различной юрисдикции были направлены 166 уголовных дел,

связанных с незаконным оборотом наркотических средств. Органами уголовного преследования уничтожено 72 кг 386,90 г наркотических средств и психотропных веществ.

Отчасти выявляемости большого количества наркопреступлений способствовала активизация деятельности правоохранительных органов на транспорте по выявлению фактов незаконного оборота наркотиков, проведение операций по установлению и перекрытию каналов и путей перевозки наркотиков, отработка поездов силами специальных групп. Вместе с тем перечисленное не является показателем улучшения или хотя бы стабилизации наркоситуации в регионе, поскольку уровень потребления наркотических средств растет из года в год, несмотря на принимаемые меры.

Спектр применяемых правоохранительными органами организационных мер свидетельствует об их недостаточном уровне, отсутствии новаций и наступательности, тогда как преступный мир постоянно совершенствует свои методы. В частности, не изжитая практика, когда правоохранительные органы ограничиваются выявлением незаконного хранения и перевозки наркотических средств. Обычно при задержании подозреваемые дают показания, что приобрели наркотические средства у неизвестного ему лица или нашли его на рынке, возле дома или на территории города. В дальнейшем, в ходе предварительного расследования установить лицо, сбывшее наркотик, практически не удается.

Не принимаются должные меры по выявлению путей наркотрафика, денежных средств и ценностей, добытых преступным путем, лидеров и членов организованных преступных группировок и т.д. Эти негативные явления в первую очередь, происходят из-за несогласованности действий правоохранительных органов на местах.

Исходя из этого, правоохранительными органами на транспорте поручена разработка действий специальных плановых мероприятий, выполнение которых взято под постоянный контроль органами прокуратуры.

Состояние борьбы с незаконным оборотом наркотиков показывает, что, несмотря на меры, принимаемые по искоренению этого болезненного недуга, он принимает все более изощренные формы, появляются новые виды наркотических средств, оказывающих губительное воздействие на организм человека.

Отсылочные нормы к Закону Республики Казахстан от 10 июля 1998 года «О наркотических средствах, психотропных веществах, прекурсорах и мерах противодей-

ствия их незаконному обороту и злоупотреблению ими»

1) Статья 1

3) наркотические средства - вещества синтетического или природного происхождения, включенные в Список наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в соответствии с законодательством Республики Казахстан, Единой конвенцией о наркотических средствах 1961 года с поправками, внесенными в нее в соответствии с Протоколом 1972 года о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года.

См.: Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (Нью-Йорк, 30 марта 1961 года), Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан».

5) норматив обеспечения наркотическими средствами, психотропными веществами и прекурсорами (далее - норматив обеспечения) - количество определенных наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, разрешенное юридическим лицам для реализации на территории Республики Казахстан в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан».

6) оборот наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров - разрешенные и контролируемые в соответствии с законодательством Республики Казахстан виды деятельности, связанные с культивированием, сбором и заготовкой наркотикосодержащих растений, разработкой, производством, переработкой, ввозом, вывозом, транзитом, перевозкой, пересылкой, приобретением, хранением, распределением, реализацией, использованием, уничтожением наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров.

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан».

15) норматив потребления наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров (далее - норматив потребления) - количество определенных наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, необходимое для потребления конкретным юридическим лицам, заявленное в уполномоченный государственный орган в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан», Приказ Председателя Комитета по борьбе с наркоманией и наркобизнесом Министерства юстиции Республики Казахстан от 22 ноября 2002 года №126 «Об утверждении Инструкции по утверждению нормативов потребления и обеспечения прекурсорами».

21) культивирование растений, содержащих наркотические вещества, - посев и выращивание опийного мака и конопли (каннабиса), других наркотикосодержащих растений, включенных в Список наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в Республике Казахстан в соответствии с международными конвенциями.

См.: Конвенция ООН от 20 декабря 1988 года «О борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ»; Конвенция о психотропных веществах (Вена, 21 февраля 1971 г.); Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (с поправками, внесенными в нее в соответствии с Протоколом 1972 года о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года).

22) сбор растений, содержащих наркотические средства, психотропные вещества, - сбор диких или культивируемых наркотикосодержащих растений, включенных в Список в соответствии с международными конвенциями.

См.: Конвенция ООН от 20 декабря 1988 года «О борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ»; Конвенция о психотропных веществах (Вена, 21 февраля 1971 г.); Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года (с поправками, внесенными в нее в соответствии с Протоколом 1972 года о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года).

31) прекурсоры - вещества, используемые при

производстве, изготовлении, переработке наркотических средств и психотропных веществ, включенные в **Список наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в соответствии с законодательством Республики Казахстан, международными договорами Республики Казахстан, в том числе Конвенцией ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года.**

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан», Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года.

33) психотропные вещества - вещества синтетического или природного происхождения, включенные в **Список наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, подлежащих контролю в соответствии с законодательством Республики Казахстан, международными договорами Республики Казахстан, в том числе Конвенцией о психотропных веществах 1971 года.**

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан», Конвенция о психотропных веществах 1971 года.

34) уполномоченные органы - государственные органы, которые в пределах предоставленной им компетенции осуществляют государственный контроль за оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров **в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 22 июня 2005 года №607 «Положение о Комитете по борьбе с наркобизнесом и контролю за оборотом наркотиков Министерства внутренних дел Республики Казахстан».

2) Статья 2

В Таблицу I вносятся наркотические средства и психотропные вещества, оборот которых в Республике Казахстан запрещен **в соответствии с законодательством Республики Казахстан и международными Конвенциями ООН 1961, 1971 годов, за исключением случаев, предусмотренных статьями 18, 19, 20 настоящего Закона.**

В Таблицу II вносятся наркотические средства и психотропные вещества, оборот которых ограничен и находится под строгим контролем **в соответствии с законодательством Республики Казахстан и международными Конвенциями ООН 1961, 1971 годов.**

В Таблицу III вносятся наркотические средства и психотропные вещества, оборот которых находится под контролем **в соответствии с законодательством Республики Казахстан и международными Конвенциями ООН 1961, 1971 годов.**

В Таблицу IV вносятся прекурсоры, оборот которых находится под контролем **в соответствии с законодательством Республики Казахстан и международной Конвенцией ООН 1988 года.**

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан», Международные Конвенции ООН 1961, 1971 годов.

3) Статья 5

23) осуществляет в пределах своей компетенции привлечение инвестиций, технической помощи и контроль за их целевым использованием в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров и противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими **в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан».

4) Статья 6

Уполномоченные органы Республики Казахстан имеют право:

2) осуществлять проверки любых помещений, независимо от форм собственности, используемых для оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров **в соответствии с законодательством Республики Казахстан;**

6) выдавать предписания об устранении выявленных недостатков в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров **в соответствии с законодательством Республики Казахстан;**

7) приостанавливать производственную дея-

тельность юридических лиц и структурных подразделений при нарушении требований в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в порядке, **установленном законами Республики Казахстан.**

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан», Постановление Правительства Республики Казахстан от 22 июня 2005 года №607 «Положение о Комитете по борьбе с наркобизнесом и контролю за оборотом наркотиков Министерства внутренних дел Республики Казахстан», Приказ Министра внутренних дел Республики Казахстан от 16 февраля 2001 года №141 «Об утверждении Инструкции «О порядке выдачи разрешения на использование объектов и помещений в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров».

5) Статья 7

Работникам, которые в силу своих служебных обязанностей получают доступ непосредственно к наркотическим средствам, психотропным веществам и прекурсорам, необходимы заключения врачей психиатра и нарколога об отсутствии заболеваний наркоманией, токсикоманией, хроническим алкоголизмом, а также об отсутствии среди них лиц, признанных непригодными к выполнению отдельных видов профессиональной деятельности и деятельности, связанной с источником повышенной опасности, в порядке, **установленном законодательством Республики Казахстан.**

См.: Приказ Министра внутренних дел Республики Казахстан от 16 февраля 2001 года №141 «Об утверждении Инструкции «О порядке выдачи разрешения на использование объектов и помещений в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров»

6) Статья 8

1. Государственная квота на наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры, включенные в Список, определяемый Правительством Республики Казахстан **расчет потребности**, в пределах которой осуществляется их оборот юридическими лицами, имеющими лицензии **в соответствии с международными договорами Республики Казахстан.**

2. Государственная квота утверждается постановлением Правительства Республики Казахстан. Государственная квота содержит в себе количество определенных наркотических средств, пси-

хотропных веществ и прекурсоров, заявленное юридическими лицами на следующий календарный год **в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

3. Юридические лица представляют заявки в уполномоченные органы на утверждение норматива потребления на следующий календарный год **в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

4. Юридические лица, осуществляющие переработку наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров либо производство препаратов или лекарственных средств, содержащих наркотические средства, психотропные вещества и (или) прекурсоры, **в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 22 февраля 2008 года №184 «Об утверждении государственной квоты на наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры на 2008 год», Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 августа 2007 года №735 «Об утверждении Правил лицензирования и квалификационных требований к деятельности, связанной с оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров».

7) Статья 9

2. Разработка новых наркотических и психотропных лекарственных препаратов осуществляется научно-исследовательскими учреждениями, имеющими лицензию на этот вид деятельности. Доклинические и клинические испытания новых потенциальных наркотических и психотропных лекарственных препаратов для использования в медицинских и научных целях осуществляются в специализированных лечебно-профилактических учреждениях (организациях) и научно-исследовательских институтах **в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

3. Регистрация наркотических средств, психотропных веществ, прекурсоров, используемых в медицинских и научных целях, осуществляется в соответствии с положениями, применяемыми ко всем лекарственным препаратам, и **установленными нормативными правовыми актами.**

См.: Закон Республики Казахстан от 13 января 2004 года №522-ІІ «О лекарственных средствах».

8) Статья 11

1. Маркировка потребительской упаковки должна быть единой для каждой серии наркотических средств и психотропных веществ, используемых в медицинских целях, и должна соответствовать требованиям, **установленным законода-**

тельством Республики Казахстан о лекарственных средствах.

4. В случае нарушений условий, которым должны соответствовать упаковка и надписи наркотических и психотропных лекарственных средств, наркотические средства и психотропные вещества **в соответствии с законодательством Республики Казахстан изымаются.**

См.: Закон Республики Казахстан от 13 января 2004 года №522-ІІ «О лекарственных средствах».

9) Статья 12

2. Ввоз и вывоз наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров при пересечении государственной и **таможенной границ** осуществляются при предъявлении лицензии и соответствующего документа в сфере подтверждения соответствия, выдаваемого **в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.**

7. Транзит наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров через территорию Республики Казахстан осуществляется юридическими лицами на основании разрешения, выданного уполномоченным государственным органом в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, а также в случаях, **предусмотренных статьей 28 настоящего Закона.**

Условия осуществления транзита наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров определяются **в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.**

8. В случае нарушения требований, установленных настоящей статьей, наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры подлежат конфискации в соответствии с **законодательством Республики Казахстан.** Порядок дальнейшего использования или уничтожения конфискованных наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров **определяется в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

См.: ст. 6, 212, 213, 214 Таможенного кодекса Республики Казахстан от 5 апреля 2003 года №401-ІІ, ст. 50 Кодекса Республики Казахстан «Об административных правонарушениях».

10) Статья 14

Хранение наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров осуществляется в специально оборудованных помещениях на основании лицензии на этот вид деятельности, выданной в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

См.: Приказ Комитета здравоохранения Ми-

нистерства образования, культуры и здравоохранения Республики Казахстан от 11 июня 1998г. №259 «О порядке приобретения, хранения, использования, реализации, учета уничтожения наркотических средств, психотропных и ядовитых веществ и прекурсоров, использующихся в медицинских целях».

11) Статья 15

Реализация и распределение наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров осуществляются юридическими лицами в **порядке, установленном Правительством Республики Казахстан, при наличии лицензии, выдаваемой на эти виды деятельности в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 10 ноября 2000 года №1693 «Об утверждении Правил осуществления государственного контроля над оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в Республике Казахстан».

12) Статья 16

3. Применение в медицинских целях наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, внесенных в Список, **осуществляется в соответствии с нормативными правовыми актами Республики Казахстан.**

5. Право применения лекарственных препаратов, содержащих наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры, внесенных в Список, распространяется на санитарный транспорт гражданского назначения. Незаконная реализация указанного права на других видах транспорта гражданского назначения влечет ответственность **в порядке, установленном законами Республики Казахстан.**

6. Разрешение на их применение и порядок учета устанавливаются уполномоченным государственным органом в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров по согласованию с уполномоченным органом в области здравоохранения **в соответствии с законодательством Республики Казахстан.**

См.: Приказ Комитета здравоохранения Министерства образования, культуры и здравоохранения Республики Казахстан от 11 июня 1998 г. №259 «О порядке приобретения, хранения, использования, реализации, учета уничтожения наркотических средств, психотропных и ядовитых веществ и прекурсоров, использующихся в медицинских целях».

13) Статья 17

Перечень наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, использу-

емых в ветеринарии, а также для отлова животных, устанавливается Правительством Республики Казахстан.

См.: Приказ вице-министра внутренних дел Республики Казахстан - Председателя Комитета по борьбе с наркобизнесом и контролю за оборотом наркотиков Министерства внутренних дел Республики Казахстан от 28 июня 2006 года №116 «Об утверждении Правил использования наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в ветеринарии».

14) Статья 20

Органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, разрешается использование наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров при проведении оперативно-розыскных мероприятий в соответствии с **законодательством Республики Казахстан** и подзаконными нормативными правовыми актами, которые предусматривают порядок приобретения и расхода, а также для специальной подготовки сотрудников и личного состава, осуществляющих борьбу с их незаконным оборотом, и дрессировки служебных собак.

См.: Приказ вице-министра внутренних дел Республики Казахстан - Председателя Комитета по борьбе с наркобизнесом и контролю за оборотом наркотиков Министерства внутренних дел Республики Казахстан от 28 июня 2006 года №116 «Об утверждении Правил использования наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в ветеринарии».

15) Статья 21

1. Наркотические средства, психотропные вещества, прекурсоры и средства растительного происхождения, содержащие наркотические средства, а также инструменты и оборудование, дальнейшее использование которых в обороте признано нецелесообразным, подлежат уничтожению в порядке, определенном **нормативными правовыми актами Республики Казахстан**.

2. Уничтожение наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров может осуществляться в случаях, когда:

3) конфискованные, обнаруженные и изъятые из незаконного оборота наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры не представляют медицинской, научной или иной ценности и не могут быть переработаны, а равно в иных случаях, **предусмотренных законодательством Республики Казахстан**.

4. Нарушение требований **пункта 3** настоящей статьи влечет ответственность, предусмотренную законами Республики Казахстан.

См.: Приказ Комитета здравоохранения Министерства образования, культуры и здравоохра-

нения Республики Казахстан от 11 июня 1998 г. N259 «О порядке приобретения, хранения, использования, реализации, учета уничтожения наркотических средств, психотропных и ядовитых веществ и прекурсоров, использующихся в медицинских целях», Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях», Уголовный кодекс Республики Казахстан.

16) Статья 23

1. Разработка, производство, переработка, хранение, перевозка, пересылка, реализация, распределение, приобретение, использование, ввоз на территорию Республики Казахстан, вывоз с территории Республики Казахстан, транзит через территорию Республики Казахстан прекурсоров, внесенных в Список, **регулируются настоящим Законом и принимаемыми в соответствии с ним нормативными правовыми актами Республики Казахстан о прекурсорах, а также инструментах и оборудовании, используемых для производства наркотических средств и психотропных веществ**.

4. В случаях, когда имеются доказательства, что одно из веществ, внесенных в Список, предназначено для использования в целях незаконного изготовления наркотического средства или психотропного вещества, на прекурсоры незамедлительно накладывается арест до принятия решения судом о его дальнейшем использовании **в соответствии с законодательством Республики Казахстан**.

См.: Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях», Таможенный кодекс Республики Казахстан, Уголовный кодекс Республики Казахстан, Приказ Комитета здравоохранения Министерства образования, культуры и здравоохранения Республики Казахстан от 11 июня 1998 г. N259 «О порядке приобретения, хранения, использования, реализации, учета уничтожения наркотических средств, психотропных и ядовитых веществ и прекурсоров, использующихся в медицинских целях».

17) Статья 24

3. Нарушение норм, установленных настоящей статьей, влечет ответственность в соответствии с **законами Республики Казахстан**.

См.: ст. 321 Кодекса Республики Казахстан «Об административных правонарушениях».

18) Статья 25

Организация противодействия незаконному обороту наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров и злоупотреблению ими осуществляется на основе соответствующих **государственных программ, утверждаемых Президентом Республики Казахстан**.

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 13 апреля 2004 года №411 «О Программе борьбы с наркоманией и наркобизнесом в Республике Казахстан на 2004-2005 годы».

19) Статья 26

Легализация доходов: сокрытие или искажение источников и природы происхождения, местонахождения, размещения, движения или действительной принадлежности денежных средств или иного имущества, либо прав на имущество, полученных от незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, прекурсоров, а равно использование таких денежных средств или иного имущества для занятия предпринимательской или иной экономической деятельностью; размещение финансовых средств, добытых от незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров в банках, на предприятиях и в других структурах, независимо от форм собственности, или приобретение за такие средства оборудования для производства и других нужд, или использование таких средств и имущества с целью продолжения незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров, влечет за собой ответственность юридических и физических лиц в соответствии с **законами Республики Казахстан**.

См.: ст. 193 Уголовного Кодекса Республики Казахстан от 16 июля 1997 года.

20) Статья 27

1. Досмотр транспортного средства, груза, находящегося в нем, личных вещей водителя и пассажиров может быть осуществлен уполномоченными на то должностными лицами государственных органов (подразделений государственных органов) в соответствии с **законодательством Республики Казахстан**.

3. В случае необоснованного досмотра транспорта, находящегося в нем груза, водителя и пассажиров, а также необоснованной доставки указанных лиц и транспорта в правоохранительные органы такие лица имеют право на возмещение в полном объеме причиненного им материального и морального **ущерба в соответствии с законодательством Республики Казахстан**.

См.: ст. 627 Кодекса Республики Казахстан «Об административных правонарушениях».

21) Статья 28

3. Порядок проведения контролируемой поставки определяется **законодательством Республики Казахстан и международными договорами**.

См.: Закон Республики Казахстан от 15 сентября 1994 года №154-ХІІІ «Об оперативно-розыскной деятельности».

22) Статья 29

2. Порядок проведения контрольной закупки определяется **нормативными правовыми актами Республики Казахстан**.

См.: Закон Республики Казахстан от 15 сентября 1994 года №154-ХІІІ «Об оперативно-розыскной деятельности».

23) Статья 30

1. В случае установления сведений о фактах незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов, прекурсоров в организации, предоставляющей услуги в местах массового пребывания граждан, по решению суда такая организация подлежит ликвидации, а виновные лица привлекаются к ответственности **в соответствии с законами Республики Казахстан**.

2. В случае установления факта осуществления юридическим лицом финансовой операции в целях легализации (отмывания) доходов, полученных в результате незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, указанное юридическое лицо по решению суда может быть ликвидировано, а его руководители несут ответственность **в соответствии с законами Республики Казахстан**.

3. Государственные органы, уполномоченные осуществлять противодействие незаконному обороту наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров, вправе предъявлять в суд иск о ликвидации юридического лица в случаях, предусмотренных пунктами 1 и 2 настоящей статьи, в порядке, **установленном законодательством Республики Казахстан**.

См.: Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 30 января 2001 года, Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года.

24) Статья 31

1. Наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги и прекурсоры, находящиеся в незаконном обороте, вещества, инструменты и оборудование, которые используются для их незаконного изготовления, а также имущество и финансовые средства, используемые для незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов и прекурсоров либо доходы, полученные в результате их незаконного оборота, подлежат конфискации и обращению в доход **государства в установленном законом порядке**.

2. Использованные в незаконном обороте наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги и прекурсоры, а также вещества, инструменты и оборудование для их изготовления, подлежащие конфискации, дальнейшее применение

которых в законном обороте признано нецелесообразным по решению суда, подлежат уничтожению **в установленном законом порядке.**

См.: Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 30 января 2001 года, Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года.

25) Статья 32

4. Порядок выявления и постановки на учет лиц, незаконно потребляющих наркотические средства, психотропные вещества или их аналоги, определяется **нормативными правовыми актами** уполномоченных органов, регулирующих вопросы здравоохранения, внутренних дел, иных уполномоченных органов Республики Казахстан.

См.: Постановление Кабинета Министров Республики Казахстан от 19 апреля 1995 г. N514 «Вопросы принудительного лечения лиц, страдающих алкоголизмом, наркоманией или токсикоманией, уклоняющихся от добровольного лечения, и их медико-социальной реабилитации»

26) Статья 33

2. Порядок проведения медицинского освидетельствования и медицинского обследования определяется **нормативными правовыми актами уполномоченных органов Республики Казахстан.**

См.: Приказ Министра здравоохранения Республики Казахстан от 11 июня 2003 года N446 «Об утверждении Инструкции по проведению медицинского освидетельствования для установления факта употребления психоактивного вещества и состояния опьянения».

27) Статья 34

Вопросы принудительного лечения лиц, больных наркоманией, токсикоманией, уклоняющихся от добровольного лечения, порядок признания лица больным наркоманией или токсикоманией и основания для его направления на лечение в специализированное лечебно-профилактическое учреждение, основание и порядок прекращения принудительного лечения, учет больных наркоманией и токсикоманией и порядок проведения поддерживающего лечения **регламентируются законодательством Республики Казахстан.**

См.: Закон Республики Казахстан от 7 апреля 1995 года N2184 «О принудительном лечении больных алкоголизмом, наркоманией и токсикоманией».

28) Статья 35

1. Медико-санитарная помощь больным наркоманией, токсикоманией включает в себя профилактику наркологических расстройств, обследование граждан, диагностику нарушений, лечение, уход, медико-социальную реабилитацию лиц, страдающих наркологическими расстройствами,

и осуществляется **в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.**

3. Медико-санитарная помощь больным наркоманией, токсикоманией оказывается при добровольном обращении лица за медицинской помощью в наркологическое учреждение. Несовершеннолетнему, а также лицу, признанному в установленном законодательством порядке недееспособным, наркологическая помощь оказывается с согласия их родителей, усыновителей или опекунов **в порядке, предусмотренном законодательством Республики Казахстан.**

4. Больные наркоманией или токсикоманией, уклоняющиеся от добровольного лечения, подлежат принудительному лечению в специализированных лечебно-профилактических учреждениях системы здравоохранения **в порядке, предусмотренном законодательством Республики Казахстан.**

5. Лицам, больным наркоманией или токсикоманией, совершившим преступления, медико-санитарная помощь оказывается **на основании и в порядке, предусмотренных законодательством Республики Казахстан.**

См.: Закон Республики Казахстан от 27 мая 2002 года N325-II «О медико-социальной реабилитации лиц, больных наркоманией», Закон Республики Казахстан от 7 апреля 1995 года N2184 «О принудительном лечении больных алкоголизмом, наркоманией и токсикоманией».

29) Статья 36

2. Порядок выдачи лицензии на деятельность по оказанию медико-санитарной помощи больным наркоманией, токсикоманией **устанавливается законодательством Республики Казахстан.**

См.: Закон Республики Казахстан «О лицензировании» от 11 января 2007 года.

30) Статья 38

Ответственность за нарушения в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров **устанавливается законами Республики Казахстан.**

См.: Уголовный Кодекс Республики Казахстан, Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях».

Анализ положений Закона РК «О наркотических средствах, психотропных веществах, прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими» выполнен по заказу ТОО «Институт законодательства Республики Казахстан»

А.С. ИРЖАНОВ

*начальник отдела международных отношений
и организации законопроектной деятельности
Института законодательства РК,
кандидат юридических наук*

Е.Е. КЕНЖЕШЕВ

*младший научный сотрудник
Института законодательства РК,
магистр юриспруденции*

АНАЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВКА
по Закону Республики Казахстан от 3 июля 2002 года № 332-ІІ
«О геодезии и картографии»

1. Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года).

2. Бюджетный кодекс Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 06.12.2007 г.).

3. Земельный кодекс Республики Казахстан от 20 июня 2003 года №442-ІІ (с изменениями и дополнениями по состоянию на 19.12.2007 г.).

4. Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 года №155-ІІ (с изменениями и дополнениями по состоянию на 19.12.2007 г.).

5. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 года №409-І (с изменениями и дополнениями по состоянию на 19.06.2007 г.).

6. Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 года №214-ІІІ «О лицензировании» (с изменениями от 27.07.2007 г.).

7. Закон Республики Казахстан от 16 июля 2001 года №242-ІІ «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.07.2007 г.).

8. Закон Республики Казахстан от 9 ноября 2004 года №603-ІІ «О техническом регулировании» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 29.12.2006 г.).

9. Закон Республики Казахстан от 7 июня 2000 года №53-ІІ «Об обеспечении единства измерений» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 29.12.2006 г.).

10. Закон Республики Казахстан от 15 марта 1999 года №349-І «О государственных секретах» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 27.07.2007 г.).

11. Закон Республики Казахстан от 22 декабря 1998 года №326-І «О Национальном архивном фонде и архивах» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 08.05.2007 г.).

12. Постановление Правительства Республики Казахстан от 14 января 2005 года №14 «Об утверждении Положения Агентства Республики Казахстан по управлению земельными ресурсами» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 30.11.2007 г.).

13. Постановление Правительства республики Казахстан от 31 декабря 2004 года №1455 «Об утверждении Программы развития геодезии и картографии в Республике Казахстан на 2005-2008 годы» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 07.02.2008 г.).

14. Постановление Правительства Республики Казахстан от 23 июня 2003 года №593 «Об утверждении Правил осуществления государственного надзора в области геодезической и картографической деятельности, Правил формирования, сбора, хранения и использования документов Национального картографо-геодезического фонда Республики Казахстан, Правил об охране геодезических пунктов. Правила осуществления государственного надзора в области геодезической и картографической деятельности (утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от 23 июня 2003 года №593).

15. Постановление Правительства Республики Казахстан от 4 июня 2003 года №530 «Об утверждении Правил регистрации, учета и выдачи разрешений на проведение аэросъемочных, геодезических и картографических работ».

16. Постановление Правительства Республики Казахстан от 28 декабря 2002 года №1403 «Об установлении единых государственных систем

координат, высот, гравиметрических и спутниковых измерений, а также масштабного ряда государственных топографических карт и планов».

17. Постановление Правительства Республики Казахстан от 30 ноября 2002 года №1273 «Об утверждении Перечня топографо-геодезических и картографических работ, выполняемых за счет средств республиканского бюджета».

18. Правила формирования, сбора, хранения и использования документов Национального картографо-геодезического фонда Республики Казахстан (утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от 23 июня 2003 года №593).

19. Правила об охране геодезических пунктов (утверждены постановлением Правительства Республики Казахстан от 23 июня 2003 года №593).

Геодезия - древнейшая наука. Между тем современное развитие человеческой цивилизации немыслимо без использования геодезических знаний. Так что же собой представляет геодезия? Говоря кратко - это наука об изучении и измерении земной поверхности, а также всей Земли как планеты в целом.

Слово «геодезия» происходит от греческих: «гео» - земля и «дайдзо» - делить на части, говоря проще, оно означает землеразделение, то есть изучение Земли при помощи измерений на ее поверхности.

Отличие геодезии от других наук о Земле, таких как география, геология, геоморфология в том и заключается, что изучение это основано на очень точных измерениях различных параметров и величин, характеризующих Землю как в целом, так и отдельных ее частей.

Велико значение геодезии в военном деле. Без нее невозможно действие артиллерии, ракетных войск, так как расположение орудий и ракет, расстояний до целей и их положение на местности определяется геодезическими методами. Ведение военных операций, первоначально разыгрываемых на топографических картах, являющихся «глазами армии» и создаваемых геодезистами, расположение противоборствующих войск и их расквартирование, также связаны с геодезией.

Еще с прошлого века геодезию, как науку, было принято подразделять на две основные ветви - собственно геодезию, или топографию, и высшую геодезию. В XX веке к этому подразделению добавилась еще одна бурно развивающаяся ее ветвь - инженерная или прикладная геодезия, получившая большое распространение при решении различных инженерных задач.

Если кратко осветить эти направления, то надо отметить их следующие особенности.

В собственно геодезии, или топографии, изу-

чаются небольшие участки земной поверхности, принимаемые за плоские. При этом исследуются свойства различных геометрических фигур с использованием формул тригонометрии и их приложение к решению различных задач на местности. Разрабатываются также методы проведения топографических съемок, создания планов и карт, конструирования необходимых при этом приборов.

В отличие от собственно геодезии, в высшей геодезии изучаются большие участки земной поверхности с учетом ее кривизны и вся Земля в целом. Именно разработанные в высшей геодезии методы позволили решить одну из важных проблем естествознания - определить размеры и форму Земли, детально изучить различные физические факторы, определяющие ее жизнь как планеты (изменение размеров с течением времени, движение полюсов, смещение береговых линий и частей земной поверхности, изменение уровней морей и океанов). Методы создания общегосударственной системы геодезических пунктов, служащих основой карт и выбора места для строительства различных инженерных сооружений, и способы изображения выпуклой поверхности Земли на плоскости также разрабатываются в высшей геодезии.

Развившаяся из описанных геодезических ветвей инженерная, или прикладная геодезия превратилась в обширную науку, успешно решающую задачи различных отраслей народного хозяйства.

Так, например, в сельском хозяйстве в основе земного и лесного кадастра лежат работы, выполняемые инженерной геодезией по определению посевных площадей, границ земельных участков, отводимых под ирригацию и мелиорацию, водных площадей, лесных порубок и других объектов, определяющих научно обоснованную постановку землепользования.

На транспорте при строительстве железных и шоссейных дорог методы инженерной геодезии позволяют осуществить выбор трассы дороги и съемку полосы местности вдоль нее, обеспечивают нужное направление при прокладке туннелей, строительстве мостов и путепроводов.

Прокладка трубопроводов, нефтепроводов и газопроводов также не обходятся без геодезических измерений.

В речном судоходстве на долю геодезии выпадает задача по изучению реки как водного пути, а именно: проведение съемки долины реки и ее русла, определение падения (наклона) дна реки, определение поперечных сечений и рельефа русла реки, определение скорости течения воды в реке на различных глубинах, наблюдение за уровнем воды.

Геодезические работы помогают составить предшествующую разведке полезных ископаемых карту районов их вероятного залегания, проводить геологическую и геофизическую разведку по определению мест и количества их запасов, а также осуществлять наземную и подземную съемки, позволяющие правильно и экономично проектировать горные работы.

Велика роль геодезических работ в городском строительстве и строительстве различных инженерных сооружений. В настоящее время развитие городов и населенных пунктов невозможно без подробного топографического плана, на который наносятся все наземные, подземные и надземные сооружения и по которому осуществляется планировка улиц, кварталов, домов. На плане, кроме того, детально показывается рельеф местности.

При строительстве заводов, фабрик, высотных зданий и других инженерных объектов геодезические измерения проводятся с начала и до конца работ по их сооружению, а именно: они предшествуют проектированию, участвуют в изысканиях на местности при выборе площадки под строительство, сопровождают монтажные работы, контролируя правильность их проведения, а по завершении строительства фиксируют осадки и деформации отдельных частей созданных конструкций.

Большое значение имеют геодезические измерения при проектировании и строительстве гидротехнических сооружений - плотин, водохранилищ, гидроэлектростанций, судоходных шлюзов, водозаборных и водоспускных сооружений. Измерения по определению осадок гидротехнических сооружений и наблюдение за их техническим состоянием проводятся как в процессе, так и по окончании работ. Таков далеко не полный перечень круга задач, решаемых инженерной геодезией.

Таким образом, осуществление крупнейших экономических проектов, формирование модели рынка земли, создание и введение государственных кадастров и геоинформационных систем ставят перед государством проблему оперативного получения информации о состоянии местности и ее отображения.

В связи с этим и с целью регулирования правовых отношений в области геодезии и картографии Закон Республики Казахстан от 3 июля 2002 года №332-III «О геодезии и картографии» (далее - Закон) предусматривает создание условий для удовлетворения потребности государства, физических и юридических лиц в геодезической и картографической деятельности и ее продукции.

В настоящее время в сфере геодезической и

картографической деятельности существуют ряд проблем, требующих разрешения. Одной из основных проблем, с которой нередко сталкиваются государства при реализации законодательства о геодезии, является нарушения авторских прав в области интеллектуальной собственности. Так, в частности, при изготовлении топографических карт могут использоваться материалы, которые получены нелегитимно, то есть из такого источника, который не имел их права выдавать. Согласно законодательству о геодезии, происходит нарушение именно авторских прав, потому что авторские права на созданные карты и другие документы принадлежат государству.

Другим, не менее важным аспектом геодезии и картографии, является область навигационного обеспечения людей для бытовых нужд. В Казахстане этот вопрос не получил достаточного развития, например, в законе отсутствует правовая регламентация навигационного обеспечения обычных пользователей. Хотя в европейских странах давно существуют глобальная позиционная система (GPS), а также развита система электронных карт, которая доступна всем пользователям через Интернет. В настоящее время указанная проблема решается и в России посредством введения системы «ГЛОНАСС».

Вопросы картографии и геодезии также тесно связаны с проблемой секретности сведений. В связи с этим можно рекомендовать внедрение принципа обоснования режима секретности, т.е. для наложения режима секретности на информацию необходимо представить четкое обоснование. Вся другая информация должна быть доступной, в связи с чем необходимо сделать фонды более доступными, обеспечить их широкое использование и оперативное пополнение актуализированными картографическими данными.

Далее, на деятельность в области картографии и геодезии влияет процесс переименования географических объектов, в связи с чем нередко карты успевают устаревать до их опубликования. Данный вопрос не находит своей правовой регламентации в законе, поэтому можно рекомендовать ввести нормы, разрешающие все эти вопросы. Кроме того, целесообразно ввести в данный закон нормы, обеспечивающие координацию деятельности комиссий по переименованию и уполномоченного органа, а также обязанность местных исполнительных органов информировать уполномоченный орган в области геодезии и картографии о всех решениях по переименованию.

Кроме того, существующее законодательство

не стимулирует развитие малого и среднего предпринимательства в области картографии, хотя в государственной политике ему отдан несомненный приоритет. В связи с чем необходимо рекомендовать разработку мероприятий, направленных на поддержку малого и среднего предпринимательства в этой области.

Данный закон регулирует отношения между государственными органами, физическими и юридическими лицами в сфере геодезической и картографической деятельности.

Вместе с тем к анализируемому закону имеются следующие замечания и предложения.

1. В законе отсутствуют принципы проведения и организации геодезических и картографических работ. Данные принципы позволили более четко организовать работу в данной области, в связи с чем представляется целесообразным включить указанные принципы в закон. В частности, можно предложить такие принципы как доступность сведений, актуальность карт, точность и др.

2. В п. 1 статьи 10 закона устанавливается, что геодезическая и картографическая деятельность государственного назначения финансируется за счет бюджетных средств. Вместе с этим в законе отсутствует правовое оформление порядка, условий формирования и выполнения финансирования государственного заказа на выполнение геодезических, картографических работ. В связи с этим можно рекомендовать внесение дополнений в закон норм, направленных на устранение данного пробела.

3. С учетом потребностей развития рыночных отношений, а также упорядочения работ в сфере геодезии и картографии, в статье 4 Закона, где указаны основные направления геодезической и картографической деятельности, следует предусмотреть регистрацию геодезических, картографических и топографических работ государственного назначения и специального и (или) отраслевого назначения в территориальных органах уполномоченного органа.

4. В статье 16 «Охрана пунктов государственных геодезических сетей» требуется уточнить в соответствии с законодательством правила предоставления уполномоченному органу в области геодезии и картографии и (или) его территориальным органам права определения местоположения геодезических пунктов.

В этой связи предлагается дополнить статью 16 Закона пунктом следующего содержания: «Определение местоположения геодезических пунктов осуществляется в соответствии с решением уполномоченного органа в области геодезии и картографии или его территориальных органов по согласованию с местными исполнительными органами».

5. Согласно статье 7, лицензирование топографо-геодезической и картографической деятельности осуществляется в соответствии с законодательством Республики Казахстан о лицензировании.

Порядок лицензирования деятельности по производству землеустроительных, топографо-геодезических и картографических работ прописан в Постановлении Правительства Республики Казахстан от 6 июля 2007 года №574 «Об утверждении Правил лицензирования и квалификационных требований к деятельности по производству землеустроительных, топографо-геодезических и картографических работ» (далее – Правила лицензирования).

Согласно пункту 14 данных Правил лицензирования:

«14. В выдаче лицензии и (или) приложения к лицензии **может быть** отказано в случаях, если:

1) занятие видом деятельности запрещено законами Республики Казахстан для данной категории субъектов;

2) не представлены все документы, требуемые в соответствии с настоящим Правилами. При устранении заявителем указанных препятствий заявление рассматривается на общих основаниях;

3) не внесен лицензионный сбор за право занятия заявляемым видом деятельности в случае подачи заявления на вид деятельности;

4) заявитель не соответствует квалификационным требованиям;

5) в отношении заявителя имеется вступивший в законную силу приговор суда, запрещающий ему заниматься заявляемым видом деятельности».

В данной статье путем использования формулировки «может быть» устанавливаются полномочия органа или его должностного лица, из содержания которого невозможно определить пределы этого полномочия, что является существенным признаком нарушения единства права и обязанности в нормативном правовом акте.

При наступлении одного из оснований отказа в выдаче лицензии или приложения к ней органу или должностному лицу предоставлена возможность, по своему усмотрению, инициировать данное пунктом 14 Правил лицензирования полномочие, которое может толковаться как его право, используемое по собственному усмотрению. В том числе посредством вступления в коррупционные сделки.

В случае установления одного из оснований отказа выдачи лицензии и (или) приложения к ней, предусмотренного в анализируемом пункте, чиновники должны принимать решения, а не следовать своим желаниям.

Считаем целесообразным установить обязательность лишения лицензии в каждом конкретном случае и изложить пункт 14 Правил о лицензировании в следующей редакции:

«В выдаче лицензии и (или) приложения к лицензии **отказывается** в случаях, если:

1) занятие видом деятельности запрещено законами Республики Казахстан для данной категории субъектов;

2) не представлены все документы, требуемые в соответствии с настоящим Правилами. При устранении заявителем указанных препятствий заявление рассматривается на общих основаниях;

3) не внесен лицензионный сбор за право занятия заявляемым видом деятельности, в случае подачи заявления на вид деятельности;

4) заявитель не соответствует квалификационным требованиям;

5) в отношении заявителя имеется вступивший в законную силу приговор суда, запрещающий ему заниматься заявляемым видом деятельности».

6. В соответствии с подпунктом 8) статьи 6 закона к компетенции уполномоченного органа относятся регистрация, учет и выдача разрешений на проведение аэросъемочных работ в порядке, устанавливаемом Правительством Республики Казахстан.

Порядок регистрации, учета и выдачи разрешений на проведение аэросъемочных работ прописан в Постановлении Правительства Республики Казахстан от 4 июня 2003 года №530 «Об утверждении Правил регистрации, учета и выдачи разрешений на проведение аэросъемочных, геодезических и картографических работ» (далее - Правила).

В соответствии с пунктом 6 настоящих Правил: «Решение о выдаче разрешения на проведение аэросъемочных, геодезических и картографических работ или об отказе в выдаче разрешения принимается уполномоченным органом в **течение пятнадцати дней** со дня получения заключений Министерства обороны Республики Казахстан и иных государственных органов».

В данной норме нечетко определен срок принятия решения, то есть в течение каких пятнадцати дней, рабочих или календарных, уполномоченный орган принимает решение о выдаче разрешения на проведение аэросъемочных, геодезических и картографических работ или об отказе в выдаче разрешения. Наличие данного факта может оказать влияние на совершение действий государственными служащими по собственному усмотрению.

Поэтому рекомендуем внести поправки путем дополнения в пункт 6 Правил и изложить в следующей редакции: «Решение о выдаче разрешения на

проведение аэросъемочных, геодезических и картографических работ или об отказе в выдаче разрешения принимается уполномоченным органом в **течение пятнадцати рабочих дней** со дня получения заключений Министерства обороны Республики Казахстан и иных государственных органов».

В заключение следует добавить, что в практике применения данного закона не возникает особых проблем. В основном закон нарушается в части уничтожения специальных знаков (статья 121 КоАП РК). На основании данных Агентства по управлению земельными ресурсами в текущем году в городе Астане по 4 фактам по уничтожению специальных знаков применены меры административного воздействия в виде штрафов на общую сумму 26 000 (двадцать шесть) тысяч тенге.

Отсылочные нормы

1. Статья 6. Компетенция уполномоченного органа

К компетенции уполномоченного органа относятся:

1) проведение единой государственной и научно-технической политики в области геодезии и картографии;

1-1) разработка отраслевой программы развития геодезии и картографии;

2) координация деятельности субъектов геодезической и картографической деятельности;

3) организация выполнения геодезических и картографических работ государственного, специального и (или) отраслевого назначения;

4) осуществление государственного геодезического надзора, лицензирование и учет топографо-геодезической и картографической деятельности;

5) надзор за правильным отображением государственной границы Республики Казахстан и границ административно-территориальных единиц на местности и их отображений на картографических материалах;

6) ведение дежурной справочной карты с отображением на ней изменений границ между административно-территориальными единицами, а также изменений местности и наименований географических объектов;

7) разработка, утверждение и введение в действие нормативных правовых актов и технических требований на производство геодезических и картографических работ, осуществление надзора за соблюдением субъектами геодезической и картографической деятельности этих требований и контроль за правильностью их применения;

8) регистрация, учет и выдача разрешений на

проведение аэросъемочных работ в порядке, устанавливаемом Правительством Республики Казахстан;

9) учет геодезических пунктов и надзор за обеспечением их сохранности;

10) требование устранения выявленных нарушений порядка организации и выполнения геодезических и картографических работ, а также концентрации, учета, хранения, использования и реализации геодезических и картографических материалов и данных, полученных в результате проведения указанных работ или аэрокосмических съемок;

11) приостановление геодезических и картографических работ при установлении фактов нарушения законодательства Республики Казахстан в области геодезии и картографии и технических требований в соответствии с **Законом Республики Казахстан «О лицензировании»**;

12) запрос и получение информации, необходимой для осуществления функций, предусмотренных настоящим Законом, от физических и юридических лиц в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан;

13) утверждение инструкций, норм и правил, регламентирующих порядок изготовления, учета, хранения, размножения и использования данных и материалов геодезических и картографических работ, аэрокосмических съемок с учетом интересов безопасности Республики Казахстан;

14) выдача субъектам геодезической и картографической деятельности соответствующих сведений о геодезической и картографической изученности местности на участках планируемых работ;

15) разработка правил осуществления государственного контроля и надзора в области геодезии и картографии;

16) осуществление иных полномочий в соответствии с настоящим Законом и законодательством Республики Казахстан.

См.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 4 июня 2003 года №530 «Об утверждении Правил регистрации, учета и выдачи разрешений на проведение аэросъемочных, геодезических и картографических работ»; Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 года №214-III «О лицензировании».

2. Статья 7. Государственное лицензирование топографо-геодезической и картографической деятельности

Лицензирование топографо-геодезической и картографической деятельности осуществляется

в соответствии с **законодательством Республики Казахстан о лицензировании**.

См.: Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 года №214-III «О лицензировании».

3. Статья 9. Метрологическое обеспечение геодезической и картографической деятельности

1. Уполномоченный орган в пределах своей компетенции в соответствии с **законодательством Республики Казахстан** в области стандартизации, метрологии и сертификации имеет право:

1) на осуществление деятельности по обеспечению единства и точности средств геодезических измерений в соответствии с **законодательством Республики Казахстан**;

2) на проведение работ по обязательной сертификации геодезической, картографической и топографической продукции;

3) на проведение метрологического контроля и надзора за геодезическим и картографическим оборудованием, приборами и инструментами.

2. Сертификат на приборы и оборудование топографо-геодезического и картографического назначения, выданный иностранным государством, считается действительным в Республике Казахстан при условии его признания государственной системой сертификации в соответствии с **законодательством Республики Казахстан о сертификации**.

См.: Закон Республики Казахстан от 7 июня 2000 г. №53-III «Об обеспечении единства измерений» Закон Республики Казахстан от 9 ноября 2004 года №603-III «О техническом регулировании».

4. Статья 11. Авторское право на картографическую продукцию

Авторское право на карты, планы, эскизы, иллюстрации и трехмерные произведения, относящиеся к картографии, геодезии, топографии, и отношения, возникающие в связи с ним, регулируются **законодательными актами Республики Казахстан**.

См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 года №409-III.

5. Статья 12. Национальный картографо-геодезический фонд Республики Казахстан

1. Национальный картографо-геодезический фонд Республики Казахстан представляет собой совокупность геодезических, топографических, картографических, гидрографических, аэрокосмических, гравиметрических материалов и

данных, полученных в результате осуществления геодезической и картографической деятельности и имеющих общегосударственное, межотраслевое, специальное и (или) отраслевое значение.

Ведомственные картографо-геодезические фонды представляют собой совокупность геодезических, топографических, картографических, гидрографических, гравиметрических и аэрокосмическомочных материалов и данных, имеющих специальное и (или) отраслевое значение, и находятся в ведении соответствующих центральных исполнительных органов.

2. Национальный картографо-геодезический фонд находится в ведении уполномоченного органа.

Картографо-геодезический фонд Министерства обороны находится в ведении Министерства обороны Республики Казахстан.

3. Документы Национального картографо-геодезического фонда, отнесенные в **установленном порядке** к составу Национального архивного фонда Республики Казахстан, хранятся в соответствии с **законодательством** Республики Казахстан.

4. Документы Национального картографо-геодезического фонда Республики Казахстан находятся в государственной собственности и не могут быть объектом разгосударствления и приватизации, купли-продажи, обмена или дарения, а также вывезены на постоянное хранение в другие государства.

5. Правила формирования, сбора, хранения и использования документов Национального картографо-геодезического фонда Республики Казахстан утверждаются Правительством Республики Казахстан по представлению уполномоченного органа.

Правила формирования, сбора, хранения и использования документов в ведомственных (отраслевых) картографо-геодезических фондах и перечень включаемых в них материалов и данных утверждаются соответствующими центральными исполнительными органами по согласованию с уполномоченным органом.

6. За пользование материалами и данными Национального картографо-геодезического фонда Республики Казахстан взимается плата, включающая в себя затраты на создание, хранение и доставку указанных материалов и данных (копий), а также услуги по подбору указанных материалов и данных и по изготовлению их копий. Государственным органам указанные услуги предоставляются бесплатно.

За пользование материалами и данными На-

ционального картографо-геодезического фонда в целях проведения картографических и геодезических работ за счет средств государственного бюджета взимается плата, включающая в себя затраты только на услуги по подбору указанных материалов и данных, изготовлению их копий, а также по их доставке.

Средства, полученные за пользование материалами и данными Национального картографо-геодезического фонда, направляются в бюджет в соответствии с **бюджетным законодательством Республики Казахстан**.

7. Доступ к документам Национального картографо-геодезического фонда Республики Казахстан, являющимся носителями сведений, составляющих государственные секреты, осуществляется в соответствии с **законодательством Республики Казахстан**.

8. Передача третьим лицам документов Национального картографо-геодезического фонда Республики Казахстан и их копирование без соответствующего разрешения уполномоченного органа не допускаются.

9. Физические и юридические лица, осуществляющие геодезическую и картографическую деятельность, обязаны безвозмездно предоставлять один экземпляр копий созданных ими геодезических и картографических материалов и данных в Национальный картографо-геодезический фонд Республики Казахстан с сохранением авторских прав.

10. Пользователи картографической и геодезической продукции Национального картографо-геодезического фонда Республики Казахстан обязаны обеспечивать сохранность полученных материалов и данных, возвращать их в сроки, установленные уполномоченным органом, не разглашать содержащиеся в указанных материалах сведения, составляющие государственные секреты.

См.: Закон Республики Казахстан от 22 декабря 1998 года №326-1 «О Национальном архивном фонде и архивах»; Бюджетный кодекс Республики Казахстан от 24 апреля 2004 года №548-ІІ; Закон Республики Казахстан от 15 марта 1999 года №349-1 «О государственных секретах».

6. Статья 16. Охрана пунктов государственных геодезических сетей

1. Геодезические пункты (астрономо-геодезические, геодезические, нивелирные и гравиметрические пункты, наземные знаки и центры этих пунктов) государственной геодезической сети, а также пункты специальных геодезических сетей (центры, контрольные марки, наружные знаки,

ориентирные пункты) являются государственной собственностью и находятся под охраной государства.

Снос или перезакладка (перенос) геодезических пунктов проводится только с разрешения уполномоченного органа.

2. Предоставление земельных участков для размещения на них геодезических пунктов осуществляется в соответствии с **законодательством Республики Казахстан.**

3. Собственники и землепользователи земельных участков, на территории которых размещены геодезические пункты, обязаны:

1) сообщать в уполномоченный орган обо всех случаях повреждения или уничтожения геодезических пунктов;

2) предоставлять возможность подъезда (подхода) к геодезическим пунктам при проведении геодезических и картографических работ.

4. Уничтожение или повреждение геодезических, нивелирных пунктов влечет за собой ответственность в соответствии с **законодательными актами Республики Казахстан.**

5. Правила об охране геодезических пунктов утверждаются Правительством Республики Казахстан.

См.: Земельный кодекс Республики Казахстан от 20 июня 2003 года №442-ІІ; Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 года №155-ІІ.

7. Статья 18. Ответственность за нарушение законодательства Республики Казахстан о геодезической и картографической деятельности

Лица, виновные в нарушении законодательства Республики Казахстан о геодезической и картографической деятельности, несут ответственность в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан.

См.: Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 года №155-ІІ.

**Анализ положений Закона РК
«О геодезии и картографии»
выполнен по заказу
ТОО «Институт законодательства
Республики Казахстан»
по состоянию законодательства
на 24 июня 2008 года**

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Подопригора Р.А. О свободе вероисповедания и религиозных объединениях. Комментарий к Закону Республики Казахстан. 4-е изд., переработанное и дополненное. - Астана, 2007. – 200 с.

В книге дается юридический анализ и постатейный комментарий положений Закона «О свободе вероисповедания и религиозных объединениях» 1991 г., освещаются проблемные вопросы, возникающие в практике деятельности религиозных объединений и государственных органов в Республике Казахстан, и предлагаются способы их решения.

Комментарий, а также включенные в книгу международно-правовые документы, законодательные акты Республики Казахстан или извлечения из них, справочная информация могут быть полезными для представителей религиозных организаций и государственных органов, юристов, религиоведов, студентов юридических и иных вузов, а также всех интересующихся вопросами свободы совести.

С.П. МОРОЗ

главный научный сотрудник
Института законодательства РК,
доктор юридических наук, профессорАНТИКОРРУПЦИОННЫЙ АНАЛИЗ ИНВЕСТИЦИОННОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Закон Республики Казахстан от 8 января 2003 г. №373-ІІ «Об инвестициях»¹ (далее – Закон об инвестициях) объединил нормы, регулирующие отношения, связанные с инвестициями, и установил общий правовой режим для иностранных и национальных инвестиций, предоставив гарантии инвесторам, осуществляющим свою деятельность в РК, что в целом следует расценить как позитивный момент. Однако возникают определенные вопросы при рассмотрении отдельных его положений.

В первую очередь, это касается терминов, используемых в Законе об инвестициях. На наш взгляд, отсутствие четких и точных формулировок основных категорий и терминов, применяемых в законодательном акте, позволяет двусмысленно трактовать то или иное явление, что в свою очередь снижает эффективность реализации правовых норм и порождает юридико-лингвистическую коррупционность.

В частности, в п. 1 ст. 1 Закона дается следующее определение: «инвестиции - это все виды имущества (кроме товаров, предназначенных для личного потребления), включая предметы финансового лизинга с момента заключения договора лизинга, а также права на них, вкладываемые инвестором в уставный капитал юридического лица или увеличение фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности». На наш взгляд, содержащееся в Законе определение инвестиций нуждается в серьезной доработке. Если исходить из общей классификации инвестиций на капиталобразующие и интеллектуальные (социальные), то в данном случае имеются в виду только капиталобразующие инвестиции (а если точнее, то их разновидность – прямые инвестиции). В принципе, подход законодателя понятен ввиду того, что из сферы регулирования предлагаемого закона ис-

ключены отношения, возникающие при осуществлении интеллектуальных инвестиций, само определение инвестиций характеризует только капиталобразующие инвестиции. Однако в Законе прямого указания на это нет, и поэтому складывается впечатление, что инвестиции, как таковые, могут вкладываться лишь в уставный капитал юридического лица или в увеличение фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности. В общем, это определение представляет некий синтез определений инвестиций, содержащихся ранее в различных законодательных актах (и, в первую очередь, в утративших силу Законах об иностранных инвестициях и прямых инвестициях²).

Исходя из изложенного, предлагаем новую редакцию п. 1 ст. 1 Закона: «инвестиции – это все виды имущества, вкладываемые в объекты предпринимательской и иной деятельности с целью получения прибыли (дохода) и (или) достижения положительного социального эффекта».

В отношении понятия «инвестиции», применяемого в Законе об инвестициях, необходимо еще отметить, что здесь вполне оправданно стремление законодателя распространить инвестиционные преференции только на прямые инвестиции, но непонятно, зачем нужно сужать общее понятие «инвестиции», которое охватывает не только прямые, но и портфельные инвестиции и т.п. Чтобы избежать терминологической путаницы, нужно возродить термин «прямые инвестиции», и тогда все станет на свои места – есть различные виды инвестиций, но есть и «прямые инвестиции», при осуществлении которых предоставляются льготы и преференции.

В п. 2 ст. 1 дается определение инвестиционной деятельности, которое, во-первых, воспроизводит законодательную трактовку понятия «ин-

¹ Закон РК «Об инвестициях» от 08.01.2003 г. №373-ІІ. // Казахстанская правда. 11.01.2003. №9-11(23948-23950).

² Закон РК «Об иностранных инвестициях» от 27.12.1994 г. №266-ХІІІ // Казахстанская правда. 1994. №206 (21702); Закон РК «О государственной поддержке прямых инвестиций» от 28.02.1997 г. №75-І // Казахстанская правда. 1997. №50 (22300). (Утратили силу в соответствии с Законом РК «Об инвестициях» от 08.01.2003 г. №373-ІІ).

вестиции», а во-вторых, уравнивает понятия «инвестиционная» и «предпринимательская» деятельность. На наш взгляд, инвестиционная и предпринимательская деятельность не всегда совпадают. Бесспорно, что инвестиционная деятельность направлена на получение прибыли (как и предпринимательская), но в процессе ее осуществления возможно и желательно достижение социального эффекта (улучшение материального благосостояния населения страны, сокращение безработицы и т.д.); экономического эффекта (внедрение новых технологий, развитие отсталых отраслей экономики и т.д.); экологического эффекта (разрешение существующих и предотвращение будущих экологических проблем, создание благоприятной для проживания окружающей среды и т.п.) и научно-технического эффекта (развитие отечественных науки и техники, инновационной деятельности и т.п.). Для этих целей и используются инвестиции во всем мире, и в первую очередь, иностранные. Так, немногим более чем пятьдесят лет назад чуть ли не самыми рискованными считались капиталовложения в экономику Германии и Японии. Однако грамотное и умелое привлечение и размещение иностранных инвестиций позволило этим странам не только выйти из экономического кризиса, но и занять ведущие позиции в мировом сообществе. Пример, достойный внимания, тем более что по всем показателям послевоенные Германия и Япония находились в гораздо худшем состоянии, чем наша республика в начале 90-х гг. XX в.

Следовательно, согласно законодательной трактовке, «инвестиционная деятельность» ограничена участием в уставном капитале коммерческих организаций либо по созданию или увеличению фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности. По сути дела, произошла подмена термина «инвестирование» термином «инвестиционная деятельность», и вторая составляющая инвестиционной деятельности (совокупность практических действий по реализации инвестиций) осталась нерегулированной.

С учетом изложенного предлагаем новую редакцию п. 2 ст. 1 Закона об инвестициях:

«Инвестиционная деятельность - деятельность, связанная с осуществлением вложения инвестиций в объекты предпринимательской и иной деятельности, а также совокупность практических действий по реализации инвестиций».

В п. 5 ст. 1 Закона раскрывается содержание термина «инвестиционный спор», под которым понимается «спор, вытекающий из договорных

обязательств между инвесторами и государственными органами в связи с инвестиционной деятельностью инвестора». Если исходить из смысла анализируемой статьи, то получается, что только споры, связанные с исполнением или прекращением договора между инвесторами и государственными органами, могут быть отнесены к инвестиционным, все остальные споры инвестора инвестиционными не являются и разрешаются в порядке, предусмотренном законодательством РК. Споры, возникающие в связи с заключением договора, к инвестиционным отнесены быть не могут, поскольку обязательство между инвестором и государственными органами еще не возникло, но таких споров немало. Также возможны и споры между инвестором и государственными органами не по поводу договорных обязательств, а по поводу исполнения норм действующего законодательства Республики Казахстан, например, экологического или налогового законодательства, и опять-таки, эти споры инвестиционными не признаются. В целом подход законодателя можно определить следующим образом - выделены две группы споров: 1) инвестиционные споры; 2) споры, не относящиеся к категории инвестиционных споров (т.е. все остальные споры, поскольку в законе не содержится прямого указания на то, что под ними понимается). На наш взгляд, понятие инвестиционного спора должно быть расширено до «споров между инвестором и государственными органами, возникающих в связи с осуществлением инвестиционной деятельности». Такой подход законодателя будет в полной мере соответствовать тому, как Вашингтонская конвенция 1965 г. определяет понятие инвестиционных споров (к инвестиционным спорам отнесены споры, вытекающие из отношений между иностранным частным лицом и государством-реципиентом по поводу инвестиций частного лица).

В п. 8 ст. 1 Закона об инвестициях дано определение инвестиционного контракта как договора на осуществление инвестиций, предусматривающего инвестиционные преференции. Однако данный контракт, заключаемый с уполномоченным органом - Комитетом по инвестициям Министерства индустрии и торговли РК (далее - Комитет по инвестициям), в соответствии с которым предоставляются инвестиционные преференции, не может быть признан договором, поскольку он содержит только отдельные элементы договора, и по своей сути является односторонним решением компетентного государственного органа.

По нашему мнению, следует четко разграни-

чивать понятия «инвестиционный контракт» – договор, и «контракт о предоставлении инвестиционных преференций» – административный акт властного органа, оформленный в виде договора. В первом случае, имеется в виду инвестиционный контракт как гражданско-правовой договор, во втором случае – властное решение государственного органа о предоставлении инвестору налоговых преференций, натуральных грантов и (или) освобождении его от обложения таможенными пошлинами. Разумеется, нельзя согласиться с тем, чтобы эти два различных понятия смешивались. Чтобы избежать этого, следует законодательно определить, что инвестиционный контракт – это гражданско-правовой договор, а в случае принятия решения о предоставлении инвестиционных преференций использовать иную терминологию, более точно отражающую суть данного явления (например, акт, решение и т.п.).

В юридической литературе отмечается достаточная распространенность так называемых «налоговых договоров», или «договоров инвестиционного налогового кредита» на практике. С нашей точки зрения, использование термина «договор» применительно к финансовым или налоговым отношениям неоправданно, поскольку договорные отношения основаны на принципах автономии воли и равенства сторон, что совершенно неприемлемо в финансовых или налоговых отношениях. Другое дело, что такая практика уже сложилась и вынуждает согласиться с тем, что «налоговый договор» (также как и «финансовый договор») – это фикция, применение которой обусловлено скорее стремлением субъектов инвестиционной деятельности к упрощенной терминологии, чем причинами объективного характера.

Поэтому следует законодательно определить, что есть инвестиционный контракт, как разновидность гражданско-правового договора, и есть «контракт о преференциях». Конечно, следовало бы полностью отказаться от использования термина «контракт» в данном случае, но поскольку такая терминология уже сложилась, она понятнее для инвесторов и проще к использованию на практике; таким образом, п. 8 ст. 1 Закона об инвестициях можно изложить в такой редакции:

«Контракт о преференциях – это инвестиционный контракт, заключаемый между инвестором и уполномоченным органом о предоставлении инвестиционных преференций».

Наряду с этим, необходимо дополнить данную статью новым п. 8-1 следующего содержания:

«Инвестиционный контракт – это договор

об осуществлении и реализации инвестиций».

В указанном варианте понятие «инвестиционного контракта» вполне согласуется с концепцией, принятой законодателем по вопросам инвестиций и инвестиционной деятельности (не детализировать и не раскрывать применяемые категории и термины, а формулировать их максимально широко). Хотя, на наш взгляд, от этого подхода можно и отойти, тогда понятие «инвестиционного контракта» должно выглядеть следующим образом:

«Инвестиционный контракт – это договор о вложении всех видов имущественных (материальных) и интеллектуальных (нематериальных) ценностей, а также прав на них в объекты предпринимательской и иной деятельности в целях получения прибыли (дохода) и (или) достижения положительного социального эффекта».

Признавая гражданско-правовую природу инвестиционного договора, полагаем, что это особая группа договоров, объединяющая договоры разного типа, выделяемые не по видам деятельности, а по экономической сфере их применения (сфере инвестиций), такие как договоры (сделки), заключаемые на рынке ценных бумаг (например, договор купли-продажи ценных бумаг); договор лизинга, договор строительного подряда, договор банковского займа и другие. Отдельную группу инвестиционных договоров составляют договоры в сфере недропользования. Исходя из общей классификации договоров, можно утверждать, что, как правило, инвестиционный договор является консенсуальным, двусторонним и возмездным.

Считаем необходимым в целях дальнейшего развития и совершенствования действующего инвестиционного законодательства Республики Казахстан четко определить понятие инвестиционного договора (контракта), условия договора, форму и порядок его заключения и расторжения, а также отдельные виды инвестиционных договоров, с установлением общих начал и правил применения их на практике.

В п. 1 ст. 3 Закона говорится о том, что инвесторы имеют право осуществлять инвестиции в любые объекты и виды предпринимательской деятельности, кроме случаев, предусмотренных законодательством. Однако такая формулировка, по нашему мнению, является неточной, потому что, как уже отмечалось, предпринимательская и инвестиционная деятельность не всегда совпадают по своему содержанию. Не вдаваясь в подробности этого вопроса, отметим, что разграни-

чение между ними проведено в самом определении инвестиций (ст. 1 закона), товары, предназначенные для личного потребления, не подпадают под понятие инвестиций. Тогда как в предпринимательской деятельности одна из основных ее составляющих — это как раз таки розничная купля-продажа товаров, предназначенных для личного потребления. Анализ содержания этой статьи также позволяет предположить, что речь может идти не только о предпринимательской деятельности, но и о других видах деятельности. Поэтому предлагаем новую редакцию п. 1 ст. 3 Закона:

«Инвесторы имеют право осуществлять инвестиции в любые объекты предпринимательской и иной деятельности, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан».

В ст. 9 Закона об инвестициях «Разрешение споров» порядок разрешения споров упрощен до минимума. Как таковая, процедура рассмотрения спора в нем вообще не определяется, а устанавливается правило общего характера о том, что разрешение споров производится в соответствии с международными договорами и законодательными актами РК¹ в судах РК, а также в международных арбитражах, определяемых соглашением сторон. Исходя из изложенного, предлагаем изложить п. 2 ст. 9 Закона в следующей редакции:

«2. Если инвестиционные споры не могут быть разрешены с помощью переговоров в течение трех месяцев с даты письменного обращения любой из сторон в споре к другой стороне, то спор, по выбору любой из сторон, может передаваться для разрешения в судебные органы Республики Казахстан или в соответствии с согласованной процедурой разрешения споров, в том числе установленной в контракте или любом ином соглашении между сторонами в споре, в один из следующих арбитражных органов:

1) международный центр по урегулированию инвестиционных споров, созданный в соответствии с Конвенцией по урегулированию инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, открытый для подписания в Вашингтоне 18 марта 1965 г. (Конвенция ИКСИД), если государство инвестора является участником этой Конвенции; либо дополнительный орган междуна-

родного центра (функционирующий по Правилам дополнительного органа), если государство инвестора не является участником Конвенции ИКСИД;

2) арбитражные органы, учреждаемые в соответствии с арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединенных Наций по международному торговому праву (ЮНСИТРАЛ);

3) международный коммерческий арбитраж, учреждаемый в соответствии с законодательством РК;

4) третейский суд, учреждаемый в соответствии с законодательством РК».

П. 1 ст. 14 Закона об инвестициях закрепляет положение о том, что инвестиционные преференции предоставляются в приоритетных видах деятельности, перечень которых утверждается Правительством РК. Первоначально, согласно Закону о государственной поддержке прямых инвестиций (утратившему силу) и принятым в его исполнение подзаконным актам было определено 5 приоритетных секторов экономики: 1) производственная инфраструктура; 2) обрабатывающая промышленность; 3) объекты города Астаны; 4) жилье, объекты социальной сферы и туризма; 5) сельское хозяйство. На настоящий момент подход законодателя несколько изменился, теперь в качестве приоритетных выделены виды деятельности на уровне классов общего классификатора видов экономической деятельности. В частности, к таким видам деятельности отнесены: сельское хозяйство, охота и предоставление услуг в этих областях; лесное хозяйство и предоставление услуг в этой области; рыболовство, рыбоводство и предоставление услуг в этих областях; производство пищевых продуктов, включая напитки; текстильное производство и др. (всего их — 245). На наш взгляд, данный перечень является более детальным и конкретным, чем в ранних редакциях, но, во-первых, он далеко не полный, его необходимо дополнить такими важными видами деятельности, как: инновационная деятельность; деятельность по изучению космоса и его мирному использованию; переработка ядерных материалов (атомная промышленность). Во-вторых, отдельные виды деятельности сформулированы слишком широко и к ним могут быть отнесены любые, в том числе и те, на которые не должны распространяться льготы и преференции (поскольку это

¹ Гражданский процессуальный кодекс РК от 13.06.1999 г. №411-І // Казахстанская правда». 27.07.1999. №179-180 (22896 - 22897); Закон РК «О международном коммерческом арбитраже» от 28.12.2004 г. №23-ІІІ; Закон РК «О третейских судах» от 28.12.2004 г. №22-ІІІ.

итак высокодоходные виды деятельности, и предоставление им преференций ставит их в привилегированное положение по сравнению с другими участниками рынка). Речь идет о таких видах деятельности, как строительство, связь, операции с недвижимым имуществом, деятельность по организации отдыха и развлечений и т.д. Все это создает широкое поле для коррупционных нарушений, поскольку позволяет отдельным чиновникам трактовать нормы инвестиционного законодательства так, как это будет удобно и выгодно для конкретных участников инвестиционной деятельности.

На основе анализа норм Закона об инвестициях и других подзаконных актов можно представить динамику заключения, изменения и расторжения контракта, предусматривающего инвестиционные преференции (который, как уже отмечалось, может быть назван – контракт о предоставлении преференций) следующим образом.

1. Предварительная стадия включает два этапа. *Первый этап* – подача заявки, ее принятие и регистрация. Законодательством установлены специальные требования, предъявляемые к форме заявки, к перечню подаваемых заявителем документов и к бизнес-плану инвестиционного проекта, только при соблюдении которых заявка подлежит регистрации. В противном случае заявителю направляется мотивированный отказ в регистрации заявки (заявитель имеет право обжаловать действия уполномоченного органа, если он не согласен с отказом в регистрации заявки). В частности, уполномоченным органом (Комитетом по инвестициям Министерства индустрии и торговли РК) утверждены форма заявки на предоставление инвестиционных преференций и две инструкции по составлению бизнес-плана инвестиционного проекта, сумма инвестиций в фиксированные активы которого превышает 60 тысяч месячных расчетных показателей (далее – МРП) и не превышает 60 тысяч МРП.

Второй этап – рассмотрение заявки и принятие решения уполномоченным органом. При рассмотрении инвестиционного проекта на предмет предоставления инвестиционных преференций уполномоченный орган: 1) проводит анализ бизнес-плана инвестиционного проекта; 2) проводит анализ наличия источников финансирования, баланса; 3) проводит анализ наличия документов, подтверждающих затраты на приобретение фиксированных активов на предмет соответствия пунктам рабочей программы; 4) определяет наличие просроченной задолженности по налогам и

другим обязательным платежам в бюджет, а также по заработной плате и в случае наличия долгосрочной (свыше 3-х месяцев) задолженности рассмотрение проекта приостанавливается до ее погашения; 5) взаимодействует с государственными органами и иными организациями по инвестиционным вопросам (согласование); 6) результат рассмотрения заявки оформляет заключением установленной формы; все расчеты указывает в тенге. Комитет по инвестициям принимает решение о предоставлении инвестиционных преференций и направляет заявителю ответ в письменной форме в течение тридцати рабочих дней с момента регистрации заявки.

2. Заключение и исполнение контракта. Здесь можно выделить три этапа (с учетом положений законодательства об инвестициях, а не гражданского законодательства).

Первый этап – подготовка контракта для подписания. Уполномоченный орган в течение десяти рабочих дней со дня принятия решения о предоставлении инвестиционных преференций подготавливает для подписания контракт с учетом положений модельного контракта. Постановлением Правительства РК от 8 мая 2003 г. был утвержден Модельный контракт на осуществление инвестиций, предусматривающий инвестиционные преференции, устанавливающий юридические рамки договорных взаимоотношений между уполномоченным органом и инвестором (юридическим лицом РК, заключившим контракт) в соответствии с применимым правом с целью осуществления инвестиционной деятельности в определенном приоритетном виде деятельности.

Второй этап – регистрация контракта. Контракт регистрируется уполномоченным органом в течение пяти рабочих дней со дня подписания и вступает в силу со дня его регистрации. Свидетельство о регистрации контракта является документом, удостоверяющим факт регистрации контракта, заключенного между Комитетом по инвестициям и инвестором.

Содержание контракта. Модельным контрактом на осуществление инвестиций, предусматривающим инвестиционные преференции, определяются взаимные права и обязанности сторон. В частности, Комитет по инвестициям имеет право в пределах делегированных полномочий представлять РК при проведении прямых переговоров с инвесторами; определять условия и порядок заключения и расторжения контрактов, заключать и регистрировать контракты; проводить контроль за реализацией инвестиционного проек-

та, в том числе требовать от Инвестора регулярной отчетности по исполнению условий Контракта, а также запрашивать иную информацию, касающуюся инвестиционного проекта; осуществлять иные права (всего четыре позиции); тогда как к обязанностям уполномоченного органа отнесены только две позиции: предоставлять инвестиционные преференции в соответствии с условиями контракта и оказывать помощь в урегулировании инвестиционных споров с участием инвестора в досудебном порядке. В противоположность этому, в соответствии с Модельным контрактом, инвестору предоставляется право: 1) предпринимать любые действия, не противоречащие условиям контракта и действующему законодательству РК, для реализации согласованного инвестиционного проекта; 2) импортировать активы, в том числе оборудование и иные материалы, необходимые для осуществления инвестиционной деятельности в рамках действующего законодательства; 3) в установленном порядке вносить в уполномоченный орган предложения по внесению изменений и (или) дополнений в контракт; и устанавливаются обязанности по девяти позициям. Так, инвестор обязуется: 1) осуществлять инвестиционную деятельность и пуск производства согласно рабочей программе; 2) осуществлять инвестиции, указанные в контракте, согласно рабочей программе; 3) соблюдать действующее законодательство РК и положения контракта при реализации инвестиционного проекта; 4) не изменять вид инвестиционной деятельности и не нарушать условия инвестиционного проекта, по которому были предоставлены инвестиционные преференции; 5) внедрять системы непрерывного обучения казахстанских кадров и проводить работу по повышению их квалификации; 6) предоставлять информацию о ходе реализации инвестиционного проекта, затребованную уполномоченным органом, и соблюдать сроки предоставления отчетов; 7) применять современные технологии при осуществлении инвестиций в фиксированные активы; 8) в течение срока действия контракта не передавать в аренду, не отчуждать и не изменять целевое назначение предоставленного государственного натурального гранта и фиксированных активов, приобретенных в соответствии с рабочей программой контракта. Как видно, в данной конструкции, называемой законодателем «инвестиционный контракт», практически ничего нет от гражданско-правового договора.

Третий этап – исполнение контракта (реализация инвестиционного проекта). Данный этап,

прежде всего, характеризуется жестким контролем со стороны уполномоченного органа за соблюдением условий контракта, который проводится в следующих формах: 1) камеральный контроль (контроль на основе изучения и анализа предоставленных инвестором отчетов); 2) с посещением объекта инвестиционной деятельности, в том числе с рассмотрением документов по исполнению рабочей программы и условий контракта.

После заключения контракта инвестор представляет в уполномоченный орган в течение действия рабочей программы – промежуточный и годовой отчеты о ее выполнении; в течение одного месяца после ввода в эксплуатацию фиксированных активов – документ, подтверждающий их ввод в эксплуатацию; в течение одного месяца после истечения срока окончания работ по рабочей программе – отчет о ее выполнении; отчет о доходах и расходах по результатам инвестиционной деятельности; расшифровку по фиксированным активам, приобретенным в соответствии с рабочей программой (все это должно быть подтверждено аудиторским отчетом, в котором должен быть найден анализ результатов финансово-хозяйственной деятельности за весь период действия рабочей программы).

Наряду с плановыми проверками могут проводиться и внеплановые проверки в случаях, когда в результате камерального контроля выявлены нарушения условий контракта; а также по обращениям правоохранительных органов. Внеплановые выездные проверки (проверки с посещением объекта инвестиционной деятельности) могут проводиться только на основании информации налоговых, таможенных, правоохранительных органов либо местных исполнительных органов РК об имеющихся нарушениях условий контракта либо законодательства РК об инвестициях.

На основании акта о результатах выездной проверки составляется отчет о результатах реализации рабочей программы контракта. В случае исполнения условий контракта Комитет по инвестициям направляет инвестору письменное уведомление о выполнении инвестиционных обязательств. При этом если по условиям контракта было предусмотрено предоставление государственного натурального гранта, уполномоченный орган принимает решение о безвозмездной передаче его в собственность либо в землепользование и уведомляет об этом инвестора и соответствующие государственные органы.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения рабочей программы контракта упол-

номоченный орган направляет инвестору уведомление в письменной форме с указанием нарушений и устанавливает срок не более трех месяцев для устранения нарушений (п. 6 ст. 21-1 Закона об инвестициях).

3. Расторжение контракта. Общие условия расторжения контракта предусматриваются Законом РК об инвестициях – действие инвестиционных преференций прекращается по истечении срока действия контракта либо может быть прекращено до истечения такого срока: по соглашению сторон и в одностороннем порядке (ст. 22). Правовые последствия расторжения контракта дифференцируются в зависимости от того, каким образом прекращается его действие – в одностороннем порядке по инициативе Комитета по инвестициям либо по инициативе инвестора, или по соглашению сторон. В первом случае наступает ответственность инвестора (юридического лица РК, заключившего контракт) по возмещению убытков и возврату всей недоплаченной суммы налогов и таможенных пошлин вследствие предоставленных по контракту преференций с применением соответствующих штрафных санкций, предусмотренных законодательством РК.

Комитет по инвестициям вправе в одностороннем порядке расторгнуть контракт по истечении трех месяцев с момента письменного уведомления об этом инвестора (юридического лица РК, заключившего контракт) в следующих случаях: 1) при выявлении искажения или сокрытия сведений, представленных заявителем и повлиявших на решение по предоставлению инвестиционных преференций; 2) при неисполнении инвестором своих обязательств по контракту; 3) при выявлении искажения или сокрытия сведений в отчетности, предоставляемой инвестором. На наш взгляд, основания для расторжения контракта сформулированы слишком широко: прежде всего, имеется в виду второе основание – «неисполнение инвестором своих обязательств по контракту». Такой подход законодателя предоставляет практически неограниченное право должностным лицам уполномоченного органа по своему усмотрению решать вопрос о расторжении контракта, так как самое незначительное нарушение уже может быть достаточным для этого, и наоборот. Указанные положения Закона об инвестициях чрезмерно расширяют дискреционные полномочия Комитета по инвестициям, что в свою очередь можно расценить как коррупционный фактор, т.е. фактор, способствующий совершению коррупционных действий или принятию коррупционных решений.

На наш взгляд, следует прямо закрепить, что основанием для одностороннего расторжения контракта может быть «существенное» нарушение условий контракта, и раскрыть, что под ним понимается *«невыполнение инвестиционных обязательств по контракту более чем на 30% от общего объема инвестиций, предусмотренного рабочей программой»*. Следующее основание для расторжения также нуждается в корректировке, поскольку «искажение или сокрытие сведений в отчетности, предоставляемой инвестором» также могут носить несущественный характер (например, опечатка или техническая ошибка), поэтому необходимо четко определить, что только *«умышленное искажение или сокрытие сведений в отчетности, предоставляемой инвестором, с целью введения в заблуждение должностных лиц уполномоченного органа относительно исполнения инвестором принятых на себя обязательств»* может служить основанием для расторжения контракта в одностороннем порядке.

Ответственность инвестора выражается в том, что он уплачивает суммы налогов и таможенных пошлин, не уплаченные в связи с предоставлением ему преференций, с применением штрафных санкций, предусмотренных законодательством. При досрочном прекращении контракта по инициативе инвестора в одностороннем порядке – выплата инвестором недополученных сумм налогов и таможенных пошлин осуществляется с начислением пени в порядке, установленном законодательством. Такие правовые последствия также можно оценить как негативные для инвестора.

В случае досрочного прекращения контракта по соглашению сторон инвестор уплачивает суммы налогов и таможенных пошлин, не уплаченных вследствие предоставленных преференций. Досрочное прекращение контракта служит основанием для возврата инвестором имущества в натуре, предоставленного ему в качестве государственного натурального гранта, либо первоначальной его стоимости на дату передачи в соответствии с условиями контракта.

В случае отказа юридического лица возвратить государственный натуральный грант в установленный срок (в течение тридцати календарных дней после принятия решения Комитета по инвестициям о досрочном прекращении контракта), Комитет по инвестициям в установленном законодательством порядке налагает на юридическое лицо (инвестора) административное взыскание в соответствии со ст. 134-1 Кодекса РК об

административных правонарушениях (далее – КоАП РК) «Нарушение сроков возврата государственных натуральных грантов» и ст. 563-1 КоАП РК «Уполномоченный орган по инвестициям» (при этом правами рассмотрения дел об административных правонарушениях и наложения административных взысканий обладают руководитель уполномоченного органа и его заместители).

В целях обеспечения защиты экономических интересов государства информация о расторжении контракта направляется в уполномоченный государственный орган, обеспечивающий налоговый контроль за исполнением налоговых обязательств перед государством, при необходимости – в иные государственные органы для принятия соответствующих мер; по контрактам, согласно которым предоставлен государственный натуральный грант, в уполномоченный государственный орган, обеспечивающий налоговый контроль за исполнением налоговых обязательств перед государством, государственные органы в сфере управления государственным имуществом и (или) земельными ресурсами, а также местные исполнительные органы.

Примером сказанному может служить Письмо Комитета по инвестициям от 5 августа 2000 г., согласно которому за неоднократные нарушения условий контракта расторгнуты контракты с ТОО «Шедале» (контракт 0014.3.98) и ТОО «Экокомунпром» (контракт 0111-04-99). В связи с этим Комитет по инвестициям просит Налоговый комитет Министерства финансов РК принять соответствующие меры по расторгнутым контрактам и обязывает инвесторов возратить в государственный бюджет все суммы недоплаченных налогов. Далее, в соответствии с этим письмом приостановлено действие контрактов сроком на один месяц с шестью предприятиями и с десятью – продлена приостановка действия контрактов сроком на один месяц с обязательством выплаты всех налогов в полном объеме за период приостановки.

Всего в период с 1997 по октябрь 2007 г. было заключено 756 контрактов на привлечение инвестиций в приоритетные сектора экономики на общую сумму заявленных инвестиций в фиксированные активы 8415,8 млн. долларов США, из них 255 прекращено в связи с исполнением и 130 расторгнуто на невыполнение инвесторами обязательств. Следовательно, 17% от числа заключенных контрактов о предоставлении преференций было расторгнуто в связи с неисполнением инвесторами принятых на себя обязательств. Как показывает анализ, основными причинами растор-

жения контрактов по инициативе уполномоченного органа являются: 1) неисполнение инвестиционных обязательств, непредоставление отчетов о реализации проекта, отчетов о результатах финансово-хозяйственной деятельности предприятия за прошедший год с подтверждением и аудиторскими отчетами; 2) неисполнение инвестиционных обязательств по результатам проведенной проверки предприятий. Наряду с этим, как уже отмечалось, контракты о предоставлении преференций могут быть расторгнуты и по инициативе инвестора и по соглашению сторон (например, при возникновении обстоятельств, препятствующих исполнению инвестиционных обязательств).

Таким образом, установленная законодательством об инвестициях ответственность инвестора является договорной, поскольку она наступает в соответствии с заключенным договором (контрактом). Следовательно, здесь речь должна идти о гражданско-правовой ответственности, но предусмотренные законодателем санкции носят скорее административно-правовой характер. Аналогичным образом законодатель подходит и к прекращению действия инвестиционных преференций по предоставлению государственного натурального гранта, установив административную ответственность за нарушение сроков его возврата – для юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства в размере от пятисот до тысячи МРП; а для юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, – в размере от одной тысячи до двух тысяч МРП (ст. 134-1 КоАП РК).

Говоря о применении норм административно-го законодательства за нарушение условий инвестиционного договора, необходимо отметить, что это имеет место не только в отношении контрактов о предоставлении инвестиционных преференций, но и в отношении инвестиционных договоров вообще. В частности, согласно ч. 2 ст. 176 КоАП РК, использование государственного целевого кредита либо кредита, выданного под гарантии государства, не по прямому назначению, если это деяние не причинило крупный ущерб физическому лицу, организации или государству, влечет штраф в размере от пятидесяти до ста МРП. На наш взгляд, в данном случае имеет место неоправданное применение норм административно-го законодательства за нарушение условий договора, а именно – за нецелевое использование кредита. Здесь может идти речь только о применении мер гражданско-правовой ответственности, поскольку нарушено условие договора, но у зако-

нодателя другой подход. Конечно, административная ответственность в отличие от гражданско-правовой ответственности является более оперативной, поскольку достаточно принятия решения уполномоченным органом и не требуется длительная судебная процедура, предваряющая применение мер гражданско-правовой ответственности, но это не должно приводить к смешению различных видов юридической ответственности. В противном случае вообще отпадает всякая необходимость в такой классификации – должно быть совершенно явно и очевидно, что административная ответственность, например, наступает только за совершение административного правонарушения, которое одновременно не может быть гражданским правонарушением, и наоборот.

В последнее время все настойчивее высказывается мнение о необходимости закрепления в Законе РК «О недрах и недропользовании» порядка и методики начисления штрафных санкций за неисполнение контрактных обязательств (это предложение нашло свое отражение в новой концепции Закона «О недрах и недропользовании»). Однако разработчики концепции забывают о том, что контракт на недропользование – это гражданско-правовой договор и за нарушение его условий могут применяться только меры гражданско-правовой ответственности, а не административно-правовой ответственности. Это недопустимо, есть Гражданский кодекс РК и он в полной мере регламентирует вопросы, связанные с нарушениями условий договоров, с применением санкций гражданско-правовой ответственности, в том числе неустойки, пени, штрафа и т.п. Конечно, может

быть следует предусмотреть особенности реализации гражданско-правовых норм об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение условий инвестиционных контрактов на недропользование, но только в гражданско-правовом порядке.

В заключение хотелось бы отметить, что наметившаяся тенденция законодателя к усилению государственного контроля за деятельностью инвесторов вряд ли будет способствовать развитию инвестиционных отношений. Оценивая последние изменения и дополнения, внесенные в Закон об инвестициях, нужно отметить, что в основном они направлены на обеспечение соблюдения условий контрактов о предоставлении инвестиционных преференций со стороны инвесторов (или, как их называет Закон – юридических лиц РК, заключивших контракт), и, соответственно, на ужесточение контроля за деятельностью юридических лиц РК, заключивших контракт о преференциях. С одной стороны, вызывает сомнение целесообразность установления новых административных барьеров для инвесторов и других субъектов инвестиционной деятельности, но с другой стороны, нельзя не поддержать стремление законодателя к упорядочению инвестиционных отношений и к обеспечению надлежащей защиты публичных интересов (например, предусматривающих сохранность натуральных грантов и своевременное их возвращение и т.д.). Необходимо отметить, что с принятием указанных законодательных актов была затронута только малая часть проблем, и нормы Закона об инвестициях нуждаются в дальнейшей доработке и в совершенствовании.

Мақала авторы инвестициялық келісім-шарт пен преференциялар туралы келісім-шартты заңнамалық айқындау қажеттігі туралы, инвестициялар туралы заңнамада белгіленген инвестордың шарттық жауапкершілігі туралы, инвестициялар туралы заң нормаларын пысықтау мен жетілдіру қажеттігі туралы әңгімелейді.

The author of the article speaks about necessity of legislative definition of the investment contract and contract on promotion, about established by the legislation on the investments of the contractual responsibility of the investor, about necessity of completion and perfection of norms of the Law on investments.

В.И. ОЛЕЙНИК

начальник управления Департамента
по надзору за законностью ОРД
Генеральной прокуратуры Республики Казахстан,
старший советник юстиции

ВОПРОСЫ ОГРАНИЧЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД ГРАЖДАН В ХОДЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЭТОЙ СФЕРЕ

Конституция Республики Казахстан провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью.

В 1995 году при принятии на республиканском референдуме новой Конституции наша страна следовала общемировой и передовой практике и признала естественно-правовую доктрину прав и свобод личности, а именно: их абсолютность и неотчуждаемость.

Основные тенденции развития прав и свобод гражданина требуют своего гарантирования, как на уровне внутригосударственных механизмов, так и международно-правовыми способами защиты.

В статье 18 Конституции Республики Казахстан закреплено:

1. Каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства.

2. Каждый имеет право на тайну личных владений и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только в случаях и в порядке, прямо установленных законом.

Необходимо отметить, что на практике возникают сложности в определении понятия «неприкосновенность частной жизни».

Как считают многие специалисты, частная жизнь есть совокупность правовых и социальных признаков, которые закрепляют индивидуальность человека, осуществляют защиту от проникновения в нее общества, государства и других индивидуумов.

Иными словами, частную жизнь составляют те стороны личной жизни человека, которые в силу своей свободы он не желает делать достоянием других. *Тайну частной жизни составляет личная и семейная тайна. К личной тайне относятся конфиденциальные сведения, касающиеся лично человека (тайна выбора, исповедь, пристрастия, информация о здоровье, скрытых физических не-*

достатках, честь и доброе имя, деловая репутация и другие сведения, который человек не желает придавать огласке), а *к семейной* - касающиеся членов его семьи и близких родственников.

Составными элементами частной жизни выступают неприкосновенность жилища, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений.

В последнее время, в том числе и у нас в стране, повсеместное признание информации экономически выгодным товаром, если так можно выразиться, привело к возрастанию общественного интереса к сведениям частного характера, в том числе и составляющим личную и семейную тайну.

Примером может служить деятельность ряда средств массовой информации, которые распространяли среди широкого круга читателей и пользователей Интернета подробности частной жизни как простых обывателей, так и публичных персон, в том числе публиковали распечатки «телефонных переговоров», якобы имевших место между руководителями государственных структур и частными лицами.

Генеральной прокуратурой по этому поводу было дано официальное разъяснение закона.

К каким негативным последствиям может привести игнорирование требований закона на неприкосновенность частной жизни, тайну телефонных переговоров, нам всем известно, по вынесенному 26 марта текущего года приговору военного суда Акмолинского гарнизона в отношении 16 граждан Казахстана.

Необходимо отметить, что Генеральной прокуратурой совместно с другими правоохранительными органами на постоянной основе проводится работа по усилению правовых норм, направленных на соблюдение конституционных прав граждан в сфере оперативно-розыскной деятельности.

В рамках исполнения решения расширенного за

седания коллегии Генеральной прокуратуры с участием Президента страны от 25 января текущего года, органами прокуратуры проведены широкомасштабные проверки состояния законности в деятельности правоохранительных и специальных органов за соблюдением конституционных прав и свобод граждан в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности. Особое внимание уделено законности проведения специальных оперативно-розыскных мероприятий, соблюдению требований закона по учету, хранению и уничтожению сведений о частной жизни граждан, полученных в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий.

В настоящее время отмечается постепенное усиление роли судебного контроля в уголовном процессе. Все чаще в СМИ, правозащитных и научных кругах поднимается вопрос о расширении судебного контроля.

Выдвигаемые сегодня предложения о предоставлении судебным органам полномочий по даче санкций на проведение оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционных прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, тайну телефонных переговоров, являются не вполне обоснованными и не отвечающими реалиям современной правовой системы страны.

Так, в пункте 2 статьи 16 Конституции Республики Казахстан предусмотрено, что суд санкционирует арест и содержание под стражей. Оснований для установления полномочий суда по санкционированию оперативно-розыскных мероприятий Конституцией не предусмотрено.

Следует отметить, что правосудие не заменяет и не подменяет прокурорский надзор за законностью, а судебная система не может и не должна выполнять надзорные функции прокуратуры, поскольку суд в силу многих причин весьма ограничен в своих возможностях. Какое-либо самостоятельное оперативное вмешательство в осуществление оперативно-розыскной деятельности со стороны судьи невозможно.

Акцент на судебную защиту прав и свобод человека и гражданина отнюдь не влечет сворачивания усилий прокуратуры в этом направлении.

Только прокурорский надзор за законностью оперативно-розыскной деятельности способен обеспечить в этой сфере реальную, а не декларативную систему сдержек и противовесов. Совершенствование деятельности органов прокуратуры в первую очередь заключается в усилении ее правозащитной функции.

Другая проблема, которую хотелось бы осве-

тить в статье, состоит в следующем. Органы и должностные лица, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность при проведении оперативно-розыскных мероприятий должны обеспечивать соблюдение конституционных прав граждан и свобод человека и гражданина. Не допускается осуществление оперативно-розыскной деятельности для достижения целей и задач, не предусмотренных законом.

В ходе проведенных совместных проверок установлено, что отдельными субъектами (*частными охранными организациями, службами безопасности юридических лиц и др.*), не имеющими право осуществлять оперативно-розыскную деятельность, в нарушение действующего законодательства, применяются негласные формы, способы и методы ОРД, в том числе незаконное прослушивание телефонных переговоров.

При этом специальные технические средства (*аппаратура, приспособления, оборудование, в т.ч. исполненные в виде товаров и предметов бытового назначения, имеющие специальные функции, программное обеспечение и т.д.*) незаконно закупаются в странах ближнего и дальнего зарубежья и нелегально ввозятся на территорию республики, а в дальнейшем без лицензирования и государственной сертификации используются для негласного получения информации.

Указанными незаконными действиями существенно нарушаются конституционные права граждан на неприкосновенность частной жизни.

К сожалению, такие примеры носят распространенный характер и были выявлены в Акмолинской, Актюбинской, Восточно-Казахстанской, Жамбылской, Карагандинской, Кызылординской, Мангистауской областях и г. Алматы.

Например, ДКНБ по Восточно-Казахстанской области из незаконного оборота у частных предпринимателей М., Т. и В. было изъято более 30 специальных технических средств (малогабаритных видеокамер и цифровых миниатюрных диктофонов). Указанные лица занимались безлицензионной реализацией этих специальных технических средств на территории города Усть-Каменогорска.

В Акмолинской области выявлен факт незаконного использования специальных технических средств директором кафе М.

Сотрудниками ДКНБ по Кызылординской области задержан директор ТОО А., который осуществлял оперативно-розыскные мероприятия по наружному наблюдению, биллингу телефонных переговоров, а также оборудованию помещений специальными техническими средствами. В обо-

их случаях в отношении виновных лиц были возбуждены уголовные дела.

Генеральной прокуратурой совместно с другими правоохранительными и специальными органами проводится постоянная и системная работа по выявлению фактов незаконного ввоза, реализации и использования специальных технических средств, в том числе мероприятия, направленные на выявление латентных нарушений конституционных прав граждан.

Гарантированность конституционных прав и свобод личности, или реальность их осуществления, обеспечивается путем создания государством фактических и правовых условий для их действительной реализации, а не только путем признания и юридического закрепления.

В части первой статьи 39 Конституции Республики Казахстан закреплено, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения.

В целях защиты интересов законопослушных граждан, общества и государства необходимо принимать соответствующие меры, позволяющие выявлять, предупреждать и пресекать преступления, привлекать к ответственности совершивших их лиц.

Именно этому служит оперативно-розыскная деятельность, которая позволяет эффективно отслеживать и ликвидировать криминальные процессы на самых ранних стадиях, втайне от проверяемых лиц контролировать их поведение, предупреждая возможность совершения ими противоправных деяний. Без оперативно-розыскных мероприятий невозможно организовать получение достоверной информации о тайных планах, намерениях и устремлениях подозреваемых в противоправной деятельности, заблаговременно создать надежные позиции по предупреждению и раскрытию преступлений. Практика показывает, что в таких ситуациях оперативно-розыскные мероприятия могут оказаться единственным способом получения положительного результата.

Борьба с преступностью может быть успешной лишь тогда, когда она проводится в соответствии с требованиями закона.

Вопросы соблюдения прав и свобод личности при осуществлении оперативно-розыскной деятельности регламентированы в ряде статей Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности».

Статья 3 Закона устанавливает принципы опе-

ративно-розыскной деятельности, в которых нашел отражение данный аспект – законность, соблюдение прав и свобод, уважение достоинства личности, равенство граждан перед законом, а также профессиональная этика.

Непосредственно соблюдение прав и свобод личности при осуществлении ОРД закреплено в статье 5 Закона. Этот важнейший принцип «красной нитью» проходит и через другие статьи названного закона (статьи 1, 2, 12, 15, 23, 24 и 25 Закона «Об ОРД»).

Особо следует отметить положения статьи 14 Закона «Об ОРД», запрещающие ограничение прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц по материалам ОРД, которые не облечены в уголовно-процессуальную форму.

Поэтому деятельность субъектов ОРД должна протекать исключительно в порядке и формах, предусмотренных законом, а также в пределах компетенции, очерченной законом.

Использование результатов ОРД в доказывании по уголовным делам имеет большое значение в борьбе с такими опасными уголовными деяниями, как убийства, терроризм, террористические акты, незаконный оборот наркотиков и наркобизнес, вымогательства и разбои, организованная преступность, которые характеризуются серьезной, продуманной подготовительной работой, а также плановой деятельностью, связанной с уничтожением и сокрытием следов преступлений.

Как отметил В.Т. Томилин, «уголовный процесс без ОРД в большинстве случаев по серьезным делам бессилён, ОРД без выхода через уголовный процесс бесплодна».

Касаюсь вопроса о соотношении ОРД и конституционных прав человека и гражданина в целом, следует, на наш взгляд, учитывать следующее. Вмешательство правоохранительных органов в частную жизнь человека может считаться правомерной лишь при наличии реального контроля за законностью и обоснованностью ОРД. Именно поэтому нам следует усиливать прокурорский надзор за данной сферой деятельности.

Правоохранительная практика и реалии настоящего времени свидетельствуют о необходимости дальнейшего совершенствования правовых механизмов повышения гарантий конституционных прав граждан и интересов государства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

В этих целях Генеральной прокуратурой совместно с субъектами ОРД разработан законопроект по вопросам оперативно-розыскной деятельности, который с декабря 2006 года находится на

рассмотрении Мажилиса Парламента страны.

В данном законопроекте предусмотрено введение ряда инновационных норм, позволяющих повысить уровень защиты прав и свобод граждан.

1. Важной поправкой является закрепление в законопроекте понятийного аппарата. Различение оперативно-розыскных понятий на практике порождает различное их толкование субъектами ОРД, что является предпосылками к нарушению конституционных прав граждан при применении закона.

2. Вводятся нормы, направленные на конкретизацию порядка и сроков хранения и уничтожения результатов ОРД, не использованных в уголовном процессе.

В статье 5 действующего Закона РК «Об оперативно-розыскной деятельности» не предусмотрены конкретные сроки хранения и уничтожения материалов ОРД, в том числе по которым уголовные дела не возбуждались или были прекращены за отсутствием состава или события преступления, либо по которым в возбуждении дела было отказано.

3. В законопроекте определен четкий порядок ввоза, вывоза и использования специальных и иных технических средств в сфере ОРД.

Предусмотрены и другие прогрессивные нормы, которые позволят правоохранительным и специальным органам в полной мере использовать оперативные возможности, что позволит эффективно и качественно выполнять основные задачи оперативно-розыскной деятельности по противодействию преступности с наименьшими финансовыми затратами, при строгом соблюдении законности и прав человека в этой сфере.

Все это приведет к открытой законодательной регламентации и социальной легитимации оперативно-розыскной деятельности.

4. Министерством юстиции совместно с Генеральной прокуратурой, КНБ, МВД Респуб-

лики Казахстан и другими субъектами оперативно-розыскной деятельности, в рамках исполнения протокола заседания Совета безопасности Республики Казахстан от 15 ноября 2007 года, разработан проект закона «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам защиты прав граждан на неприкосновенность частной жизни», который в настоящее время находится на согласовании.

Данный законопроект направлен на принятие дополнительных мер по защите прав граждан, гарантированных статьей 18 Конституции Республики Казахстан.

Особенностью законопроекта является внесение изменений в Уголовный кодекс РК (часть 3 статьи 143 и статью 148), направленных на ужесточение наказания за незаконное нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Вводятся нормы, предусматривающие ограничение свободного обращения специальных технических средств, а также ответственность за фальсификацию оперативно-розыскных материалов, а равно использование заведомо недостоверных либо ложных сведений.

Реализация указанных предложений в законодательных актах, позволит обеспечить надлежащую защиту конституционных прав и свобод граждан в ходе проведения субъектами ОРД оперативно-розыскных мероприятий, направленных на ограничение личной свободы, неприкосновенности частной жизни, телефонных переговоров и иных фундаментальных прав личности, что позволит приблизить казахстанскую правоохранительную модель в этой сфере к международным стандартам.

Совершенствование условий, позволяющих надежно обеспечить защиту конституционных прав и свобод граждан является одной из приоритетных задач оперативно-розыскной деятельности.

Использованная литература

1. Конституция Республики Казахстан.
2. Закон Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности».
3. Сман А. Личность и Конституция Республики Казахстан / Журнал «Закон и право». - №01 – 2008. – С. 111-113.
4. Гусаков Э. Международно-правовые и конституционные основы использования результатов оперативно-розыскной деятельности при формировании доказательств по уголовным делам в РФ / Журнал «Уголовное право». - №1 - 2008. - С. 123-124.
5. Чепурнова Н., Смольников С. Судебный контроль и прокурорский надзор / Журнал «Законность». - №5 - 2007. - С. 16.
6. Измайлова Н.С. Неприкосновенность частной жизни в англо-американской и российской правовых доктринах / Журнал «Международное и публичное частное право». - №2(35) - 2007. - С. 173 .

А.М. НАГАЕВ

*прокурор Департамента по надзору за законностью судебных постановлений
и исполнительного производства по административным
и гражданским делам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан*

ПЕРСПЕКТИВЫ МЕХАНИЗМОВ ВНЕСУДЕБНОГО РАЗРЕШЕНИЯ КОНФЛИКТОВ И УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ

Разрешение правовых конфликтов, защита прав и интересов граждан, организаций, общества, государства традиционно осуществляется с помощью правосудия.

В то же время существуют ситуации, при которых равноправные участники правоотношений имеют возможность сами урегулировать спор или использовать помимо судебной формы иные правомерные процедуры для разрешения конфликта.

В этом случае развитие механизмов внесудебного разрешения конфликтов и урегулирования споров придет на «помощь» судопроизводству, которое, несмотря на его значимость для общества в целом, является дорогостоящим, длительным и сложным процессом.

В Республике Казахстан в последнее время все большее внимание уделяется вопросам альтернативного разрешения споров (АРС). Поиск альтернатив для разрешения споров обусловлен рядом факторов, которые различаются в зависимости от конкретного общества, государства, культуры, законодательства, устройства судебной системы, эффективности ее работы, степени развития и сложности экономических и иных отношений и других обстоятельств.

Понятие «альтернативное разрешение споров» заимствовано из английского языка и в самом широком смысле означает любое внесудебное разрешение споров. АРС представляет собой систему взаимосвязанных действий сторон и иных лиц по рассмотрению возникшего спора, направленных на его внесудебное урегулирование или разрешение, с использованием примирительных или иных не запрещенных процедур, осуществляемое на основании добровольного волеизъявления сторон.

В рамках АРС могут рассматриваться споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений и возникающие между их участниками. В некоторых странах альтернативное разрешение споров используется для разрешения трудовых, семейных и административных споров, а некоторые из ее элементов ограничено используются в уголовном процессе. Альтернативное разрешение споров предполагает активное участие сторон спора, то

есть, лиц, имеющих противоположные материально-правовые интересы. Однако при использовании некоторых способов АРС возможно разрешение спора и в отсутствие самих сторон.

Анализ зарубежного законодательства по развитию института внесудебного разрешения конфликтов в уголовном процессе свидетельствует о существовании нового для нашего законодательства института примирения - «примирение-медиация», как альтернативы уголовному преследованию.

Медиация представляет собой форму примирения потерпевшего с подозреваемым с привлечением нейтрального посредника (медиатора), при этом она осуществляется при наличии добровольного волеизъявления сторон.

Уголовный процесс в таких случаях не носит репрессивный характер и обеспечивает возможность примирения сторон при определенных условиях, до начала уголовного преследования или до рассмотрения уголовного дела в суде при непосредственном участии третьей стороны.

Наличие ст. 67 УК РК и порядок освобождения от наказания лица в связи с примирением с потерпевшим, имеющийся в УПК РК, совпадает с развивающейся тенденцией применения медиации в ряде зарубежных стран.

Имплементация медиации в уголовное судопроизводство Республики Казахстан будет являться оптимальным средством эффективной реализации института примирения.

В связи с этим в уголовно-процессуальном законодательстве необходимо максимально использовать потенциал уже существующих норм, регламентирующих условия и порядок освобождения от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим. При этом выделить наиболее важные и имеющие для уголовного судопроизводства положения, образующие процессуальную форму медиации, соответственно, закрепив их в Уголовно-процессуальном кодексе РК. К их числу следует отнести:

- 1) понятие медиации в уголовном судопроизводстве;
- 2) статус медиатора (посредника), гарантиру-

ющий его нейтральность по отношению к сторонам примирения в уголовном процессе;

3) право лиц, участвующих в уголовном процессе в качестве потерпевшего, подозреваемого и обвиняемого, прибегнуть к процедуре медиации;

4) процессуальное основание проведения медиации;

5) решение вопроса о движении уголовного дела, приостановлении и возобновлении производства по делу в необходимых случаях;

6) статус мирового соглашения;

7) гарантии недопустимости ухудшения положения подозреваемого, обвиняемого вне зависимости от результатов медиации.

Аналогичные положения, возможно, следует закрепить в Гражданском процессуальном кодексе и Кодексе РК об административных правонарушениях.

Учитывая, что в настоящее время принято решение о разработке Административного процессуального кодекса, нормы, регулирующие отношения в области медиации, целесообразнее включить в данный кодекс.

Все указанные аспекты реализуемы в рамках существующей системы производства и не тре-

буют создания обособленного либо специфического вида производства, связанного с медиацией.

Вместе с тем процессуальные законы могли бы содержать положения, предписывающие максимальное (исчерпывающее) применение института медиации в уголовном, гражданском, административном процессе и только в случае недостижения данной цели - направление и рассмотрение дел по существу в установленном порядке.

Следует отметить, что институт посредничества предполагает наличие высокой квалификации и морально-этических качеств у лиц, выступающих в качестве посредников.

Опыт европейских стран и США показывает, что такого рода услуги оказываются опытными юристами, обладающими авторитетом в юридической среде.

В связи с этим возрастает роль профессионального сообщества юристов-адвокатов.

В целом перспективы внесудебного разрешения конфликтов должны привести к быстрому, качественному и эффективному рассмотрению дел с участием квалифицированных юристов.

* * * * *

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Правовые проблемы реформирования государственной службы суверенного Казахстана: Монография / Коллектив авторов. – Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2003 г. - 476 с.

Коллектив авторов: Сапаргалиев Г., Шиллер С., Сакиева Р., Жанузакова Л., Ишмухамедова А., Онлашева Ж., Сулейменова Г., Сейдалиева Ж., Жалбулов Е., Мухамеджанов Э., Айдарбаев С., Салимгерей А., Крепак П.

Издание подготовлено Институтом законодательства Республики Казахстан под научным руководством члена-корреспондента НАН, доктора юридических наук, профессора Сапаргалиева Г.С.

А.К. ШАЙМУРУНОВА

начальник отдела правового мониторинга
и анализа на предмет коррупции
Института законодательства РК,
кандидат юридических наук

МОНИТОРИНГ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ В СФЕРЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

За время становления независимого Казахстана система законодательства нашего государства и его законотворческая деятельность претерпела кардинальные изменения, и уже сегодня можно уверенно говорить о довольно высоком уровне развитости системы законодательства Республики Казахстан, которая в целом отвечает современным реалиям общества и государства. В настоящее время в Казахстане действует около 300 законодательных и свыше 10 тысяч подзаконных актов, сформированы все прочие необходимые элементы правовой системы. Основной проблемой дальнейшего развития законодательства становится оценка существующей нормативной базы, определение степени и необходимости ее изменения и совершенствования. Все эти задачи как раз и призван решить правовой мониторинг, который, по нашему мнению, следует рассматривать в качестве деятельности по оценке, анализу, прогнозу и обобщению результатов законотворческой деятельности и правоприменения.

В рамках республиканской бюджетной программы 001 «Правовое обеспечение деятельности государства» Институтом законодательства Республики Казахстан (далее – *Институт*) осуществляется деятельность по проведению анализа действующих законодательных актов на предмет выявления пробелов, коллизий и противоречий между различными нормами права в различных нормативных правовых актах.

На данный момент сотрудниками Института проанализировано 140 законодательных и более 1000 подзаконных нормативных правовых актов, среди которых и акты, регулирующие отношения, тесно связанные с экономикой. Их анализ позволил прийти к следующему выводу. В настоящее время происходит резкое усиление публично-правового регулирования, что означает обоснованное или необоснованное (зачастую) усиление роли государства и его вме-

шательства в хозяйственную или иную деятельность юридических и физических лиц. Происходит откат от принципов рыночной экономики [1, с. 51].

Невысокий показатель развития сектора малого и среднего предпринимательства, как нам представляется, тесно связан с нормотворчеством, а именно с такой специфической деятельностью как возведение административных барьеров. В данном контексте имеются в виду установление разрешительных процедур на подзаконном уровне, их необоснованность (большой перечень лицензируемых видов деятельности, значительный пакет необходимых документов, в том числе не имеющих прямого отношения к лицензируемой деятельности, небольшой срок действия лицензий и сертификатов, длительный срок регистрации).

В частности, анализ законодательства о лицензировании, направленный на упрощение (оптимизацию) процедуры лицензирования, проведенный Институтом, показал следующее:

Заявка на получение лицензии состоит из значительного пакета документов.

Например, в Приказе Министра туризма и спорта Республики Казахстан от 28 февраля 2007 №1-2/36 «Об утверждении перечня и форм документов, подтверждающих соответствие организатора игорного бизнеса квалификационным требованиям» установлено, что для получения лицензии на игорное заведение казино необходимо представить более 19 соответствующих документов. Среди них:

- 1) заявление;
- 2) нотариально заверенные копии Устава и свидетельства о государственной регистрации заявителя в качестве юридического лица - для юридического лица;
- 3) копия документа, удостоверяющего личность, - для физического лица;

4) нотариально заверенная копия свидетельства о государственной регистрации заявителя в качестве индивидуального предпринимателя - для индивидуального предпринимателя;

5) нотариально заверенная копия свидетельства о постановке заявителя на учет в налоговом органе;

6) оригинал документа, подтверждающего уплату в бюджет лицензионного сбора за право занятия деятельностью в сфере игорного бизнеса;

7) нотариально заверенные копии актов об установке в одном казино не менее двадцати игровых столов;

8) нотариально заверенные копии актов об установке в кассах и игровых местах казино видеозаписывающих систем, обеспечивающих хранение записанной информации не менее семи суток и фиксирующих действия всех участников азартной игры;

9) нотариально заверенная копия свидетельства о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним;

10) оригинал заключения органов санитарно-эпидемиологического надзора;

11) оригинал заключения органов противопожарного надзора;

12) оригинал перечня игорного оборудования согласно форме, указанной в приложении 2 к приказу, с нотариально заверенными копиями документов, подтверждающих право собственности;

13) нотариально заверенная копия (копии) договора (договоров) с физическими и (или) юридическими лицами, получившими в установленном законодательством порядке лицензию на осуществление охранной деятельности;

14) нотариально заверенные копии правил работы игорного заведения, проводимых азартных игр и приема ставок, а также нотариально заверенные копии образцов и номинаций применяемых легитимационных знаков на государственном и русском языках;

15) нотариально заверенная копия договора на открытие вклада (депозита) при условии выдачи вклада (депозита) по первому требованию (вклада до востребования), с банком второго уровня на территории Республики Казахстан либо банковская гарантия;

16) оригинал списка персонала, осуществляющего менеджмент и проведение азартных игр и (или) пари, согласно форме, указанной в приложении 2 к приказу;

17) оригинал справки уполномоченного органа о категории фонда здания (жилое, нежилое);

18) обязательства о предоставлении в уполномоченный орган справки о наличии и движении денег на вкладах (депозитах) не реже одного раза в шесть месяцев, согласно форме, указанной в приложении 2 к приказу;

19) опись всех предоставляемых документов, с указанием названия документов и количества страниц.

В этой связи Институт предлагает рассмотреть вопрос об исключении нотариального заверения некоторых прилагаемых к заявке документов, а также о сокращении перечня документов, требуемых для получения лицензии.

В число обязательных требований входит необходимость получения заключений о соответствии квалификационным требованиям от так называемых независимых, аккредитованных соответствующими государственными уполномоченными органами компаний, выдающих свои заключения за немалые деньги (например, в Правилах лицензирования отдельных видов деятельности в сфере промышленности, утвержденных Постановлением Правительства РК от 28 декабря 2007 года №1311).

В число документов, подтверждающих соответствие квалификации, входят данные, которые не имеют никакого прямого отношения к вопросам безопасности, то есть к целям и принципам введенной процедуры лицензирования.

Например, Постановлением Правительства Республики Казахстан от 14 июня 2007 года №495 утверждены Квалификационные требования, предъявляемые при лицензировании деятельности по осуществлению археологических и (или) научно-реставрационных работ на памятниках истории и культуры. Данные квалификационные требования, предъявляемые к юридическим и физическим лицам, требуют наличия у последних рекомендательного письма научной организации в области археологии на право осуществления заявителем археологических работ на памятниках истории и культуры, которые никаким образом не могут повлиять на безопасность при проведении археологических работ.

В целях устранения выявленных в ходе анализа административных барьеров Институтom предложено совершенствование действующего законодательства в данной области путем внесения поправок в Таможенный и Налоговый кодексы, в Законы «О лицензировании», «О техническом регулировании», «О частном предпринимательстве»,

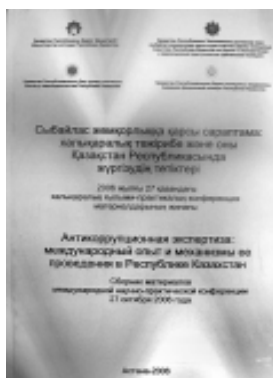
«О государственных закупках», «Об образовании» и другие, а также в 62 подзаконных актах, в том числе в ряд Правил лицензирования и квалификационных требований, предъявляемых к отдельным видам деятельности.

Аналогичному анализу было подвергнуто и законодательство в сфере сертификации и аккредитации. В рассмотренных нами нормативных правовых актах установлено немало положений, которые прямо или косвенно служат либо могут послужить возникновению административных барьеров в сфере предпринимательства. В этой связи Институтом подготовлен ряд конкретных предложений по внесению поправок в действующее законодательство Республики Казахстан. По

мнению ряда ученых Института, их учет в рамках проводимой в Казахстане административной реформы позволит обеспечить более эффективную и с минимальными сроками реализацию поставленной президентом страны глобальной стратегической задачи - повышения конкурентоспособности страны в мировом сообществе.

1. Сулейменов М.К. Тенденции развития экономического законодательства: соотношение публичных и частных начал // Правовой мониторинг как средство повышения качества нормотворческой деятельности: Сб. науч. тр. — Астана, 2007.

Институт законодательства Республики Казахстан представляет:



Антикоррупционная экспертиза: международный опыт и механизмы ее проведения в Республике Казахстан: Сборник материалов международной научно-практической конференции 27 октября 2006 года. — Астана: ТОО «Институт законодательства Республики Казахстан», 2006 — 352 с. Редакционная коллегия: З.Я.Балиева, С.С.Калмурзаев, М.Ч.Когамов, М.Т.Баймаханов,

Настоящий сборник материалов подготовлен по результатам проведенной Институтом законодательства Республики Казахстан и Академией финансовой полиции международной научно-практической конференции на тему: «Антикоррупционная экспертиза: международный опыт и механизмы ее проведения в Республике Казахстан».

Участники международной научно-практической конференции обсудили концептуальные вопросы антикоррупционной экспертизы, которая является важным фактором противодействия коррупции.

В.В. ЮРКОВ

аспирант кафедры деликтологии и криминологии
Сибирского Федерального Университета**К ВОПРОСУ О СОВМЕСТИМОСТИ ИНСТИТУТА ПРИМИРЕНИЯ
С ПОТЕРПЕВШИМ С ЦЕЛЯМИ НАКАЗАНИЯ
(на примере немецкого уголовного права)**

В уголовном праве Федеративной Республики Германии примирение с потерпевшим (Taeter-Opfer-Ausgleich (сокр. ТОА) - «компенсация - преступник - потерпевший и Schadenswiedergutmachung - возмещение вреда»¹) упоминается в качестве одного из оснований освобождения от наказания (§46a УК ФРГ², §45 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних³ (далее – JGG). В рамках ювенальной юстиции в ФРГ⁴ примирение с потерпевшим является и одной из мер воспитательного воздействия и может быть предписано судом в качестве указания или обязанности во время испытательного срока⁵. В Германии большое внимание уделяется именно самому процессу примирения, который осуществляется, как правило, с помощью посредника, медиатора. В немецкой научной литературе можно часто встретить подобное определение «примирения с потерпевшим»: «направленное потерпевшему и преступнику предложение, через профессиональное, внесудебное посредничество найти активно и автономно взаимоприемлемое решение по урегулированию конфликта или даже достигнуть его разрешения, либо, по меньшей мере, добиться смягчения конфликтов, беспокойств, дисбалансов, которые привели к уголовному деянию или были вызваны таковым»⁶.

Как уже было отмечено, примирение с потерпевшим может иметь в качестве последствия, в том числе, частичный или полный отказ от наказания. В связи с этим возникает вопрос о совместимости отказа от наказания в связи с примирением с потерпевшим с целями наказания, поскольку легитимация подобного отказа будет зависеть от ответа на данный вопрос. Кроме того, это один из показателей эффективности института примирения с потерпевшим. Немецкий ученый-правовед Дитер Ресснер уже в 1989 г. заметил, что примирение и возмещение вреда обретут практическую значимость только тогда, когда основополагающее значение принципа возмещения будет интегрировано в теории уголовного права и понимание о целях наказания⁷.

Наказанию на современном этапе предписываются цели восстановления социальной справедливости, исправления осужденного и предупреждения совершения новых преступлений. Данное понимание целей наказания является результатом интегрированного рассмотрения абсолютных (absolute Straftheorien) и относительных (relative Straftheorien) теорий наказания и отражает сущность так называемых «объединяющих теорий» (Vereinigungstheorien)⁸. Названные цели наказания в обобщенном виде заключаются в общей (в не-

¹ См.: Уголовный кодекс ФРГ. Пер с нем. А.В. Серебrenниковой; Под ред. Н.Ф. Кузнецова и Ф.М. Решетникова. - М., 1996. - С. 25; Криминология. Словарь-справочник. Составитель Х.-Ю. Кернер. Перевод с нем. Отв. ред. перевода А.И. Долгова - М.: Изд-во НОРМА, 1998. - С. 99, 34-36;

² См.: Уголовный кодекс ФРГ. Там же. - С. 25.

³ Jugendgerichtsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3427), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2894).

⁴ В Германии несовершеннолетний, совершивший деяние, запрещенное Уголовным кодексом ФРГ, попадает под действие Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних от 4 августа 1953 г. с последующими изменениями и дополнениями. В этом Законе объединены нормы процессуального и материального права, предусматривающие особые правовые последствия преимущественно воспитательного характера. Нормы Закона могут, при наличии определенных предпосылок, также распространяться на молодых лиц, совершивших преступления в возрасте от 18 до 21 года. В связи с этим в правовой системе ФРГ существует особая подотрасль – Уголовное право по делам несовершеннолетних (Jugendstrafrecht).

⁵ См. например: Fahrni S. Mediation im Jugendstrafrecht. Zurich, 2001. S. 35-41; Schimmel D. Täter-Opfer-Ausgleich als Alternative? Eine rechtsstatsachliche Untersuchung über Möglichkeiten und Stellenwert des Täter-Opfer-Ausgleichs in der (jugend-) staatsanwaltschaftlichen Praxis. Frankfurt am Main u.a. 2000, S. 21-30.

⁶ Trenczek T. Täter-Opfer-Ausgleich. Grundgedanken und Mindeststandards// Zeitschrift für Rechtspolitik. 1992. S. 130.

⁷ См. Rossner D. Wiedergutmachung statt Ubelvergelt. (Straf-)Theoretische Begründung und Eingrenzung der kriminalpolitischen Idee / In: Marks E., Rossner D. (Hrsg.): Täter-Opfer-Ausgleich. 2. Aufl., Bonn, 1991. S. 37.

⁸ См. подробнее об этом: Steffens R. Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im Jugend- und Erwachsenenstrafrecht in den neuen Bundesländern. Monchengladbach, 1999. S. 102-109.

мецком праве – генеральной) и специальной превенции. В уголовном праве Германии эти цели закреплены преимущественно доктринально и находят отражение в судебной практике. Следует заметить, что цели наказания должны рассматриваться во взаимосвязи с существующим общественным самосознанием в его историческом контексте¹.

Под генеральной превенцией в немецком уголовном праве понимается социально-педагогическое влияние на общественность или на потенциальных преступников. Генеральная превенция подразделяется, в свою очередь, на позитивную (внушение, усиление или восстановление доверия в правопорядок) и негативную (устрашение общественности с целью отказа от совершения преступлений через угрозу наказанием). Основной механизм генеральной превенции базируется на гипотезе о возможности восстановления нарушенного преступлением общественного порядка путем наказания². Следовательно, необходимо проверить необходимость подобного восстановления правопорядка через наказание в случае компенсации преступник - потерпевший и возмещения вреда.

Первой предпосылкой позитивной генеральной превенции является уверенность в наличии «беспокойства» общественности преступлением. Если кто-то совершает преступление, то он посягает не только на конкретное защищенное правом благо, но и на важнейшие правила государственного общежития, и, тем самым конфронтирует с общественностью, которая рассчитывает на действенность этих правил. Таким образом, преступление выступает, в первую очередь, как конфликт между преступником и сообществом, а не между преступником и потерпевшим³. Хотя в науке уголовного права и криминологии представлены и иные точки зрения⁴.

Второй предпосылкой позитивной генеральной превенции выступает допущение возможности

устранения подобного «беспокойства» общественности путем наказания преступника. Здесь необходимо ответить на два вопроса: во-первых, имеют ли уголовное право в целом и наказание в частности положительное влияние на доверие в правопорядок и внутреннее одобрение ценности нормы, и, во-вторых, можно ли выяснить, какие виды или способы наказания и его мера необходимы для устранения данного «беспокойства» общественности. На первый вопрос в научной литературе в большинстве случаев дается положительный ответ, хотя эмпирически подтвердить эту взаимосвязь достаточно сложно⁵. Пока что подтверждением этого тезиса выступает правомерное поведение большинства граждан⁶. Дать ответ на второй вопрос еще сложнее. В качестве возможного ответа можно привести цитату из Решения Конституционного Суда ФРГ о конституционности пожизненного заключения: «...В строгости предусмотренного законом наказания законодатель выражает свою оценку преступления, подлежащего наказанию по данной санкции уголовно-правовой нормы. Через подобную оценку он [законодатель] содействует воспитанию сознательности населения...»⁷.

Теперь обратимся к исследованию вопроса о том, какое влияние может оказать компенсация преступник - потерпевший и возмещение вреда на потребность в наказании в значении позитивной генеральной превенции? Можно ли восстановить нарушенную действенность нормы или расстроенное общее правосознание через действия по примирению и заглаживанию вреда? Эти блага нарушены потому, что преступник не считается с ценностью правопорядка. В связи с этим возникает потребность в подтверждении действенности правопорядка, для поддержания веры во внутреннюю и внешнюю его силу. В случае наказания это достигается однако путем внешнего воздействия на правонарушителя.

Сторонники института компенсации – преступ-

¹ Pielsticker S. § 46a StGB – Revisionsfalle oder sinnvolle Bereicherung des Sanktionenrechts? Berlin, 2004. S. 39.

² См.: Pielsticker S. Там же. S. 40.

³ См., например: Hirsch H.J. Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht / In: Gedachtnisschrift für Armin Kaufmann. Köln, 1989. S. 713; Weigend T. Deliktsoffer und Strafverfahren. Berlin, 1989. S. 206.

⁴ Например, криминолог Нильс Кристи (Christie N. Grenzen des Leids. Bielefeld, 1986) полагает, что современный уголовный процесс основательно оттеснил жертву преступления на второй план, и что у жертвы преступления отняли право участия в символическом разборе конфликта. Похожие мнения представлены в учении так называемых «аболиционистов» (представителей криминологического течения, выступающих за отказ от традиционной системы уголовного права, фиксированной на наказании) Германа Бианчи, Арно Плак, Клауса Людерецена.

⁵ См.: Walther S. Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Berlin, 2000. S. 123 с последующими указаниями; Dolling D. Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion? // Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1990. S. 18 ff.; Pielsticker S. Там же. S. 42; Steffens R. Там же. S. 107 с последующими указаниями.

⁶ Roxin C. Strafrecht. Allgemeiner Teil: Band I, Grundlagen. 3. Aufl., München, 1997. § 3 Rn. 30.

⁷ BVerfGE 45, 187 (256 f.) (цит. по: Pielsticker S. Там же. S. 42).

ник - потерпевший и возмещения вреда, в свою очередь, утверждают, что подобное подтверждение действенности правопорядка может следовать и от самого преступника, который через добровольные меры по возмещению вреда выступает против раннего нарушения им действенности уголовно-правовой нормы, и, таким образом, демонстрирует признание этого правопорядка¹. Более того, через восстановление нарушенного права – насколько это возможно – более эффективно возобновляется связь с нарушенной преступлением нормой, чем через назначение абстрактных наказаний в виде денежного штрафа или лишения свободы². Правопорядок восстанавливается тогда, когда преступник сделал достаточно для того, чтобы общественность считала конфликт исчерпанным³. Таким образом, могут быть одновременно удовлетворены интересы многих задействованных сторон: потерпевший находится в лучшей позиции, чем при назначении наказания преступнику; общественность чувствует себя уверенней в связи с раскаянием преступника; правоохранительные органы могут сэкономить рабочее время и силы.

Решение конфликта преступника с потерпевшим имеет положительное влияние на решение второго конфликта – преступника с обществом⁴. Немецкий ученый-правовед Кристиан Лауэ говорит об «эффекте амортизации» компенсации преступник - потерпевший и возмещения вреда применительно к «надивидуальному» расстройству правосознания общественности⁵. Ожидания потерпевшего по отношению к преступнику пересекаются во многом с ожиданиями общественности, если только речь не идет о случаях, когда нет персонифицируемого потерпевшего, или ожидания чрезмерно велики, либо, наоборот, слишком малы⁶.

В качестве одного из подтверждений вышеприведенных тезисов можно привести исследо-

вание ученого Клауса Сеззара, проведенного в 1984 году в Гамбурге⁷. В соответствии с поставленной задачей, необходимо было выяснить, насколько общественность чувствует себя затронутой фактом совершения преступления и в какой мере, если ответ на первый вопрос положительный, она требует наказания преступника для целей компенсации причиненного ей вреда⁸.

Респондентам было предложено несколько различных групп деликтов (начиная от безбилетного проезда, заканчивая причинением тяжких телесных повреждений, повлекших за собой смерть потерпевшего) и пять различных вариантов реакции на правонарушение (от исключительно частногоправового урегулирования конфликта до независимого от возмещения вреда наказания). Исследование показало высокую степень готовности населения во многих группах деликтов признать компенсацию и возмещение вреда вместо назначения наказания⁹. Так, например, за карманную кражу категорически против отказа от наказания в связи с компенсацией были только 25,1% опрошенных; за кражу с проникновением на фабрику – только 26,4%. Показатель признания опрошенных сотрудников правоохранительных органов (прокуроров и судей) такой альтернативы наказанию, как и ожидалось, был значительно ниже, чем у опрошенных граждан¹⁰.

К. Сеззар делает из этого вывод, что существование потребности в наказании существенно зависит от предложенных для этого альтернатив, и что усиление эффективности правовых норм и умиротворение населения может быть достигнуто и через компенсацию с возмещением вреда, если таковую предусмотреть в системе уголовного права и если наличие этой возможности будет известно общественности¹¹.

Похожие результаты дало другое исследова-

¹ *Alternativentwurf Wiedergutmachung: Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer. München, 1992. S. 26.*

² *Frehsee D. Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Kontrolle. Berlin, 1987. S. 87 ff.*

³ *Schoch H. Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C zum 59. Deutschen Juristentag in Hannover. München, 1992. S. 64.*

⁴ *См.: Brauns U. Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Berlin, 1996. S. 41; Weigend Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht: Internationales Strafrechtlich-Kriminologisches Kolloquium in Freiburg. Freiburg, 1990. S. 87 (цит. по: Pielsticker S. Там же. S. 48).*

⁵ *Laue C. Symbolische Wiedergutmachung. Berlin, 1999. S. 72 ff.*

⁶ *См.: Pielsticker S. Там же. S. 48.*

⁷ *Всего было опрошено 4.400 горожан в возрасте от 18 лет, дополнительно почти 600 сотрудников правоохранительных органов, 200 референдариев и 400 студентов по специальности юриспруденция. Лица, причастные с юриспруденцией, были опрошены не случайно, поскольку предполагался настрой этой категории лиц преимущественно на наказание (что в результате исследования нашло подтверждение).*

⁸ *Sessar K. Wiedergutmachen oder strafen: Einstellungen in der Bevölkerung und der Justiz; ein Forschungsbericht. Pfaffenweiler, 1992. S. 7.*

⁹ *Так, в среднем, на 38 случаев уголовных деликтов, опрошенные выбрали №1 – 23,9%, №2 – 18,5%, №3 – 17,4%, №4 – 18,8%, №5 – 21,4% (см. подробнее: Sessar K. Там же. S. 107).*

¹⁰ *Sessar K. Там же. S. 250 ff.*

¹¹ *Sessar K. Там же. S. 255.*

ние Института криминологических исследований Нижней Саксонии, опубликованное в 1994 году. Согласно этому исследованию, карательные притязания снижаются, если известна такая альтернатива, как компенсация – преступник – потерпевший и возмещение вреда¹. Более сдержанные результаты в этом плане получил криминолог Михаэль Кильхлинг, опубликованное в 1995 году исследование которого, однако же, не опровергло в целом положительное влияние на потребность в наказании². Интересно то, что признание такого возмещения было сильнее, когда оно назначалось в виде санкции³.

Таким образом, компенсация преступник – потерпевший и возмещение вреда может быть сравнима по эффективности воздействия на восстановление действенности нормы и доверия правопорядку путем наказания, то есть может использоваться в целях позитивной генеральной превенции.

В немецкой юридической литературе встречаются мнения о том, что между негативной общей превенцией и институтом примирения с потерпевшим имеет место определенный конфликт⁴. Действенность примирения с потерпевшим якобы представляется сомнительной, поскольку идея простого возмещения ущерба стоит в противоречии с целями негативной общей превенции, так как эффект устрашения в данном случае не достигается⁵. Однако более убедительными выглядят аргументы ученых, которые утверждают, что примирение с потерпевшим в смысле §46а УК ФРГ не подвергает угрозе устрашающее воздействие уголовного права, поскольку ничего не изменяет относительно опасности преследования и наличия санкции уголовно-правовой нормы⁶. Единичное смягчение наказания или отказ от него по данному основанию несущественны для негативной превенции, поскольку решение об этом не гарантировано и зависит, в последнюю очередь, от усмот-

рения правоохранительных органов. Кроме того, эмпирические исследования показали относительно низкую эффективность страха перед наказанием или его тяжестью с точки зрения негативной общей превенции по сравнению с другими факторами, такими, например, как страх возбуждения уголовного дела или расследования преступления⁷.

Большую роль в оценке успешности мер уголовного или воспитательного характера играет также такой критерий как «рецидив». Он выступает показателем эффективности специальной превенции, основной целью которой является оказание влияния на совершивших преступления лиц с целью предотвращения совершения ими повторных преступлений⁸. В рамках специальной превенции можно говорить о двух ее аспектах: ресоциализации преступников (конструктивное содержание) и негативной превенции, понимаемой как изоляция преступника от общества, а также устрашение от совершения последующих преступлений⁹.

Такие цели наказания, как изоляция и устрашение, приобретают значимость в случае, если преступник не способен к ресоциализации и от него можно ожидать совершения последующих преступлений. От такого преступника вряд ли можно ожидать соответствующее требованиям законов и ожиданиям потерпевшего возмещение вреда. Отсюда можно сделать вывод об отсутствии антиномии между преследуемыми наказанием целями и примирением с потерпевшим¹⁰.

Обратимся к исследованию эффективности института примирения с потерпевшим с точки зрения специальной превенции. За основу анализа взято исследование, проведенное в 1999 году Анке Койдель из Кристиан-Альбрехтс-Университета города Киль в рамках диссертационного проекта¹¹. Ею были изучены 349 выписок из федерального центрального регистра мер уголовного характера (Bundeszentralregister) и практически ана-

¹ См.: Pfeiffer C. Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung/ In: Tater-Opfer-Ausgleich – auf dem Weg zur bundesweiten Anwendung? Beiträge zu einer Standortbestimmung/ hrsg. v. H.-J. Kerner u.a.; Bonn, 1994. S. 91 ff.

² См.: Kilchling M. Opferinteressen und Strafverfolgung. Freiburg, 1995. S. 1 ff.

³ Kilchling M. Там же. S. 677, 685.

⁴ См., например: Hirsch H.J. Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht// Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1994. S. 546.

⁵ См.: Schimmel D. Tater-Opfer-Ausgleich als Alternative? Frankfurt am Main: Lang, 2000. S. 43.

⁶ См.: Pielsticker S. Там же. S. 66-70; Rossner D. Strafrechtsfolgen ohne Ubelzufügung? Zur Reform der Sanktionen ohne Freiheitsentzug// Neue Zeitschrift für Strafrecht. 1992. S. 412.

⁷ См.: Schumann K.F. Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention. Neuwied 1987. S. 162 ff. общая информация по общей превенции в Eisenberg U. Kriminologie, Köln 1995. § 41; Pfeiffer Ch. Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren. Köln, 1989. S. 88 ff; Pielsticker S. Там же. S. 75.

⁸ См.: Kaiser G. Kriminologie. Heidelberg, 1993. S. 148-149.

⁹ Gribbohm G. Rn. 28 zu § 46/ In: Leipziger Kommentar StGB. Band 2. 11. Aufl., Berlin, 2003.

¹⁰ См.: Pielsticker S. Там же. S. 75 с последующими указаниями.

¹¹ Keudel A. Die Effizienz des Tater-Opfer-Ausgleichs. Eine empirische Untersuchung von Tater-Opfer-Ausgleichsfallen aus Schleswig-Holstein. Mainz, 2000. S. 107-135.

логичного регистра для несовершеннолетних¹ (Erziehungsregister)² на лиц, в отношении которых прокуратурой с 1.11.1991 г. по 31.10.1995 г. было прекращено уголовное преследование в связи с примирением с потерпевшим. Исследуемый период охватывает три года с момента окончания уголовного преследования по данному основанию.

За трехлетний рассматриваемый период в отношении 92 обвиняемых (в процентном соотношении к общей совокупности – 26%³) были внесены повторные записи в вышеупомянутые регистры. Таким образом, 257 пробандов⁴ (74%), в отношении которых было прекращено уголовное преследование в связи с примирением с потерпевшим, повторно к уголовной ответственности за исследуемый период не привлекались.

В отношении 41 (12%; 45% от количества рецидивистов) пробанда в регистр была внесена запись о совершении повторного однотипного преступления. Из этого следует, что количество случаев рецидива уменьшается, если брать во внимание только совершение однотипных преступлений. В преобладающем количестве случаев речь идет о повторно совершенных преступлениях средней тяжести⁵ (57 человек, т.е. 16%), на втором месте – небольшой тяжести (охватываются преступления, которые в соответствии с §374 абз. 1 УПК ФРГ относятся к делам частного обвинения, за исключением телесного повреждения (§223 УК ФРГ)⁶ и угрозы преступлением (§241 УК ФРГ)⁷ в 26 случаях (7%). И только в 9 случаях (3%) пробандами были совершены тяжкие преступления.

Рассмотрим также результаты сравнения тяжести рецидива с исходным преступлением. В более чем 2/3 случаев рецидива (72%) вновь совершенное преступление носит менее тяжкий характер, чем исходное преступление (42 случая, 12%), или, по крайней мере, одинаковый (26 случаев, 7%). Таким образом, по отношению к общей совокупности только лишь в 24-х случаях (7%) пробандом было совершено более тяжкое преступление.

Изучение рецидива различных возрастных групп дало следующие результаты, которые представлены в виде таблицы:

	несовершеннолетние	совершеннолетние в возрасте от 18 лет до 21 года ⁹	совершеннолетние
	количество/% соотн.	количество/% соотн.	количество/% соотн.
Частота рецидива	66 = 42%	13 = 27%	13 = 9%
Легальное поведение	91 = 58%	35 = 73%	131 = 91%
Σ	157 = 100%	48 = 100%	144 = 100%

Приведенные данные показывают значительную разницу в посткриминальном поведении выделенных возрастных групп. Однако относительно низкий показатель рецидива совершеннолетних может отчасти объясняться разницей в способе фиксации реакции мер уголовно-правового характера. В федеральный регистр данных мер не заносятся данные о прекращении прокуратурой уголовных дел на основании §153 ff. УПК ФРГ¹⁰, в то время как в аналогичном регистре для несовершеннолетних закрепляются данные о прекращении уголовных дел прокуратурой на основании §45 ff. JGG¹¹. К тому же иные исследования подтверждают, что уровень рецидива со-

¹ Далее по тексту будет использоваться слово «регистр» во множественном или единственном числе для обозначения обоих регистров при отсутствии иных пояснений.

² Федеральным центральным регистром (реестром) мер уголовно-правового характера Генеральной прокуратуры (Bundeszentralregister) ведет учет лиц, осужденных к различным мерам воздействия за запрещенные уголовным законом деяния. Туда же заносится информация о лицах, лишенных дееспособности, а также в отношении которых приняты иные решения судебных и административных органов. В реестр воспитательных мер (Erziehungsregister) заносятся меры, назначаемые судами по делам несовершеннолетних и судьями по делам опеки (См.: Криминология. Словарь-справочник. Составитель Х.-Ю. Кернер. - С. 353-355).

³ Далее по тексту указанные проценты указывают на соотношение к общей совокупности при отсутствии иного пояснения или иного контекста.

⁴ Пробанд (от лат. probare – проверять), в широком смысле слова и в данном контексте – лицо, которое является объектом наблюдения, исследования и сравнения.

⁵ Следует заметить, что используемая в данном случае классификация преступлений – это классификация самого исследователя и не отражает категоризацию преступлений в Германии.

⁶ См. подробнее: Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ: Учебник. Пер. с нем. Я.М. Плошкиной; Под ред. Л.В. Майоровой. - Красноярск, 2004. - С. 331-332.

⁷ См.: Уголовный кодекс ФРГ. Там же. С. 135.

⁸ См.: Уголовный кодекс ФРГ. Там же. С. 141.

⁹ В отношении которых может применяться уголовное право для несовершеннолетних.

¹⁰ Прекращение процесса в связи с незначительностью вины и отсутствием публичного интереса (см. подробнее об этом: Бойльке В. Там же. С. 195-201).

¹¹ В данном параграфе (абз. 1 и 2) закреплены предпосылки освобождения прокурором несовершеннолетнего от уголовного преследования: при наличии предпосылок §153 УПК ФРГ (см. предыдущую сноску), а также в случае, если одна из мер воспитательного воздействия уже проведена или начата, и если прокурор не видит необходимости в участии судьи или в предъявлении обвинения.

вершеннолетних после лишения свободы несколько ниже - 48%, чем после наказания, предусмотренного уголовным законодательством для несовершеннолетних преступников (79%)¹.

Примирение с потерпевшим, в связи с особенностью его концепции, более подходит для разрешения длительных конфликтов². В то же время, согласно данным исследования, процентное соотношение частоты рецидива пробандов, которые были знакомы с потерпевшим, практически идентично процентному соотношению частоты рецидива тех, кто не был знаком с потерпевшим. В связи с этим нельзя однозначно утверждать, что примирение с потерпевшим эффективнее, если участники конфликта знакомы, чем между незнакомыми людьми³.

В поле исследования находился также вопрос о зависимости успешности примирения с потерпевшим от проведения формального разговора в рамках примирения. Выяснилось, что во всех трех возрастных группах частота рецидива пробандов, участвовавших в формальном разговоре с потерпевшей стороной, была ниже, чем тех, кто в подобных беседах не участвовал⁴. Это может указывать на то, что специально-превентивный эффект примирения с потерпевшим проявляется, в особенности, в случае непосредственного урегулирования конфликта между сторонами.

Проведенное исследование на уровне федеральной земли было сопоставлено с другим, менее масштабным исследованием актов прокуратуры с пометкой «примирение с потерпевшим» из города Итцехе (Itzehoe). Анализ данных не дал значительных отклонений показателей, что подтверждает отмеченные тенденции⁵. С помощью сравнения с иными исследованиями рецидива необходимо выяснить, какие признаки выступают в качестве общих факторов, влияющих на рецидив, а какие можно назвать в качестве специфических проблем эффективности примирения с потерпевшим.

За основу сравнения были взяты данные 16 исследований рецидива после применения иных мер уголовно-правового характера. Анализ показал, что во всех без исключения случаях судимость и возрастающая тяжесть преступления имели негативное влияние на легальное поведение пробандов. Также можно было проследить зависимость между отдельными группами деликтов и рецидивом. Частота рецидива после совершения имущественных преступлений была неизменно выше, чем после совершения иных преступлений. Кроме того, можно было наблюдать, что более молодые пробанды становились рецидивистами чаще, чем более взрослые.

Среди совершеннолетних пробандов после проведения примирения с потерпевшим был отмечен самый высокий показатель легального поведения, в особенности, по сравнению с вынесением наказания в виде денежного штрафа или лишения свободы. Примирение с потерпевшим с участием несовершеннолетних обвиняемых оказалось эффективнее в плане специальной превенции по сравнению с наказаниями, предусмотренными JGG. Как отмечает А. Койдель, сравниваемые группы не были идентичны в причинных характеристиках, повлекших рецидив. В связи с этим делать однозначный вывод о лучшем специально-превентивном эффекте примирения с потерпевшим, представляется преждевременным. Однако сравнение и не дает оснований для сомнения в способности данной меры предупреждать совершение новых преступлений.

Подводя итог, можно отметить, что примирение с потерпевшим заслуживает легитимации. Этот институт не только не противоречит целям общей и специальной превенции, но и в некоторых ситуациях может выступать в качестве достойной альтернативы наказанию, выполняя на должном уровне функции позитивной общей и специальной превенции.

Неміс қылмыстық құқығы мысалында жаза мақсатымен жәбірленушімен бітістіру институты сәйкестігі қарастырылады. Жәбірленушімен бітістіруі легитимацияға жатады. Бұл жалпы және арнаулы превенция мақсаттарына қарсылықта емес және де әрбір кезде жазаның баламасы болып шығады деген автордың пікірі.

In German criminal law it is stipulated the institution of reconciliation. Reconciliation with a victim is a subject to be legalized. In opinion of the author it can be alternative of punishment.

¹ См.: Ostendorf H. Kriminalität und Strafrecht. Informationen zur politischen Bildung 248, 2. Aufl., München, 1999. S. 48.

² Keudel A. Там же. S. 128.

³ Keudel A. Там же. S. 128.

⁴ Keudel A. Там же. S. 134.

⁵ Keudel A. Там же. S. 144.

Л.С. ОНДАР

аспирант Академии Генеральной прокуратуры
Российской Федерации

**ВОПРОСЫ СОТРУДНИЧЕСТВА НЕКОТОРЫХ СТРАН СНГ
В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА
(на примере Российской Федерации, Республики Беларусь,
Республики Казахстан и Республики Молдова)**

В настоящее время сложилась определенная система международного сотрудничества государств в сфере уголовного судопроизводства, которая базируется на общепризнанных принципах и нормах международного права, на целом ряде международно-правовых актов, разработанных и принятых усилиями международного сообщества.

Однако растущая международная преступность, способствующая возникновению новых, ранее неизвестных ее форм (преступления в сфере высоких технологий, международный терроризм, торговля людьми, незаконный оборот оружия и т.д.), вызывает необходимость более тесного сотрудничества государств в сфере уголовного судопроизводства.

Еще в «Венской декларации о преступности и правосудии: ответы на вызовы XXI века», принятой 15 апреля 2000 года Десятым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, подчеркивается необходимость достижения самых высоких стандартов справедливости, человечности и профессионального поведения в деле борьбы с преступностью, указывается на ответственность каждого государства за введение и поддержание справедливой, ответственной, этичной и эффективной системы уголовного правосудия, являющейся важным фактором содействия экономическому и социальному развитию и безопасности человека.

Только такая система отправления правосудия способна реально защитить права и законные интересы лиц, потерпевших от преступлений, защитить невиновных граждан от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения их прав и свобод и обеспечить справедливое наказание лиц, действительно совершивших преступление.

При решении этих задач, как представляется, важно как эффективное использование существующих международно-правовых механизмов, так и принятие на национальном и международном уровнях мер по совершенствованию форм и методов сотрудничества в этой сфере.

Вопросы, касающиеся прав человека, основных свобод, демократии и верховенства закона, носят международный характер, и они нашли свое отражение в разработанных и принятых мировым сообществом документах. Их соблюдение составляет одну из основ международного сотрудничества.

Как известно, начало 90-х годов XX века ознаменовалось распадом некогда могущественной державы СССР, повлекшим разрушение единой правоохранительной системы и единого правового пространства на его бывшей территории, и привело к возникновению на политической карте мира Содружества Независимых Государств – СНГ.

Стремление к взаимной интеграции стран Содружества Независимых Государств объективно обуславливает необходимость сближения их правовых и законодательных систем. Необходимо отметить, что процесс заимствования в правовой сфере происходит сложно и противоречиво. До сих пор в области нормотворчества государства проходят апробацию и приспособление к различающимся правовым реалиям каждого из них. Интенсивный процесс интеграции и сближения различных стран учитывает их взаимосвязь, обуславливает неизбежные компромиссы и согласования интересов, а порой вынуждает поступиться ими¹.

В Уставе СНГ (ст. 2) одними из главных целей и задач Содружества были названы взаимная правовая помощь и сотрудничество в сферах

¹ Хабриева Т.Я. Стабильность закона, модернизация законодательства и задач юридической науки // Закон: стабильность и динамика (Материалы заседания международной школы-практикума молодых ученых-юристов. Москва, 1-3 июня 2006 г.) / Отв. ред. Т.Я. Хабриева. - М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2007. - С. 13.

правовых отношений. Более развернутую характеристику это положение нашло в ст. 20 Устава. В ней записано, что «Государства-члены СНГ осуществляют сотрудничество в области права, в частности, путем заключения многосторонних и двусторонних договоров об оказании правовой помощи, и способствуют сближению национального законодательства»¹.

Конституции всех рассматриваемых стран СНГ (России, Беларуси, Казахстана и Молдовы) установили приоритет общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров, что повлекло изменение их национального уголовно-процессуального законодательства.

Со времени образования Содружества Независимых Государств была создана большая нормативно-правовая база в сфере международного сотрудничества. Ориентирами для субъектов правотворчества в странах СНГ являлись общие акты, принимаемые органами СНГ.

В результате предпринимаемых со стороны стран Содружества мер, несмотря на наличие некоторых несовпадений, в целом, в принципиальных ее частях, законодательство стран СНГ осталось в значительной мере схожим, не считая тех моментов, которые неизбежно должны были появиться в связи с изменением форм собственности, глубоких общественных преобразований, построением рыночных отношений, историческими и национальными традициями.

В области нормотворчества государств-участников СНГ в условиях глобализации правовых процессов и создания единого правового поля стран Содружества Независимых Государств активно реализуется опыт рамочных модельных законов, влияющих на состав и содержание законодательства сторон договора.

Как справедливо отмечает Шестакова Е.В., уяснение и вступление в правоотношения норм модельных законов происходит в странах СНГ по-разному, так как степень и масштабы использования результатов модельного правотворчества в решающей степени определяются теми, кто их применяет. Формирование национальных законодательств в новых независимых государствах происходит динамично, а в отдельных случаях даже спонтанно, под влиянием быстро изменяю-

щейся ситуации. Каждое из суверенных государств формирует свою собственную правовую модель с учетом особенностей национального менталитета и правосознания².

Полезность рекомендательных законодательных актов при разработке национального законодательства отмечается всеми государствами СНГ, и все они, по их признанию, в той или иной степени в собственной правотворческой деятельности опираются на законодательные модели международно-правовых актов (далее - МПА) государств-участников СНГ.

Тем не менее, как показывает практика, даже после выполнения всех необходимых внутригосударственных процедур и вступления модельных договоров и соглашений в силу, как части национального законодательства, до их практической реализации часто дело не доходит, так как страны не выполняют взятых на себя обязательств. Внедрение рекомендательных норм в национальное государство наталкивается на многочисленные препятствия. На имплементацию модельных норм оказывают влияние такие факторы, как внутреннее политическое противостояние, разный экономический уровень развития стран СНГ, большая непогашенная задолженность перед международными кредиторами.

На пути сближения уголовно-процессуального законодательства стран СНГ концентрированным выражением взаимных уголовно-процессуальных идей стало принятие Модельного Уголовно-процессуального кодекса – рекомендательного акта для государств Содружества, который был принят Межпарламентской Ассамблеей государств-участников СНГ 17 февраля 1996 г.

Анализ и сопоставление действующих УПК стран-участниц СНГ показал, что при разработке уголовно-процессуальных кодексов они взяли за основу Модельный УПК, и в той или иной степени отразили в них его основные положения. Так, например, в сфере уголовного судопроизводства всеми рассматриваемыми странами СНГ закреплено преимущественное действие как международных договоров независимого государства, так и общепризнанных принципов и норм международного права. Необходимо отметить, что в принятых новых уголовно-процессуальных кодексах,

¹ Текст Устава СНГ см.: *Бюллетень международных договоров*. 1994. №1. - С. 4-14.

² Шестакова Е.В. *Теоретические и практические аспекты применения модельного законодательства в странах СНГ // Право и политика №4. - 2005. - С. 85-92.*

других законах и иных нормативных актах - источниках уголовно-процессуального права, государства-участники СНГ попытались наиболее полно отразить имеющуюся национально-правовую специфику своего государства.

Таким образом, безусловно, принятие новых УПК стран СНГ решило целый круг вопросов в сфере международного сотрудничества, однако механизм регулирования взаимодействия органов уголовного преследования, судов и соответствующих органов иностранных государств и международных организаций, как мы видим, далек от совершенства. Несмотря на то, что международным сообществом ведется большая работа по унификации и гармонизации уголовно-процессуального законодательства стран СНГ, сопоставление международно-правовых документов с принятыми в последние годы рядом государств-участников СНГ новыми уголовно-процессуальными кодексами, свидетельствует об отсутствии в последних механизмов реализации этих направлений в международном сотрудничестве в сфере уголовного процесса.

На наш взгляд, при формировании достаточного правового регулирования в этой сфере необходимо решить вопрос о регламентации в уголовно-процессуальном праве правил выполнения соответствующих процессуальных действий в сфере международного сотрудничества, так как действующее законодательство и международные договоры РФ и других государств-участников СНГ не содержат однозначных предписаний по этому поводу.

В международном правотворчестве стран СНГ особое значение начинает приобретать институциональный механизм, который состоит из органов и организаций двустороннего и многостороннего сотрудничества, органов, создаваемых международными конференциями и совещаниями. Немаловажную роль при этом играют органы прокуратуры.

Одним из важнейших событий в области координации деятельности прокуратур стран Содружества явилось образование Координационного совета генеральных прокуроров стран СНГ в 1995 году. В его состав вошли генпрокуроры 10 стран: Азербайджана, Армении, Беларуси, Грузии, Казахстана, Кыргызстана, Молдовы, России, Таджикистана и Украины.

Основными задачами Координационного совета генеральных прокуроров стран СНГ являются:

согласование и объединение усилий по расширению сотрудничества прокуратур стран СНГ в защите прав и свобод граждан, в укреплении законности, борьбе с преступностью; разработка предложений по сближению национальных законодательств; обсуждение перспектив развития сотрудничества по обмену опытом, организации работы по поддержанию государственного обвинения при рассмотрении судами уголовных дел.

Необходимо упомянуть еще об одной международной организации, основанной 6 июня 1995 г. в представительстве ООН в Вене – о Международной Ассоциации прокуроров (МАП). В ее состав вошли представители 54 стран, включая Россию.

Данная организация добивается большей открытости в деятельности прокуроров, организует различные симпозиумы в целях проведения дебатов и дискуссий. Согласно Уставу Ассоциации, был создан исполнительный комитет МАП, в состав которого на ежегодных конференциях избираются представители прокуратур стран, представляющих различные правовые системы.

Хотя деятельность МАП не преследует целей унификации типов прокуратур в силу исторических и иных различий, объемах и характере содержания их деятельности, тем не менее данное образование носит объединяющий характер, способствующий более тесному сотрудничеству стран. Нужно отметить, что данной организацией большое внимание уделяется разъяснению общественной роли прокурора как защитника общественных интересов и граждан и сторонника соблюдения правовых норм.

Необходимо отметить, что стало традицией регулярное проведение заседаний Координационного совета генеральных прокуроров государств-участников СНГ по различным вопросам их взаимодействия.

Вступление России и Молдовы в Совет Европы и последовавшее за ним вхождение в национальную правовую систему комплекса европейских региональных норм стало очередным этапом развития уголовного процесса в указанных странах СНГ. Это не могло не повлечь существенного изменения места и роли государственного обвинения в системе уголовного судопроизводства как ключевого элемента в обеспечении верховенства права применительно к новым историческим условиям.

Учитывая то, что государственное обвинение

играет ключевую роль в уголовно-правовой системе, а также в международном сотрудничестве по уголовным делам и считая необходимым способствовать единообразию роли государственного обвинения в системе уголовного правосудия стран-участниц, 6 октября 2000 года на 724-м заседании заместителей министров были приняты Рекомендации Комитета министров государствам-членам Совета Европы о роли государственного обвинения в системе уголовного правосудия.

Рекомендации направлены исключительно на установление роли государственного обвинителя в системе уголовного правосудия, хотя государственные обвинители могут иметь и иные важные задачи, к примеру, в области коммерческого или гражданского права.

Рекомендации оговаривают, что действуя не от имени какого-либо (политического или экономического) органа власти и не от своего имени, а от имени общества, государственные обвинители должны руководствоваться при исполнении своих обязанностей общественными интересами. Они должны соблюдать два важных требования, касающиеся, во-первых, прав личности и, во-вторых, необходимой эффективности системы уголовного правосудия, которую государственный обвинитель должен с какой-то стороны обеспечивать.

Стоит обратить внимание также на то, что анализ практики взаимодействия органов прокуратуры стран СНГ показывает, что отсутствие необходимой оперативности при оказании правовой помощи является типичным недостатком для всех стран. Во всех случаях следственные поручения, к сожалению, исполняются в срок, превышающий два месяца, что не позволяет своевременно собрать необходимые доказательства и завершить производство по делу в установленный срок.

Уголовное законодательство рассматриваемых стран СНГ четко не обозначивает основания и условия привлечения к уголовной ответственности граждан, иностранных граждан, лиц без гражданства, совершивших на их территории деяния, наказуемые в уголовном порядке, и скрывшихся на территории других государств. В УПК этих стран содержится лишь общее указание на то, что уголовное преследование этих лиц осуществляется в соответствии с правилами УПК и международных договоров.

Вопросы экстрадиции не получили полного решения в законах, посвященных международному сотрудничеству по уголовным делам, в них просто подтверждается, что такая помощь оказывается в порядке, предусмотренном международными договорами и УПК этих стран. Практика деятельности органов уголовного преследования и судов все чаще сталкивается с многообразными вопросами, возникающими в связи с выдачей по просьбе стороны лица, совершившего преступление, и последующим привлечением его к уголовной ответственности в соответствии с национальным законодательством. Наряду с чисто процедурными вопросами, главная проблема, которая далеко не однозначно решается в практической деятельности правоприменительных органов, заключается в определении объема обвинения и квалификации преступления, которое инкриминируется лицу, выданному другим государством. Наличие этой проблемы порождает затруднения для тех, кто формулирует и предъявляет обвинение. Более того, это сказывается на работе государственных обвинителей при поддержании обвинения в судебном следствии, важном этапе уголовного судопроизводства, где решается главный вопрос о виновности или невиновности обвиняемого лица. Надо отметить, что правоприменители не придают должного значения этой проблеме, видя нечто формальное, малозначимое либо, хотя и принципиально важное, но практически неприменимое до тех пор, пока названные нормы не будут имплементированы в закон. Однако в национальном законодательстве рассматриваемых стран СНГ данный вопрос остается не урегулированным.

Уяснение особенностей вышеуказанной проблемы требует анализа комплекса связанных между собой норм отечественного, международного и иностранного права. В рассматриваемом случае фактический правовой комплекс норм о выдаче лица для привлечения к уголовной ответственности в аспекте формулирования обвинения и квалификации преступления, совершенных экстрадируемыми лицами, имеет специфику, обусловленную выходом за рамки законодательства одного государства и требует законодательного решения.

Международное сотрудничество органов прокуратуры Российской Федерации и стран СНГ в сфере уголовного судопроизводства не ограничи-

вается практикой взаимодействия при оказании правовой помощи и выдаче лиц для уголовного преследования.

Опыт показывает, что государства-участники Содружества Независимых Государств осуществляют международное сотрудничество в данной сфере путем:

а) обмена информационными и статистическими данными по основным направлениям прокурорской деятельности, в том числе и по вопросам, относящимся к предъявлению государственного обвинения при отправлении правосудия;

б) проведения мероприятий по предупреждению, выявлению, пресечению и раскрытию преступлений, защите прав и основных свобод личности;

в) обмена учебными программами, методическими материалами, научно-практическими и учебными пособиями, содержащими опыт работы органов прокуратуры по предупреждению, выявлению, пресечению и раскрытию преступлений;

г) организации совместных научных исследований, семинаров и конференций;

д) содействия в подготовке и повышении квалификации прокурорских кадров, в том числе через аспирантуру и докторантуру;

е) предоставления по запросам сторон нормативных актов, регламентирующих деятельность органов прокуратуры.

О возрастающем значении развития реформы системы уголовного судопроизводства говорит принятие в рамках Координационного совета генеральных прокуроров государств-участников Содружества Независимых Государств по инициативе Республики Беларусь 25 апреля 2007 года программы сотрудничества генеральных прокуратор государств-участников СНГ в сфере обмена опытом организации работы по поддержанию государственного обвинения при рассмотрении судами уголовных дел на 2007-2009 годы¹.

Принятие данной Программы обусловлено необходимостью дальнейшего развития сотрудничества генеральных прокуратор государств-участников Содружества Независимых Государств в сфере обмена опытом по поддержанию госу-

дарственного обвинения по уголовным делам в условиях осуществления уголовного судопроизводства на принципах состязательности.

Целью Программы является повышение качества поддержания государственного обвинения, и ее реализация должна осуществляться в соответствии с принципами и нормами международного права и национальным законодательством государств-участников СНГ.

В Республике Беларусь, например, ежегодно разрабатываются государственные программы по усилению борьбы с преступностью. В структуру программ в обязательном порядке входят положения по реализации Межгосударственных программ по борьбе с преступностью. Так, например, в Государственной программе по усилению борьбы с преступностью на 2004-2005 годы² был регламентирован комплекс мер по развитию белорусско-российской союзной программы «Борьба с преступностью на территории государств-участников Союзного государства на период 2003-2005 годы». Программа ориентирует на продолжение сотрудничества с Советом Европы по присоединении Беларуси к основным международным договорам в уголовно-правовой сфере. Правопреемником этой программы стала Государственная программа по борьбе с преступностью на 2006-2010 годы³. В ней особо подчеркивается о необходимости реализации эффективных мер в борьбе против транснациональной преступности. В Программе предусмотрено проведение анализа практики реализации международных договоров Республики Беларусь в области правовой помощи по уголовным делам. По ее результатам предполагается подготовить предложения по внесению изменений и дополнений в акты законодательства Республики Беларусь.

В сентябре-октябре 2006 года Россия участвовала в обсуждении пресекта справочного руководства «Соблюдение правил законного и надлежащего процесса в уголовных системах правосудия»⁴ (далее - Справочник), разрабатываемого Советом Европы по линии ОБСЕ с целью создания международных рекомендаций по уголовно-процессуальной процедуре. Помимо России, в ней приняли участие Казахстан, Франция, Австрия и другие страны.

¹ <http://cis.minsk.by/main.aspx?uid=8> (официальный сайт Исполнительного комитета СНГ).

² О государственной программе по усилению борьбы с преступностью на 2004-2005 годы: Указ Президента Республики Беларусь, 13 февраля 2004 г., №75 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. - 2004. - №35 - 1/7278.

³ О Государственной программе по борьбе с преступностью на 2006-2010 годы: Указ Президента Республики Беларусь, 21 февраля, 2006 г., №103 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. - 2006. - №35 - 1/9226.

⁴ Прокофьева С.М. Участие России в разработке Советом Европы Справочного руководства по уголовному процессу. - СПб., 2007 г. // Стратегии уголовного судопроизводства. Материалы международной конференции, посвященной 160-летию годовщины проф. И.Я. Фойницкого, 11-12 октября 2007 г. (Санкт-Петербург).

Совместная работа над проектом Справочника привела к тому, что многие положения, противоречащие уголовно-процессуальному законодательству той или иной страны, в том числе и России, были изменены с учетом особенностей практики и традиций данного государства. Дискуссия проходила исключительно в рамках уголовного процесса и не затрагивала чисто политические аспекты. Все участники единодушно согласились, что целью уголовного судопроизводства являются:

- независимое, справедливое и эффективное правосудие;
- уважительное отношение к правам человека и основным свободам;
- беспристрастное действие общедоступной судебной службы;
- мирное общество, защищенное от преступления и безнаказанности.

Было пояснено, что этот документ будет носить чисто рекомендательный характер. Он разработан с целью повышения уровня сотрудничества стран Европы с организованной преступностью и совершенствования взаимодействия местных властей, участвующих государств с международными организациями.

Интересным также является тот факт, что в Справочнике предусмотрено три стороны в уголовном судопроизводстве: защита, прокуратура и гражданская сторона. По данному факту следует отметить, что в России существует только две стороны в процессе: сторона защиты и сторона обвинения, которую, наряду с прокурором, следователем, руководителем следственного органа, органом дознания, начальником подразделения дознания и дознавателем представляют потерпевший, частный обвинитель, гражданский истец, а также их представители.

В раздел Справочника, посвященный правам участников судопроизводства, вошли положения, которые в основном отражают принципы уголовного судопроизводства, закрепленные в главе 2 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Среди них были указаны принцип презумпции невиновности, равенство всех перед законом и судом, право каждого на рассмотрение его дела тем судом и тем судьей, к подсудности которого оно относится; принцип, согласно которому никто не может быть дважды осужден за одно и то же деяние; уголовный закон обратной

силы не имеет; привлечение к уголовной ответственности должно проводиться на основании и в порядке, предусмотренном законом в соответствии с уголовно-процессуальной процедурой и с учетом умственного состояния и возраста преступника.

Проблема сотрудничества государств в сфере уголовного судопроизводства представляет особую актуальность на сегодняшний день не только для России, но и для других государств СНГ. Об этом свидетельствует значительное внимание, уделяемое ей в действующих и разрабатываемых международно-правовых документах.

Выступая на научно-практической конференции, посвященной 15-летию образования арбитражных судов РФ, Президент России Д.А. Медведев (тогда еще – вице-премьер РФ), подчеркнул необходимость создания специального межгосударственного механизма унификации законодательства стран СНГ, «без которого интеграция, движение вперед станут невозможны». Д. Медведев заявил, что необходимо продолжить движение по пути формирования единообразных законодательств на постсоветском пространстве. Страны постсоветского пространства, считает Д. Медведев, «исторически и генетически близки друг к другу»¹.

Таким образом, можно сделать вывод, что в настоящее время сложилась определенная система международного сотрудничества между странами СНГ. Основой для разработки и принятия базовых национальных законов и одним из источников международного права стала Венская Конвенция о праве международных договоров. Страны СНГ присоединились к большинству универсальных международных правовых актов, принятых на основе Всеобщей декларации прав человека и отразили их в своем национальном законодательстве. Конституции всех рассматриваемых стран СНГ установили приоритет общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров, что повлекло изменение их национального уголовно-процессуального законодательства.

Со времени образования СНГ была создана большая нормативно-правовая база в сфере международного сотрудничества в области уголовного судопроизводства. Ориентирами для субъектов правотворчества в странах СНГ являлись общие акты, принимаемые органами СНГ. Именно та-

¹ Кишиневская Конвенция в Российской Федерации на данный момент не ратифицирована (прим. автора).

кие обширные и многоплановые международные документы, как Минская и Кишиневская конвенции¹, заложили правовые основы для сотрудничества государств-членов СНГ в сфере осуществления уголовного преследования.

Взаимодействие государств СНГ по сотрудничеству и помощи по уголовным делам осуществляется посредством их участия в международных совещаниях, конференциях, заседаниях Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ, Международной Ассоциации прокуроров и Координационного совета генеральных прокуроров государств-участников СНГ по различным вопросам их взаимодействия.

Активно реализуется опыт рамочных модельных законов, влияющих на состав и содержание законодательства сторон договора. Полезность рекомендательных законодательных актов при разработке национального законодательства отмечается всеми государствами СНГ. Так, например, при разработке уголовно-процессуальных кодексов они взяли за основу Модельный УПК, и в той или иной степени отразили в них его основные положения. В сфере уголовного судопроизводства всеми рассматриваемыми странами СНГ закреплено преимущественное действие как международных договоров независимого государства, так и общепризнанных принципов и норм международного права.

Хотя и медленно, но происходит сближение правовых и законодательных систем рассматриваемых стран СНГ. Процесс заимствования в правовой сфере происходит сложно и противоречиво. В целом, в принципиальных ее частях, законодательство стран СНГ осталось в значительной мере схожим, не считая тех моментов, которые неизбежно должны были появиться в связи с изменением форм собственности, глубокими общественными преобразованиями, построением рыночных отношений, историческими и национальными традициями.

Как показывает анализ, основополагающие документы, сыгравшие положительную роль в международно-правовом сотрудничестве стран СНГ, оказались не лишены существенных недостатков, среди которых можно отметить бланкетный характер многих положений; несовершенство осуществления контактов; неурегулированность вопросов о сроках исполнения международных процессуальных актов и др. Главным недостатком является необязательность большинства принимаемых решений. Межгосударственные договоры и соглашения, заключенные в рамках СНГ, как правило, не предусматривают санкций за их неисполнение. Даже после выполнения всех

необходимых внутригосударственных процедур и вступления модельных договоров и соглашений в силу как части национального законодательства, до их практической реализации часто дело не доходит, так как страны не выполняют взятых на себя обязательств. В организационной структуре Содружества практически нет органов, обеспечивающих принудительное исполнение межгосударственных договоров, а также решения органов СНГ.

Сопоставление международно-правовых документов с рядом действующих уголовно-процессуальных кодексов государств-участников СНГ показывает, что в последних отсутствует механизм реализации обозначенных в них направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса.

Характерно, что уголовно-процессуальные законы рассматриваемых стран СНГ не формулируют цели и принципы сотрудничества с другими государствами, не содержат полного перечня форм такого сотрудничества.

Требуют законодательного разрешения вопросы регламентации в уголовно-процессуальном праве правил выполнения соответствующих процессуальных действий в сфере международного сотрудничества.

Уголовное законодательство рассматриваемых стран СНГ четко не обозначило основания и условия привлечения к уголовной ответственности граждан, иностранных граждан, лиц без гражданства, совершивших на их территории деяния, наказуемые в уголовном порядке, и скрывшихся на территории других государств. В УПК этих стран содержится лишь общее указание на то, что уголовное преследование этих лиц осуществляется в соответствии с правилами УПК и международных договоров.

Анализ практики взаимодействия органов прокуратуры стран СНГ показывает на наличие типичных недостатков для всех стран: отсутствие необходимой оперативности при оказании правовой помощи, следственные поручения исполняются в срок, превышающий два месяца, что не позволяет своевременно собрать необходимые доказательства и завершить производство по делу в установленный срок и другие.

Наряду с чисто процедурными вопросами, главная проблема, которая далеко не однозначно решается в практической деятельности правоприменительных органов, заключается в определении объема обвинения и квалификации преступления, которое инкриминируется лицу, выданному другим государством. Наличие этой проблемы порождает

¹ http://www.businesspress.ru/newspaper/article_mld_5612_alld_417576.html

затруднения для тех, кто формулирует и предъявляет обвинение. Более того, это сказывается на работе государственных обвинителей при поддержании обвинения в суде, где решается главный вопрос о виновности обвиняемого лица. Правоприменители не придают должного значения этой проблеме, видя нечто формальное, малозначимое либо, хотя и принципиально важное, но практически неприменимое до тех пор, пока названные нормы не будут имплементированы в закон. В национальном законодательстве рассматриваемых стран СНГ данный вопрос остается не урегулированным.

Уяснение особенностей вышеуказанной проблемы требует анализа комплекса связанных между собой норм отечественного, международного и иностранного права. В рассматриваемом случае фактический правовой комплекс норм об осуществлении уголовного преследования и выдаче лица для привлечения к уголовной ответственности в аспекте формулирования обвинения и квалификации преступления, совершенных экстрадированными лицами, имеют специфику, обусловленную выходом за рамки законодательства одного государства и требуют законодательного решения.

К сожалению, приходится констатировать, что в настоящее время в поле зрения международного юридического сообщества в большинстве своем попадают вопросы, посвященные досудебному производству: уголовное преследование лиц, совершивших преступления на территории другого государства, вопросы их выдачи, производство осмотров и судебных экспертиз; передача вещественных доказательств и предметов (вещей) и т.д. Не оспаривая важность этих вопросов и необходимость их изучения для дальнейшего совершенствования норм уголовно-процессуального законодательства в сфере международного сотрудничества, необходимо отметить, что дискутируя на эти темы, законодатели, ученые-теоретики и практики, как

представляется, уделяют незначительное внимание судебным стадиям уголовного судопроизводства и процессуальным аспектам этой деятельности, в частности, таким важным вопросам, как поддержание государственного обвинения в суде, которое, на наш взгляд, играет ключевую роль в уголовном судопроизводстве. Несовершенство процедур в судебных стадиях уголовного судопроизводства приводит к возникновению целого ряда проблем, связанных с поддержанием государственного обвинения в суде по делам о преступлениях, совершенных в различных странах СНГ. Например, в части взаимного признания совокупности либо повторности совершения преступления или же в части, касающейся прежних судимостей преступников на территории различных стран СНГ, а также совершения преступления при рецидиве или особо опасном рецидиве (если преступные деяния совершены на территории различных государств), назначения вида режима исправительного учреждения и т.д. Безусловно, нерешенность этих проблем осложняет деятельность государственных обвинителей на их и без того нелегком поприще, что в итоге может привести к необоснованным приговорам, нарушению прав и свобод человека.

Таким образом, анализ норм международного права, отечественного и иностранного уголовно-процессуального законодательства стран СНГ выявил как положительные тенденции в правовой сфере международного сотрудничества, так и имеющиеся существенные пробелы, которые были обозначены выше. Проведенное исследование позволяет сделать вывод о том, что международно-правовое сотрудничество представляет собой сложное и многосистемное явление, требующее проведения фундаментальных научных исследований в области уголовного судопроизводства государств-участников СНГ.

Мақала авторы құқық қатынастары саласындағы өзара құқықтық көмек пен ынтымақтастық туралы ережелерді қамтитын халықаралық құжаттарды талдауға жан-жақты тоқталады, Ресей Федерациясы, Беларусь Республикасы, Қазақстан Республикасы және Молдова Республикасы сияқты мемлекеттердің қылмыстық іс жүргізу заңнамасының жалпы сипатын бөледі.

The author of the article in detail stops on the analysis of the international documents containing rules on the mutual legal help and cooperation in spheres of the legal attitudes allocates the general features of the criminal-adjecutive legislation of such states as the Russian Federation, the Republic of Belarus, the RK and the Republic of Moldova.

А.Е. СЫДЫКОВАсоискатель кафедры
уголовно-правовых дисциплин КазГЮУ**УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ
НЕЗАКОННОГО ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ**

Привлечение к уголовной ответственности, а также освобождение от уголовной ответственности осуществляются в процессе правосудия. Правосудие представляет собой специфическую социальную деятельность государства. Это сложная динамическая система, состоящая из двух автономных, но взаимосвязанных частей: собственно правосудия, то есть судебного разбирательства уголовных дел и досудебного (предварительного) расследования.

Досудебное расследование – это поисково-познавательная и удостоверительная деятельность с целью установления обстоятельств совершенного деяния. В ходе собирания доказательств большое значение имеет оценочная деятельность следователя. Она состоит в оценке относимости, допустимости и достоверности собираемых доказательств. В процессе оценочной деятельности следователь делает промежуточные выводы и окончательный вывод по уголовному делу, принимает тактические и процессуальные решения. Одним из важнейших является вынесение постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого. Это привлечение лица к уголовной ответственности, определение в процессуальной форме ее сущности, квалификации деяния. До вынесения указанного постановления лицо может быть подозреваемым. Как известно, это лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело либо задержанное в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом, также лицо, к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения. В любом из этих случаев начинается процесс привлечения лица к уголовной ответственности. Подозреваемый – не обязательная фигура в уголовном процессе. Обвинение может быть предъявлено и без допроса лица в качестве подозреваемого. В постановлении о привлечении в качестве обвиняемого содержатся сведения об обстоятельствах совершения преступления и вывод следователя о привлечении лица к уголовной ответственности [1].

Привлечение лица к уголовной ответственности не является одномоментным. Оно растянуто во времени в соответствии с процедурой уголовного судопроизводства. Изменение обвинения в ходе

расследования, равно как и частичное прекращение уголовного преследования принципиально не меняет. Лишь прекращение уголовного дела в стадии предварительного расследования или оправдание подсудимого означает прекращение уголовного преследования. Лицо может быть освобождено от уголовной ответственности в предусмотренных законом случаях. Для законного и обоснованного освобождения необходимы основания и условия. В случаях отсутствия предусмотренных законом оснований и условий освобождение лица от уголовной ответственности недопустимо. Принятие решения об освобождении следует считать незаконным, то есть само освобождение будет незаконным.

Для изучения понятия незаконного освобождения от уголовной ответственности необходимо вернуться к анализу условий, предусмотренных законом для освобождения от уголовной ответственности. Очевидно, что основания освобождения указаны в нормах кодекса. Основания и условия в совокупности составляют обстоятельства, наличие которых делает привлечение к уголовной ответственности и ее реализацию целесообразной. Эти обстоятельства существуют для каждого вида освобождения от уголовной ответственности. Например, для детального раскаяния необходимо, чтобы лицо, совершившее впервые преступление небольшой или средней тяжести, добровольно явилось в органы власти и своим поведением должно способствовать раскрытию преступления, раскаяться в совершенном, принять меры к возмещению вреда [2]. Названные пять обстоятельств обязательны. При отсутствии любого из них раскаяние не будет соответствовать требованиям, предъявляемым нормам процессуального законодательства. Лицо не может быть освобождено от уголовной ответственности: если же следователь принимает решение об освобождении, то оно будет незаконным.

Необходимо отметить, что закон условия освобождения от уголовной ответственности разделяет на уголовно-правовые (материальные) и уголовно-процессуальные. Уголовно-процессуальные условия определяют сам процесс и порядок

освобождения от уголовной ответственности. Под основаниями, таким образом, надо понимать все виды освобождения от уголовной ответственности и прекращения ее, указанные в Уголовном и Уголовно-процессуальном кодексах Республики Казахстан. Несоблюдение обстоятельств, то есть оснований и условий освобождения от уголовной ответственности делают такое освобождение незаконным. Таким образом, законное освобождение – это решение следователя, суда, основанное на вышеуказанных положениях Уголовного и Уголовно-процессуального закона. Незаконное освобождение – то же деяние, но совершенное с нарушением указанных норм. Полагаем, что именно указанное содержание незаконного освобождения от уголовной ответственности и вкладывает законодатель в формулировку, применяемую в норме ст. 345 Уголовного кодекса. Именно эти показатели раскрывают объективные признаки данного состава преступления.

Рассматриваемая норма нацелена на пресечение деяний, препятствующих реализации уголовной ответственности. Круг общественных отношений, как тесно отмечает Л.В. Лобанова, определяет непосредственный объект этого преступления как общественные отношения, обеспечивающие целесообразную реализацию уголовной ответственности граждан, совершивших преступление [3, С. 87].

Незаконное освобождение от уголовной ответственности совершается в различных формах. Но сущность одна – решение принимается при отсутствии оснований и условий, предусмотренных законом. Таким образом, незаконное освобождение от уголовной ответственности связано с процессом привлечения к уголовной ответственности. Механизм привлечения, как отмечалось, – это нормальное, практически обязательное явление в расследовании. Если совершено преступление, то объективно предполагается уголовная ответственность лица, его совершившего. Это лицо может быть известно с самого начала, может выявляться в ходе расследования. С момента выявления лица следователь решает задачу привлечения его к уголовной ответственности. Решая ее, следователь одновременно обязан удостовериться в том, что нет обстоятельств, препятствующих дальнейшему производству по уголовному делу. Если таковых нет, то перед вынесением постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого или после него по инициативе следователя или стороны защиты может возникнуть вопрос об освобождении лица от уголовной ответственности. Решение этого вопроса основывается на основаниях и фактах, указанных в законе. Нарушение закона и будет незаконным осво-

бождением от уголовной ответственности. Решение следователя обязательно имеет форму постановления о прекращении уголовного дела или уголовного преследования [4].

В этой связи важным представляется вопрос о моменте окончания данного преступления. В литературе, да и на практике этот вопрос решается по-разному. Так, бытует точка зрения, что преступление окончено с момента составления конкретного процессуального акта о привлечении лица в качестве обвиняемого [5, С. 728].

Другие полагают, что посягательство закончено с момента предъявления обвинения и привлечения лица в качестве обвиняемого в независимости от последующего движения дела [6, С. 12]. По их мнению, способом освобождения является вынесение постановления об отказе в возбуждении уголовного дела либо о его прекращении, причем освобождение признается незаконным, когда имелись фактические и юридические основания для уголовного преследования лица, виновного в совершении преступления, и отсутствии основания к прекращению дела. Преступление считается окончанным в момент вынесения соответствующего постановления. Авторы учебника «Уголовное право России. Особенная часть» также указывают, что преступление окончено с момента составления виновным процессуального акта, которым либо отказывается в возбуждении уголовного дела, либо оно в отношении данного лица прекращается [7, С. 440].

Профессор С.М. Рахметов, посвятивший этой проблеме докторское исследование, в своей монографии отмечает, что для признания незаконным освобождения от уголовной ответственности лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, необходимо установить, что лицо фактически совершило преступление и его не следовало освобождать от уголовной ответственности. Только в таком случае деяние лица, незаконно освободившего от ответственности преступника, может обладать признаком общественной опасности, так как предписания ст. 344 Уголовного кодекса направлены на предотвращение случаев освобождения от ответственности лиц, виновных в совершении преступления. Для признания наличия этого признака не имеет значения, нормы материального или процессуального права нарушены субъектом рассматриваемого преступления. Во всех случаях нарушения норм материального права при незаконном освобождении от уголовной ответственности может быть признано наличие состава рассматриваемого преступления. Например, незаконное освобождение от уголовной ответственности лица по акту об амнистии, если закон на него не распространя-

ется; незаконное освобождение от уголовной ответственности дезертира якобы в связи с его добровольной явкой с повинной для дальнейшего прохождения военной службы, когда добровольной явки фактически не было. Однако состояние действующего уголовного законодательства не позволяет применять ст. 345 Уголовного кодекса при одном из наиболее часто встречающихся на практике способов незаконного освобождения виновного в совершении преступления лица от уголовной ответственности – путем незаконного отказа в возбуждении уголовного дела, а в данной норме идет речь о незаконном освобождении от уголовной ответственности подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления.

Действующая редакция ст. 345 Уголовного кодекса свидетельствует о том, что данное преступление, возможно, совершается в рамках возбужденного уголовного дела. Если в отношении виновного в совершении преступления заведомо незаконно выносится постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, деяние не может быть квалифицировано по рассматриваемой статье. Под действие рассматриваемой статьи не подпадают случаи незаконного прекращения уголовного дела, когда подозреваемый не установлен, преступление не раскрыто. Также нельзя привлекать к уголовной ответственности лицо, незаконно прекратившее уголовное дело в связи с неустановлением места пребывания преступника, если он скрывается от следствия. По данной статье Уголовного кодекса не подлежит ответственности следователь, дознаватель или прокурор, которые незаконно прекратили уголовное дело в отношении лица, совершившего преступление, но в предусмотренном в уголовно-процессуальном порядке не признано подозреваемым или обвиняемым [8, С. 120-121].

Профессор С.М. Рахметов относит данное преступление к числу формальных, поскольку преступление считается оконченным с момента подписания незаконного постановления о прекращении дела независимо от дальнейшей судьбы уголовного дела и независимо от того, фактически освободилось ли привлекаемое лицо от уголовной ответственности. Преступление признается оконченным также независимо от того, будет ли в дальнейшем это постановление отменено или вступит в силу, может совершаться только в процессе предварительного расследования.

Мы разделяем последнюю точку зрения. Этот вопрос надлежит решать однозначно. Разброс мнений по нему чрезвычайно широк. Некоторые авторы вообще размыывают решение вопроса, полагая, что преступление закончено с момента

принятия виновным решения об освобождении от уголовной ответственности и реализации этого решения [9, С. 306]. При этом упускается из поля зрения то, что само решение о последующем незаконном освобождении еще может быть не связано с оформлением соответствующих документов. Решение об освобождении фактически будет выражаться внешне только в заявлении о намерении совершить незаконное освобождение.

Реформирование уголовного процесса достигнуто включением в кодекс новых положений, регламентирующих производство по уголовному делу, которые были разработаны с учетом современных достижений процессуальной науки и правоприменительной практики, реальной политической и экономической обстановки в стране. Основополагающими факторами в уголовном процессе являются: совершение преступления, выявление лица, его совершившего, основания для привлечения к уголовной ответственности (привлечение в качестве обвиняемого), основания и условия для освобождения от уголовной ответственности. В этом процессе, то есть в уголовном судопроизводстве, основополагающий фактор – возникновение уголовно-правовых отношений. Без совершения уголовно наказуемого деяния нет уголовной ответственности. Дальнейшее происходит в формах судопроизводства: выявление преступления и расследование.

Поэтому незаконное освобождение от уголовной ответственности возможно только на пути развития уголовно-правовых отношений. Это аксиома, в доказательствах не нуждающаяся. Мы анализируем ее содержание с целью дальнейшего исследования форм незаконного освобождения от уголовной ответственности. Исследование форм, в свою очередь позволит всесторонне определить оптимальность диспозиции действующей уголовно-правовой нормы о незаконном освобождении от уголовной ответственности.

По существу, преступления против правосудия впервые выделялись в самостоятельную главу по признаку родового объекта в Уголовном кодексе. Ныне имеющий юридическую силу Уголовный кодекс сохранил преемственность многих уголовно-правовых норм, предусматривающих общественно опасные деяния, посягающие на интересы правосудия, однако многие из них подвергались существенным изменениям и дополнениям, в особенности преступления, совершаемые представителями власти и другими лицами, являющимися специальными субъектами.

В главе 15 Уголовного кодекса о преступлениях против правосудия и порядка исполнения наказаний норма о заведомо незаконном освобожде-

нии от уголовной ответственности появилась в 1997 году впервые в истории отечественного уголовного законодательства. Это не означает, что до указанного времени в обществе отсутствовало данное явление. Лица, уличенные в его совершении, привлекались к ответственности по статьям Уголовного кодекса, предусматривающим сходные преступления (злоупотребление властью, фальсификация доказательств). Остатки существовавшей ранее практики порой проявляются и ныне, на что будет обращено внимание ниже. Отметим, что рассматриваемая норма может быть использована как правовое основание для привлечения должностных лиц правоохранительных органов к уголовной ответственности за специфическое злоупотребление.

В действующем Уголовном кодексе нашей страны разграничены основания освобождения от уголовной ответственности и обстоятельства, исключающие преступность деяния. Следовательно, существуют нереабилитирующие и реабилитирующие виды оснований прекращения уголовных дел. Буквальное толкование диспозиции данной нормы, приводит к выводу, что круг незаконно освобождаемых лиц ограничен лишь первым из указанных видов оснований. Лицо, привлекаемое к уголовной ответственности, может быть освобождено от нее при наличии оснований и условий, предусмотренных в уголовном законодательстве, а освобождение от нее при отсутствии указанных оснований и условий недопустимо: если оно осуществлено следователем, дознавателем или прокурором, то считается незаконным.

Уголовный кодекс не содержит определения незаконного освобождения от уголовной ответственности. Очевидно, что это деяние, направленное на устранение негативных последствий для лиц, совершивших преступление. Устранение их возможно путем выявления оснований и условий или путем их фальсификации. Незаконное освобождение может осуществляться в различных формах и различными способами. Это могут быть и действия по нейтрализации или устранению обстоятельств, препятствующих созданию ложных оснований и условий для «законного» освобождения. Любые действия, направленные на фальсификацию оснований и условий для освобождения от уголовной ответственности либо препятствующие изобличению лица, совершившего преступление, должны попадать под действие нормы, предусматривающей ответственность в соответствии с уголовно-правовой нормой.

Норма уголовного законодательства о заведомо незаконном освобождении от уголовной ответственности призвана способствовать законной

реализации уголовной ответственности лиц, совершивших преступление. Она должна обеспечивать законность уголовно-правовых отношений, возникающих после совершения преступления.

В уголовно-процессуальном законодательстве нет требования о быстром и полном раскрытии преступления. Однако фактически оно осталось. Каждое преступление должно быть раскрыто, выявлены все его обстоятельства и решен вопрос об уголовной ответственности лица, его совершившего. Любые возникшие нарушения установленного законом порядка усложняют задачи правоохранительных органов. Данное преступление подрывает государственную власть путем дискредитации органов расследования и судебной власти, снижает ее авторитет, расшатывает веру населения в справедливость правосудия [10, С. 417].

Правосудие в обязательном порядке должно осуществляться в соответствии с установленным уголовным и уголовно-процессуальным порядком привлечения лица к уголовной ответственности. Этот порядок обязателен для всех лиц, занимающихся расследованием и судебным рассмотрением уголовных дел. Существуют нормальные общественные отношения, отражающие законную, справедливую деятельность правоприменительных органов по уголовному преследованию и привлечению лица к уголовной ответственности, а также основания, условия и порядок освобождения лиц от уголовной ответственности. Ответственность за незаконное освобождение от уголовной ответственности имеет профилактическое значение для следователей, дознавателей и прокуроров.

Заведомо незаконное освобождение от уголовной ответственности относится к категории тяжких преступлений. Мера наказания – только лишение свободы. Это связано с социальной значимостью уголовного закона, деятельность по расследованию по своей природе, по социальному назначению должна быть справедливой. Нарушения установленного порядка самым отрицательным образом влияют не только на население, они негативно сказываются на самой правоохранительной деятельности и на моральном состоянии работников этой сферы. И самое главное – незаконное освобождение от уголовной ответственности дезорганизирует расследование как основное средство борьбы с преступностью, и несомненно, такие действия подрывают веру людей в правосудие и справедливость, создают у преступника чувство безнаказанности.

Обеспечение, соблюдение законности в расследовании преступлений – сложная государственная задача. Уголовные запреты на различные отступления от законности, в том числе и запрет на неза-

конное освобождение от уголовной, служат укреплению законности. В этом заключается социальная роль нормы права, содержащейся в статье 345 Уголовного кодекса Республики Казахстан.

Законодатель ограничивает часть общественных отношений, опосредствующих реализацию уголовной ответственности в соответствии с нормами уголовного судопроизводства. Конкретизация осуществляется в соответствии с процессами уголовного преследования и появления в расследовании процессуальных фигур подозреваемого и обвиняемого. У подозреваемого и обвиняемого существует установленный законом спектр прав и обязанностей. Если появление первого связано с определенными процессуальными действиями в отношении него, то обвиняемым лицо становится после вынесения специального процессуального решения – вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого. Появление названных фигур в конкретном расследовании означает, что процесс привлечения лица к уголовной ответственности конкретизируется и формализуется, индивидуализируется. Между подозреваемым или обвиняемым и государством в лице должностных лиц правоохранительных органов возникают общественные уголовно-правовые отношения. Эти отношения должны складываться на основе норм уголовного и уголовно-процессуального права. Они являются объектом законного освобождения от уголовной ответственности. Наряду с ними существуют общественные отношения между должностными лицами, осуществляющими расследование, и государством. Эти отношения отражают содержание законной деятельности по расследованию преступлений. Прежде всего, это обязанности должностных субъектов по уголовному преследованию лиц, совершивших преступления, по привлечению их к уголовной ответственности и законному освобождению от ответственности [11].

Особо следует отметить, что довольно большую группу преступлений против правосудия, а точнее, преступлений, посягающих на исполнение конституционных принципов правосудия и имеющих повышенную общественную опасность, представляют общественно опасные деяния, совершаемые представителями власти, то есть лицами, которые признаны сами соблюдать и охранять законы и защищать интересы граждан. Речь идет о специальных субъектах, которыми совершаются следующие преступления: привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности, заведомо незаконное освобождение от уголовной ответственности, незаконное задержание, заключение под стражу или содержание под стражей, при-

нуждение к даче показаний, фальсификация доказательств, вынесение заведомо неправосудного приговора, решения. Перечисленные преступления составляют 7,5% от общего количества преступлений со специальным субъектом с признаками должностного лица.

Пятнадцатая глава Уголовного кодекса относится к преступлениям со специальным субъектом, в случаях, когда они совершаются представителями власти, которыми могут быть только прокурор, следователь, лицо, производящее дознание, судья, или лицо, наделенное правом производить задержание. Во всех этих случаях следует говорить о специальном субъекте. Само понятие «представитель власти», как разновидность должностного лица, определено законодателем в примечании к статье 320 Уголовного кодекса Республики Казахстан, предусматривающей уголовную ответственность за посягательство на порядок управления. Согласно закону, представителем власти признается должностное лицо как правоохранительного, так и контролирующего органа, либо другое должностное лицо, наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, которые не находятся от него в служебной зависимости. Следовательно, специальными субъектами могут быть только представители власти, которые наделены властными полномочиями по отношению к другим гражданам.

Однако основные признаки представителя власти как разновидности должностного лица требуют более детального рассмотрения, а в дальнейшем и изучения. Прежде всего, следует отметить, что представитель власти должен обладать властными полномочиями, которые реализуются в праве должностного лица отдавать в пределах своей компетенции указания или распоряжения, обязательные к исполнению как должностными лицами, так и гражданами, предприятиями, учреждениями, организациями и другими юридическими лицами независимо от их правового статуса, ведомственной принадлежности и подчиненности. Причем представитель власти осуществляет свои полномочия в установленном законом порядке постоянно, временно, по специальному поручению. Поэтому для признания лица представителем власти необходимо установить, на каком основании он занимает должность в органах законодательной, исполнительной, а также судебной власти либо в органах местного самоуправления.

Таким образом, по отношению к другим должностным лицам представители власти, как субъекты должностного преступления, как справедливо и правильно отмечает профессор Б.В. Здравомыс-

лов, обладают рядом специфических признаков, правильное определение которых имеет большое значение для применения соответствующих норм, предусматривающих ответственность за самые различные должностные преступления [12, С. 43].

В свою очередь, правильное установление признаков специального субъекта – представителя власти – дает возможность отграничивать специальные составы от общих должностных преступлений. Особенно важно, когда имеют место общая и специальная нормы (конкуренция норм) и согласно закону совокупность преступлений отсутствует, а уголовная ответственность наступает по специальной норме. На сегодняшний день под предмет статьи 345 подпадают лишь факты необоснованного прекращения уголовного дела узким кругом специальных субъектов. Вместе с тем в практике других государств этот вопрос решается более эффективно. Например, по Уголовному кодексу Германии уголовная ответственность установлена даже за приостановление производства по делу, за вынесение постановления о возбуждении уголовного дела. Так, ст. 258 УК ФРГ гласит: «Если в случаях, предусмотренных & 258, абз. 1 виновный,

являясь должностным лицом, участвует в уголовном процессе или производстве по применению мер (& 11, абз. 1, №8) или в случаях, предусмотренных & 258, абз. 2, виновный, являясь должностным лицом, призван участвовать в исполнении наказания, ... мерой наказания является лишение свободы на срок от шести месяцев до трех лет или денежный штраф» [13, С. 147]. Поэтому Уголовный кодекс определяет круг специализированных субъектов по анализируемому составу значительно шире, и это серьезно повышает эффективность уголовного закона в данной сфере.

Лицо, освобождающее от уголовной ответственности подозреваемого и обвиняемого в совершении преступления – должностное лицо правоохранительных органов, компетентное выносить решение о привлечении к уголовной ответственности, а также об освобождении от нее. По уголовно-процессуальному закону это следователь, дознаватель, прокурор. Действующий Уголовно-процессуальный кодекс четко определил и дифференцировал процессуальные функции государственных органов и лиц, участвующих в уголовном процессе.

Использованная литература

1. Толубекова Б.Х. Уголовно-процессуальное право Республики Казахстан.
2. Уголовное право Казахстана. Общая часть: Учебник для вузов / Под ред. И.И. Рогова, С.М. Рахметова. - Алматы: «Баспа», 1998.
3. Лобанова Л.В. Преступления против правосудия: теоретические проблемы классификации и законодательной регламентации. – Волгоград, 1999.
4. Власов В.И. Расследование преступлений. Проблемы качества. – Саратов, 1998.
5. Елизаров П. Преступления против правосудия. – Киев, 1965.
6. Уголовное право России. Часть Особенная. - М.: Волтерс-кловвер, 2004.
7. Уголовное право РФ. Особенная часть: Учебник. / Отв. ред. Б.В. Здравомыслов. - М., 1996.
8. Рахметов С.М. Уголовно-правовая охрана интересов правосудия. - Алматы, 2005.
9. Научно-практический комментарий к УК РФ. - Нижний Новгород, 1996.
10. Уголовное право Республики Казахстан. Особенная часть / Под ред. И.Ш. Борчасвили.
11. Уголовно-процессуальное право Республики Казахстан.
12. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. - М., 1975.
13. Уголовный кодекс ФРГ. Пер. с нем. А.В. Серебrenниковой. - М., 2001.

Бұл мақалада автормен қылмыстық жауаптылықтан заңсыз босатудың қылмыстық-құқықтық және жекелеген іс жүргізушілік, яғни процессуалдық аспектілері туралы баяндалған. Сондай-ақ бүгінгі күні өзекті мәселелердің қатарындағы лауазым иелерінің аталған қылмыстарды жасап, құқық қорғау органдарының оны тергеу барысында туындайтын даулы тұстарына арналған.

In this article the author speaks about criminal-legal and some remedial, particularly remedial aspects of illegal clearing from the criminal liability. At the same time in the article it is spoken about other disputable moments.

Уважаемые читатели!

Редакция журнала начинает публикации из ранее изданного Институтом законодательства. В этом номере предлагаем вашему вниманию научное издание «Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика», автором которого является крупнейший современный юрист О.С. Иоффе.

Простые и известные истины для опытного юриста и очень важные для начинающего, а также сложные постулаты юриспруденции - все это в размышлениях видного ученого о праве.

Размышления о праве

1. ЧТО ТАКОЕ ПРАВО?

Люди, далекие от права, обычно воспринимают его как уголовное право: не совершай преступлений и можешь жить так, как если бы никакого права не было. Но рано или поздно сама жизнь опровергает такое наивное представление. Разве вступление в брак - это преступление? Нет, конечно. Нужно соблюдать правила, установленные законом: о возрасте брачующихся, об отсутствии между ними родственной близости определенной степени, о добровольности совершаемого акта и др. Брак должен быть также зарегистрирован в порядке, указанном в законе. Иначе это будет не брак, а просто сожительство, не порождающее тех последствий, которые по закону возникают вследствие брака (совместная собственность супругов, правовая принадлежность детей родителям и др.). То же самое наблюдается в договорах. Договор — это не преступление, а соглашение, но такое соглашение, которое не противоречит закону. Однажды, расторгая брак, супруги пришли к соглашению о том, что никто из них не вступит в новый брак, что муж уедет в другой город, а жена не изменит своего места жительства, и что судьба ребенка, оставленного при матери, изменится, если кто-либо из них нарушит этот договор. Но, вступая в подобное соглашение, супруги не подозревали о его незаконности: права, провозглашенные законами (способность вступать в брак, свободно избирать место жительства и др.), не могут быть ни ограничены, ни устранены таким соглашением. А то, что приведенное соглашение нарушает закон и потому ни к чему его участников не обязывает, - в этом не может быть сомнений. Но оно не нарушает уголовный закон и потому не является преступлением. А возьмите Гражданский кодекс, Кодекс об административных пра-

вонарушениях, Закон «О земле», — все они воплощают право, но ни один из этих законов не относится к уголовному праву.

Значит, уголовное право и право не тождественные понятия. Первое уже второго, а второе шире первого. И опыта жизни недостаточно для понимания этого различия. Есть такая правовая наука — юриспруденция, в которой понятие права разрабатывается и формулируется. Но юриспруденцию изучают юристы по специальности. Существует, однако, популярная юриспруденция, и, обратившись к ней, узнать, что такое право, может любой культурный человек.

Для понимания права как важного явления общественной жизни необходимо учитывать то обстоятельство, что люди живут на территории определенных стран и находятся в постоянном общении друг с другом, с разными коллективами, с государством и его органами. Такое общение должно быть упорядоченным, иначе жизнь стала бы невозможной.

Индивиды и группы людей должны знать, что им дозволено и что запрещено, на что они могут рассчитывать со стороны других, и что другие могут ожидать от них. Для такой определенности человеческого поведения требуются общие правила — нормы, обращенные ко всем людям, а в случае необходимости - и к отдельным группам - работникам органов власти, железнодорожникам, врачам и др. Вследствие такой их адресованности юридические нормы - это всегда общие правила, а в своем единстве они образуют право.

Далее, правовые нормы каждой страны исходят от ее государства. Само государство через свои органы формулирует подавляющее большинство норм. Но некоторые правила поведения создаются без участия государства — это могут быть обычаи или юридические нормы других государств. Однако если их одобряет данное государство, они становятся также его нормами права. Например, уголовное право запрещает ношение холодного оружия, но этот запрет не распространяется на холодное оружие, которое составляет предмет национального костюма. Другой пример. Пока существовал Советский Союз, установленные им Основы гражданского законодательства действовали на всей его территории. После распада СССР они утратили свое действие. Но Казахстан, Россия и некоторые другие страны бывшего СССР признавали их обязательными до тех пор, пока в этих государствах не сложились полностью свои гражданско-правовые нормы. Следовательно, юридические нормы могут иметь и негосударствен-

ное происхождение, но признание таких норм правовыми требует их одобрения данным государством. В этом случае они должны быть признаны юридическими нормами этого государства.

Нормы права способны выполнить свою функцию лишь при условии их обязательности. Если согласно нормам уголовного права определенные действия считаются преступными, эти нормы запрещают их совершение. Напротив, нормы договорного (гражданского) права не понуждают к их заключению, а лишь определяют условия их заключения. Но если они не соблюдены, то нет и договора. В этих пределах разрешительные нормы тоже обязательны.

Наконец, многие виды поведения подчиняются не одной норме, а двум или нескольким юридическим правилам. Для того чтобы все нужные правила были определены в необходимых случаях, само право должно представлять собой не совокупность, а систему юридических норм. Система связывает их не формально, а логически. И потому, обратившись к одной норме, всегда можно понять ее логическую связь с определенными другими нормами. Например, при отсутствии в договоре одного из обязательных условий он признается недействительным. Но к моменту объявления его недействительным он уже был исполнен сторонами полностью или частично. Как быть тогда с исполнением? Ответ на этот вопрос содержится в других законодательных нормах, определяющих последствия недействительности дозволенных юридических актов. К ним тоже следует прибегать, учитывая, что право - это не единичная норма, не простая совокупность норм, а их логически завершенная и взаимосвязанная система.

Ну, а как быть, если норма права нарушена? Обеспечивается ли ее охрана? Если бы она не обеспечивалась, то обязательность правовых норм была бы лишена практического смысла. Каждая норма права не только определяет условия ее применения (гипотеза) и формулирует правило обязательного поведения при указанных ею условиях (диспозиция), а также устанавливает последствия ее нарушения (санкция). Юридические санкции весьма разнообразны, соответственно степени опасности нарушения правовых норм. Они простираются от недействительности совершенных юридических актов до тюремного заключения нарушителя и даже смертной казни. Но без санкций нет юридических норм, а там, где их нет, не существует и права.

Сообразно со сказанным, право нужно понимать как систему общих правил поведения (норм), исходящих от государства и охраняемых им.

Что значит «охраняемых» им? Иногда нарушенное право может быть восстановлено, если не непосредственно, то, по крайней мере, в его денежном выражении. Так, если вследствие несоблюдения дорожных правил владелец автомобиля причиняет телесный ущерб пешеходу, уменьшая или уничтожая его способность к труду, то потерпевший может взыскать с него возмещение утраченного заработка, а если трудоспособность сохранилась, а ущерб причинен только имуществу потерпевшего, все расходы, связанные с восстановлением или заменой этого имущества, должны быть возложены на нарушителя. В первом случае право восстанавливается в деньгах, а во втором, в конечном счете, достигается его восстановление в натуре. Но когда недостижимо ни то, ни другое (например, при убийстве), к нарушителю применяют санкции за само правонарушение (лишение свободы или смертная казнь), а само нарушенное право (право на жизнь) остается не восстановленным. Некоторые санкции осуществляются добровольно (например, возмещение убытков), а другие только по решению компетентных государственных органов (скажем, суда, определяющего меру наказания). Таким образом, в зависимости от характера правонарушения, нормы права охраняются либо угрозой принуждения, либо реальным его применением.

Поскольку право есть система установленных общеобязательных правил, то важно выявить, чья воля в этих правилах выражается. Конечно, воля самого нормотворческого органа. Но что же, в своих волевых решениях этот орган ничем не связан? В классовом обществе он связан интересами господствующего класса, а для поддержания единства этого общества — также интересами всего населения страны (ср. уголовную ответственность за антигосударственные преступления и за нарушение вожделения средств автомобильного транспорта). В бесклассовом обществе нормотворческий орган должен всегда принимать во внимание заслуживающие защиты интересы всего общества.

Таким образом, право есть установленная государством система общих правил поведения (норм), выражающая волю нормотворческого органа в соответствии с интересами господствующего класса или всего общества и охраняемая реальным принуждением или его угрозой.

Право не изолировано. С ним взаимодействует ряд других общественных явлений, учитываемых как при установлении новых юридических норм, так и при их применении. Среди этих явлений на первое место должна быть поставлена нравственность.

Право оценивает поведение как правомерное или

противоправное. Нравственность оценивает то же поведение с точки зрения критериев добра и зла. Но право создается государством, а нравственность обязана своим существованием сложившемуся общественному мнению. Противоправное всегда противонравственно, однако противонравственное не всегда противоправно. Скажем, расторжение брака допускается правом, тогда как нравственность, по общему правилу, осуждает его. Понимание права зачастую невозможно без нравственности, а нравственность толкуется независимо от правовых норм. Закон, например, разрешает выселение из государственного жилищного фонда граждан, которые своим поведением делают невозможным совместное проживание с ними. Но любые ли обстоятельства такого рода могут служить основанием для выселения? Конечно, не любые, а лишь те, которые заслуживают нравственного осуждения. Семья не может быть выселена только из-за того, что ее малолетние дети постоянно беспокоят других жильцов. А если такое беспокойство вызывается пьянством или драками в этой семье, то поскольку это осуждается нравственностью, выселение по данному основанию может последовать.

Право должно соответствовать уровню экономического развития той или иной страны, но не препятствовать ее дальнейшему развитию. В противном случае оно должно быть изменено в соответствии с экономическими потребностями общества. Господство коллективной собственности и безмерное ограничение частной собственности привело нашу страну к угрозе экономического краха вследствие того, что ее экономика в значительной своей части была лишена необходимых для ее дальнейшего развития материальных стимулов. Предотвращение экономического краха было обеспечено приватизацией коллективной собственности и существенным расширением частной собственности путем отмены установленных для нее правовых ограничений и введения более льготного режима. Но это нововведение исчерпало себя, и потому пришлось расширить приватизацию государственных предприятий и их преобразование в предприятия частные.

Многие проблемы права носят философский характер, и потому их разрешение в юриспруденции невозможно без опоры на философию. Например, для ответственности за наступивший результат он должен быть причинен неправомерным поведением, т.е. необходима причинная связь между этим поведением и возникшим результатом. Во многих случаях наличие такой связи очевидно и констатируется легко (например, при убийстве выстрелом в упор или

потере трудоспособности вследствие автомобильной аварии). Но иногда ситуация настолько осложнена, что без философского осмысления правильно оценить ее невозможно. Школьница, вытиравшая окно в классной комнате, выглянула в тот момент, когда стоявший на улице подросток проверял выстрелами убийную силу своего самопала. От этих выстрелов увечье потерпела школьница. При рассмотрении ее требования о возмещении ущерба суд признал причинителем школу и возложил ответственность на районный отдел народного образования, из бюджета которого финансировалась школа. К принятию такого решения суд пришел по следующей логике: если бы школа не оставила потерпевшую в классной комнате для ее уборки, она не была бы ранена, сколько бы нарушитель ни стрелял из самопала. Значит, ущерб причинила школа, а не стрелявший подросток. Здесь условие наступления результата было явно отождествлено с его причиной. При такой логике различие между условиями и причиной стирается, и потому было принято подобное абсурдное решение. Если бы суд не отождествил их, а философски разграничил понятия причины и условия, его решение не носило бы столь анекдотического характера.

Норма — это общее правило, а применяется она к конкретному случаю. Такое применение будет правильным, только если оно опирается на требования логики об образовании понятий и последующем выделении их объема. Например, закон определяет право собственности как право владения, пользования и распоряжения вещью. Но в обычном повседневном языке слово «владение» употребляется как синоним собственности, иногда даже не замененный словом «собственность» (ср. домовладение или землевладение). Что же такое владение по закону, а не в обычном смысле? Чтобы ответить на этот вопрос, нужно истолковать владение, которое по закону становится собственностью только в соединении с пользованием и распоряжением. Извлеките из собственности пользование (извлечение из вещи ее полезных естественных свойств) и распоряжение (определение судьбы вещи путем продажи, дарения и др.), и у вас останется владение в собственном смысле как фактическое обладание вещью (например, хранитель, который обладает вещью, сданной на хранение, не вправе пользоваться или распоряжаться ею). Поэтому, если иное не установлено в законе, юридические нормы, обращенные к собственникам, не применимы к владельцам.

Толкование правовых норм как общих правил необходимо во всех случаях их применения к конкретным делам, все равно, делает ли это сам законода-

тель или уполномоченный на это иной государственный орган, суд или гражданин. От того, кто толкует закон, зависит лишь его обязательность или необязательность. Толкование, проведенное гражданином, необязательно, судом - обязательно для участников разрешенного дела, высшим органом судебной системы - обязательно для всех судебных органов и соприкасающихся с ними граждан или организаций, самим законодателем или по его поручению другим государственным органом — обязательно для всех, как и сам толкуемый законодательный акт.

2. ПРАВО И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

Право отличается от не-права (нравственности, обычаев и др.). Поэтому понятие права не только научная, но и практически значимая категория. Кто не владеет этой категорией, рискует разрешать юридические дела, опираясь не только на право, а на не относящиеся к нему правила. Индивид оставил завещание, по которому все его наследники, перечисленные в законе, были лишены наследства, завещанного в пользу государства. Если не знать о норме права, разрешающей с определенными ограничениями подобные завещания, можно объявить его недействительным, хотя на самом деле оно действительно, но в известных пределах, зависящих от того, есть ли в числе наследников, указанных в законе, нетрудоспособные или несовершеннолетние лица.

Законодательство — это орудие, при помощи которого компетентные государственные органы выражают юридические нормы. Оно состоит из разнообразных нормативных правовых актов (актов общего характера), зависящих от компетенции издавшего их органа.

Закон - это акт, изданный Парламентом. Он является высшим законодательным актом и обладает общеобязательной силой, если подписан Президентом и опубликован для всеобщего действия, поскольку иное не установлено в нем самом. Но Президент, отказавшийся от его подписания в пределах установленного срока, тем самым налагает на закон вето (запрет), предотвращая его вступление в силу и таким путем аннулирует его. Впрочем, закон, отклоненный Президентом, может быть повторно обсужден на совместном заседании палат Парламента и с внесением в него изменений или без каких-либо изменений вновь утвержден Парламентом не менее чем 2/3 депутатских голосов. В таком случае Президент обязан подписать его и не вправе затормозить его опубликование и вступление в силу. Закон - это юридический акт верховной власти. Ему подчинены другие законодательные

акты, которые сохраняют юридическую силу только при условии соответствия закону.

Указ — это законодательный акт, исходящий от Президента РК. Указы Президента вводятся в действие на всей территории республики по истечении 10 дней после их официального опубликования, если иное не будет установлено Президентом.

Постановления Правительства РК не могут противоречить ни законам, ни указам Президента.

Как видим, система законодательства строится по иерархическому принципу: если каждый законодательный акт действует в пределах своей компетенции, противоречие между различными законодательными актами исключено. В целом иерархия нормативных правовых актов представляет следующую систему.

1. Высшей юридической силой обладает Конституция Республики Казахстан.

2. Соотношение юридической силы иных, кроме Конституции, нормативных правовых актов соответствует следующим нисходящим уровням:

1) законы, вносящие изменения и дополнения в Конституцию;

2) конституционные законы Республики Казахстан и указы Президента Республики Казахстан, имеющие силу конституционного закона;

3) кодексы Республики Казахстан;

4) законы, а также указы Президента Республики Казахстан, имеющие силу закона;

5) нормативные указы Президента Республики Казахстан;

6) нормативные постановления Парламента Республики Казахстан;

7) нормативные постановления Правительства Республики Казахстан;

8) нормативные приказы министров; нормативные постановления государственных комитетов; нормативные приказы, постановления иных центральных государственных органов;

9) нормативные решения маслихатов, нормативные правовые постановления акиматов, нормативные правовые решения акимов.

Каждый из нормативных правовых актов нижестоящего уровня не может противоречить нормативным правовым актам вышестоящих уровней.

Вне указанной иерархии находятся нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан, Верховного Суда Республики Казахстан и Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан.

Иерархия нормативных решений маслихатов и

нормативных решений акимов административно-территориальных единиц определяется Конституцией Республики Казахстан и законодательными актами о местном государственном управлении.

Нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан основываются только на Конституции Республики Казахстан и все иные нормативные правовые акты не могут им противоречить.

В законодательной системе самое высокое место занимает Конституция РК. Ей не могут противоречить не только нормативные акты нижестоящих органов, но и другие законы. В противном случае этим законам отказывают в применении, а если наличие или отсутствие противоречия не очевидно, вопрос в окончательном виде решается Конституционным Советом.

При наличии противоречий в нормах права нормативных правовых актов разного уровня действуют нормы акта более высокого уровня.

При наличии противоречий в нормах права нормативных правовых актов одного уровня действуют нормы акта, принятого позднее.

Таковы назначение и классификация по силе нормативных правовых актов Казахстана.

Однако при перечислении актов законодательной системы не был затронут один из них - тот, который принимается в порядке референдума - всенародного голосования.

Референдум отличается от других форм законодательства своей нерегулярностью: он проводится только в особо важных случаях (например, при принятии новой Конституции).

Так обстоит дело с системой законодательства. Она строится с учетом уровня органа, принимающего законодательные акты, отражая подчинение различных правовых норм правилам вышестоящего законодательства. Иной характер носит система права. В ней распределяются по группам не законодательные акты, а юридические нормы, какими бы ни были законодательные акты, их установившие.

Говорят о государственном, административном, уголовном, гражданском, процессуальном праве и других его отраслях. Как видно уже из их наименований, отрасли права различаются не по органу, их установившему, а по содержанию юридических норм. Например, норма о штрафах за безбилетный проезд в автобусах является административно-правовой, независимо от того, каким законодательным актом она установлена - законом, правительственными постановлениями или в каком-либо ином по-

рядке. Не орган, ее установивший, а само содержание юридической нормы предопределяет ее отраслевую принадлежность. Невозможно установить норму о купле-продаже и объявить ее уголовно-правовой нормой. Это противоречило бы объективным фактам — самому содержанию объявленной нормы, относящейся к гражданскому, а не к уголовному праву. Недопустимо и другое - установление нормы о смертной казни с объявлением ее гражданско-правовой нормой. И здесь объективный характер установленной нормы предопределяет ее уголовно-правовое, а не иное содержание.

Объективное содержание каждой отрасли права определяется двумя критериями: предметом и методом регулирования. Отраслевой предмет регулирования — это совокупность всех однородных отношений, регулируемых данной отраслью права. Таковы, например, имущественно-стоимостные отношения, регулируемые гражданским правом, или уголовные правоотношения, порождаемые преступлением и применением вследствие этого наказания. В первом случае очерчивается предметная сфера гражданского права, а во втором — предметная сфера уголовного права. Ни к какой другой отрасли права эти отношения не могут быть отнесены. Стало быть, отрасли права зависят не от усмотрения ученого, а от их объективного качества. Наука может только выявить эти отрасли, но не создать и придумать их.

Другой критерий отрасли права есть применяемый ею метод правового регулирования, т.е. способ, при помощи которого юридические правила воздействуют на соответствующие общественные отношения. Субъекты гражданского права равноправны. В пределах гражданского права никто из них не подчиняется другому. Если предположить, например, что предприятие заключило договор со своим министерством, то первое вольно при формулировании условий договора отстаивать свои интересы, а не следовать приказанию второго. В других отношениях, например, при представлении предприятием отчета министерству, возникают отношения власти и подчинения (властеотношения), и предприятие обязано соблюдать все распоряжения министерства. Это уже не гражданские правоотношения. Каждая отрасль права имеет свой специфический предмет и метод правового регулирования. Если они смешиваются, формируется не отрасль права, характеризующаяся своими объективными качествами, а некое комплексное образование, обязанное своим происхождением субъективным претензиям отдельных ученых. Такова, например, теория хозяйственного права, предполагающая объединение в единую отрасль юриди-

ческих норм, регулирующих хозяйственную деятельность государственных и иных организаций. Законодатель не воспринял этой теории даже в то время, когда такая деятельность сочетала в себе плановые (вертикальные) и экономические (горизонтальные) отношения, в единстве которых сторонники хозяйственного права усматривали его особый предмет регулирования. В современных условиях, когда экономическая реформа утвердила равенство имущественных отношений даже для государственных организаций, эта концепция лишилась своего самого главного аргумента. Экономическое равноправие - это признак отраслевой обособленности гражданского права, и никакие другие отрасли права с его помощью не могут быть образованы.

Четкое разграничение отраслей права важно для его кодификации и систематизации.

Кодификация бывает отраслевой и комплексной, т.е. не выходящей за пределы отрасли права или объединяющей нормы разных правовых отраслей.

Отраслевые кодексы (Гражданский, Уголовный, Об административных правонарушениях и др.) имеют дело с однородными регулируемыми отношениями и однохарактерными методами регулирования. Следовательно, кодификатор сталкивается в таких случаях с общими положениями, применяемыми к отрасли в целом, и со специальными правилами, различными для отдельных частей регулируемого предмета (Общая и Особенная части Гражданского кодекса, Общая часть и Особенная часть Уголовного кодекса и т. п.). Напротив, систематизационные кодексы, обращенные к отдельным специальным видам деятельности (торговому мореплаванию, железнодорожному транспорту и др.), соединяют регулирование разнородных отношений (например, имущественно-стоимостных и властеотношений) при помощи различных методов регулирования (равенство сторон или подчинение одной из них распоряжениям другой). Поэтому образование в них Общей части объективно исключено. Там встречается иногда первая глава под названием «Общие положения». Но это не Общая часть, как в отраслевых кодексах, а три-четыре статьи, определяющие назначение комплексного кодекса и подчиненного в своих гражданско-правовых нормах Гражданскому кодексу, а в административно-правовых правилах - Административному кодексу. Нужно, впрочем, оговорить, что гражданские кодексы некоторых стран (скажем, Франции) не имеют Общей части, но не потому, что ее невозможно образовать, а потому, что законодатель не считал необходимым ее формирование. Вследствие

этого в таких отраслевых кодексах есть многочисленные повторения и взаимные отсылки одних статей к другим. Напротив, там, где возможно образование Общей части, она действительно образуется, надобность в таких отсылках либо вовсе исчезает, либо сводится к предельному минимуму.

Кодексы включают в себя не все, а лишь основные нормы. За их пределами нередко остаются текущие и меняющиеся нормы и нормы других отраслей права, не включаемые в отраслевые кодексы ввиду их несовместимости. При таких обстоятельствах целесообразно восполнение отраслевого кодекса систематизированным сборником законодательных актов, которые независимо от их отраслевой принадлежности применяются вместе с нормами отраслевого кодекса. Но сборники, издаваемые не по объективным, а по субъективно избранным признакам, не подтверждают теорию хозяйственного права. Точно такие же образования применимы к комплексным кодексам, но их появление ничего не меняет в системе законодательства. Система законодательства остается одной и той же, восполнена ли она или не восполнена соответствующими законодательными сборниками. Систематизированные сборники не влияют на структуру законодательства, как отраслевую, так и систематизированную. Важно учитывать, возможно или невозможно образование Общей части в создаваемом кодексе. Если возможно, то такой кодекс вместе со сборниками представляет соответствующую отрасль права. Если невозможно, то, несмотря на кодекс и связанные с ним сборники, отрасль права не появляется, а проделанная работа выливается в совершенствование системы законодательства, которая, наряду со своим единством, имеет внутреннее подразделение — кодексы и систематизированные сборники. Других подразделений система законодательства не знает. Внутри же сборников законодательные акты могут располагаться либо по времени их издания, либо по их логической связи друг с другом.

Иначе обстоит дело с отраслевыми кодексами. Они применимы только к отраслям права. В то же время внутри отраслевого кодекса можно выделить другие подразделения: подотрасли, институты и субинституты. Так, каждая глава гражданского кодекса - право собственности, обязательственное право, авторское, изобретательское, наследственное право - выражает соответствующую подотрасль гражданского права. В пределах подотрасли объединяются различные правовые институты (например, институт личной, общественной и государственной собственности в пределах права собственности). Если инсти-

тут регулирует два или несколько общественных отношений, появляются два или несколько субинститутов (например, виды купли-продажи - оптовая, розничная и др.) При обширных объемах подотрасли она выделяется в самостоятельный кодекс или в общем кодексе в пределах важнейших норм и в систематизированном сборнике, обнимающем все остальные нормы. Первый способ применен в Швейцарии, где наряду с гражданским кодексом действует другой кодекс - Швейцарский закон об обязательствах. Вторым способом применен в Российской Федерации, где Гражданский кодекс обнимает все подотрасли, а отдельные сборники дополняют его отдельные институты (о поставках, о розничной купле-продаже и др.) или даже субинституты (о поставках или купле-продаже строений). Субинституты обычно не дополняются систематизированными сборниками. Исключения составляют субинституты, обнимающие значительное количество норм, которые остаются вне пределов кодификации (например, такой субинститут, как договор подряда на капитальное строительство, многочисленные нормы которого находятся вне Гражданского кодекса, а в текущем законодательстве зачастую объединяются в специальных сборниках).

Поскольку как отраслевые кодексы, так и систематизационные сборники во многих своих частях имеют сходные подразделения, нужно их различать по признакам, характерным для отрасли и неизвестным систематизационным образованиям. Такими признаками является Общая часть или возможность ее образования в отраслевых кодексах и отсутствие как Общей части, так и возможности ее образования в систематизационных сборниках. Наличие или отсутствие такой возможности определяется при соединении многочисленных норм, единых по предмету и методу регулирования (отрасли права), или при отсутствии такого единства систематизационные кодексы и сборники. До тех пор, пока теория опирается на эти признаки, она единодушно признает следующие отрасли права:

1. Государственное право, определяющее структуру государства, компетенцию его органов, основные права и обязанности граждан, способы их охраны (предмет регулирования) и обеспечиваемые им права и обязанности при помощи норм других отраслей права (метод регулирования).

2. Административное право, для которого властотношения составляют предмет, а власть и подчинение — метод регулирования.

3. Гражданское право, в котором имущественно-стоимостные и личные неимущественные отношения являются предметом, а равенство сто-

рон - методом регулирования.

4. Уголовное право имеет дело с отношениями, возникающими вследствие преступления (предмет регулирования), и вызывает применение наказания (метод регулирования).

5. Процессуальное право выполняет задачу охранения прав граждан и организаций методом специальной процедуры, применяемой судом (гражданское и уголовное процессуальное право) или органами власти и управления (административное процессуальное право).

Обычно называются и другие отрасли права: земельное, семейное, трудовое и др. Но при этом либо вовсе не показываются предметы их регулирования, либо все сводится только к такому предмету без упоминания метода, либо методом регулирования объявляется то, что не имеет к нему никакого отношения (политическая значимость соответствующих групп юридических норм, какая-то специфика их действия в пределах равенства сторон или подчинения одной из них власти другой и т.п.). В таких случаях исследователь фактически порывает с наукой, подменяя ее демагогическими рассуждениями. Но когда теоретическая дискуссия переходит к делу, например к образованию хозяйственного кодекса наряду в Гражданском кодексе, то выясняется, что первый во многих нормах дублирует второй либо ссылается на какие-то общие принципы, закрепленные только в гражданском и административном праве, или остающиеся чисто теоретическими постулатами, не находящими в законе никакого отражения.

С таким соотношением наука и практика никак не могут примириться, и чтобы покончить с ним, необходимо договориться о единообразии предмета правовой классификации, не допускающего никаких отступлений от него.

3. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Право создается не ради самого себя, а для регулирования определенного порядка в обществе. В этом качестве оно ничем не отличается от нравственности, обычаев и других правил поведения. Но право устанавливается государством и обеспечивается реальным или возможным государственным принуждением, и это выделяет его в ряду других существующих в обществе правил поведения. В некоторых случаях такие правила соединяются с правом. Это происходит, например, когда норму права невозможно понять, не опираясь на соответствующие правила нравственности (скажем, хулиганство в уголовном праве как циничное поведение в отношении ко всему обще-

ству или к его отдельным членам). При таких обстоятельствах нравственные или иные неправовые правила тоже охраняются государством, но не непосредственно, а через охрану определенных юридических норм. Но как бы другие социальные нормы не использовались в процессе применения юридических норм, только эти нормы, а не другие правила, составляют непосредственный предмет государственной охраны. Лишь при соблюдении этого требования к правоприменительной деятельности с иными ранее рассмотренными условиями она остается в пределах права. Если любые из этих требований не соблюдаются, можно говорить о применении не правовых, а каких-либо иных правил и вместо юридической практики создается какая-то иная практика, порывающая с правом и создающая явный или скрытый произвол.

Нужно, таким образом, различать правовое и всякое иное, даже соприкасающееся с правом, регулирование. Чтобы не смешивать одно с другим, следует иметь в виду различные стадии правового регулирования.

Его первая стадия обеспечивает создание необходимых для него предпосылок. Главную предпосылку составляет образование субъектов права. Там, где этих субъектов нет, бессмысленно апеллировать к правовому регулированию. Правосубъектность существует в любом обществе, в котором имеется право. Но она может быть полной и неполной в момент ее возникновения. В разных отраслях права полная и неполная правосубъектность соотносятся по-разному. В государственном праве правоспособность почти целиком возникает в момент рождения индивида или создания коллективного образования. Однако и в этой сфере способность иметь некоторые права (право избирать и быть избранным, право отправлять государственные функции и др.) требует достижения определенного возраста. Поскольку и эти права предполагают личную активность их обладателя, нормы государственного права не различают правоспособность и дееспособность. Субъект права появляется здесь в момент его рождения или образования, а объем доступных ему прав и обязанностей меняется с достижением определенного возраста или приобретением новых организационных форм.

Напротив, субъекты гражданского права в момент рождения или организации становятся способными обладать основной массой прав и обязанностей, обнимаемых этой отраслью, но осуществлять их в этот момент они еще не мо-

гут. Но обладание правом должно сочетаться с возможностью его осуществления (или обязанность с возможностью ее исполнения); поэтому и в этой отрасли права приходится различать правоспособность и дееспособность: первая означает способность иметь права и обязанности, а вторая возможность их осуществлять. Гражданская правоспособность почти не ограничивается с момента рождения, а гражданская дееспособность требует достижения определенного возраста. Пока он не достигнут, правосубъектность гражданина обеспечивается дееспособностью его родителей или опекунов и попечителей. Эти же институты обеспечивают дееспособность душевнобольных или лиц, неспособных вследствие иных физических недостатков действовать самостоятельно в сфере гражданского оборота.

Правоспособность и дееспособность - не просто способности, но также права, однако права особого рода. Обладатель права обычно может обращать его против какого-то конкретного субъекта (кредитор к должнику, один субъект к другому и др.). Напротив, правоспособность обязывает всех уважать ее, какому бы лицу она ни принадлежала. Отношения со всеми — запредельная абстракция, которую индивид соблюдает не потому, что ему известен конкретный управомоченный, а потому что он юридически обязывается не нарушать этого права, в чем бы лице оно ни существовало. Таким образом, правосубъектность, а в данном случае правоспособность, выступает как регулятор общественных отношений, определяющий возможное и доступное субъекту право и запрещающее в этих пределах не признавать ее любому и каждому.

Следующая стадия правового регулирования наступает одновременно с приобретением прав и обязанностей, возникающих вследствие активных действий самого субъекта права или противостоящих ему лиц (заключение договора, причинение кому-либо имущественного вреда и др.). Тут уже правовое регулирование проявляется не в одной только правосубъектности (правоспособности), а в правоотношении между конкретными лицами. Такое правоотношение может достичь различных степеней конкретности и абстрактности. Имея договорную форму, оно приобретает максимальную конкретность как отношение кредитора и должника. Напротив, в форме правосубъектности (правоспособности) как предпосылки правового регулирования, породивших, например, право собственности, правоотношение управомочивает собственника защищаться против нарушения его права любым лицом.

Но ведь то же самое происходит и в рамках одной лишь правосубъектности (правоспособности). Каково же в таком случае различие между правосубъектностью и правоотношением собственности?

Структура обоих правоотношений одинакова: на одной стороне управомоченный субъект (правоспособный или обладающий правом собственности), а на другой — все остальные лица, обязанные не посягать на юридические возможности субъекта права (его правоспособность или право собственности). Но во всех остальных юридических аспектах они отличаются друг от друга.

Правоспособность не может возникнуть по воле самого субъекта права, ибо до появления правоспособности этот субъект еще не существует. Она появляется вследствие либо события (например, рождения человека), либо необходимых действий других лиц (например, тех, которые образуют нового субъекта права — организации, юридических лиц). Напротив, правоотношения собственности могут появиться вследствие действий самого субъекта права либо его представителей — законных или договорных.

Правоспособность в своем возникновении не опирается на другие юридические предпосылки, кроме необходимых для этого событий или действий других лиц, образующих юридическое лицо как нового субъекта права. Напротив, право собственности нуждается для своего возникновения в юридических действиях правосубъектного лица, приобретающего это право путем покупки или принятия наследства. А подобные акты ему доступны лишь при наличии правоспособности и при отсутствии у него дееспособности, при совершении определенных действий его законными представителями.

Правоспособность неотчуждаема, и, будучи предпосылкой обладания конкретными правами и обязанностями, не исчезает ни вследствие их приобретения, ни в результате их прекращения. Напротив, право собственности отчуждаемо (например, в форме продажи) и прекращается во всех случаях его отчуждения или гибели предмета, собственности. Но ни отчуждение, ни прекращение права собственности не влекут за собой угрозу способности становиться собственником другого имущества, поскольку эта способность есть элемент нравственности, а не правомочия собственности на конкретные вещи.

С учетом этих обстоятельств нельзя утверждать, что правоспособность и право собственности тождественны по их структуре. Это тождество частично существует, но в гораздо большем объеме отсутствует. На последней, третьей стадии правового

регулирования права и обязанности прекращаются вследствие их осуществления (исполнения) или вследствие невозможности осуществления (исполнения). Но и на этой стадии, когда конкретные правоотношения прекращаются, правоспособность как их предпосылка сохраняется. Субъект права продолжает обладать способностью вновь приобрести аналогичные права, хотя и не восстановить права осуществленные (прекращенные). Теперь становится понятным, как действует право в качестве регулятора общественных отношений.

Нормы о правосубъектности (правоспособности и дееспособности) очерчивают границы обладания и приобретения конкретных прав и обязанностей. Если закон строится по принципу - возможно лишь то, что дозволено, эта норма должна быть шире, чем определение одного только правообладания. Либо в самой этой норме, либо во всех специальных правилах должны быть отражены соответствующие ограничения или точные рамки того, что не дозволено или запрещено. Соответствующий ограничитель может быть отражен и в самой норме о правоспособности словами «если иное не установлено законом» или «за исключением ограничений, указанных в законе». Напротив, если действует принцип «все, что не запрещено, дозволено», норма о правоспособности может быть определена как общая, а необходимые ее ограничения размещаются в специальных нормах.

На следующей стадии правового регулирования она осуществляется благодаря созданию правоотношения. Правоотношение есть урегулированное правом общественное отношение, участники которого становятся носителями прав и обязанностей. Правоотношения могут быть односторонними и взаимными. В одностороннем правоотношении один субъект обладает только правами (например, кредитор в договоре займа), а другой только обязанностями (например, заемщик в том же договоре). Но гораздо чаще встречаются двусторонние (взаимные) правоотношения, участники которого обладают правами и обязанностями (скажем, покупатель вправе требовать передачи купленной вещи, но обязан уплатить покупную цену, а продавец вправе получить эту цену, но обязан передать проданную вещь). Различие между правоотношениями этих видов практически весьма существенно. Так, в односторонних правоотношениях вопрос об очередности исполнения не возникает, тогда как во взаимных правоотношениях он приобретает весьма существенное значение, поскольку обе стороны управомочены и обязаны одновременно к исполнению обязанностей и осуществлению правомочия, если

инсе не предусмотрено законом или не вытекает из характера самого правоотношения.

В момент возникновения правоотношения его участники становятся обладателями субъективных прав и обязанностей. В этом случае права дополняются признаками субъективности, чтобы не смешивать их с правом как системой норм, как объективным правом. Объективное право — регулятор общественных отношений. Однако свою функцию оно выполняет через правоотношения, через субъективные права и обязанности его участников. На предпосылочной стадии объективное право определяет условия возникновения правоотношений как единства прав и обязанностей. На реальной стадии объективное право посредством правомочий и обязанностей устанавливает, что один из участников правоотношений может требовать от другого. На завершающей стадии объективное право прекращает правоотношение вследствие осуществления права и исполнения обязанностей или их прекращения ввиду наступившей невозможности осуществить или исполнить.

Следовательно, на всех стадиях правового регулирования объективное право имеет дело с возникновением, действием и осуществлением правоотношения как двусубъектного отношения. Поэтому и главные элементы правоотношения — субъективное право и обязанность — тоже должны характеризоваться своей взаимностью, а не односторонностью. Отсюда неприемлемость их определения как меры возможного или должного поведения. И та, и другая мера обращены лишь к одному из субъектов вопреки природе правоотношения как двустороннего общественного отношения. Между тем ни права, ни обязанности не могут рассматриваться как отношения к самому себе. Нельзя иметь право на свои собственные действия. Право — это то, что можно требовать от другого, и обязанность — это то, что должен сделать один для другого. Именно такой, двусторонний характер прав и обязанностей превращает их в орудие юридического регулирования, осуществляемого объективным правом как двусторонне регулирующим фактором.

Наряду с нормами как юридически регулирующим фактором законодательные акты иногда открываются преамбулами, говорящими о целях и задачах, преследуемых и разрешаемых данным нормативным актом. Такие преамбулы не заключают в себе юридических норм, но они не лишены правового значения. Изданный нормативный акт может страдать пробелами или нелогичностью некоторых своих правил. В таких случаях пробелы восполняются, а нелогичности устраняют-

ся в соответствии со смыслом преамбулы, заключенной в толкуемом нормативном акте.

Однако при толковании нормативного акта нужно различать две разновидности правовых отраслей: те, которые допускают или не допускают восполнение их пробелов при помощи аналогии закона или аналогии права.

Советское уголовное право когда-то допускало и то и другое. При помощи аналогии закона преступления могли быть признаны действия, которые в самом законе преступными не объявлялись, но имели существенное сходство с действиями, преступность которых в законе определялась (например, бандитизм людоедства или изнасилование действием, не заключающим в себе акта половой связи). Если же для аналогии закона не было достаточных оснований, но совершенное действие тем не менее вызывало резкую отрицательную оценку общества, не специальные нормы, а общие правовые принципы полагались в основу уголовно-правовой ответственности (аналогия права, например, присвоение авторства на научное открытие, прямо не указанное в уголовном законе, но вызывающее не меньше осуждения, чем присвоение авторства на литературное произведение или на изобретательское предложение). В настоящее время ни то, ни другое не разрешено. Такая ригористичность уголовного права обусловлена тем, что оно регулирует лишь аномальные отношения общества — преступления и наказания, а в таких случаях законность может быть обеспечена только при условии, что лишь сам закон, а не его исполнители и толкователи, вправе определять, что такое преступление и что преступным не является.

Другое дело, гражданское право или иные отрасли права, которые регулируют и определяют прежде всего нормальные общественные отношения и прибегают к мерам юридической ответственности лишь когда нормальные отношения нарушаются. Например, гражданский договор оформляет нормальное поведение, и допустить заключение только таких гражданских договоров, которые просто предусмотрены законом, значило бы ограничить законодательным перечнем нормальную активность индивидов или их коллективных образований. Однако, если заключен договор, прямо не предусмотренный законом, но и не противоречащий ему, он должен быть исполнен, как и любой другой договор, предусмотренный законом. Его нарушение повлечет за собой ответственность, определяемую содержащимися в Гражданском кодексе общими правилами об ответственности за нарушение дого-

ворных правоотношений. Таким образом, правоотношения, оформляющие нормальную деятельность, обеспечиваются санкциями даже тогда, когда они не предусмотрены законом, но являются юридически действительными как не противоречащие ему. Выходит, что право с одной стороны, ограничивает поведение людей, предусматривая его дозволенные варианты, а с другой - определяет свободу этого поведения в рамках его непротиворечивости закону и иным нормативным актам.

Следовательно, соотношение права и вызывающих его применение фактов сложнее, чем соотношение между юридическими нормами и поведением, точно соответствующим этим нормам или нарушающим их и потому вызывающим юридическую ответственность.

Итак, существует три стадии правового регулирования - предпосылочная, реальная, завершающая.

Предпосылочная стадия, сопряженная с формированием субъектов права определенной отрасли, протекает без волевого участия формируемых субъектов. Сам закон устанавливает, что по достижении определенного возраста или с момента рождения (образования) лицо становится субъектом права.

На второй стадии - на стадии реального регулирования - оно осуществляется благодаря появлению субъективных прав и обязанностей, определяющих границы поведения управомоченного и обязанного субъектов. Теперь становится точно известным, что управомоченный может требовать от обязанного лица, какому объему требований должен следовать обязанный как участник правоотношения. Юридическая определенность взаимного поведения обеспечивается на стадии реального правового регулирования нормами права, если возникшее правоотношение предусмотрено законом, и односторонней или взаимной волей сторон (договором), если его условия не противоречат закону. В тех же случаях, когда установленное правоотношение не предусмотрено законом, но и не запрещено им, его содержание устанавливается самими сторонами в пределах существующих общих легальных требований.

Третья стадия — осуществление или прекращение правоотношений — сопряжена либо с их исполнением (реализацией), либо с наступившей невозможностью этих действий, либо вследствие утраты такой возможности в результате каких-либо иных обязательств (гибели объекта правоотношения, издания отменительного решения законодательным органом и др.). Сами обстоятельства, приведшие правоотношение к исчерпанию всех его возможностей, редко зависят не от волевых действий, а пре-

дусматриваются законом, либо упразднившим определенные права, либо реагирующим на обстоятельства, вызвавшие их прекращение. Но какие бы факты не повлекли этот результат, без их регулирования правом (установления юридическими нормами их последствий) правоотношение не может быть полностью исчерпано, а следовательно, правовое регулирование необходимо на всех его ступенях начиная от предпосылок, затем реального регулирования и завершая осуществлением (прекращением) регулирующего правоотношения. Переход от одной стадии к другой правовые нормы связывают с определенными фактами реальной действительности. Все они объединяются общим понятием юридических фактов. Традиционное определение этих фактов таково: факты, вызывающие юридические последствия, называются юридическими фактами. Но это определение не ориентирует на все правовые возможности юридических фактов. Оно правильно по существу и не вызывает сомнений, когда речь идет о создании предпосылок правового регулирования (правосубъектности, право- и дееспособности). А как быть с прекращением (осуществлением) правоотношения? Можно ли считать его вызванным каким-либо юридическим фактом? Трудно понять, что факт, имеющий правопрекращающее действие, есть тоже юридический факт. Но если значение юридического факта сопрягается с правовым регулированием, тогда все становится на свои места. Юридический факт есть факт, вызывающий правовое регулирование любой из трех его стадий — предпосылочной, реальной или правопрекращающей. В свете этого определения нельзя не признать, что прекращение правоотношений тоже нуждается в правовом регулировании, а значит, вызывает его как юридический факт.

В дополнение к сказанному следует подчеркнуть, что если круг дозволяемых правоотношений не обрисовывается в данной отрасли права по принципу исчерпывающего перечня, но оставляет возможность субъектам права создавать правоотношения, выходящие за рамки прямой юридической дозволенности (например, заключение договора, прямо не предусмотренного ГК), то такие акты тоже становятся юридическими, вызывающими реальное правовое регулирование теми нормами права, которые регулируют другие аналогичные отношения, чья действительность не может быть поставлена под сомнение. Тем не менее такие юридические факты, раз закон прямо их не предусматривает, могут быть оспорены с точки зрения их действительности и, потеряв силу, лишат юридического значения первоначально выз-

ванную ими стадию правового регулирования. Да, гражданский закон позволяет заключать договоры, прямо им не предусмотренные. Но необходимо, чтобы это были именно договоры, а не любые соглашения вообще. Если приглашенный к ужину гость принял приглашение, а впоследствии передумал и не явился на ужин, его нельзя считать нарушителем договора, так как в этом соглашении нет делового элемента, без которого договорные правоотношения не возникают. Таким образом, хотя договор как юридический факт вызывает реальное правовое регулирование, но эта его сила не остается неоспоримой, и, в случае признания заключенного соглашения недействительным, перестает действовать регулятивное договорное правоотношение с нуллификацией всех уже возникших или предполагавшихся других стадий правового регулирования.

Правильный подход к юридическим фактам требует учитывать различие между простыми и сложными юридическими фактами. Некоторые из этих фактов порождают правовые последствия даже при их единичности. Рождение ребенка само по себе порождает правоотношение, даже если его регистрация еще не состоялась. Это простой юридический факт. Напротив, договор дарения обычно не порождает дарственных правоотношений до тех пор, пока передача подаренной вещи одаряемому не состоялась. Это сложный юридический факт.

Правовые последствия простого юридического факта возникают уже в случае его наступления. Напротив, сложный юридический факт сопряжен с иным правовым эффектом. Так, договор признается заключенным, если и оферта и акцепт были совершены в надлежащей форме, а акцепт последовал в определенные сроки после получения оферты. Значит, для возникновения договорных правоотношений в этом случае необходимо наступление всех элементов сложного юридического факта. Но вызывается ли какой-либо юридический эффект наступлением отдельных элементов такого факта, или до завершения начатого фактического процесса они никакого правового действия не имеют?

Поставленный вопрос не может быть разрешен однозначно. Все зависит от того, как он решается законом. Конечно, договор не может считаться заключенным раньше достижения порождающим его сложным юридическим фактом окончательной полноты. Однако закон придает юридически связующее действие также отдельным элементам этого факта. Оферент обязан ожидать получения от его адресата акцепта в пределах времени, указанного в оферте, или, при отсутствии такого указания, времени, нор-

мально необходимого для пробега корреспонденции в оба конца. Но связующее действие отдельных элементов сложного юридического факта может быть установлено лишь когда без этого правовое регулирование утрачивает свою определенность. Во что бы превратился процесс заключения договора, если бы оферта не порождала никакой связанности ее автора и не побуждала бы никакой активности ее адресата? В экономическом обороте наступил бы полный хаос, который должен устраняться, а не порождаться правовым регулированием. Но вот другой пример. Для вступления в брак необходим ряд условий: достижение вступающими в брак брачного возраста, отсутствие между ними родственной близости определенной степени, соглашение о вступлении в брак и его государственная регистрация. Любое из этих условий, если оно отсутствует, препятствует вступлению в брак. Но это отрицательное действие каждого ненаступившего условия. А имеет ли наступление любого из этих условий как элементов сложного юридического факта до его завершения какое-либо положительное, юридически связующее действие для одного субъекта перед другим?

Все зависит от характера образующегося правоотношения. В примере с заключением договора закон мог установить юридическую связанность оферента, его обязанность не направлять тождественной оферты другому лицу в пределах сроков, упомянутых выше. Если оферент пренебрегает этой связанностью и до истечения названного срока заключает тот же договор с третьим лицом, первоначальный адресат оферты может акцептовать ее своевременно и затем взыскать убытки с оферента, виновно лишившего себя возможности исполнить первый договор вследствие заключения договора второго. Такое правило установлено законом, и нарушивший его оферент должен нести ответственность за его нарушение.

Но возьмем пример с браком, тоже опирающийся на сложный юридический факт. Среди субъектов права, обнимаемых брачным законом, есть бесчисленное множество лиц, достигших брачного совершеннолетия и не связанных родственной близостью, препятствующей вступлению в брак. Следует ли отсюда, что они обязаны ожидать отказа всех других лиц от ссылки на свое правовое состояние об их желании вступить в брак под угрозой ответственности за несоблюдение этого требования? Нет, конечно, потому что, в отличие от оферты, часть сложного предбрачного юридического факта не порождает никаких отношений с конкретным субъектом, а перед бесконечно неопределенным кругом лиц нельзя быть

обремененным никакой юридической связанностью.

Таким образом, для правильного понимания юридического регулирования необходимо учитывать:

1) что оно проходит через три стадии - предпосылочную, реальную и завершающую;

2) на предпосылочной стадии не порождается конкретных правоотношений, а лишь создаются субъективные условия их возникновения;

3) на реальной стадии возникают правоотношения между определенными субъектами, а если правоотношение может возникнуть лишь при сложном юридическом факте, постепенное образование которого соединяет конкретных лиц, то фактическое наступление элементов такого факта порождает не правоотношение, а юридическую связанность этих конкретных лиц;

4) на стадии прекращения (осуществление правоотношения или наступившей невозможности его исполнения) правовое регулирование либо полностью отпадает, либо устанавливает порядок окончательных расчетов между субъектами ранее существовавшего правоотношения.

4. ПРАВОВАЯ НАУКА

Юриспруденция, как обычно называют правовую науку, не является правом, каким она считалась в Древнем Риме, но имеет действующее право предметом своего исследования и играет огромную роль при изменении существующей и создании новой системы права. Эти положения неоспоримы и в особом обосновании не нуждаются. Вопрос лишь в том, в какой мере такую область знаний можно считать наукой. Наука существует лишь там, где предметом исследования являются объективные закономерности, хотя наряду с этим она может выполнять и другие задачи (познавательные, систематизационные и т.п.). Выполнение юриспруденцией этих дополнительных задач ни у кого не вызывает сомнений. Но для образования науки их совершенно недостаточно. Если юриспруденция не выявляет закономерностей своего предмета, ее можно считать отраслью знаний, но не наукой.

Расхожий взгляд на юриспруденцию с этой точки зрения ничего от ее характера как науки не оставляет. Как говорят сторонники такого взгляда, юриспруденция имеет дело не с объективными законами, а с законами юридическими. Достаточно государству изменить свои законы, как от юридической науки ничего не остается, и для своего возрождения она должна научно прокомментировать все вновь появившиеся юридические законы. Ошибочность подобного взгляда не совсем очевидна.

Она проистекает из смешения конкретного фактического материала любой отрасли знаний и лежащих в основе этого материала объективных закономерностей. Так, биологическая наука имеет таким материалом многочисленные виды живых организмов. Но разве гибель любого из этих видов знаменует исчезновение части или всех частей биологической науки? Нет, конечно, ибо она сохраняется в той части, в которой объективные органические законы были уже выявлены, даже если исчезли конкретные биологические организмы, послужившие основой для сделанных научных выводов. То же самое можно сказать и о юридической науке.

Предмет юриспруденции (правоведения, как ее называют) — это юридические законы. И, надо сказать, что в исследовании этого предмета она достигала немалых успехов, если говорить о достижениях древних римских юристов, затем юристов эпохи феодализма (гlossаторы и постгlossаторы) и капитализма — раннего и позднего (римская и французская юриспруденция, правоведение Англии и Америки, Швейцарии и Германии) и, наконец, современной буржуазной юриспруденции, а также досоветского, советского и постсоветского правоведения. В создании нового, советского и постсоветского правоведения юриспруденция также сыграла колоссальную познавательную роль. Ей принадлежит формирование понятий права, его отраслей, институтов, образование научных категорий обязательств и договоров, преступлений и других правонарушений, исследование новых внутригосударственных и международных взглядов на право. Такие объективные основания права явно проглядываются в разнообразных юридических школах, начиная с естественно-правовой доктрины и кончая теорией социальных функций, несмотря на множество антинаучных суждений, связанных с этими теориями.

Вопрос об объективных законах права в его чистом виде, без привнесения теологических и телеологических компонентов, впервые был поставлен в марксистской науке и разрешен без множества субъективных воззрений. Эта наука во весь голос провозгласила прямую зависимость права от современных ему экономических и других сложившихся состояний общества. А так как эти состояния меняются и переходят от одного этапа общественного развития к другому, то рано или поздно соответствующему преобразованию подвергается и действующее право. История знает случаи, когда новое право обгоняло достигнутую ступень продвижения общества или, наоборот, не достигало этой ступени, так что правовые институты надолго задерживались в

своем развитии по сравнению с этапами, достигнутыми обществом. Но это отставание права от объективного общественного состояния, тормозя общественное развитие, рано или поздно достигало его, и общественное состояние в целом, вместо противоречивости, приобретало логическое единство, выражаясь в коррелятивности права и общества. Как только этот уровень достигается, соответственно меняются категории юриспруденции, начинают появляться новые идеи, отражая закономерности и потребности общественного мира. Без учета такой вторичной динамики права его развитие не может быть познано. Это красноречиво отражается на примере права собственности и других юридических институтов.

Скажем, в первые годы установления советской системы право собственности определялось как правомочия владения, пользования и распоряжения, осуществляемые собственником в пределах, установленных законом. Подобная дефиниция встретила острую критику со стороны тех, кто не находил здесь серьезных юридических оснований для кумулирования экономических и юридических понятий. Но постепенно выявление экономической сущности правовых феноменов пробивало себе все более широкую дорогу, сохраняя три правомочия собственника и дополняя их экономическими (материальными) средствами приобретения и осуществления этого права. Выявленные таким путем новые элементы права собственности явились шагом вперед в его определении. Оно не осталось бесспорным и до сих пор, подвергаясь все большей шлифовке в процессе его углубленного анализа. Однако тенденции этого анализа весьма примечательны. Он ведется не по пути все более четкого определения экономической сущности собственности, а более четкого ее правового закрепления.

Такой же разработке подвергаются и все другие правоотношения: обязательственные как юридическая форма экономического оборота; наследственные как способ стабилизации имущества несмотря на смерть его собственника; изобретательство как метод повышения уровня экономики; авторство как важное средство духовного развития; и т. п. Здесь затрагивались лишь институты гражданского права. Но аналогичный путь научного развития прошли и другие отрасли права: уголовное - в его трактовке преступления и наказания; административное - в его оценке понятия и функций государственных органов управления и соотношения с другими отраслями права - уголовным и гражданским, процессуальным во всех его разновидностях, государственным как основополагающей отраслью права и многочисленными

конкретными явлениями общественной жизни.

Без учета всех этих процессов и взаимодействий невозможно понять сущность нашего права и его практического применения - индивидуально или в сочетании с юридическими нормами других отраслей.

Если право как объективное отражение экономических и других общественных явлений отрывается в своем состоянии от объективной реальности, оно начинает тормозить дальнейшее развитие общества и во избежание такой ситуации должно быть изменено (рано или поздно) в процессе принятия мер к его упорядочению.

Так было совсем недавно, когда провозглашенная перестройка натолкнулась на некоторые экономические запреты и получила возможность для своего осуществления только благодаря развитию частной собственности, расширению приватизации государственной собственности, упрочению позиций государственных предприятий, сведению до минимума планово-централизованных начал.

Таким образом, право может не только тормозить дальнейшее развитие общества, но и способствовать его успехам. Поэтому, несмотря на субъективный характер правотворчества, оно способно стать объективной общественной силой, лишь считаясь с которой общество может продвинуться вперед, а не оставаться в застойном состоянии.

Вопрос о системе законодательства и его функциях решается законодателем, который опирается на знание реальной действительности, выявляет возможные тормозящие тенденции и способность содействовать общественному прогрессу. Но пока законодательство остается неизменным, невзирая на появившиеся в обществе новые потребности, оно продолжает существовать как объективная сила, в выявлении недостатков которой важную роль призвана играть юриспруденция.

Объективный характер права, несмотря на его субъективное происхождение в результате творчества законодателя, проявился не только в отражении обстоятельств, находящихся вне его (экономическая структура общества, его наличные потребности и исторические тенденции), но и в структуре самого права.

Оно имеет свои общие признаки, охарактеризованные в определении права вообще, но подчиненные им специфические отраслевые признаки не могут быть устранены ни юриспруденцией, ни даже самим государством. Прочитайте любой вновь изданный закон, и по его характеру вы сразу определите, к какой отрасли права он относится.

Отраслевая принадлежность нормы зависит лишь от законодателя, ее установившего. Но и за-

конодатель не в состоянии, например, приняв закон уголовно-правовой структуры, предусмотрев меры наказания за его нарушение, отнести его к какой-либо иной отрасли права, кроме как права уголовного. И наоборот, издание закона о купле-продаже с возложением на нарушителя договора обязанности возместить причиненные убытки относится к сфере гражданского права, а не уголовного или какой-либо иной отрасли права. Приведенные примеры элементарны для характеристики их как уголовно-правовых или гражданско-правовых. Сложнее с административным правом, санкции которого могут охранять не только административные правила, но и нормы уголовного, гражданского права и др.

Чтобы не допустить ошибки в таких случаях, нужно заострить внимание не только на санкции или диспозиции нормы. Если диспозиция говорит о нарушении уголовного закона, но в порядке исключения позволяет применять штраф, наказание остается уголовным, но действующим в форме, характерной для административного права. И только прямое указание приговора на то, что, учитывая незначительную степень вины конкретного обвиняемого, суд решил воздержаться от применения к нему мер уголовного наказания и возлагает на него в виде штрафа меру административного воздействия, спор об отраслевой принадлежности нормы права, положенной в основу судебного решения, может быть четко разрешен: это норма административного права. Необходимо лишь избежать одной ошибки при столкновении с такой практикой. Дело в том, что штраф, обычно являющийся административной санкцией, имеет применение в уголовном праве. Если суд придет к заключению, что конкретный подсудимый не заслуживает высокой ответственности, но тем не менее совершил уголовное преступление, он применит к нему штраф со ссылкой на уголовный закон. При оценке того же деяния судом как лишнего преступного характера, но в то же время заслуживающего применения к нему юридической санкции, суд сошлется в части, относящейся к этому лицу, на соответствующую статью Кодекса об административных правонарушениях. Нередко суды этого не делают, назначая по существу административную санкцию со ссылкой на уголовный закон, при этом забывая, что осуждение по уголовному закону влечет за собой, помимо наказания, и ряд других отрицательных последствий. Поэтому нужно избегать таких оплошностей, чтобы не осуждать обвиняемого жестче, чем он того заслуживает.

Юриспруденция не является составной частью права. Но без нее не было бы права вообще. Каж-

дый вновь издаваемый закон проходит несколько стадий: разработка законопроекта, завершение его разработки и направление для критики научным учреждениям и заинтересованным органам государства, переработка законопроекта его авторами в соответствии с последовавшими критическими замечаниями, принятие законопроекта в переработанном в соответствии с замечаниями виде и, наконец, внесение его на обсуждение законотворческого органа. Каждая из этих стадий может повторяться не один раз, и в ее пределах привлекаются высококвалифицированные представители юриспруденции, которые в ходе сложной, иногда долговременной дискуссии вносят в последний вариант законопроекта окончательные коррективы, необходимые для внесения проекта на обсуждение законодательного органа. Это обсуждение также не обходится без участия ученых. И только если большинство депутатов законодательного органа поддержит своим голосованием окончательно доработанный законопроект, а Президент не задержит его подписание, пользуясь своим правом вето, проект закона становится законом.

Но даже после того, как он стал законом, ученые, не согласные с его содержанием целиком или в определенной части, могут продолжить дискуссии, добиваясь изменения закона или его отмены.

Подобные обсуждения должны тщательно изучаться каждым, причастным к правоприменительной и правоведческой деятельности. Вполне возможно, что спровоцированная дискуссия не заденет принятого закона, но ее изучение все равно важно для усвоения тех юридических правил, которые сохранили силу несмотря на возникшую полемику. Но если дискуссия приведет к внесению в закон тех или иных изменений, без изучения аргументов и контраргументов ее участников невозможно в какой-то мере понять достигнутый благодаря ей результат.

В состав юриспруденции входят все накопившиеся за годы ее существования юридические термины, как и многочисленные изменения, которым эти термины подверглись. Любой юрист-практик или, тем более, теоретик - должен знать эти термины, понимать их значение и правильно применять на практике. Например, право государственной собственности сперва применялось к имуществу государства и его органов. Позже Гражданские кодексы союзных республик изменили эти законодательные формулировки, указав, что собственником является государство, а госорганы обладают лишь правом оперативного управления имуществом. Действующее законодательство различает хозяйственное ведение имуществом у государственных пред-

приятый и оперативное управление у учреждений и казенных предприятий. Нетрудно заметить разницу между первым и вторым понятиями. Одно дело хозяйственное ведение имуществом и другое - лишь оперативное управление им. В первом случае госпредприятие вправе делать с имуществом все, кроме того, что ему законом прямо запрещено. Во втором - нет полноты управления имуществом, а есть лишь его использование по прямому назначению в соответствии с целями образованного юридического лица. Поначалу эта законодательная дифференциация не слишком замечалась. Она казалась не более чем игрой в слова. Но в дальнейшем, когда дело дошло до споров об имущественных правах хозяйственных и госбюджетных госорганов, разница между этими понятиями стала практически осязаемой, и пренебречь ею мог лишь тот, для кого право — не более чем такая условность, принимать которую можно и так и этак.

Не следует забывать о том, что высшие судебные и арбитражные органы государства вправе издавать нормативные акты истолкования действующих законов, и что эти акты столь же обязательны, как истолкованный ими закон. Отсюда следует, что знает закон лишь тот, кто изучил сам закон и общеобязательные акты его истолкования. Из этих актов общеобязательны лишь те, которые издаются высшестоящими инстанциями судебно-арбитражной системы. Но и то, что именуется судебной практикой, не безразлично для понимания применяемых в ней юридических правил. Если по спорному или не совсем ясно выраженному вопросу юридическая норма допускает принятие разных решений, следует в ожидании их идентификации по решениям центральных судебных или арбитражных органов по отдельным делам принимать собственное решение по конкретным случаям. А если принятие такого общего решения задерживается, следует полагаться на единообразную линию судебной практики, выраженную в большинстве решений судебных органов. Лишь в таком ее значении судебная практика приобретает общеобязательное значение.

Если принять во внимание все предусмотренные законом меры его единообразного применения, то оставляя в стороне редкие случаи пренебрежения одной из сторон ущемления ее юридически охраняемых интересов вследствие неправильного понимания истолкованных законодательных правил, у потерпевшего остаются многочисленные способы охраны от таких неправомерных решений, принятых по делу, в котором он участвовал. Не следует также упускать из виду, что сторона, понесшая урон

вследствие ошибочного истолкования юридической нормы судом или арбитражным судом, не является единственно управомоченным субъектом на принесение жалоб в вышестоящие судебные инстанции. Утверждение о безошибочности всех актов применения юридических норм на всех без исключения этапах судебного рассмотрения споров носит характер заведомо неосновательного, некомпетентного отношения к деятельности нормоприменяющих органов данной страны. Но если испробованы все способы отыскания судебной истины, то ошибки любого характера будут устранены.

Следовательно, поиск неопровержимой объективной истины — не фантастический юридический вымысел, а объективная реальность, обеспеченная не только всеми объективными качествами структурно-юрисдикционных органов, но и духовными основами формирования этих органов, начиная от объективных качеств претендентов на занятие юрисдикционных должностей и кончая уровнем их зрелости и правосознания.

5. ПРАВОСОЗНАНИЕ

В стране, в которой действует право, каждое должностное лицо или даже каждый гражданин имеет свое представление о том, о каком юридическом реагировании может идти речь в случае отдельных правонарушений. Индивидуальная оценка неправомерного поведения проистекает из восприятия каждым индивидом опасности допущения нарушения и как в рамках его индивидуальности, а также конкретных условий совершения подобных деяний, он должен отвечать. Иногда объем этой ответственности, если он равен объему убытков, причиненных нарушением, воспринимается как вполне справедливый, а если рассматривать правонарушение более или менее широко распространенное, то и в этом случае равновесие между содеянным и возложенным обычно не вызывает существенных разногласий. Но соотношение между тяжестью содеянного и тяжестью возложенного на правонарушителя далеко не всегда оказывается легко соизмеримым, как в приведенном примере. Попробуйте оценить с точки зрения правового равновесия объем причиненного ущерба с назначенным сроком лишения свободы. Их можно соизмерить, только сопоставив причиненный ущерб с величиной санкции конкретного закона и тем наказанием, которое возлагалось за преступления такой же тяжести. А если практика данного суда по делам рассматриваемой категории незначительна, то, принимая во внимание все индивидуальные особенности конкретно применяемой меры наказания сравнитель-

но с теми, которые использовались ранее в аналогичных или близких по содержанию случаях, учтя в судебной практике эти и другие индивидуальные особенности, суд выносит приговор, который получает одобрение у всех, знающих дело и оценивающих последствия его судебного разрешения.

Поскольку право, предопределяясь объективными факторами, творится людьми в соответствии с их пониманием справедливой реакции на юридическое соотношение между создаваемыми или применяемыми общими юридическими положениями к конкретным юридически значимым фактам, это соотношение не может быть однозначным во всех встречающихся в жизни случаях. Вместе с тем такое сознание лежит в основе создания юридических законов и их практического применения. Как бы ни разнилось отношение разных людей или их групп к конкретным жизненным случаям, всегда возможно определение некой средней линии в соотношении права и факта. Эта средняя линия правотворчества и правоприменения всегда проходит через сознание людей. Оно и получило название правосознания.

Нельзя рассматривать правосознание как единое сознание всего общества. Если бы такое единство существовало, правотворчество и правоприменение представляли бы собой самый легкий вид интеллектуальной деятельности. Но откуда возникает единство общего, если это единство есть интеллектуальный результат оперирования разными компонентами? Правильно поэтому говорить не о единстве различного, а о различном, поддающемся усредненной общей оценке. В этом смысле правосознание не только едино, но и разнообразно в своей основе. Оно есть усредненный результат всеобщей оценки разных взглядов на единый объект, включая не только оценки разных взглядов на этот объект, уже в изначальном законопроекте, но и принятые окончательных правил. Один и тот же проект закона проходит столько стадий, прежде чем обретает законодательную силу, и настолько нивелируется в своих крайностях, что не оставляет следов дискуссионных противоречий, сохранившихся до окончательного вывода на основе общего и усредненного правосознания. Правосознание как фактор, объединяющий различие мнений на стадии созидания права, играет решающую роль в процессе сглаживания неустранимых противоречий и создания общих правил (норм), раннее появление которых ничего не меняет в праве как совокупности общих правил легализованного поведения. А если вследствие спешки или по другим причинам в связи с конкретно осуществляемым формированием общего правосознания усредненный логический вывод не

достигается, законодательный процесс не может быть завершен, а задуманное изменение существующего права обречено на провал и либо полностью проваливается, либо приостанавливается до изменения объективной ситуации.

Правотворящие звенья государственной системы докладывают о своих затруднениях органам, от которых они получили временно неисполнимое задание вместе с заключением о том, какие дополнительные реформы должны быть осуществлены, чтобы намеченные нормативные нововведения оказались реализуемыми, обеспечив соответствующий юридический эффект. Это прерывает на определенный период процесс законотворчества, но зато исключает противоречия между законом и его осуществленностью, между правом и фактом. Конечно, такого рода перерывы нормотворческой активности не могут быть длительными. Они ведь происходят вследствие вскрытия противоречий в действующем праве, и чем скорее они устраняются, тем более законным окажется действующее право, тем менее противоречий остается в его сохранившейся части. Может быть применен и законодательный эксперимент в форме перевода некоторых единиц на систему отношений, мыслимых как средство устранения возникшей типовой ситуации. Но какие бы меры законодатель не принял, они не должны отмечаться критиками как не обеспечивающие окончательного решения проблемы. Законотворчество есть самостоятельный интеллектуальный процесс, подчиненный собственным закономерностям. Пренебрежение этими закономерностями в самом процессе правотворчества сказывается на характере права, его осознании в процессе применения, его достижениях с переходом от одного законодательного этапа к другому.

Правосознание как форма осознания права сходно с ним и отлично от него. Сходство не вызывает сомнений, законодатель включает в издаваемые нормативные акты свое осознание права, свою оценку должного и целесообразного поведения. Но выводы законодателя выражаются в нормах, а критерии правосознания близки к нравственным: они не затрагивают деталей регулируемого поведения, а ограничиваются оценочным отношением к нему как к хорошему или плохому, желательному или нежелательному, целесообразному или вредоносному. Поэтому правосознание содействует праву не путем повторения его норм, а в форме их позитивной или негативной оценки, позволяющей любому гражданину понимать, относится ли избранный им вариант действий к запрещенным или к дозволенным правом, к нормальному или аномальному проявлению его деятель-

ности. Поэтому законодательный процесс, не принимая во внимание незнание закона во избежание ответственности, вполне справедлив, если право рассматривается в единстве с правосознанием. Ты можешь не знать, что твое поведение запрещено правом, но ты понимаешь его неприемлемость с точки зрения нормального правосознания и потому должен отвечать по всей строгости закона.

Большую роль для развития и упрочения правосознания играет правовая пропаганда во всех ее формах - начиная от эпизодических статей и популярных книг и заканчивая периодическими лекциями и разного рода методами повышения квалификации (специальные курсы, способы переподготовки кадров, тематические занятия в свободных университетах и др.). Нужно лишь реально оценивать их практическое значение. Все эти способы не создают правосознания, а лишь способствуют его естественному развитию. Даже тот, кто ни одному из перечисленных способов воздействия не подвержен, имеет свое правосознание как часть общественного сознания, как специфическое отражение общественного бытия. Сами общественные условия жизни порождают у человека абстрактное понимание того, где проходит граница между дозволенным и запрещенным, между правом и неправом.

И если перед совершением действий он проверит свои планы у сведущих людей, которых нетрудно отыскать в любом населенном пункте, на каждом предприятии или учреждении, то окончательное решение будет правомерным, апеллировать к незнанию

закона для снятия или смягчения ответственности не придется по причинам, относящимся к нормальному правосознанию. А если человек совершает правонарушение в надежде на «авось» («а вдруг не узнают»), то на путь юридической ответственности его толкает не юридическая невежественность, а ненормально сложившееся, морально дефектное правосознание. Это, кстати сказать, понимают и сами правонарушители, и практике правоохранительных органов почти не известны попытки уйти от ответственности при помощи ссылок на незнание закона. Закон во всех деталях ты мог действительно не знать. Но не понимать того, что совершаемые поступки не встретят законодательного одобрения, ты не мог уже вследствие правосознания, царящего в твоем обществе, а значит, и твоего собственного правосознания. Оно следовательно, не сужает правового эффекта, а, наоборот, делает его как можно более широким.

Правосознание развивается быстрее, чем право. Подготовка правовых новшеств начинается лишь после того, когда до их необходимости доросло правосознание большинства людей. Но после того как правовое новшество введено, право опережает правосознание, которое начинает обогащаться благодаря новым идеям, получившим правовое признание. Такое взаимное переплетение процессов развития права и правосознания приводит к тому, что одно поднимается до уровня другого и в конце концов между ними не остается противоречий, и тогда они поочередно выполняют роль подталкивающего или подтягивающегося фактора.

(Продолжение следует)

ТРЕБОВАНИЯ К СТАТЬЯМ АВТОРОВ

В журнале публикуются научные статьи, заметки и комментарии, а также краткие сообщения о результатах исследований в различных областях законодательства и права.

Материалы, представленные для публикации, должны отвечать следующим требованиям:

1. Содержать результаты оригинальных научных исследований в области законодательства и права и других смежных наук, ранее неопубликованных и непредназначенных к публикации в неспециализированных изданиях. Статья сопровождается разрешением на публикацию от учреждения, в котором выполнено исследование, и отзывом.

2. Текст статьи должен быть емким и точным, объемом не более 10 машинописных страниц, напечатанным в редакции Word for Windows 2000, шрифтом Times New Roman, 14 pt (аннотация - 12 pt). Интервал 1,5; поля - верхнее 2 см, нижнее 2,5 см, левое 3 см, правое 1,5 см. Количество рисунков - не более четырех. Статья представляется в одном экземпляре с указанием сведений об авторах: фамилии, имени, отчества, почтового, домашнего и/или служебного адресов, места работы и телефонов. Текст должен быть отредактирован, вычитан автором и подписан на последней странице. Вместе с текстом статьи необходимо представить отзыв и дискету с указанием файла: фамилия автора. Ниже списка литературы слева нужно указать название научного учреждения, в котором была выполнена работа, и город, справа - слово «Поступила», прилагается электронный вариант.

3. Статьи публикуются на русском, казахском, английском языках. К статье необходимо приложить краткое резюме и название статьи на отдельных страницах на казахском, русском и английском языках.

4. Список литературы (12 pt) составляется по мере появления ссылки в тексте с указанием фамилии и инициалов автора, полного названия книги (статьи), места издания журнала полностью (год, номер, стр.).

Не разрешаются ссылки на частные сообщения, отчеты, диссертации и другие неопубликованные материалы.

5. В случае переработки статьи по просьбе редакционной коллегии журнала датой поступления считается дата получения редакцией ее окончательного варианта. Если статья отклонена, редколлегия сохраняет за собой право не дискутировать по данному поводу.

6. Оттиски статей не возвращаются, гонорар не предусмотрен.